

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA
TOMO IX



MADRID
1992

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 de Derecho
Universidad de Barcelona

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

JUAN RUIZ MANERO
Catedrático de Filosofía de 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 REDACION: Area de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza - Facultad de Derecho
50009 ZARAGOZA - (Teléfono 976 / 55 59 80)

Para distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirse al
Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia
Gran Vía, 76, 8.º - Teléfono 91 / 547 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 IX



MADRID

1992

Es propiedad. Queda hecho el depósito
y la suscripción en el registro que mar-
ca la Ley. Reservados todos los dere-
chos.

N.I.P.O.: 051 - 90 - 007 - 2
I.S.B.N.: 84 - 7787 - 086 - 1
I.S.S.B.: 84 - 7787303 - 8
Depósito Legal: M-2351-1993

GRAFICAS ANCORA, S.A.
Sebastián Gómez, 5 - 6.º C
Teléfonos: 475 22 52 / 17 23
28026 Madrid

Indice

	<u>Págs.</u>
PRESENTACION	9
 I. MUJER, PODER, DERECHO	
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho</i>	13
ROBERTO BERGALLI y ENCARNA BODELÓN, <i>La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico</i>	43
MARI ANGELES BARRERE UNZUETA, <i>Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?</i>	75
MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, <i>Los derechos de la mujer keniana; conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario</i>	91
PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, <i>Mujer, poder. Derecho: Una posible interpretación</i>	123
FRANCISCO PUY, <i>El tópico "mujer" en perspectiva Galicia/1992</i>	135
ESPERANZA GUISÁN, <i>Autonomía moral para las mujeres: Un reto histórico</i>	161
ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, <i>Una nota sobre la emancipación sexual: El feminismo y otras diferencias</i>	181
MILAGROS OTERO PARGA, <i>El concepto de poder y su relación con la mujer</i>	189
 II. ESTUDIOS	
1. TEORIA JURIDICA	
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, <i>Filosofía del Derecho "versus" teoría del Derecho</i>	207

	<u>Págs.</u>
TERESA PICONTO NOVALES, <i>Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer</i>	223
ANGELA APARISI MIRALLES, <i>Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho</i>	249
 2. VALORES JURIDICOS	
JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, <i>El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser</i>	269
JOSÉ MARÍA ROSALES, <i>Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos?</i>	291
ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, <i>El derecho a una vivienda digna y adecuada</i>	305
 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO	
JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, <i>De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía</i>	325
FRANCISCO CARPINTERO, <i>Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial</i>	351
JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, <i>La fundamentación del derecho en Kant</i>	395
RAMÓN MACÍA MANSÓ, <i>El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte</i>	407
SALVADOR RUS RUFINO, <i>Blas Ramos Sobrino en su centenario: Perfil humano e intelectual</i>	443
 III. DEBATES	
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Las razones del Derecho</i>	471
MANUEL ATIENZA, <i>Respuesta a Juan Antonio García Amado</i>	483
LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, <i>Ideología "versus" lógica en las interpretaciones de Kelsen</i>	489
JUAN RUIZ MANERO, <i>Respuesta a Luis Martínez Roldán</i>	501
 IV. INFORMACIONES	
<i>II Jornadas de Filosofía del Derecho "Moral y Derecho, hoy"</i>	509
† José María Rojo	517

	<u>Págs.</u>
<i>Jornadas sobre Neoliberalismo y Estado</i>	519
<i>Encuentro internacional "Derechos Humanos en América: Una perspectiva de cinco siglos"</i>	520
V. CRONICA BIBLIOGRAFICA	
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Crónica Bibliográfica 1992</i>	527
VI. CRITICA BIBLIOGRAFICA	
ARISTÓTELES, <i>Retórica</i> (Gerardo López Sastre)	552
ANDRE JEAN ARNAUD, <i>Pour un pensée juridique européenne</i> (Juan Antonio García Amado)	557
JESÚS BALLESTEROS, <i>Derechos humanos</i> (Antonio Madrid Pérez)	561
JEREMY BENTHAM, <i>Falacias políticas</i> (Francisco Javier Ansuátegui Roig)	570
CASTILLÓN, BECKER, CONDORCET, <i>¿Es conveniente engañar al pueblo?</i> (Ernesto J. Vidal Gil)	578
PALOMA DURÁN, <i>Deberes sobre el género</i> (A propósito del Plan para la igualdad de las mujeres) (Carmen Tirado) ..	592
EUSEBIO FERNÁNDEZ, <i>Estudios de ética jurídica</i> (Francisco Javier Ansuátegui Roig)	596
REALINO MARRA, <i>Dalla Comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber, 1882-1889</i> (José Luis Domínguez Figueirido)	603
THOMAS L. PANGLE, <i>The Ennobling of Democracy. The Challenge of the Postmodern Age</i> (María Elósegui Itxaso) .	607
ANTONIO ENRIQUE PÉREZ-LUÑO, <i>La Seguridad Jurídica</i> (Blanca Martínez de Vallejo)	615
ELIGIO RESTA, <i>La certezza e la speranza</i> (Saggio su diritto e violenza) (Roberto Bergalli)	631
J. RUBIO CARRACEDO, <i>Ética constructiva y autonomía personal</i> (Manuel Toscano Méndez)	634
NICOLÁS M. SOSA, <i>Ética ecológica</i> (Vicente Bellver Capella)	639

1. 1.

Presentación

Esta novena aparición del ANUARIO está dedicada, en su parte monográfica, al tema *Mujer, Poder, Derecho*. Su elaboración ha supuesto un reto. Si lenta resultó entre nosotros la incorporación de la mujer a la docencia e investigación de las ciencias jurídicas, más lo fue en los ámbitos de la Filosofía y Teoría del Derecho. Al fin, sobre el tema, propuesto como acicate y banco de pruebas, podemos presentar un balance aceptable: buena parte de las colaboraciones ha sido firmada por mujeres. De estímulo ha podido servir la presencia femenina en la Etica, ya consolidada. Pero no todo es cuestión de autoría: el feminismo partió de una exigencia política y jurídica —la participación política a través del derecho a voto—, pero tuvo que repensar sus bases para proponer, a partir de la «diferencia», una forma específica de relación con la vida cotidiana, y por tanto con elementos tan omnipresentes en esa cotidianeidad como el poder y las normas.

Aunque cada contribución tiene su alcance, podríamos indicar como orientación para el lector que se suceden en parte tres cuestiones. En primer término la estrictamente jurídica, que analiza distintas propuestas de una «Teoría feminista del Derecho»; propuestas no sólo americanas, sino europeas y que se ponen en tela de juicio al relacionarlas con la «confrontación Norte-Sur». A esos primeros artículos siguen otros que versan, en segundo término, del feminismo en su dimensión política y que centran su atención en la experiencia española y en la de una de sus áreas deprimidas. Por último, desde distintas perspectivas éticas se aborda, afirmativa o negativamente, la hipótesis de la «diferencia».

Los *Estudios* se han ordenado en tres epígrafes. En el de *Teoría jurídica* ha de pagarse tributo a los «estatutos científicos» de nuestra peculiar «división del trabajo». En este caso de la Filosofía y de la Teoría del Derecho, aunque más adelante, en este mismo volumen, se procede a un debate sobre el estatuto institucionalizado de la Sociología del Derecho. Otros trabajos giran en torno a la creación judicial de Derecho.

Bajo el segundo epígrafe, *Valores jurídicos*, se ordenan colaboraciones referidas a una cuestión teórica crucial, la de los «principios» frente a las «normas». El derecho a la participación política y a la vivienda son los temas de las otras contribuciones.

Por último, el más extenso, distribuye en orden cronológico diversos capítulos de *Historia del pensamiento jurídico*. Kant, sólo expositivamente tratado, se convierte sin embargo en límite decisivo de lo que está «antes» o «después» de él. El crítico del «Derecho natural» estereotipa una tensión «iusnaturalismo-positivismo» que quizá no hace justicia a sus antecedentes. No puede faltar un estudio sobre filósofos del Derecho españoles de nuestro siglo, siguiendo una línea de investigación que no debe ser abandonada.

Los *Debates* se han enriquecido. Para la Dirección no deja de ser un orgullo comprobar que se está logrando reforzar una plataforma de discusión académica. La correspondencia recibida confirma además que es ésta una sección muy esperada y seguida por los lectores.

Tras las *Informaciones* —que serían más abundantes si se nos remitieran noticias de lo realizado por nuestra comunidad científica— se repite la experiencia de una *Crónica bibliográfica* que intenta contener, siguiendo leve hilo conductor, lo que a juicio de su autor es destacable entre lo publicado recientemente. Finalmente, en la *Crítica bibliográfica* se incluyen, junto a reseñas, pequeñas monografías a propósito de un libro. Tal vez ello invita a articular diferenciadamente esta sección, de cuya complejidad están persuadidas aquellas publicaciones científicas que prescinden de ella.

J. J. G. C.

I
MUJER, PODER, DERECHO

¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Oviedo

«Speaking as a feminist I think it must be very uncomfortable to be male, white, middle-class and a philosopher at a time in history when many oppressed groups are beginning to question the very foundations of Western subjectivity. It must be very painful to be cast back in the role of the oppressor and to be asked to account for it»

(BRAIDOTTI, 58)

INTRODUCCIÓN

La Teoría y Filosofía del Derecho tienen también sus modas y sus mecanismos de importación. Posiblemente es ese un fenómeno que afecta a todos los países del extrarradio de los imperios, pero que entre nosotros tiene especial presencia por razones sobre las que sería largo especular aquí. El caso es que cabe augurar que en los próximos años se hablará y escribirá abundantemente por estos pagos acerca de corrientes de pensamiento jurídico que cuentan en sus lugares de origen, fundamentalmente Estados Unidos, con más de una década de cultivo. Tal es el caso del movimiento *Critical Legal Studies* o el de la *Feminist Jurisprudence*. Lo que me propongo aquí es exponer unas líneas generales de este último, labor que exige algunas puntualizaciones previas.

La primera, que se trata aquí únicamente de una visión de conjunto de ese movimiento, en lo que afecta a cuestiones y temas de la Teoría y la Filosofía del Derecho. Significa esto que predominará en el tratamiento del tema la extensión sobre la profundidad. Este trabajo quiere ser ante todo una presentación conjunta y sintética de las doctrinas en cuestión, más que un análisis a fondo de todas o alguna de ellas. Y aunque procuraré no evitar la valoración y crítica, esos mismos caracteres de la exposición pueden hacer que la crítica no sea todo lo matizada y minuciosa que un tratamiento más pormenorizado del tema permitiría. En segundo lugar, ese

mismo enfoque de conjunto es un tanto simplificador, ya que se alude bajo ese común denominador a teorías divergentes y de muy distinto alcance. Ni el movimiento feminista es homogéneo, ni, como se verá, lo son tampoco las posturas de las teóricas feministas del derecho. De ahí que por «Jurisprudencia feminista» entienda aquí no un preciso movimiento, de contornos definidos y nítidos, sino un conjunto de doctrinas y autoras/es que tienen en común tan sólo unos pocos puntos básicos: entender que la mujer sigue en nuestras sociedades ocupando una posición de subordinación, que tal situación es injusta y que el derecho, no sólo como sistema de normas, sino como conjunto complejo de reglas, métodos, principios y procedimientos, coadyuva de modo importante en el mantenimiento de semejante realidad discriminatoria. A partir de ahí, como veremos, las recetas acerca de qué reformar en el derecho o en qué medida utilizar el propio derecho como instrumento de reforma de esa situación, variarán considerablemente.

Es en los años ochenta principalmente cuando se produce el giro que dará lugar a las corrientes que aquí analizaremos. En ese momento la doctrina feminista detecta que las victorias logradas en el ámbito de la legislación y la jurisprudencia, con normas y decisiones que reconocen igual trato por el derecho para hombres y mujeres, no impiden que la subordinación de la mujer en la práctica se mantenga o que, incluso, esas mismas medidas normativas tengan efectos paradójicos e inesperados para los intereses femeninos. La conclusión que de tal constatación se extraerá en estos años es que el compromiso del derecho con los intereses masculinos no se expresa única ni principalmente a través de los contenidos de sus normas sino, mucho más sutilmente, a través de los principios, métodos y modos de proceder con que en derecho se opera. Estos, derivados fundamentalmente del racionalismo y la Ilustración y presentados como patrimonio de la imparcialidad y garantes del interés general, serían, sin embargo, intrínsecamente masculinos y discriminatorios para el ser y el interés de la mujer (SMART, 1991, 137). Semejantes planteamientos formarán parte de un análisis feminista de mayor calado, conforme al cual, como dice BENHABIB, «para explicar la opresión de la mujer es necesario poner al descubierto el poder de aquellos símbolos, mitos y fantasías que atrapan a ambos sexos en el mundo incuestionado de los roles asignados al género» (BENHABIB, 1991, 95). Y el derecho se presentara como un campo abonado para tales planteamientos.

Antes de detallar los aspectos de esa crítica aplicada al derecho, hay que mencionar otro factor que contribuye decisivamente a dar el tono a esas doctrinas y que se erige en referencia constante de todas las tomas de postura al efecto. Me refiero a la obra de CAROL GILLIGAN, *In a Different Voice*, de 1982. Se trata de un trabajo de psicología que, en polémica con KOHLBERG, estudia las etapas del desarrollo moral de la persona, si bien, como ocurre también en el caso de KOHLBERG, la misma autora extrae de sus tesis consecuencias directas para la ética.

En síntesis muy apretada, lo que GILLIGAN sostiene, con base en sus experimentos, es que no hay una única vía y una única secuencia de etapas en la maduración moral del ser humano, como sostendría KOHLBERG, sino dos: la masculina y la femenina. Y así, cuando KOHLBERG distingue sus famosas seis etapas, la última de las cuales pertenece al nivel post-convencional y equivale a pensar los problemas morales a la luz de principios de justicia universales reflexivamente madurados, estaría universalizando un modelo de razonamiento moral que es propio únicamente de una parte de la humanidad, la masculina. Porque lo que GILLIGAN sostiene haber demostrado con sus conocidos experimentos¹ es que si hombres y mujeres responden con planteamientos distintos a idénticos dilemas morales no es porque, como se seguiría de la aplicación de las categorías de KOHLBERG, se encuentren respectivamente en estadios distintos de maduración o capacidad de razonamiento moral, sino debido a que participan de modos intrínsecamente distintos de comprender y afrontar los problemas morales. La voz de la moral racional no sería esa única voz que KOHLBERG retrata en sus diversas modulaciones, sino que habría dos voces, dos tipos de moral igualmente racionales; en el fondo, dos morales: la masculina y la femenina, cada una con sus específicas y propias fases de maduración².

Queda abierta, por tanto, una primera sospecha: los principios y procedimientos que en la era moderna se consideran garantía y expresión de la racionalidad práctica tal vez no sean más que manifestación del modo como los hombres ven ese sector de problemas y, consiguientemente, su universalización sería una manera de silenciar la otra voz, la otra perspectiva, la de las mujeres. ¿Pero en qué distintos tonos se traducen esas dos voces? La respuesta resumida es que la ética femenina sería una ética del cuidado (*care*) y la masculina una ética de principios (o de derechos, o de la justicia, pues de las tres maneras aparece denominada). Para la éti-

1. El más famoso de los casos en que GILLIGAN basa sus argumentos es el caso Heinz. GILLIGAN plantea a dos adolescentes, Jake y Amy, chico y chica, el siguiente dilema. Un hombre llamado Heinz ve como su mujer enferma morirá si no le consigue rápidamente una medicina que no puede pagar. Se les pregunta a los dos muchachos que harían en el lugar de Heinz ante la negativa del farmacéutico a proporcionar el medicamento en cuestión. Según GILLIGAN, para Jake, el chico, el asunto se plantea de modo similar a un problema de matemáticas, pero con seres humanos como protagonistas. Ante la disyuntiva de si robar o no la droga, Jake pondera el valor respectivo de la vida y la propiedad y aplica un patrón abstracto que le lleva a entender el peso mayor de la primera, por lo que cree que es moralmente correcto robar la droga y dice que procedería así en semejante caso. Por contra, Amy sopesa los riesgos que para la propia enferma conllevaría que su marido fuera detenido y se muestra partidaria de argumentar ante el farmacéutico para hacerle partícipe del problema vital que está en juego e implicarse en él. Con tal enfoque, el modo de resolver semejantes dilemas no es el de un puro cálculo en términos de derechos y deberes de distinto rango, sino que consiste en favorecer la comunicación entre los protagonistas, acrecentar el contacto personal y la intensidad de las relaciones humanas y valorar el contexto de cada decisión (GILLIGAN, 1982, 26 ss.). Pues bien, para GILLIGAN, que cada uno de los adolescentes, Jake y Amy, haya razonado de esa forma, no es casual, sino el reflejo de dos modos diferentes de abordar los problemas morales, modos que en este y otros experimentos se mostrarían como propios del modo de ser masculino y femenino, respectivamente.

2. Una buena exposición comparativa de KOHLBERG y GILLIGAN sobre este particular puede verse en MEYERS/KITTAY 1987, 7 ss.

ca de justicia o de derechos la reflexión moral consiste en la elección imparcial y racional de principios y en la aplicación de éstos. Tales principios u reglas tendrían carácter y alcance general y sirven para otorgar derechos u obligaciones con ese mismo alcance, debiendo estar también jerarquizados esos derechos a fin de poder ponderar, de modo objetivo y neutral, su respectivo peso en caso de conflicto. Por contra, para la ética del cuidado lo que cuenta por encima de la aplicación de cualquier principio o norma abstracta es la apreciación del contexto de cada conflicto y la consideración de las personas implicadas, haciendo prevalecer el elemento afectivo y emocional y la voluntad de ayuda sobre la frialdad y el distanciamiento de cualquier regla³. La misma GILLIGAN resume así sus tesis: «para las mujeres, el imperativo moral es un mandato de cuidado hacia los demás, una responsabilidad en ver y aliviar los males reales y reconocibles de este mundo. Para el hombre, el imperativo moral aparece más bien como el mandato de respetar los derechos de otros y, así, proteger frente a interferencias los derechos a la vida y a la autorrealización (...). Las mujeres perciben la moral como originada en la experiencia de contacto y es vista como un problema de inclusión más que como un problema de ponderación entre pretensiones contrapuestas» (GILLIGAN, 1982, 100 y 159-160).

Las críticas a GILLIGAN han sido muy abundantes. El mismo KOHLBERG, aun reconociendo que en su visión de la moral no dejaba suficiente espacio a ciertas actitudes como la atención hacia los demás, la capacidad de sacrificio, etc., responde que no se trata de éticas contrapuestas, sino necesariamente complementarias en todo caso y sea cual sea el sexo que razone. El predominio del aspecto de justicia o de cuidado dependerá de la índole de cada problema y del contexto en que se plantee (el gobierno de la comunidad o la familia, por ejemplo) (FRIEDMAN, 1987, 193)⁴, y hasta

3. «Según GILLIGAN, el ideal de persona moralmente madura en KOHLBERG presupone una persona que se define a sí misma como un individuo separado de los otros y que intenta determinar de un modo lógico cuales son sus derechos, dentro de los límites de la no interferencia con los derechos de otras personas. Esta concepción es, en opinión de GILLIGAN, masculina. Las mujeres se explican a sí mismas en término de conexión con otros y no en término de separación. Se experimentan y describen a sí mismas como insertas en una red de relaciones. Con esta diferente concepción se llega a una diferente comprensión y elaboración de los problemas morales: éstos no son construídos en términos de resolución de conflictos causados por el conflicto entre derechos, sino en términos de averiguar la respuesta responsable y atenta a las necesidades de ayuda de personas concretas» (WERKMAN, 1992, 126) Una buena exposición de las dos éticas puede verse también en MEYERS, 1987, 140-142 y BLUM, 1988, 474-477.

4. Esta sería la tesis defendida por BLUM, quien establece una división del trabajo moral al sostener que en la esfera de la amistad y el parentesco ha de predominar la moral del *care* sobre la justicia, y a la inversa en los casos en que se trate con personas con las que no se posea esa relación de proximidad (BLUM, 1988, 487 ss; similarmente HELD, 1987, 120. Críticamente al respecto WERKMAN, 1992, 134). Si fueran así las cosas podríamos preguntarnos cuál de esas morales habría de predominar en el supuesto hipotético de que alguien ocupe un cargo público y un hermano le solicite ayuda para obtener, mediante influencias o contactos, una concesión o una plaza que se obtenga por concurso. Es el tipo de duda que frente esa división del campo moral se plantea CARD: ¿qué se debe hacer cuando los requerimientos de los diferentes dominios entran en conflicto? (CARD, 1988, 132).

la ética del cuidado presupone principios y procedimientos de decisión con los que enjuiciar el diferente peso de los casos o las personas acreedoras de atención y cuidado (KOHLBERG, 1983, 21, 92). Otros han criticado en GILLIGAN cosas tales como las siguientes: la escasa base empírica de sus afirmaciones (FRIEDMAN, 1987, 192; NUNNER-WINKLER, 1986, 132-135) o lo limitado del campo de los problemas morales investigados por GILLIGAN, de modo que si sus encuestas a las mujeres hubieran versado sobre, por ejemplo, asuntos públicos o empresariales, su voz habría sonado similar a la masculina (MOODY-ADAMS, 1991, 202-204; RHODE, 1991b, 1786-1787); que el esquema bipolar que GILLIGAN maneja sigue siendo demasiado simple y no deja sitio para otras actitudes o virtudes morales, como el coraje, la honestidad o la prudencia (FLANAGAN/JACKSON, 1987, 628; BLUM, 1988, 485); que el modo de diferenciar la voz «femenina» y la masculina puede servir para reforzar estereotipos habituales y perjudiciales para la mujer (MOLLER OKIN, 1989a, 15; MOODY-ADAMS, 1991, 201; RHODE, 1991b, 1786; GRIMSHAW, 1991, 495); que las teorías de la justicia más actuales, como la de RAWLS, recogen ambos aspectos como complementarios (MOLLER OKIN, 1989a, 15), y hasta en el derecho, prototipo del razonamiento en términos de justicia o derechos, se contienen medios para introducir consideraciones de *care* en detrimento del puro formalismo impersonal (SMART, 1991, 151); que aun cuando la voz de la mujer sea propia y diferente, es un producto culturalmente determinado, no un elemento innato o consustancial (JAGGART, 1991, 85) o, más radicalmente, fruto del poder ejercido por el hombre (MACKINNON, 1987, 39); que ningún razonamiento moral puede plantearse únicamente en términos normativos, sin atención a las circunstancias del caso, ni en términos puramente casuísticos (SHER, 1987, 180-181) y que en toda persona se contienen conjuntamente ambas voces, variando su respectiva intensidad ante cada caso en función del modo cómo el problema en cuestión toca al sujeto (SCHULHOFER, 1990, 108-109; NUNNER-WINKLER, 1986, 132 ss.); o, por citar sólo una crítica más, se ha dicho también que desde el punto de vista teórico no tiene sentido hablar de «dos morales» igualmente válidas, pues, en último extremo, «o hay una moral o ninguna» (NUNNER-WINKLER, 1986, 132)⁵.

Pero a pesar de toda esa discusión, esa bipolarización de la realidad humana en un modo de ser específicamente masculino y otro femenino ha sido, como ya he dicho, un elemento básico en la reciente crítica feminista al derecho⁶. De ahí que, como señala SCHULHOFER, gran parte del pen-

5. «La validez de dos morales sólo puede afirmarse desde una metaperspectiva que defina un criterio que permita juzgar de la adecuación de ambas morales y que, con ello, constituiría una moral unitaria» (NUNNER-WINKLER, 1986, 132).

6. No es la de GILLIGAN la única construcción de ese tipo. Otras autoras afirman, por ejemplo, la distinta naturaleza de la mujer como consecuencia de su papel de madre, que haría que lo que en el hombre es individualismo en la mujer sea integración y conexión con otros seres (WEST, 1991, 207 ss.; RUDDICK, 1987, 237 ss.). Críticamente al respecto GRIMSHAW, 1991, 496.

samiento jurídico feminista de hoy parte de que hombres y mujeres tienen distinta psicología y distinta moral y de que el derecho existente se corresponde únicamente con la moral y psicología masculinas, de tal forma que para eliminar su injusticia se requiere «un cambio radical en la metodología del análisis moral y legal» (SCHULHOFER, 1990, 106).

Presentado así el marco general de la discusión, desglosemos algunos de los elementos críticos de tal feminismo frente al pensamiento moral y jurídico establecido.

1. IMPARCIALIDAD, NEUTRALIDAD Y UNIVERSALIZACIÓN

Las consecuencias para la ética de teorías como la de GILLIGAN no se hicieron esperar. La idea de que la moral racional está presidida por el principio de universalización queda cuestionada desde el momento en que sobre cada problema moral existen dos puntos de vista igualmente válidos y justificados, determinados por los caracteres intrínsecos de sus portadores como mujeres u hombres. Todo intento de hacer abstracción de esa sustancial dualidad, a fin de establecer una moral abstracta que hable en nombre de la neutralidad e imparcialidad y se erija en juez racional no vinculado a concretas personas o grupos, se contemplará como una vía para privilegiar los planteamientos de la moral masculina y discriminar la femenina. Esos caracteres de universalidad y abstracción son los que corresponden a la «voz» moral masculina, frente a la moral de *care* de las mujeres (O'DONOVAN, 1989, 132 ss ; BENHABIB, 1986, 340ss; YOUNG, 1991, 58). En palabras de BENHABIB, «las teorías morales universalistas, en la línea de la tradición occidental, de HOBBS a RAWLS, son sustitucionistas (*substitutionalist*), en el sentido de que el universalismo que defienden está subrepticamente definido mediante la identificación de las experiencias de un grupo específico de sujetos como caso paradigmático de la humanidad en cuanto tal. Esos sujetos son invariablemente blancos, adultos, masculinos y propietarios o al menos profesionales». Y la objeción es que «en este universo» las experiencias de la mujer no tienen cabida (BENHABIB, 1991, 85).

Las críticas a estos planteamientos antiuniversalistas han sido intensas y profundas. Así, BARTLETT da la vuelta al argumento y muestra cómo en tales tesis de la ética feminista se universaliza también, esta vez el término «mujer», y se habla genéricamente de una realidad femenina que, sin embargo, parece coincidir únicamente con la mujer blanca de clase media (BARTLETT, 1991, 376)⁷. Por su parte, LOVIBOND defiende que la libera-

7. Con esto llegamos al problema del esencialismo en las doctrinas feministas. HARRIS lo define como «la idea de que una experiencia unitaria y esencial de la mujer se puede aislar y describir independientemente de la raza, clase, orientación sexual y otras realidades de la experiencia» (HARRIS, 1991, 238; en el mismo sentido MINOW, 1990, 231-232, 237; PHELAN, 1990, 48-49). HARRIS puntualiza que en la teoría jurídica feminista «al igual que en la cultura dominante, quienes pretenden hablar en nombre de todos son generalmente personas de raza blanca, que están a bien con la ley y socioeconómicamente privilegiadas» (HARRIS, 1991, 239).

ción femenina sólo puede proceder de la lucha por la plena realización de los ideales ilustrados y universalistas (LOVIBOND, 1990, 179). Pero las críticas más importantes son las que hacen referencia a la autoaplicación de la teoría, con sus consecuencias relativizadoras de las propias posiciones, y a la imposibilidad de evitar por completo en la moral femenina la presencia de la idea de regla imparcial y universalizable.

Respecto de lo primero, JAGGART sostiene que si toda razón está vinculada a personas, grupos o contextos, de modo que no cabe una racionalidad al margen de esas determinaciones y con la que medir las distintas razones cultural o grupalmente dependientes, no queda más salida que un relativismo como el de GILBERT HARTMAN⁸. «Tal punto de vista parece excluir la crítica moral feminista frente a la dominación sobre las mujeres, allí donde ésta es una práctica social aceptada, y parece implicar que sólo las feministas están vinculadas por la ética feminista» (JAGGART, 1991, 94).

A su vez, SHER muestra como incluso en una ética que atienda más a las consideraciones personales que a los principios generales se necesitan reglas para las que se pretenda validez universal, pues lo contrario significaría un casuismo enteramente arbitrario y la negación de la idea misma de moral⁹. También la decisión personal ha de poder justificarse moralmente, en términos generales, esto es, no arbitrarios y admitiendo la misma justificación para todos y en todos los casos iguales. Es decir, ha de darse una justificación o admisión *imparcial* hasta de los supuestos en los que es moralmente admisible la parcialidad. Y nada impediría, según esta autora, que, por ejemplo, los contratantes en la situación originaria de Rawls optasen *imparcialmente* por reglas que permitan la actuación parcial en determinados supuestos, admitidos con carácter general (SHER, 1987, 186)¹⁰. Igualmente parece certera la crítica de FROMMEL. Explica cómo el contextualismo de GILLIGAN no tiene por qué conducir

8. Se ha transitado una salida más: cuestionar, también por llevar el sello masculino y patriarcalista, las ideas mismas de racionalidad o coherencia teórica. (Véase SMART, 1991, 142-143; SMART, 1989, 71; WISHIK, 1986, 68; WOESLER DE PANAFIEU, 1988, 30; BRAIDOTTI, 1987, 47-48). Críticamente al respecto MINOW, que destaca cómo también las feministas presentan sus afirmaciones bajo la forma académica de trabajos teóricos y con pretensiones de verdad y validez (MINOW, 1990, 238-239).

9. Por eso WERKMAN acaba también otorgando prioridad a la idea de justicia sobre la de cuidado y dice que «una buena moral del cuidado es dependiente del mantenimiento de la justicia en la sociedad» (WERKMAN, 1992, 135). Busquemos nosotros un ejemplo que nos sea próximo: sin una moral de justicia y con sólo la moral que nos llevara a hacer prevalecer la idea de contacto personal y proximidad, sin principios generales, ¿qué profesor suspendería el examen de su pariente, del hijo de su amigo o del vecino de su pueblo? ¿Cabría aventurar que ciertas prácticas políticas y administrativas que el vulgo tiene por corruptas son expresión de una moral del *care*?

10. Similarmente, ADLER explica que también cabe la universalización de situaciones en que se admite la parcialidad hacia determinadas personas, como puedan ser hijos o padres, entendiendo que el mismo tratamiento favorable cabe o es debido en todas las situaciones idénticas y con personas con las que se guarde la misma relación (ADLER, 1989, 153). «Lo universalizable es la máxima que subyace a la acción, no el dar la moneda a esta o aquella persona» (ADLER, 1989, 154). En el mismo sentido, MOLLER OKIN 1989b, 247.

a consecuencias contrarias al principio de universalización. FROMMEL distingue entre fundamentación (*Begründungsebene*), siempre universalista, y aplicación (*Anwendungsebene*). «En el campo de la fundamentación sólo puede haber una moral o ninguna; por contra, en el ámbito de la aplicación se dan una pluralidad de decisiones en conflicto, relativamente plausibles. Estas no pueden ser reducidas a una perspectiva masculina y otra femenina (...) En especial, el contextualismo no es un dominio femenino, sino un tipo de argumentación orientado a la consideración de la persona» (FROMMEL, 1991, 92). Y NUNNER-WINKLER aclara que la del cuidado y la de la justicia no son éticas diferentes, sino que la distinción sería entre obligaciones perfectas e imperfectas. La ética de la justicia formularía obligaciones perfectas, que son obligaciones de omisión, por lo cual aquello que caería bajo lo que GILLIGAN denomina ética del cuidado serían obligaciones imperfectas, como la de ayudar a otros, aceptar responsabilidades, etc. Estas obligaciones, incluidas las perfectas, necesariamente requieren contextualización y tomar en cuenta la situación de los sujetos, pues sin tales consideraciones ningún principio formal puede proporcionar máximas efectivas para la acción (NUNNER-WINKLER, 1984).

Un dato que iremos apreciando en los sucesivos apartados es que la teoría feminista de la moral o el derecho se recrea en la crítica pero raramente perfila con suficiente nitidez y virtualidad práctica doctrinas o modos de actuar alternativos a los criticados. Tal ocurre también en este punto. Quizá la autora que mejor ha elaborado y precisado un modo de pensar distinto es BENHABIB, con su teoría del «otro concreto», como respuesta al «otro generalizado» de la moderna ética universalista. Esta última operaría bajo la idea de que las normas racionales son las susceptibles de contar con el asentimiento de todos, pero entendidos no en su concreta y distinta existencia personal y corporal, sino como modelo único y uniforme de persona, como seres abstractos, que, además, reflejan el ser masculino y marginan las peculiaridades personales de la mujer (BENHABIB, 1986, 340 ss.). Por contra, la ética del «otro concreto» parte de que el razonamiento moral siempre ha de llevarse a cabo a la luz de la real existencia y la conexión con las personas, no haciendo abstracción de ese lado existencial. Sólo así se respeta el ser peculiar y las necesidades de cada ser humano¹¹. No es el de BENHABIB un cuestionamiento radical del principio de universalización, sino la constatación de su necesaria complementación con la toma en consideración de la existencia real de las personas implicadas en el caso, a fin de que la abstracción no signifique imposición de un único patrón de humanidad y racionalidad a efectos del razonamiento moral, en concreto del patrón masculino (BENHABIB, 1986, 409-410). En sus palabras, «el re-

11. El modelo en concreto de razonamiento moral que BENHABIB propone lo denomina «interpretación comunicativa de necesidades» y puede verse desarrollado en BENHABIB, 1991, 92 ss. y en BENHABIB, 1986, 339-343.

conocimiento de la dignidad y valor del otro generalizado es una condición necesaria, pero no suficiente para definir el punto de vista moral de las sociedades modernas. En este sentido, el otro concreto es un concepto crítico que designa los límites ideológicos del discurso universalista» (BENHABIB, 1991, 92)¹².

2. TEORÍAS DE LA JUSTICIA

BENHABIB elabora esas tesis en polémica con autores tales como KOHLBERG, RAWLS o HABERMAS, a los que tilda de seguir prisioneros de la perspectiva del otro generalizado, esto es, del modo masculino de entender el razonamiento moral, y por tanto falsa o insuficientemente universalista. Similares imputaciones se contienen en otra autoras. Veremos aquí brevemente las críticas que desde los postulados feministas se han realizado a RAWLS y HABERMAS y las posturas frente a las teorías comunitaristas de la justicia.

2.1. *Críticas a Rawls*

Ya sabemos que en los análisis feministas recientes «aquellos ideales del liberalismo y la teoría contractualista, tales como la igualdad formal y la racionalidad universal, están profundamente enraizados en los prejuicios masculinos acerca de lo que significa el ser humano y la naturaleza de la sociedad» (YOUNG, 1991, 58). Precisamente la ética del cuidado que GILLIGAN defiende como propia de la mujer y marginada en las concepciones al uso sobre la justicia, se ve como opuesta a la ética de la justicia que se asocia con las doctrinas contractualistas, particularmente con RAWLS (SUNSTEIN, 1989, 220).

BENHABIB explica cómo «de acuerdo con KOHLBERG y RAWLS, la reciprocidad moral envuelve la capacidad para adoptar el punto de vista del otro, para ponerse uno mismo imaginariamente en el lugar del otro, pero bajo las condiciones del 'velo de ignorancia' desaparece el *otro como diferente de uno mismo* (...). Las diferencias no son negadas, pero se convierten en irrelevantes» (BENHABIB, 1991, 89). Consecuentemente, la verdadera identidad de los sujetos no sería tomada en consideración al establecer las reglas de la moral racional. El ser de la mujer resultaría marginado de ese hipotético proceso decisorio, debido a que ese modelo de sujeto que se hipostasía y se presenta como ser humano genérico es el sujeto masculino, con su particular manera de proceder y razonar.

12. También importa destacar que BENHABIB no asigna en exclusiva a la mujer la capacidad para tomar en consideración la perspectiva del otro concreto (BENHABIB, 1986, 409, n. 124).

La autora que mantiene una actitud más equilibrada en este tema es MOLLER OKIN. Discute interpretaciones de RAWLS como las de YOUNG o BENHABIB (MOLLER OKIN, 1989b, 247-248) y sostiene que no es cierto que la obra de RAWLS sea puramente racionalística e individualista, que haga abstracción de los seres humanos reales y no deje lugar para el sentimiento o el *care*. La parte individualística de RAWLS tendría que ver con su componente kantiano (MOLLER OKIN, 1989b, 231 ss.). Pero el valor del sentimiento se destaca en la ética de RAWLS cuando se refiere a la importancia de la familia como primera escuela de maduración moral y admite que el desarrollo del sentido de la justicia depende de la vinculación y sentimiento hacia los otros que se origina en la familia (MOLLER OKIN, 1989b, 238). Ese sentido de la justicia será fundamental al tiempo de poder establecer el nexo entre los sujetos pensados en la posición originaria y los sujetos reales que los piensan y asumen los que serían sus principios de justicia. Tal asunción por parte de quienes sí conocen sus circunstancias y su situación personal y renuncian a su puro egoísmo para aceptar aquellos principios de justicia, sólo puede ser fruto de una ética que no sea meramente individualista y egoísta, sino que se preocupa por la realidad del otro, aún a costa del sacrificio de una parte, al menos, de su interés egoísta (MOLLER OKIN, 1989b, 246)¹³.

No obstante, en lo que sí reconoce MOLLER OKIN que quedan en la obra de Rawls componentes sexistas o pérdidas de su potencialidad para articular una sociedad con justicia entre los sexos, es en aspectos como los siguientes. Sostiene Rawls que los sujetos que se hallan en la posición originaria son «cabezas de familia»¹⁴, razón por la cual, según MOLLER OKIN, no están en situación de plantearse con la misma imparcialidad que otras cuestiones la de la justicia dentro de las familias (MOLLER OKIN, 1989b, 235); además RAWLS no explica su asunción de que las instituciones familiares son inherentemente justas (MOLLER OKIN, 1989b, 236-237; 1989a, 21-22, 94)¹⁵ y, por tanto, si no lo fueran, tendríamos que tampoco podrí-

13. «Si el argumento general de OKIN es correcto, es posible superar la división entre la crítica feminista a la teoría del contrato social y, al menos, ciertas formas de contractualismo: la dicotomía entre ética del cuidado y ética de la justicia parece disolverse» (SUNSTEIN, 1989, 222-3).

14. Explica esta autora como lo que lleva a RAWLS a hacer que los protagonistas del contrato sean cabezas de familia es el que puedan preocuparse, al establecer los principios de justicia, por las generaciones futuras, y aclara también que tales cabezas de familia no tienen por qué ser varones ni lo exige así RAWLS expresamente. Lo criticable sería que todo ello supone la asunción de la dicotomía público/doméstico y la exclusión de la acción de la justicia en este último ámbito y en las relaciones entre los sexos (MOLLER OKIN, 1989a, 92; MOLLER OKIN, 1987, 45 ss.).

15. El problema es que si las instituciones justas son aquellas regidas por unos principios de distribución en los que todos los miembros podrían consentir en la situación originaria, «en cuanto que aquellos que se encuentran en la posición originaria son los cabezas o representantes de las familias, no están en situación de determinar las cuestiones de justicia dentro de las familias» (MOLLER OKIN, 1989a, 94), con lo que se haría a la familia «opaca» a las pretensiones de justicia. La esposa o el miembro de la familia que no sea su «cabeza» «queda completamente carente de representación en la posición originaria», y si las familias son instituciones justas, como RAWLS da por sentado, lo son en virtud de principios distintos de esos que RAWLS establece y que se disponen en la posición originaria (*ibid.*).

an cumplir aquel importante papel que RAWLS les asigna como base de la maduración moral (MOLLER OKIN, 1989b, 237; 1989a, 99-100). Para MOLLER OKIN, la teoría de la justicia de RAWLS adolece del defecto de no integrar la justicia entre los sexos. Por eso para perfeccionarse necesita que sus principios se apliquen también a la esfera doméstica y en el seno de las familias, de manera que los sujetos en la posición originaria no conozcan su sexo, como RAWLS efectivamente admite, pero tampoco su lugar dentro del esquema familiar (MOLLER OKIN, 1989a, 101 ss.)¹⁶.

2.2. *Críticas a Habermas*

Si acabamos de ver que la relación de la doctrina feminista con RAWLS es un tanto ambivalente, tanto más ocurre así con HABERMAS, cuyas tesis universalistas son fuertemente discutidas, al mismo tiempo que se cifra en las mismas la mejor vía para integrar en la ética la voz femenina en condiciones de igualdad.

Esa ambivalencia se ve claramente en YOUNG o KULKE. Para YOUNG, la ética comunicativa de HABERMAS aporta una concepción de la razón normativa válida como alternativa a aquella idea de la razón como imparcialidad y opuesta a la afectividad y el deseo. La ética de HABERMAS «elimina el monologismo autoritario de la razón deontológica» sustituyéndolo por un modelo dialógico que tiene en consideración al otro. La idea comunicativa que HABERMAS maneja sirve para concebir el razonamiento dialógico como contextual y personalizado, de modo que los interlocutores no necesitan abandonar sus perspectivas personales y sus sentimientos para sustituirlos por el punto de vista imparcial y universal. Pero HABERMAS defraudaría esta expectativa por seguir ligado a la idea de imparcialidad y presuponer un ego transcendental como razonador imparcial (YOUNG, 1991, 68-69). La imparcialidad estaría presupuesta en toda discusión, entendiéndose por tal la neutralización de todo motivo que no sea el de la cooperación en la búsqueda de la verdad para hacer posible el consenso por encima de las diferencias e intereses particulares. HABERMAS, se dice, reedita el modelo deontológico y la oposición entre razón y sentimiento, pues devalúa el aspecto expresivo y corporal de la comunicación. HABERMAS acabaría reproduciendo la lógica de la identidad al reducir a un modelo unitario a todos los interlocutores en la argumentación, devaluando así todo elemento diferenciador (YOUNG, 1991, 69-71). Para esta autora, la ética comunicativa sirve como punto de partida, pero entendiendo a los sujetos no como individuos, sino como parte de grupos sociales

16. Resulta curioso ver como KYMLICKA critica a MOLLER OKIN por partir de prejuicios análogos o paralelos a los que imputa a RAWLS. Si éste es criticado por aceptar sin cuestionamiento la familia con roles desiguales, OKIN es criticada por asumir la familia heterosexual y monógama, pues siempre habla de la familia de hombre y mujer. De esa forma su teoría de la justicia estaría, a su vez, discriminando las uniones de lesbianas u homosexuales masculinos o las familias no tradicionales, y se le podrían dirigir a ella misma las objeciones que formula a RAWLS (KYMLICKA, 1991, 83 ss.).

desde cuyas premisas conocen y piensan sin posibilidad de perfecta imparcialidad. Habría que estructurar por tanto el proceso comunicativo de modo que todos los grupos tengan un igual derecho a expresarse e influir en la decisión (YOUNG, 1989, 263)¹⁷.

Para KULKE, la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS resulta sumamente prometedora como alternativa para una idea de razón que incorpore en pie de igualdad la participación y los intereses de la mujer (KULKE, 1988, 59)¹⁸. Pero esas posibilidades no se consumirían, por dos razones principales: una, porque HABERMAS se apoya en una idea del desarrollo moral y cognitivo que se presenta como paradigma sexualmente neutral pero que esconde mecanismos de dominación masculina y no cuestiona la polarización social entre los dos sexos; y dos, porque el mundo de la vida en el que HABERMAS sitúa la racionalidad comunicativa no manipulada sistémicamente es necesariamente, en estas sociedades, un mundo de discriminación hacia la mujer y que se ha construido sin su participación y en su detrimento (KULKE, 1988, 67-68)¹⁹.

Pero probablemente la crítica más detallada es la que presenta FRASER. Se opone a las tesis de HABERMAS por los siguientes extremos: *a*) por la distinción que propone HABERMAS entre reproducción material y reproducción simbólica de la sociedad, asignando a esta última cuestiones tales como el cuidado de los niños, lo que conlleva el riesgo ideológico de que esta última actividad no se vea como trabajo ni susceptible de remuneración (FRASER, 1985, 102); *b*) por la inclusión de la familia nuclear dentro de los contextos de acción socialmente integrados, diferentes de los sistémicamente integrados, lo que esconde la dimensión estratégica y económica que también posee la familia y oculta las discriminaciones y opresiones que en ella pueden acontecer en perjuicio de la comunicación racional, igualitaria y libre (FRASER, 1985, 102-109); *c*) por el modo como HABERMAS presenta la articulación entre esfera privada y pública y como entiende la familia comunicada con la esfera pública a través de roles como el de trabajador o consumidor, desconociendo el sustrato de división sexual de estos roles que describe. Y también el modelo de ciudadano que

17. En mi opinión, el problema de esta alternativa sería el siguiente: si nadie puede trascender hacia la imparcialidad los parámetros de su grupo ¿cómo se decide en cada caso por qué propuesta se opta cuando el conflicto se plantea entre pretensiones de grupos distintos? ¿Prescindimos de toda pretensión de racionalidad intergrupala y reducimos la moral al hecho desnudo de la fuerza o a las contingencias de la dominación?

18. En el mismo sentido, THOMPSON, 1987, 110-111.

19. Sería esta última una objeción similar a la que se hace al concepto de tradición a que apelan los comunitaristas y que veremos más adelante. En reproches similares incide SCHMIDT-WALDHERR cuando dice que el «universalismo evolutivo» de HABERMAS debería ir complementado con un estudio histórico que mostrase la interferencia en su realización de las estructuras patriarcales, las cuales inciden incluso en las condiciones de posibilidad de un discurso verdaderamente libre y participativo, pues ni siquiera es neutral frente a la dominación sexual el lenguaje con el que el entendimiento exento de manipulación debería ser posible (SCHMIDT-WALDHERR, 1988, 52-53). En el uso por HABERMAS de la idea de «mundo de la vida» sin tomar en cuenta su interrelación con los mecanismos de dominación social masculina incide también la crítica de WOESLER DE PANAFIEU (1988, 36).

HABERMAS dibuja en conexión con la esfera pública tendría perfiles netamente masculinos, de modo que «hay una disonancia conceptual entre la feminidad y las capacidades dialógicas centrales para la concepción habermasiana de la ciudadanía» (FRASER, 1985, 116); y *d*) por el hecho de que HABERMAS no incluya el feminismo entre los nuevos movimientos sociales que, en su opinión, surgen como reacción a la colonización del mundo de la vida en el Estado actual, y, por el contrario, critique al movimiento feminista por «particularista» y defensor de tesis no universalistas (FRASER, 1985, 122).

Un análisis detenido de estas críticas a RAWLS y HABERMAS nos llevaría aquí demasiado lejos. Baste decir que, en mi opinión, lo que algunas de estas contraposiciones entre consenso hipotético y consenso real desatienden es que, en estos autores, el consenso ideal opera contrafácticamente como criterio normativo con el que medir la racionalidad del consenso real en cada momento acaecido o posible. Así, ese enfoque universalista sirve para criticar un consenso real que fuera fruto de la manipulación o la dominación sobre la mujer, a condición de que se asuma la tesis universalista de que mujer y hombre pueden consentir conjuntamente y no están abocados a morales incompatibles, dependientes de sus diferencias naturales.

2.3. Críticas a las teorías comunitaristas de la justicia

El hecho de que la llamada ética feminista, fundamentalmente en lo que deriva de tesis como la de GILLIGAN, insista en el valor de los vínculos personales y el sentimiento de grupo, frente al individualismo que se reprocha a la moral liberal y que llevaría el sello masculino²⁰, ha hecho que algunas feministas se hayan sentido próximas a las tesis comunitaristas de autores como MACINTYRE o SANDEL. Como apunta JAGGART, las tesis de GILLIGAN han servido de apoyo para el reverdecimiento del neoaristotelismo y el cuestionamiento del patrimonio moral de la Ilustración, con sus secuelas de individualismo, imparcialidad y razón, así como para la apreciación del significado moral de las ideas de comunidad y sentimiento (JAGGART, 1991, 83). Pero también aquí se detecta una cierta ambivalencia y acaba por predominar la crítica, en mi opinión acertadamente.

A este respecto la crítica más detallada al comunitarismo es la que presenta FRIEDMAN. Indica como, a primera vista, algunas tesis del nuevo comunitarismo son similares a las del feminismo, especialmente la insistencia de éste en el cuidado y *nurturance* (FRIEDMAN, 1989, 276). Pero la filo-

20. Por ejemplo, para WEST el individualismo es claramente masculino, pues la experiencia de las mujeres es de «conexión», no de separación respecto del otro, fundamentalmente debido al embarazo, pero también a otras experiencias, como la penetración, el amamantar, etc. (WEST, 1991, 201 ss.).

sofía comunitarista en su conjunto sería peligrosa para el feminismo, pues «los comunitaristas invocan un modelo de comunidad que se centra particularmente en las familias, los próximos y las naciones», y «este tipo de comunidades han generado roles y estructuras sociales altamente opresivas para las mujeres» (FRIEDMAN, 1989, 277). En tres sentidos no es útil el comunitarismo para el feminismo, en opinión de esta autora. En primer lugar, la afirmación de que los individuos están constituidos por sus relaciones sociales y comunitarias no implica de ningún modo que una comunidad basada en el cuidado sea mejor que una basada en el la lucha entre individuos. Cada comunidad tendrá su modo de ser (FRIEDMAN, 1989, 279 ss.). En segundo lugar, el comunitarismo presupone la vinculación moral a los valores comunitarios, mientras que el feminismo parte de la necesidad de criticarlos cuando son sexistas (FRIEDMAN, 1989, 280 ss.). Por último, el tipo de comunidades que los comentaristas enfatizan (familia, escuela, nación...) no son electivas, y la liberación que las feministas buscan se basa en sustraerse al sexismo que en algunas de esas comunidades no electivas se practica y organizar una convivencia más justa en comunidades voluntarias, fundamentalmente en el ámbito de la amistad y el espacio urbano (FRIEDMAN, 1989, 282 ss.).

La clave de la diferencia que por cuestiones estratégicas se ven obligadas las feministas a establecer con los comunitaristas, queda bien patente cuando FRIEDMAN explica que por mucho que sea compartida la idea del ser social o comunitario frente al individuo como átomo y aunque ambos movimientos recalquen la importancia de valorar a los próximos, cuidarlos y responsabilizarse por ellos, lo que las feministas no pueden aceptar es que la clave constitutiva de esos grupos en que la identidad de cada uno se forja sea la tradición, pues esa tradición puede ser y suele ser de desigualdad y sumisión de la mujer, de discriminación de unos grupos frente a otros, etc. (FRIEDMAN, 1991, 170)²¹.

3. ¿ES MASCULINO EL DERECHO?

En la medida en que el derecho moderno se articula como derecho general y abstracto y cifra su racionalidad en unos procedimientos que buscan asegurar, en el mayor grado posible, la neutralidad de sus operadores y la imparcialidad de sus decisiones, es fácil suponer después de lo que llevamos visto que esos valores y procedimientos jurídicos serán tildados también de eminentemente masculinos y perjudiciales para el ser y la si-

21. En esa incompatibilidad que para las feministas supone la prioridad otorgada por los comunitaristas a la tradición en que cada sociedad se constituye, y en el consiguiente carácter conservador y reaccionario, por antiigualitario, de esas doctrinas, insisten también autoras como MOLLER OKIN (1989a, 42ss, 60, 72), BARTLETT (1991, 379) o JAGGART (1991, 95). Similar es la crítica de LOVIBOND hacia el comunitarismo y las filosofías del posmodernismo que cuestionan la idea racionalista de legitimidad, pues sin ella el feminismo pierde su mejor justificación como lucha por unos ideales de igualdad, latentes en la filosofía moderna y aún inalcanzados, y pasa a ser una narración más en pugna con otras narrativas contrarias, sin base para invocar un superior respaldo racional (LOVIBOND, 1990, 170 ss.).

tuación de las mujeres. Así, para GRBICH lo que modernamente se llama derecho no es más que «la experiencia masculina de la autoridad» y sirve fundamentalmente para el mantenimiento y reproducción de esa supremacía masculina (GRBICH, 1990, 77). Y lo que la teoría del derecho vendría haciendo sería ocultar esa parcialidad del derecho, dándole una apariencia de neutralidad e inclusión igualitaria de ambos sexos bajo la generalidad de la norma (GRBICH, 1990, 78; RIFKIN, 1980, 87).

Repárese en que no estamos hablando de que los contenidos de las normas sean más o menos discriminatorios, sino que se afirma que nuestros mismos sistemas jurídicos siguen sirviendo al dominio del hombre sobre la mujer aunque sancionen la igualdad de trato entre los sexos. Y ello porque, en palabras de MACKINNON²², «el derecho, estructuralmente, adopta el punto de vista masculino» (MACKINNON, 1989, 216) o, porque, como aún más radicalmente expone BAHR-JENDGES «al ordenamiento jurídico le subyace aún un mito, el mito del padre» (BAHR-JENDGES, 1990, 99)²³. Concretemos más la explicación y veamos qué aspectos del derecho son los que se mencionan como masculinos. Al efecto se cita la organización jerárquica del derecho, el carácter dialéctico o de enfrentamiento en los procesos jurídicos o la preferencia que se otorga a la racionalidad en detrimento de otros valores (POLAN, 1982, 301). Hasta la misma idea de orden o seguridad como justificación de la existencia del derecho es discutida desde esta óptica²⁴. Y ya sabemos la crítica que con carácter general se vierte contra valores como la imparcialidad o neutralidad, valores reputados de masculinos y que se contendrían en nuestros ordenamientos en detrimento de otros valores más afines con el modo de ser femenino, como los derivados del sentimiento de conexión y afectividad hacia los demás (WEST, 1991, 230). Esa explicación se torna aún más gráfica cuando OLSEN señala que en nuestros esquemas de pensamiento solemos operar con dualismos y que estos contienen siempre una jerarquía entre sus dos polos, tienen siempre un polo positivo y otro negativo (racional/irracional, activo/pasivo, objetivo/subjetivo, abstracto/contextual, imparcial/parcial,

22. KINGDON menciona la de MACKINNON como ejemplo de teoría esencialista del derecho (KINGDON, 1991, 5-6). Frente al concepto de esencialismo que hemos visto en nota 7, KINGDON lo define, aplicado al derecho, como toda teoría del derecho que trata de reducir la esencia de éste a alguna otra cosa, ya sea la economía o los intereses masculinos (*ibid.*, 1).

23. Ciertamente hay que decir que frente a esas posturas más radicales, que sostienen una especie de ontología masculina de lo jurídico, o compromiso sustancial del derecho con un modo de ser y pensar que es el del hombre, otras autoras recalcan que los componentes discriminatorios que se dan en los ordenamientos responden más bien al hecho simple de que sus normas han venido siendo elaboradas por hombres y recogen, por tanto, sus experiencias e intereses, y no los de las mujeres (STANG DAHL, 1986, 242), por lo que la igualdad empezará a ser efectiva únicamente cuando la perspectiva y experiencia de la mujer se recoja y reconozca en igualdad con la del hombre a la hora de establecer y aplicar las normas (FREEDMAN, 1983, 965-966).

24. WISHIK entiende que es falsa la caracterización del derecho como instrumento necesario para producir seguridad frente a la agresión o el sometimiento por parte de otros, pues dice que ésta es una visión «masculina» que ignora la raíz del comportamiento femenino, que sería no agresivo y orientado al cuidado y la convivencia (WISHIK, 1986, 69).

neutral/tendencioso). Esos polos positivo y negativo acostumbrarían a describirse respectivamente al hombre y la mujer. En el caso del derecho, los valores que lo presiden son esos mismos de objetividad, neutralidad, imparcialidad, racionalidad, etc., que suelen asignarse al lado masculino de la sociedad (OLSEN, 1990, 303-305).

La insistencia en el carácter del derecho moderno como enmascarador de la dominación de un género sobre el otro²⁵ es poco menos que una constante en la crítica feminista, y de ahí que la tarea primera que se asigna para esa nueva disciplina jurídica que sería la «Jurisprudencia feminista» y que se enseña en algunas universidades noruegas o americanas bajo denominaciones como las de *Women's Studies in Law* o *Women's Law*²⁶, sea precisamente la de descubrir y sacar a la luz los componentes discriminatorios que se esconden en las propias estructuras y procedimientos de los ordenamientos actuales (GRBICH, 1990, 75 ss.; WISHIK, 1986, 68). Ahora bien, esa condición «superestructural» del derecho deja abiertas dos cuestiones importantes: por un lado, cuál sea la verdadera naturaleza o el verdadero sustrato de lo jurídico; por otro, en qué medida el instrumentario jurídico, así relativizado y puesto al descubierto en su compromiso con los intereses masculinos, puede aún ser utilizado como herramienta útil en la lucha contra el sometimiento de la mujer.

En cuanto a lo primero, para numerosas escritoras es claro que la verdadera sustancia del derecho es el poder, en este caso el poder que preside la dominación de un sexo sobre el otro. La cuestión decisiva, como dice RIFKIN, es una cuestión de poder (RIFKIN, 1980, 87). Aquí los análisis más rotundos e influyentes han sido los de MACKINNON²⁷.

En lo que se refiere a la conveniencia o no de articular la lucha feminista en términos jurídicos, el escepticismo es tanto mayor cuanto más radical el planteamiento teórico. Cuanto más se identifica la estructura de lo jurídico con los caracteres masculinos y cuanto más se ve la esencia del derecho en la mecánica del poder entre los sexos, tanto más se desconfía de la posibilidad de cambiar esa mecánica por la acción del propio derecho. De ahí que autoras como POLAN sostengan que las potencialidades reformadoras del derecho son escasas y que las feministas han de ser conscientes de que al cambio jurídico debe anteceder el cambio cultural o económico, por lo que su lucha debe dar prioridad a estos

25. Es un planteamiento que recuerda la crítica de MARX al derecho moderno y a su idea central de igualdad ante la ley como ocultadora de la verdadera desigualdad y dominación entre las clases sociales. Este paralelismo de las críticas no ha pasado desapercibido a feministas como MACKINNON, 1989, 3 ss. y especialmente MACKINNON, 1991.

26. La obra de TOVE STAND DAHL, *Women's Law* (1988, 2ª ed.) sirve como ejemplo de manual para esa materia. De esta obra existe en castellano una edición bajo el título de *El derecho de la mujer* (Madrid, Vindicación Feminista, 1991), edición ridícula (por ejemplo, no se recoge la bibliografía a que remiten las referencias en el texto y se traduce el índice de materias sin remitir a las páginas respectivas) con una traducción bochornosa.

27. Vid. *infra* nota 32.

campos (POLAN, 1982, 300 ss.), o que, por lo mismo, RIFKIN explique que, en tanto no se cambie el «paradigma masculino» del derecho, «la litigación y otras formas de defensa legal no pueden conducir a cambios sociales, pues mientras se mantenga el paradigma jurídico y se cofíe en él, se mantiene y refuerza el paradigma del patriarcado» (RIFKIN, 1980, 88). Por contra, otras autoras califican esta visión global del derecho como «esencialista» y propugnan una estrategia que podríamos calificar como más posibilista. Así, KINGDOM defiende que la decisión de las feministas de intervenir en las disputas sobre el derecho y plantear sus reivindicaciones en términos de reforma jurídica se ha de tomar analizando las peculiaridades de cada tema y calculando la conveniencia práctica de cada resultado (KINGDOM, 1991, 148). Aquí el objetivo estratégico primaría sobre el prejuicio teórico.

4. CONTRA LA NORMA JURÍDICA

El anterior cuestionamiento genérico del derecho y los planteamientos de fondo que la abonan llevan a la literatura jurídica feminista a concretar su crítica también sobre el valor mismo de la norma jurídica en cuanto tal, tema en que sus apreciaciones tienen numerosos puntos en común con las del movimiento *Critical Legal Studies*. La idea común es que por mucho que la norma se presente como general y abstracta, ni es imparcial ni aporta realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica (RHODE, 1991a, 339). Y es la no neutralidad de las normas jurídicas en cuanto tales lo que la crítica feminista resalta (MINOW, 1990, 212).

Si las normas se dan con la pretensión de servir de instancia objetiva y general para la solución de litigios y han de ser aplicadas por sujetos neutrales que someten a ellas su juicio, todo esto conforma un mecanismo de dominación masculina, ya que todos esos valores implicados en la justificación del papel de las normas llevan la impronta de la dominación ejercida por el hombre. Aquí las citas hablan por sí solas. Para O'DONOVAN, «neutralidad y objetividad son instrumentos epistemológicos para la imposición de un punto de vista centrado en el hombre y, con ello, de su poder» (O'DONOVAN, 1989, 135); según SCALES «la objetividad desatiende el contexto; la razón es lo contrario de la emoción y los derechos excluyen el cuidado hacia el otro». La «ideología de la norma» sería «una función de esa dicotomización» (SCALES, 1986, 1383); en cuanto a MACKINNON, afirma que «en el Estado liberal la regla de derecho –neutral, abstracta, elevada y que todo lo impregna– institucionaliza el poder de los hombres sobre las mujeres y, al mismo tiempo, institucionaliza el poder en su forma masculina» (MACKINNON, 1989, 238).

Así criticados el derecho que conocemos y sus normas, la pregunta obvia se referirá a las alternativas que a uno y otras se ofrecen. Aquí los pro-

nunciamentos más extremos se inclinarán hacia un derecho de índole claramente distinta, fundamentalmente casuístico y particularista, por ser la naturaleza o ideosincrasia femenina más proclive a considerar al individuo concreto y su situación que a decidir aplicando *standards* abstractos. MORGAN, por ejemplo, aboga por un derecho que se fije más en el contexto, la subjetividad y el contacto (MORGAN, 1988, 756) y SCALES se pronuncia por uno que atienda más a las diferencias entre los sujetos que a los caracteres generales que las normas tipifican (SCALES, 1986, 1376 ss.).

Parece, pues, que en términos generales se trataría de dibujar un derecho que en sus planteamientos estructurales se correspondiera con la «voz» femenina o, desde el punto de vista inverso, que no fuera expresión de valores ligados al modo de ser y los intereses del hombre. Pero esto nos conduce a un dilema teórico fundamental que podríamos enunciar en los siguientes términos: si el derecho no puede o no debe ser neutral ¿cuántos derechos ha de haber y cómo se jerarquizan? Partamos de la afirmación de O'DONOVAN de que «la teoría feminista está apoyada por los trabajos de la sociología del conocimiento, los cuales muestran que los modos de ver están socialmente contruidos», con lo que objetividad y neutralidad no son en el fondo posibles (O'DONOVAN, 1989, 136). Pero hombres y mujeres no son los únicos grupos que cuentan al respecto y estos grupos están atravesados por otros de la más diversa índole. Y si entre hombres y mujeres no cabe perspectiva neutral e imparcial, ¿no podría predicarse lo mismo de otros grupos, como minorías raciales, pensionistas, culturas urbanas juveniles, campesinos, «yuppies», etc.? ¿Permite ello extrapolar que esos diferentes puntos de vista o perspectivas sobre la realidad justifican un derecho que no sea neutral e imparcial respecto de los mismos y que se haya de ceñir a la perspectiva de cada uno, de modo que, por ejemplo, haga prevalecer el individualismo cuando de culturas individualistas se trata, el honor cuando se trate de culturas tradicionales, los valores ligados al trabajo de la tierra cuando se trate de campesinos, la agresividad cuando sean culturas juveniles, los valores propios de una religión cuando estemos ante las culturas religiosas presentes en un Estado, etc.? Es cierto que la neutralidad y la no sumisión a valores de grupos particulares se explican como una estrategia política, como dice O'DONOVAN (O'DONOVAN, 1989, 136). Pero es la estrategia política que permite precisamente superar la lucha entre todas esas perspectivas para someterlas a un patrón común bajo el que todas puedan convivir. Lo que queda es ver si ese patrón común es verdaderamente neutral o pluralista o si, por el contrario, delata la visión de un determinado grupo dominante. Así lo vio, por ejemplo, el marxismo y así lo ve el feminismo.

Aquí hay que distinguir entre formas y procesos, por un lado, y contenidos normativos materiales, por otro. Es evidente que el derecho material ha discriminado y en algunos aspectos discrimina aún a la mujer (y, según los casos o los momentos, a los negros, los gitanos, los minusváli-

dos, los pobres, los extranjeros, los ateos, etc). Pero el problema es si basta cambiar el contenido de las normas que regulan su situación para que la discriminación termine o si, por el contrario, se han de cambiar también las formas y procedimientos que en nuestra cultura jurídica se tienen por garantes de la objetividad, imparcialidad y neutralidad en la resolución de los conflictos jurídicos²⁸. Si se afirma esto habrá que preguntarse si lo que se hace es sustituir unas formas y procedimientos ligados a la ideosincrasia de un grupo —el masculino— por otros ligados a la ideosincrasia de otro grupo —el femenino— o si se implantará un pluralismo de puntos de vista sobre la justicia. Pero, en este último caso, ¿cómo se resolverán los conflictos en que aparezcan enfrentados miembros de los dos grupos o las dos perspectivas? ¿Habrá que reconstruir alguna forma de neutralidad o imparcialidad entre ambas? En caso afirmativo ¿en qué se diferenciará de la que hay con las actuales formas y procedimientos y que se dice que no sirve? O'DONOVAN es consciente de este problema, pues dice que «la cuestión moral es si todas las partes interesadas en el proceso tienen una voz y pueden ser oídas», preguntándose «qué valores deben prevalecer en caso de conflicto» (O'DONOVAN, 1989, 140, 141). Esta misma autora responde defendiendo la prevalencia de la perspectiva femenina en caso de conflicto y trata de presentar dicha perspectiva como más «objetiva» (O'DONOVAN, 1989, 146). También SCALES toma expresamente ese partido, afirmando que «el próximo paso de la teoría es demostrar que el método feminista conduce a una decisión escrupulosa y a una coexistencia más ordenada» (SCALES, 1986, 1385). Y continúa: «si tengo razón en que la perspectiva basada en derechos y la perspectiva basada en el cuidado son incompatibles entre sí, debemos efectuar una elección entre los correspondientes principios decisorios. La elección no es, de todos modos, entre la hegemonía masculina o femenina». Pero «¿querremos —se pregunta a renglón seguido— un sistema que no soporta desacuerdos, o uno que acepta tantos puntos de vista como requiera la variedad de lo existente?» Y se responde: «Los valores de honestidad y pragmatismo nos llevan a elegir el modelo relacional», esto es, el femenino (SCALES, 1986, 1385, 1385-1386).

El cuestionamiento de la neutralidad del derecho establecido, por ser una falsa neutralidad que desoye la «voz» de la mujer y por ser el valor mismo de la neutralidad el propio de una cultura masculina que ve a los individuos como mónadas separadas e inconexas, amparado cada uno bajo un escudo de derechos que lo protejera frente a las intromisiones y agresiones de los demás individuos, termina por proponer no sólo un tipo de derecho diferente, acorde con el ser de la mujer, sino también un derecho

28. «La creencia en un punto de vista arquimédico, aquel de un observador imparcial y desinteresado, se mantiene aun en el corazón mismo de los sistemas jurídicos occidentales»: se considera que el juez es capaz de dejar de lado su origen social, valores personales, posición económica, etc. (O'DONOVAN, 1989, 141).» El carácter formal de los procedimientos jurídicos existentes es criticado por ignorar la perspectiva de las mujeres» (*ibid.*, 137).

no neutral, pues expresa esa «voz» de la mujer, tenida por superior o más humana. MACKINNON lo ve así y lo justifica como inevitable, pues la neutralidad es imposible y sólo queda la lucha por el dominio: «en la medida en que el derecho feminista encarna el punto de vista de la mujer, se dirá que es un derecho no neutral. Pero el derecho existente tampoco es neutral. (...) Se dirá que el derecho feminista propende a favor de un grupo particular (...). Pero el derecho existente también propende ya a favor de un grupo particular» (MACKINNON, 1989, 249).

5. CRÍTICAS AL MÉTODO JURÍDICO

Si por método entendemos el conjunto de reglas, procedimientos intelectuales y principios que rigen el uso de las normas jurídicas para la toma de decisiones en derecho, y en particular de las decisiones que recaen en la aplicación de normas para la resolución de conflictos por los operadores jurídicos, paradigmáticamente por los jueces, cuanto se lleva dicho muestra ya a las claras que lo que en los textos normativos se determina respecto al modo de aplicar el derecho y en la doctrina se viene admitiendo como modo más correcto o racional de proceder en este campo, se ve esencialmente afectado por la crítica feminista. Y la acusación nuevamente incidirá en la idea de que ese método jurídico establecido es falsamente neutral y en la práctica favorece los intereses y el modo de ser masculino (SMART, 1989, 20-21). La misma pretensión de neutralidad que el método establecido trata de asegurar no sería neutral. Únicamente frente a un derecho que efectivamente fuera neutral entre los sexos y no favorecedor de uno de ellos tendría sentido predicar la neutralidad metodológica; pero mientras no sea así, la neutralidad metodológica sólo sirve a la parcialidad de fondo (BARTLETT, 1991, 374-376; MOSSMAN, 1991, 291 ss.). El método racional ha de sustituirse, según el planteamiento más radical, por el método “relacional” (SCALES, 1986, 1385-1386), de carácter fundamentalmente casuístico. La apreciación de los hechos ha de gozar de primacía, se dice, sobre la norma, lo concreto deberá tener preferencia sobre la abstracción (SCALES, 1986, 1388).

La cuestión estriba aquí en qué fines u objetivos han de guiar la decisión de los casos y qué papel le resta a la norma jurídica. En cuanto a lo primero, desterrada por ficticia toda pretensión de neutralidad, queda patente que también el método jurídico feminista sirve a un determinado resultado, cual es, en este caso, eliminar toda situación de sometimiento y discriminación de la mujer. Pero el problema naturalmente surgirá en aquellos casos en que el logro de este objetivo exija la vulneración de una norma jurídica válida. ¿Exige el método feminista en tal supuesto la decisión *contra legem*? ¿O simplemente ocurre que la decisión de los casos a tenor de este método requiere prescindir de las normas jurídicas, cuestionadas en su misma pretensión de generalidad y abstracción, como hemos visto?

También en esto la opiniones fluctúan²⁹. La tesis dominante sería que normas o *standards* generales de decisión son necesarios, pero que su vulneración estará justificada en aras de los mencionados objetivos de justicia. Las normas, bajo este punto de vista, no serían más que "hipótesis de trabajo" (SCALES, 1986, 1403).

BARTLETT es posiblemente la autora que más matizadamente trata de solventar esta cuestión. En su opinión, las normas son necesarias a los fines de resolver los problemas con carácter general y no dejar la solución al albur de una casuística puramente contingente. De ahí que un método exclusivamente orientado al resultado se vea como concesión a la arbitrariedad. Pero si ningún método puede ser enteramente neutral, lo que BARTLETT sostiene es que las valoraciones y orientaciones que presiden su aplicación se hagan conscientes y explícitas y se justifiquen. Y, vistas así las cosas, la no neutralidad en la aplicación de las normas se justificaría en la tendenciosidad de éstas y en la necesidad en justicia de corregir sus efectos discriminatorios (BARTLETT, 1991, 375-376).

En mi opinión, el método válido ha de ser generalizable. Es decir, si el método de que se trate sirve para detectar y corregir los elementos de discriminación injusta para la mujer que se contengan en las normas, ha de servir también como método general para detectar cuándo en la norma se contienen elementos discriminatorios para cualquier otro grupo o colectivo. De no ser generalizable así, el propio método sería discriminatorio y no habríamos avanzado nada en lo que a la defensa de un interés general no manipulado se refiere. Pero BARTLETT, cuya doctrina al efecto se cuenta entre las más moderadas, es consciente de esto y extiende la aplicación de su método a la corrección de cualquier tipo de discriminación grupal (BARTLETT, 1991, 376). En realidad, como a menudo ocurre con toda crítica, tal vez la pintura que del método jurídico establecido lleva a cabo el feminismo jurídico es un tanto caricaturesca, pues, como puntualiza FROMMEL, en la práctica no se oponen frontalmente un método deductivo y abstracto y otro inductivo y situacional, sino que en el razonamiento jurídico habitual aparecen fundidos y el derecho y el método habitual contienen recursos para permitir que toda aplicación de la norma se pondere a la luz de las circunstancias del caso (FROMMEL, 1991, 88). Se podría añadir que en nuestra cultura jurídica el método no viene atendiendo solamente a imponer de modo ciego los términos de la ley, sino que existe un concepto como el de equidad, con una enorme tradición y que los juristas de todos los tiempos han venido utilizando para atemperar los efectos del carácter general y abstracto de la ley y en favor de la consideración de las peculiaridades del caso y las circunstancias de las personas.

29. Una salida radical, en la que aquí no voy a extenderme, consiste en proponer que se dé preferencia a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos, modos más acordes con el modo de ser femeninos, fundamentalmente la mediación y la conciliación (vid., por ejemplo, MORGAN, 1988, 748; O'DONOVAN, 1989, 137. Críticamente al respecto GRILLO, 1991, 1545 ss.).

6. ¿QUÉ IGUALDAD?

En los últimos apartados hemos visto la crítica feminista proyectarse sobre elementos estructurales o conformadores de los perfiles del derecho moderno y su práctica. Pero hay una cuestión a la que los planteamientos feministas tienen que dar algún tipo de respuesta, pues es la que otorga sentido a todo su conjunto teórico. Es el interrogante acerca de en qué medida mujeres y hombres son iguales o distintos y en qué medida ha de tratarlos como iguales o distintos el derecho.

En este tema se enfrenta el pensamiento feminista con algunas de sus más desconcertantes paradojas y con su principal dilema jurídico-político. Las distintas etapas por las que va pasando este pensamiento (LITTLETON, 1991, 35 ss; CAIN, 1991, 264 ss.) llevan al desacuerdo actual entre las propias feministas. Hasta hace unas décadas la reivindicación primaria en este punto era la igualdad formal entre mujeres y hombres ante el derecho. Pero pronto se vio que la igualdad de trato sólo tiene efectos positivos cuando existe una situación de simetría real entre las posiciones de los sujetos, pues, de no ser así, la igualdad formal sólo sirve para perpetuar la desigualdad real (MACKINNON, 1989, 239; BECKER, 1987, 224 ss.; LACEY, 1987, 415-416; SCHNEIDER, 1991, 313 ss.). En la fase siguiente, la afirmación de la sustancial diferencia entre hombre y mujer, en la línea de GILLIGAN y similares, dará pie para exigir del derecho un tratamiento distinto para cada sexo y para la confrontación radical con el principio de igualdad formal³⁰.

Con esto llegamos al núcleo del problema, el llamado «dilema de la diferencia». Podríamos citar numerosos enunciados del mismo. Así, en términos generales y no exclusivamente circunscritos a la cuestión de los sexos, MINOW se lo plantea como interrogación: «¿cuándo el tratar a las personas de modo distinto recalca sus diferencias y, sobre esa base, las estigmatiza o las perjudica, y cuándo el tratar a todos de modo igual significa insensibilidad frente a sus diferencias y supone también, sobre esa base, perjudicarlas o estigmatizarlas?» (MINOW, 1990, 20)³¹. O como dice Rhode, el tema central aquí es «cómo reconocer las diferencias sin que ello signifique perpetuar las desventajas legales y sociales que de ellas se han seguido» (RHODE, 1991b, 1789). Llevado el asunto al campo jurídico, viene a significar la duda acerca de «qué diferencias entre los sexos son o deben ser relevantes a efectos legales» (SCALES, 1986, 1375).

30. En una tercera y última etapa, la teoría feminista de corte postmoderno argumentará que otorgar un determinado trato legal para «la» mujer, significa desconocer que no existe esa mujer genérica, sino una gran variedad de experiencias femeninas y de situaciones de las mujeres, experiencias y situaciones que no pueden tratarse en términos idénticos si no es a costa de nuevas discriminaciones y desigualdades, esta vez entre mujeres (CAIN, 1991, 267).

31. En términos similares y también con carácter general, YOUNG, 1989, 268.

El tema tiene indudables connotaciones prácticas, pues de la salida que al dilema se conceda en cada caso dependerá la postura frente a la disyuntiva entre igualdad de trato o medidas de acción positiva o discriminación inversa³². La discusión entre las partidarias de uno u otro de los términos de la alternativa ha sido particularmente fuerte a propósito de temas como el tratamiento legal del embarazo o la lactancia de la mujer trabajadora, del trabajo nocturno de las mujeres, etc. (MINOW, 1990, 41 ss.; MORGAN, 1988, 744-745; MAJURY, 1991, 320 ss.; HOLTMAAT, 1989, 487). No podemos extendernos aquí sobre las teorías con que se ha tratado de responder a estas cuestiones³³. Baste mencionar el dato de que frente a las autoras que tratan de construir una teoría coherente que abarque y dé solución o tome partido en cada uno de los supuestos siguiendo una misma línea establecida, están aquellas otras que se muestran escépticas ante la posibilidad de que cualquier teoría general presente en todos los casos los apetecidos resultados favorables para la mujer, por lo que se reconducen a soluciones que nuevamente podríamos catalogar como estratégicas o instrumentales. Así ocurre por ejemplo con Majury, cuando afirma que la fórmula igualitaria sólo se ha de aplicar allí donde favorezca a la mujer y no donde vaya en su detrimento (MAJURY, 1991, 332) y que «las necesidades y experiencias de la mujer dictarán el significado de la igualdad en cada contexto particular» (MAJURY, 1991, 336); o cuando RHODE mantiene que «el objetivo para las feministas de hoy es desarrollar estrategias que ni glorifiquen ni minusvaloren las diferencias, sino que cambien sus consecuencias ad-

32. En los términos de SMART, el dilema consiste en «si las mujeres deben recibir un trato especial del derecho y el Estado, sobre la base de sus específicas capacidades femeninas o de sus supuestas características peculiares, o si se sirve mejor a la justicia al tratar a las mujeres igual que a los hombres, con los mismos derechos y responsabilidades» (SMART, 1989, 84). Un cuestionamiento del dilema mismo, como discriminatorio y ocultador de la verdadera opresión, es el que lleva a cabo MACKINNON. Para ella ninguno de los términos del dilema es relevante, pues el problema no radica en la diferencia entre los sexos, que es inducida y fruto del secular dominio ejercido por el hombre. Por eso critica tanto a quienes afirman que hay una diferencia natural como a quienes entienden que se ha de afirmar la igualdad básica a efectos de trato. La única diferencia sustancial y decisiva es la diferencia en el poder. «El sexo (*gender*) es una cuestión de dominio, no de diferencia». Es ese dominio, ese poder, el que ha creado las diferencias (MACKINNON 1987, 51; en el mismo sentido MACKINNON, 1989, 216 ss.). Críticamente al respecto, PATEMAN, 1990, 401 ss.

33. Posiblemente la mejor clasificación de las mismas es la que proporciona LITTLETON. Las divide en dos grupos principales: la doctrina de la simetría y la de la diferencia. La primera toma como modelo la argumentación sobre la igualdad racial y aduce que no hay entre los sexos ninguna diferencia relevante para el derecho. La segunda parte de que hombres y mujeres se encuentran asimétricamente situados en la sociedad y que el derecho ha de responder a esta realidad y corregirla en sus efectos discriminatorios. A su vez, el enfoque simétrico se subdivide en dos modelos: el de la asimilación (se ha de dar a las mujeres la oportunidad de ser y actuar como los hombres) y el andrógino (ambos sexos deben ser tratados por igual, en la forma como lo haría un andrógino). Por su parte, el enfoque asimétrico o de la diferencia tiene varias corrientes: la de los derechos especiales, la de la acomodación (simetría en todo salvo en lo que tenga que ver con diferencias puramente biológicas, como el embarazo), la de la aceptación (las diferencias a tomar en cuenta son tanto las biológicas como las culturales y lo que se tiene que eliminar son las consecuencias antiigualitarias de las diferencias, partiendo de la aceptación de esas diferencias) y la del EMPOWERMENT (rechazo de toda diferencia, pues todas habrían sido construidas a partir de la subordinación de la mujer, por lo que se debe entender la igualdad como lucha contra todo lo que signifique dominación) (LITTLETON, 1991, 35 ss.).

versas» (RHODE, 1991b, 1789). Si hubiera que pronunciarse sobre este tema me atrevería a sugerir, como hipótesis, que la regla general ha de ser la igualdad de trato y que la diferencia de trato soporta la carga de la justificación, la cual ha de contar como una de sus partes con el argumento comparativo o de generalización: analizar si el diferente trato que se reclama para un supuesto de diferencia o desventaja se admite o admitiría para situaciones semejantes con los mismos protagonistas en las situaciones inversas o con otros grupos o colectivos (minorías raciales, minorías lingüísticas, etc.) en situaciones paralelas³⁴. Esa perspectiva inclusiva será más fácil allí donde el feminismo va unido a la reivindicación de ideales universalistas o a la defensa de los valores de la modernidad. Como dice LOVIBOND en su crítica del feminismo postmoderno, el programa del feminismo ha de ser «global», «en el sentido de que sus demandas eventualmente converjan con las de los demás movimientos igualitarios o liberadores», añadiendo la misma autora que sería arbitrario trabajar en favor de la igualdad entre los sexos y al mismo tiempo no compartir la idea de que es la desigualdad como tal, toda desigualdad social, lo que «desfigura» la sociedad humana (LOVIBOND 1990, 178).

Lo anterior nos lleva de nuevo al tema de los primeros apartados sobre la relación entre ética feminista y universalización. La pregunta sería sobre qué base se puede fundamentar que la subordinación de la mujer es moralmente mala. Creo que sólo existen dos posibilidades al respecto. Esa fundamentación, o se hace sobre la base de una ética universalista que resalte el valor del individuo, por encima o al margen de su sexo; o sobre la base de una ética abiertamente parcial y «agónica», que parta de que, debido a la radical diferencia entre los sexos, no cabe una ética común, de modo que a la ética masculina (que sería, por lo demás, la ética establecida) sólo quepa contestar con una ética femenina. En tal caso, quedaría abierta la necesidad de responder a la duda sobre si esa ética aspira a convertirse en una alternativa de dominación³⁵, como ética común impuesta, o si ha de haber una ética masculina para hombres y una femenina para mujeres. Llegados a este punto, habría que preguntarse si tiene sentido una ética que no sea plenamente universal y convivencial³⁶.

34. MAJURY es consciente de este problema cuando explica que ninguna teoría omniabarcadora sirve para defender de un modo consistente cosas tales como, por ejemplo, colegios exclusivos para mujeres cuando en nombre de la igualdad se rechazan los colegios exclusivos para hombres (MAJURY, 1991, 327 ss.). Siguiendo por esta vía podríamos preguntarnos si las asociaciones feministas deberían en sus estatutos admitir a los hombres o si estaría justificado que hipotéticas asociaciones machistas rechazaran la admisión de mujeres en sus filas.

35. Según THOMPSON, el movimiento feminista a veces plantea su cometido como «defensa de un territorio político», frente a lo que esta autora manifiesta que los problemas de la mujer no son problemas exclusivos, sino comunes y que sólo pueden hallar solución a través de un procedimiento de participación general (THOMPSON,, 1987, 111).

36. Para JAGGART la ética feminista sólo mantendrá la especificidad de sus planteamientos y demandas en tanto se mantenga una situación de subordinación de la mujer. Pero una vez superada ésta y lograda la igualdad, se disolvería en una ética común y universalista. De ahí que la califique como ética de transición (JAGGART, 1991, 98; también HELD, 1987, 113-114).

REFERENCIAS

- ADLER, J. E. (1989): «Particularity, Gilligan, and the Two-Levels View: A Reply», *Ethics*, 100/1989, pp. 149-156.
- BAHR-JENDGES, J. (1990): «Grenzgänge. Der feministische Blick in Rechtstheorie und Praxis», *Streit*, 1990, pp. 99-108.
- BARTLETT, K. T. (1991): «Feminist Legal Method», *K. T. Bartlett, R. Kennedy, Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 370-403.
- BECKER, M. E. (1987): «Prince Charming: Abstract Equality», *The Supreme Court Review*, 1987, pp. 201-247.
- BENHABIB, S. (1986): *Critique, Norm and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, New York: Columbia University Press, 1986.
- BENHABIB, S. (1991): «The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory», en S. BENHABIB/D. CORNELL (eds.), *Feminism as Critique*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1991, pp. 77-95.
- BLUM, LAWRENCE A. (1988): «Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory», *Ethics*, 98/1988, pp. 472-491.
- BRAIDOTTI, R. (1987): «Ethics revisited: Women and/in Philosophy», en C. PATEMAN/E. GROSS (eds.), *Feminist Challenges. Social and Political Theory*, Boston: Northeastern University Press, 1987, pp. 44-60.
- CAIN, P. A. (1991): «Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories», en K. T. BARTLETT, R. KENNEDY, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 263-284.
- CARD, C. (1988): «Women's Voices and Ethical Ideals: Must We Mean What We Say?», *Ethics*, 99/1988, pp. 125-135.
- FLANAGAN, O./JACKSON, K. (1987): «Justice, Care, and Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited», *Ethics*, 97/1987, pp. 622-637.
- FRASER, N. (1985): «What's Critical About Critical Theory? The Case of Habermas and Gender», *New German Critique*, 35/1985, pp. 97-131.
- FREEDMAN, A. E. (1983): «Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court», *The Yale Law Journal*, 92/1983, pp. 913-968.
- FRIEDMAN, M. (1987): «Care and Context in Moral Reasoning», en E. F. KITTAY, D. T. MEYERS (eds.), *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 190-204 (citado como FRIEDMAN, 1987).
- FRIEDMAN, M. (1989): «Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community», *Ethics*, 99/1989, pp. 275-290.

- FRIEDMAN, M. (1991): «The Social Self and the Partiality Debates», en C. CARD (ed.), *Feminist Ethics*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991, pp. 161-179.
- FROMMEL, M. (1991): «Männliche Gerechtigkeitsmathematik versus weiblicher Kontextualismus», en R. ALEXU, R. DREIER, U. NEUMANN (eds.), *Recht- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, Stuttgart: Steiner, 1991, pp. 82-95.
- GILLIGAN, K. (1982): *In a Different Voice*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 1982.
- GRBICH, JUDITH (1990): «Feminist Jurisprudence as Women's Studies in Law: Australian Dialogues», en A. J. ARNAUD, E. KINGDOM (eds.), *Women's Rights and the Rights of Man*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1990, pp. 75-87.
- GRILLO, T. (1991): «The Mediation Alternative: Process Dangers for Women», *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 6, abril 1991, pp. 1545-1610.
- GRIMSHAW, JEAN (1991): «The Idea of a female ethic», en P. SINGER (ed.), *A Companion to Ethics*, Oxford, Blackwell, 1991, pp. 491-499.
- HARRIS, A. P. (1991): «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», en K. T. Bartlett, R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 235-262.
- HELD, V. (1987): «Feminism and Moral Theory», en E. F. KITTAY, D. T. MEYERS (eds.), *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 111-128.
- HOLTMAAT, R. (1989): «The Power of Legal Concepts: The Development of a Feminist Theory of Law (1)», *International Journal of the Sociology of Law*, 17/1989, pp. 481-502.
- JAGGART, A. M. (1991): «Feminist Ethics: Projects, Problems, Prospects», en C. CARD (ed.), *Feminist Ethics*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991, pp. 78-104.
- KINGDOM, E. (1991): *What's Wrong with Rights? Problems for Feminist Politics of Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.
- KOHLBERG, L. (1983): *Moral Stages: A Current Formulation and Response to Critics*, Basel: S. Karger, 1983.
- KULKE, Chr. (1988): «Von der instrumentellen zur kommunikativen Rationalität patriarchaler Herrschaft», en KULKE, Chr. (Hr.), *Rationalität und sinnliche Vernunft. Frauen in der patriarchalen Realität*, Pfaffenweiler: Centaurus, 1988, pp. 55-70.

- KYMLICKA, W. (1991): «Rethinking the Family», *Philosophy and Public Affairs*, 20/1991, pp. 77-97.
- LACEY, N. (1987): «Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective», *Journal of Law and Society*, 14, 1987, pp. 411-421.
- LITTLETON, Chr. A. (1991): «Reconstructing Sexual Equality», en K. T. Bartlett, R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 35-56.
- LOVIBOND, S. (1990): «Feminism and Postmodernism», en R. BOYNE, A. RATTANSI (eds.), *Postmodernism and Society*, London: Macmillan, 1990, pp. 154-186.
- MAC KINNON, C. A. (1987): *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987 (citado como MAC KINNON, 1987).
- MAC KINNON, C. A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- MAC KINNON, C. (1991): «Feminism, Marxism, Method, and the State», en K. T. Bartlett, R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 181-200.
- MAJURY, D. (1991): «Strategizing in Equality», en ALBERTSON FINAMAN/N. SWEET THOMADSEN (eds.), *At the Boundaries of Law*, New York/London: Routledge, 1991, pp. 320-337.
- MEYERS, D. T. (1987): «The Socialized Individual and Individual Autonomy. An Intersection between Philosophy and Psychology», en E. F. KITTAY, D. T. MEYERS (eds.): *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 139-153.
- MEYERS, D. T./KITTAY, E. F. (1987): «Introduction», en E. F. KITTAY, D. T. MEYERS (eds.), *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 3-16.
- MINOW, M. (1990): *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, London: Cornell University Press, 1990.
- MOLLER OKIN, S. (1987): *Justice and Gender*, *Philosophy and Public Affairs*, 16-1/1987, pp. 42-72.
- MOLLER OKIN, S. (1989a): *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, 1989.
- MOLLER OKIN, S. (1989b): «Reason and Feeling in Thinking about Justice», *Ethics*, 99, 1989, pp. 229-249.
- MOODY-ADAMS, M. M. (1991): «Gender and the Complexity of Moral Voices», en C. CARD (ed.), *Feminist Ethics*, Lawrence: University Press of Kansas, 1991, pp. 195-212.

- MORGAN, J. (1988): «Feminist Theory as Legal Theory», *Melbourne University Law Review*, 16/1988, pp. 743-759.
- MOSSMAN, M. J. (1991): «Feminism and Legal Method: The Difference it Makes», en M. ALBERTSON FINAMAN/N. SWEET THOMADSEN (eds.), *At the Boundaries of Law*, New York/London: Routledge, 1991, pp. 282-300.
- NUNNERWINKLER, G. (1984): «Two Moralities? A Critical Discussion of an Ethic of Care and Responsibility Versus an Ethic of Rights and Justice», en KURTINES, W. M./GEWIRTZ, J. L. (eds.), *Morality, Moral Behavior, and Moral Development*, New York: Wiley, 1984, pp. 348-361.
- NUNNER-WINKLER, G. (1986): «Ein Plädoyer für einen eingeschränkten Universalismus», en W. EDELSTEIN, G. NUNNER-WINKLER (eds.), *Zur Bestimmung der Moral. Philosophische und sozialwissenschaftliche Beiträge zur Moralforschung*, Frankfurt M.: Suhrkamp, 1986, pp. 126-144.
- O'DONOVAN, K. (1989): «Engendering Justice: Women's Perspectives and the Rule of Laws», *University of Toronto Law Journal*, 49/1989, pp. 127-148.
- OLSEN, F. (1990): «Das Geschlecht des Recht», *Kritische Justiz*, 23/1990, pp. 303-317.
- PATEMAN, C. (1990): «Sex and Power», *Ethics*, 100/1990, pp. 398-407.
- PHELAN, Sh. (1990): «The Jargon of Authenticity: Adorno and Feminist Essentialism», *Philosophy and Social Criticism*, 16/1990, pp. 39-53.
- POLAN, D. (1982): «Toward a Theory of Law and Patriarchy», en KAYRIS, D. (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York: Pantheon, 1982, pp. 294-303.
- RHODE, D. L. (1991a): «Feminist Critical Theories», en K. T. Bartlett, R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 333-350.
- RHODE, D. L. (1991b): «The "No-Problem" Problem: Feminist Challenges and Cultural Change», *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 6, abril 1991, pp. 1751-1793.
- RIFKIN, J. (1980): «Toward a Theory of Law and Patriarchy», *Harvard Women's Law Journal*, 3/1980, pp. 83-95.
- RUDDICK, S. (1987): «Remarks on the Sexual Politics of Reason», en E. F. KITTAY, D. T. MEYERS (eds.), *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 237-260.

- SCALES, A. C. (1986): «The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay», *The Yale Law Journal*, 95/1986, pp. 1373-1403.
- SCHMIDT-WALDHERR, H. (1988): «Die "Entbindung der Vernunft"? Zur Habermas'schen "Theorie des kommunikativen Handelns", en KULKE, Chr. (Hr.), *Rationalität und sinnliche Vernunft. Frauen in der patriarchalen Realität*, Pfaffenweiler: Centaurus, 1988, pp. 45-54.
- SCHNEIDER, E. M. (1991): «The Dialectics of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement», en ALBERTSON FINAMAN/N. SWEET THOMADSEN (eds.), *At the Boundaries of Law*, New York/London: Routledge, 1991, pp. 301-319.
- SCHULHOFER, S. J. (1990): «The Gender Question in Criminal Law», *Social Philosophy & Policy*, 7/1990, pp. 105-137.
- SHER, G. (1987): «Other Voices, Other Rooms? Women's Psychology and Moral Theory», en E. F. KITTAY, D. T. MEHERS (eds.), *Women and Moral Theory*, Savage: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 178-189.
- SMART, C. (1989): *Feminism and the Power of Law*, London/New York: Routledge, 1989.
- SMART, C. (1991): «Feminist Jurisprudence», en P. FITZPATICK (ed.), *Dangerous Supplements. Resistance and Renewal in Jurisprudence*, Londres: Pluto, 1991, pp. 133-158.
- STANG DAHL, T. (1986): «Taking Women as Starting Point: Building Women's Law», *International Journal of the Sociology of Law*, 14/1986, pp. 239-247.
- STANG DAHL, T. (1988): *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oslo, Norwegian University Press, 2.^a ed., 1988.
- SUNSTEIN, C. R. (1989): «Introduction: Notes on Feminist Political Thought», *Ethics*, 99/1989, pp. 219-228.
- THOMSON, J. (1987): «Women and political rationality», en C. PATEMAN/E. GROSS (eds.), *Feminist Challenges. Social and Political Theory*, Boston: Northeastern University Press, 1987, pp. 99-111.
- WERKMAN, L. (1992): «Justice and care: the gender-identity of the moral subject», en A. W. MUSCHENGA y otros (eds.), *Morality, Worldview, and Law*, Assen, etc.: Van Gorcum, 1992, pp. 125-136.
- WEST, R. (1991): «Jurisprudence and Gender», en K. T. Bartlett, R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Boulder, etc., Westview Press, 1991, pp. 201-234.
- WISHIK, H. R. (1986): «To Question Everything. The Inquiries of Feminist Jurisprudence», *Berkeley Women's Law Journal*, 1986, pp. 64-77.

- WOESLER DE PANAFIEU, Chr. (1988): «Zum Übergang von der instrumentellen zur digitalen Vernunft», en KULKE, Chr. (Hr.), *Rationalität und sinnliche Vernunft. Frauen in der patriarchalen Realität*, Pfaffenweiler: Centaurus, 1988, pp. 30-44.
- YOUNG, I. M. (1989): «Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship», *Ethics*, 1989, pp. 250-274.
- YOUNG, I. M. (1991): «Impartiality and the Civic Public. Some Implications of Feminist Critiques of Moral and Political Theory», en S. BENHABIB/D. CORNELL (eds.), *Feminism as Critique*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1991, pp. 57-76.

La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico

Por ROBERTO BERGALLI y ENCARNA BODELÓN

SUMARIO 1. Introducción. 1.1. *Un viejo problema*. 1.2. *El derecho sexuado*. 1.3. *Críticas feministas*. 1.3.1. Las reformistas. 1.3.2. El derecho como enclave del patriarcado. 1.3.3. El derecho y la expresión de la diferencia. 2. El Derecho Penal a través de los Ojos de las Mujeres 2.1. *El potencial simbólico de los ojos de las mujeres*. 2.2. *El género femenino en el derecho penal*. 3. El derecho penal y su investigación como forma de control social sobre las mujeres. 4. El sistema penal y su uso en el caso de la violencia sexual. 4.1. *Violencia contra las mujeres-violencia sexual*. 4.2. *Estrategias contra la violencia*. 4.2.1. El caso holandés. 4.2.1. El caso italiano. 4.3. *Conclusiones*.

1. INTRODUCCION

El movimiento feminista¹ tiene una larga tradición en relación con el uso del derecho. No hay más que recordar cómo los inicios del sufragismo feminista están vinculados con reivindicaciones «legales», es decir, con la consecución de mejoras para la condición de las mujeres a través de las reformas legales. Esta relación histórica se orientó inicialmente hacia el desarrollo de estrategias legales que condujeran a mejorar las condiciones de las mujeres en diferentes áreas sociales. Al mismo tiempo, otras voces dentro del movimiento feminista descubrieron la limitación de dichas reformas legales, si no eran acompañadas de una reflexión más amplia sobre las formas de cambio social y las causas o factores determinantes de la situación relegada de las mujeres.

1. Con el término «movimiento feminista» se alude a todas aquellas expresiones colectivas o individuales, con diferencias organizativas, ideológicas y políticas de las que mujeres se han sentido portadoras, y que han contribuido de una forma u otra a reflexionar sobre ellas. Conociendo la diversidad que este concepto puede ocultar, se opta por utilizarlo ya que todavía se dan las razones objetivas y subjetivas que permiten hablar de un colectivo con necesidades emancipatorias propias y a la vez universalizables.

La relación del feminismo con teorías sobre el derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Así, dentro de la denominada primera ola del feminismo, el análisis del papel del derecho aparecía como una preocupación secundaria respecto a la actividad del movimiento feminista, mientras que en un momento posterior, especialmente a partir de los años sesenta del siglo presente, se profundiza en la discusión teórica sobre el Estado y el derecho. En los últimos años un gran número de trabajos se han preocupado de esta relación apareciendo, especialmente en el ámbito anglo-sajón, una línea de discusión en torno a la denominada *feminist jurisprudence* (teoría feminista del derecho). Esta discusión ha podido desarrollarse gracias al gran número de trabajos realizados sobre los numerosos cambios legislativos producidos en respuesta a las reivindicaciones de las mujeres.

Según CAROL SMART hay dos razones que pueden explicar la aparición de este renovado interés en nuestros días. Por un lado, la historia de las luchas feministas que han utilizado el derecho como elemento fundamental tiene ya un largo recorrido. En este sentido algunas demandas, como la consecución de la igualdad formal, han sido satisfechas, aunque persisten los problemas a los que se enfrentan las mujeres. Esto ha conducido en diversos lugares a una reflexión sobre la utilización del derecho y como sobre la naturaleza y amplitud de los cambios que se buscan. Por lo tanto, la pregunta de porqué los cambios jurídicos producidos hasta el momento, aunque importantes, ofrecen limitaciones, ha tenido varias respuestas.

Numerosas mujeres que iniciaron campañas o acciones en favor de determinadas reformas legales han visto la limitación que dichas acciones tenían, y cómo los aparentes éxitos se traducían en nuevas carencias. Todo esto ha conducido a reconsiderar el papel que para las mujeres ocupa el derecho como elemento que crea, reproduce o mitiga problemas.

La segunda razón que ha contribuido al desarrollo del análisis feminista del derecho es la tendencia que ha orientado al feminismo hacia la elaboración de explicaciones propias, las cuales enmarcan las injusticias y desigualdades experimentadas por las mujeres como producto de un sistema de opresión más amplio. Los estudios feministas sobre el Estado revelan el papel central del derecho como elemento que reproduce la opresión de las mujeres; frente a esto, la estrategia de búsqueda de cambios legales muestra sus límites y propone la cuestión de saber qué papel dar a dichos esfuerzos de reforma legal (SMART 1986). Esta reflexión no parece casual sino que obedece a la experiencia acumulada en los últimos años. El desarrollo de las denominadas políticas de la igualdad, que tanto ha ayudado a operar cambios fundamentales, se enfrenta a graves límites y apunta de nuevo algunos problemas que parecían haberse olvidado.

Son estas reflexiones las que se desean reflejar en este trabajo, que se centrará especialmente en el ámbito del derecho penal.

Para el movimiento feminista el uso del derecho ha sido siempre un tema particularmente controvertido. La intención no es recordar esta historia, ni describir en general los términos de la polémica actual, ya que esto requeriría un estudio más extenso. El interés sobre este tema enlaza con intereses más amplios. Lo que se pretende mostrar es de qué forma esta discusión es importante para comprender un problema específico que el movimiento feminista ha abordado, cual es el tema de la violencia sexual. Llama la atención ver cómo el discurso penal se ha «revalidado» gracias al nuevo uso que de él hacen movimientos sociales tales como el feminismo o el ecologismo y cómo, a su vez, el hecho de haber juridizado ciertas demandas sociales las ha transformado o limitado.

La conciencia de que esto ha sucedido ha sido expresada tanto por criminólogos y penalistas (SCHEERER 1986, p. 106; VAN SWAANINGEN, 1990), como también dentro del mismo movimiento feminista (PITCH 1989, esp. 193-224; SMART 1990).

El análisis se iniciará con un breve repaso a la descripción que el feminismo ha hecho de las características del derecho en nuestras sociedades, así como de algunos debates que se desprenden de dicho análisis; por ejemplo, el debate relativo a los enfoques de la igualdad y de la diferencia que tiene uno de sus puntos de origen en la discusión feminista sobre el papel del derecho y su significación. Este marco ayudará a entender el caso concreto de cómo las mujeres han abordado el tema de la violencia sexual y qué papel ha desempeñado el derecho penal en tal comprensión. Se trata de analizar la norma penal, no partiendo de su estructura jurídico-normativa o teleológica, sino en su confrontación con la experiencia de un colectivo. Esto supone investigar especialmente de qué forma se aborda la cuestión de la violencia sexual al ser ésta tratada aplicando el prisma de la norma penal. Se cree que tal perspectiva puede ayudar a percibir cómo el sistema penal, jurídico-penal, no puede responder a las expectativas que algunos le confieren, y cómo a su vez el derecho penal ayuda a reforzar la distribución del género que hace de las personas seres sexuados, pero (y) multilados. El sistema jurídico-penal ha servido históricamente para reforzar intereses sociales de clase, expresados en diversas necesidades de control social (PAVARINI, 1983; BARATTA, 1986)²; de la misma forma ha crecido el interés entre las mujeres por en-

2. El derecho penal moderno que nace del período iluminista y que dice aparecer como mecanismo último de garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, ha mostrado a lo largo de su historia haber constituido parte de los mecanismos que han sido utilizados para reforzar el proyecto económico-político burgués, tanto por el tipo de actos que han sido objeto de su atención, como por su actuación selectiva.

tender cómo el discurso jurídico penal ha creado o reforzado la construcción del género y, con ello, cómo ha servido para el mantenimiento de la opresión de las mujeres.

La «opresión» de las mujeres ha adoptado históricamente diversas formas, y para entender cómo se ha construido a las mujeres como sujetos ausentes se debe acudir a una comprensión de las especificidades que en cada época las han hecho sujetos excluidos.

Con el Iluminismo el ciudadano llega a serlo a partir de la atribución de derechos políticos, derechos que le son substraídos a la mujer (RUBIO 1990) y es en ese momento histórico cuando se elabora una nueva exclusión, diferente a las anteriores, atribuyendo al género femenino un conjunto de caracteres, los cuales imposibilitan asimilarlo al «ciudadano», al sujeto al que le serán asignados los derechos.

La exclusión del sujeto femenino se ha realizado con características particulares a partir del s. XIX. Como se acaba de afirmar, en la sociedad de clases se legitiman y consolidan las desigualdades sociales conceptualizándolas como si estuvieran basadas en diferencias naturales inmutables. De forma paralela a como se ha consolidado una división cultural del género, «la desigualdad de género en la sociedad de clases resulta de una tendencia histórica a «naturalizar» ideológicamente las desigualdades socioeconómicas que imperan» (STOLCKE, 1992, p. 89). La exclusión de las mujeres del mundo público se convierte en un elemento fundamental, el cual se habrá de legitimar acudiendo a nuevas explicaciones «científicas» y plasmándose asimismo también en el ámbito penal.

1.1. *Un viejo problema*

La afirmación de que determinados cambios jurídicos pueden tener un alcance limitado y constituir más nuevas formas de legitimación del Estado capitalista contemporáneo que aportar cambios sociales emancipadores, está recogida en numerosos análisis feministas. Esta percepción ha sido contrastada por el activismo legal que ha caracterizado a parte del movimiento feminista. La reflexión sobre las limitaciones que comportaban los meros cambios formales legislativos y no afectarían a las relaciones sociales en sus niveles más profundos, ha producido contradicciones con determinadas prácticas llevadas a cabo por parte del movimiento feminista.

Este problema no ha sido abordado únicamente por el movimiento feminista; es más bien un problema «viejo», ya enunciado por otros colectivos que buscaron la emancipación social a través del derecho. Una vía de trabajo se encuentra al retornar sobre discusiones ya planteadas, especial-

mente dentro de la tradición socialista y marxista (BARCELLONA, 1973). Esta perspectiva tiene un gran interés, especialmente en tiempos en los que la convergencia de discursos emancipadores se hace necesaria; sin embargo, no será esta la perspectiva que se adoptará inicialmente, puesto que para analizar la relación existente entre la cuestión de la violencia sexual y su tratamiento por parte del derecho penal se pueden recoger otros elementos previos; en primer lugar, el análisis o puntos de vista bajo los cuales las mujeres han entendido la cuestión.

Podría pensarse que sólo una parte del movimiento feminista, aquella emparentada con la tradición liberal (y que tanta fuerza ha tenido dentro del feminismo), se ha interesado por la utilización de instrumentos jurídicos. Esto parece no ser así si se analiza la historia del movimiento feminista, puesto que grupos de mujeres con los más diversos conceptos de lo político han acudido a dicho instrumento. Donde empiezan las diferencias llamativas es cuando se analiza de qué forma se piensa que el derecho puede influir en la vida de las mujeres y transformarla. Las diferencias son fundamentales y han traducido discrepancias referidas a los objetivos mismos de la transformación que se pretendía.

Como ilustración de esto tomaremos aquí algunos de los términos bajo los cuales se analiza el significado del derecho desde la perspectiva de las mujeres, especialmente dentro del ámbito anglosajón. Se hará por tanto una breve descripción de algunas de las ideas que se utilizan en el ámbito de la teoría legal feminista y que abundan en la idea de que el derecho ha consolidado una percepción histórica de los géneros, en la cual el género masculino es un referente universal que excluye otras referencias simbolizadas en el género femenino.

1.2. *El derecho sexuado*

Parte del actual debate feminista gira en torno al denominado «derecho sexuado», el cual significa interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo. Interrogarse sobre esta cuestión tiene interés desde la perspectiva de las limitaciones que ofrecen los cambios legislativos en determinados contextos³, puesto que cualquier proyecto de transformación más amplio no podría ya eludir la crítica que el movimiento feminista ha realizado del derecho (POLAN, 1982; MACKINNON, 1983). La formulación de estas cuestiones surge de la experiencia de las mujeres, más que de un análisis abstracto. Esta experiencia está relacionada con las transformaciones que en el ordenamiento jurídico se han producido y que

3. Se alude aquí a la idea de que no se trata tanto de transformar la legislación, sino de transformar la realidad. Las acciones que se toman dentro del sistema legal no pueden por sí mismas eliminar el patriarcado, sino forman parte de cambios económicos, culturales y sociales más amplios.

han reflejado de forma desigual las reivindicaciones de las mujeres, dentro del derecho de familia, del de trabajo, del derecho penal, etc.

El hecho de que el derecho no haya podido resolver en diversos campos los problemas materiales de las mujeres o que en todo caso sólo haya aportado soluciones parciales, ha conducido a la elaboración de una crítica de los instrumentos mismos a través de los cuales se pretende transformar la realidad. En algunos casos, las explicaciones dadas sitúan el problema dentro de los límites de la discusión jurídica; ésta es fundamentalmente la postura del denominado feminismo legalista (que se verá a continuación), para el cual el problema se reduciría fundamentalmente a un problema jurídico. En otros análisis, tal como el de la comprensión del derecho como enclave del patriarcado o en relación al problema de la diferencia, se acentúan más los aspectos externos y se intenta analizar las limitaciones de la norma jurídica desde la comprensión del papel que ésta desarrolla, es decir, a partir de su estudio en relación con el sistema político-social dentro del cual ella es generada.

Al intentar las mujeres que el derecho diera cuenta de nuevos problemas hasta entonces marginalizados, ellas han ido encontrando numerosas dificultades. La interpretación de las causas de esas dificultades ha sido diversa y plantea problemas concretos en los diferentes ámbitos jurídicos, pero tienen en común el haber identificado el denominado problema de la «sexuación» del derecho.

Como se puede fácilmente advertir, la idea de la falta de neutralidad e imparcialidad del derecho, resaltada por el concepto de un «derecho sexuado», entronca casi directamente con el cuestionamiento que las corrientes críticas formulan a la ideología tradicional, la cual ha informado la historia del pensamiento jurídico desde su secularización con el Iluminismo, habiendo contribuído con vigor y solidez a construir el modelo de sociedad dentro del cual se ha consolidado un sistema de relaciones sociales desiguales. De esta forma, la desigualdad como patrón ha gobernado la ubicación de la mujer en el marco del liberalismo burqués y pese a las transformaciones sociales producidas en Occidente, ese ha sido el rasgo característico de la construcción del sujeto femenino.

Pero, desigualdades no sólo son y han sido las relaciones entre hombres y mujeres a través de todas las fases en que se ha venido desarrollando la sociedad asentada sobre el modo de producción capitalista; ya en el estudio de sus orígenes fue señalado con clarividencia por uno de los fundadores del marxismo (ENGELS, 1970) de cuál manera y hasta qué punto incide la configuración de los lazos familiares sobre aquellas relaciones o, por consecuencia, cómo tales lazos son idóneos tanto para la reproducción de la fuerza de trabajo cuanto para asignar a cada uno de los miembros de esa familia un papel apropiado en el tipo de organización que con ella se instituye. En tal contexto, la mujer y la condición a que ella queda rele-

gada en sus vínculos con el hombre asumen una función importante, aunque su representación social es decididamente de carácter subalterno y sometido. La incidencia que todos estos aspectos han tenido en la sociedad capitalista y, sobre todo, la especial relación que existe entre la división sexual del trabajo, y la posición de la mujer dentro de aquella, constituyen temas centrales del debate antropológico (MOORE, 1991), debate que sólo muy lentamente está siendo atendido por los juristas.

Desiguales son, en su esencia y en general, todas las relaciones sociales; esa es una característica de la modernidad y frente a ella han sido los modernos quienes, con la invención del derecho, han requerido a éste que traduzca en términos normativos un igualdad que no existe. Esta es la gran paradoja: mientras la desigualdad existe en el «ser», la igualdad «debe ser» ¡Extraordinaria capacidad ésta de las formas y el saber jurídicos que mediante un procedimiento de «positivización» de los derechos logra dar respuesta y satisfacer las demandas que en el terreno social quedan huérfanas!

Ese es el proceso que tan bien ha sido denominado como el «juego de la igualdad/desigualdad», creado y percibido como problema por el sistema social que es transferido para ser mejor regulado, pero no resuelto, por un sistema parcial. Desde ese momento y luego, la solución de un problema general de la sociedad es demandada a un sistema particular, el cual deberá regular el todo siendo una parte del todo. Esta es la mejor insinuación de la paradoja: el derecho deberá, más no podrá asegurar la igualdad (RESTA, 1991, p. 6).

Es así como queda en absoluta evidencia algo que toda teoría crítica reprocha a la ideología jurídica tradicional, o sea que el derecho deberá reivindicar una autonomía siempre más fuerte, pero también siempre más artificial. Esta es la gran cuestión que envuelve el desarrollo de todas las escuelas jurídicas de la tradición liberal-burguesa; cuestión que ha supuesto, asimismo, una gran tensión entre las tendencias formal-normativistas que en este último siglo se identifican en KELSEN, por una parte, y aquellas que se reconocen en los análisis económicos, políticos y sociales del derecho. En este terreno, la positividad del derecho es la culminación de un proceso de distanciamiento entre la norma y la realidad por el cual, mientras ésta sanciona una desigualdad material, la primera legisla una igualdad formal. Sobre esto se apoya la formulación de un pensamiento y de una cultura jurídicas que han actuado con carácter legitimador y éste ha constituido el eje del debate en torno a la existencia de una «ciencia jurídica» desde von KIRCHMANN en adelante.

La metáfora de la sexuación del derecho conduce a explorar las posibilidades de un sujeto diverso, a pensar la diferencia como consecuencia de un proceso de relaciones más que como producto de un «ser» (biológico); es decir, que la diferencia se constituye más como algo a valorizar antes que como un límite a eliminar, más como base para la atribución de derechos que como aquello que impide la plena asunción de derechos.

El derecho sexuado se enfrenta con algunas de las características que identifican a la cultura jurídica tradicional con ciertos rasgos adjudicados a los sujetos masculinos quienes, a la vez, pueden aprehender y servirse mejor de los aspectos estructurales del derecho. Esta tesis constituye la base de innumerables investigaciones de sociología jurídica empírica, las cuales han venido a demostrar que la igualdad como simetría ha de rechazarse, puesto que así se ignoran diferencias ya existentes y se perpetúan otras de forma artificiosa (LAUTMANN, 1989, p. 139-155).

El análisis feminista del derecho ha conducido a entender como una «construcción» el denominado sujeto del derecho, el cual sería un sujeto autónomo, neutro y sin dependencias. Esta construcción procede de la asunción del punto de vista del hombre blanco, adulto y propietario como modelo normativo, apartando de tal modelo todo aquello que sea diferencia y marginándolo. Es así como la igualdad se transformaría en asimilación: «Gozarás de mis derechos si devienes como yo soy» (PITCH, 1991, p. 223 ss.). Este modelo inicial se ha visto ampliado durante la historia de las demandas sociales; sin embargo, la referencia a dicho modelo se percibe claramente todavía. Y han sido precisamente tales demandas sociales, como las de las mujeres, las que han desvelado la existencia de dicho modelo, puesto que han puesto de manifiesto las contradicciones y la naturaleza de los principios de un derecho liberal⁴.

De esta manera es como la metáfora de la sexuación del derecho se introduce en uno de los meollos de la cultura jurídica liberal: el problema de la subjetividad jurídica. El nudo constitutivo de esta subjetividad propone la delimitación del terreno sobre el cual deber ser posible una conciliación entre la *unidad* normativa y al mismo tiempo, la *diversidad* social (BARCELONA, 1984). El problema consiste en saber en qué modo es posible individualizar un denominador, un ser en común, el cual permita la comunicación social y que, no obstante, consienta mantener la diversidad social. Mas, no puede dudarse que ese nudo, en el estado actual de la sociedad capitalista, todavía no ha podido ser deshecho y, lo que es todavía más grave, en el momento presente de la cultura jurídica, tampoco es posible resolver el problema, el cual no sólo interrumpe una libre comunicación entre sujetos, sino que además alimenta la hegemonía de un derecho sexuado con todas sus consecuencias. Efectivamente, si bien en la actualidad, en ciertas culturas, es posible verificar una cambiante experiencia en la cual la experiencia de las mujeres es revalorizada y puesta en condiciones de paridad con la masculina, en cambio la identidad formal que se expresa en la universalidad del lenguaje, en la generalidad del derecho y en todas las reglas constitutivas del actuar comunicativo, sanciona la hegemonía del derecho sexuado.

4. En relación a este tema resultan de gran interés las reflexiones que al respecto hacen RUBIO, (1990) y BOCCI (1988).

1.3. *Críticas feministas*

Se puede hablar de distintos tipos de críticas feministas del derecho, que provienen a su vez, como hemos comentado, de distintas percepciones de los problemas. Algunas de las clasificaciones hablan de tres grandes grupos:

1.3.1. *Las reformistas*

En este grupo estarían aquellas posturas de quienes sostienen que el derecho no es racional, objetivo y acorde a unos principios, pero que debería serlo y por tanto intentar señalar los puntos en los que el discurso jurídico niega los derechos de las mujeres. Se podría decir que esta es la clásica posición reformista que piensa que el problema radica en el olvido de las mujeres por parte del derecho y de la naturaleza esencialmente «jurídica» del problema. Desde esta perspectiva se han ensanchado los márgenes del derecho liberal; utilizando el concepto de igualdad se ha intentado incluir así a uno de los colectivos inicialmente excluidos (STANG DAHL, 1987 esp. 22-33). Sin embargo, en esta perspectiva no se tuvo en consideración que había sido precisamente aquel derecho liberal el que había configurado el modelo; por tanto, la igualdad implicaba referirse a un modelo que tiene carencias, de la misma forma que las tenía el que se abandonaba.

1.3.2. *El derecho como enclave del patriarcado*

Tal como se señalaba al comienzo de este epígrafe otras corrientes de análisis han subrayado la importancia de entender en cuál modelo político-social-económico el derecho se inserta. No sería posible entender las deficiencias de éste sin apreciar la naturaleza de los problemas que se refieren. Por tanto, el primer paso sería aludir al núcleo de estas cuestiones y es aquí donde para numerosas autoras resulta esencial entender el concepto de «patriarcado».

Dentro de los marcos de las concepciones contemporáneas, los diferentes significados que se atribuyen al término patriarcado se relacionan también con diferentes corrientes del feminismo⁵. Tales corrientes son: la del *feminismo radical*, la cual desarrolló una teoría del patriarcado que postula la capacidad reproductiva de las mujeres como base de su opresión social (FIRESTONE, 1976). De acuerdo a dicha teoría, las relaciones de reproducción generan un sistema de clases sexual que se basa en la propiedad y en el control por parte de los hombre de la capacidad reproductiva de las mujeres, sistema el cual existe en paralelo al de clases.

5. Una precisa síntesis de ellas –la cual aquí se emplea– puede encontrarse en la exposición que se ha hecho con una de las contribuciones a una reciente obra colectiva latinoamericana (BELLOTI, 1989).

El llamado *feminismo materialista* (DELPHY, 1982) sostuvo que en la sociedad capitalista existen dos modos de producción: doméstica o familiar. Así, se afirma la existencia de una «relación de producción entre marido y mujer» en la familia nuclear moderna, consistente en la relación de una persona o «un jefe», cuya producción se integraba en el circuito mercantil, con otra que le está subordinada porque su producción, la cual no se integra en tal circuito, es desvalorizada y convertida en algo invisible. En virtud del matrimonio y de la realización del trabajo doméstico, las mujeres comparten una posición común de clase (clase social de género) (MELLASSOUX, 1985).

Por su parte, el *feminismo socialista* intentó analizar la relación entre la subordinación de las mujeres y la organización de los distintos modos de producción. Sobre esta base, llevó a cabo dos diferentes análisis del patriarcado: el primero en términos de relaciones ideológicas; el segundo de relaciones materiales. Según el primer enfoque, el patriarcado sería el resultado de interpretaciones ideológicas y políticas referentes a la diferenciación biológica; en algún caso han sido denominadas como relaciones sociales de reproducción o sistema sexo-género (EINSENSTEIN, 1980). Se trataría de relaciones culturales que se trasladan de un período histórico a otro. Por su parte, una visión psicoanalítica define a semejantes relaciones como «cultura patriarcal» (MITCHELL, 1982), dentro de la cual el padre asume, simbólicamente, el poder sobre la mujer. El segundo enfoque, en términos de relaciones de materiales, sostiene que el patriarcado se caracteriza por el control del trabajo de la mujer dentro de la familia, de su fidelidad sexual y de su capacidad de procreación. De aquí surge que las formas específicas de control sobre la reproducción dependerían del matrimonio y variarían de acuerdo a la clase social; en la familia burquesa, lo fundamental es la producción de herederos, mientras que en la familia proletaria la preocupación se centra en la reproducción de la fuerza de trabajo.

Como se advierte, la regulación de un tipo de organización, tal como la que emerge de una sociedad que se asienta sobre el patriarcado, requiere una cultura jurídica nutrida por el tipo de relaciones sociales propias a semejante organización. Sin embargo, como dato a tener en cuenta, cabe recordar la polémica en torno a los orígenes de la «conciencia jurídica» contemporánea pues, mientras algunos adjudican como sentido actual de la expresión el ser un producto del *patriarcado* (PEUCKERT, 1955, p. 83 ss.), otros recuerdan a los griegos y la destrucción de un sistema social basado en los decisivos aportes de la mujer a la economía y a su propia organización (matriarcado), lo cual aconteció cuando dicha cultura griega descubrió el poder del Estado junto y por sobre la parentela y las castas (BORNEMAN, 1980, pp. 57-71). Si se atiende a semejante polémica, podría quizá rastrearse esa adjudicación de dualismo atribuido a las mujeres, el cual asume así una capacidad fundante del derecho sexuado.

En este caso, entender el derecho como enclave del patriarcado significa reflexionar sobre el hecho de que las características presentes del dere-

cho están marcadas por el contexto patriarcal de nuestras sociedades. Así el derecho se identificaría con un modelo en el que conceptos tales como racionalidad, abstracción, objetividad, poder, excluirían a sus opuestos, o sea, irracionalidad, contextualización, subjetividad, sensibilidad; es decir, con este modelo se eliminaría aquella parte del dualismo tradicionalmente adjudicado las mujeres (MACKINNON, 1983).

1.3.3. *El derecho y la expresión de la diferencia*

El concepto de diferencia, en contraposición al de semejanza, ha gobernado gran parte del desarrollo de los estudios feministas. Hasta tal punto ello ha ocurrido así que —según dice Henrietta L. Moore «la tierra fase que es por la que atraviesa actualmente la relación entre feminismo y antropología, está caracterizada por un resurgir de la diferencia en detrimento de la semejanza y por un intento de levantar los pilares teóricos y empíricos de una antropología feminista centrada en el concepto de diferencia». (MOORE, *op. cit.*, p. 24).

Pero esta diferencia ha sido considerada por mucho tiempo como la directa expresión de las diferencias naturales entre los sexos, la proyección de la diversidad de los cuerpos sobre el plano de la organización social y de la división del trabajo. Desde este punto de vista, la especialización de las tareas y de los roles no es otra cosa que la proyección de especializaciones corporales. Por un lado, el hombre no puede parir, se dice que es más fuerte físicamente, que está biológicamente predispuesto a la competencia y que es más agresivo o naturalmente depredador; por otro lado, la mujer se caracterizaría por la función de procreación, se especializa en la atención de los niños y tiene una particular predisposición para el contacto social con los menores y las personas necesitadas de ayuda. Dentro de semejante cuadro el sexo es un destino; es el criterio de demarcación de dos puntos de vista heterogéneos y complementarios sobre el mundo los cuales, no obstante pueden manifestarse de manera diversa en unas y otras sociedades, no pueden, en cambio, substraerse a esta diferencia originaria y natural: la creación, la actividad, la adquisición, la lucha y la competencia corresponde al hombre; la pasividad, la docilidad, los sentimientos a la mujer. El hombre debe «hacerse», la mujer debe «ser» (CASSANO, 1989, p. 67).

Sin embargo, como lo ha demostrado la antropología social, las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica o social de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y hembras (MOORE, *op. cit.*, p. 30). El orden simbólico surgido de semejantes procesos es lo que ha sido contestado por los estudios sobre el género. Diferencia, en la sociedad democrática y en el Estado de derecho, no puede significar la separación; antes bien, debe supo-

ner pensar la relación entre lo masculino y lo femenino como una dialéctica creativa (IRIGARAY, 1992). Por tanto, se trata de que se posean derechos diversos, pero equivalentes y, en tal sentido, la categoría de los derechos sexuados asume otra dimensión como, por ejemplo, que se sancione el derecho a la integridad física y moral de la mujer y, en tal caso, si alguien ejerce violencia sobre una mujer, es la sociedad en su conjunto la que resulta lesionada; otro ejemplo sería: no es suficiente que a través de un régimen de plazos se conceda un «permiso» de aborto pues si no se promueve la pregunta, con origen en el campo de la filosofía social, de: ¿permiso de quién? Por el contrario, lo necesario es que se sancione positivamente el derecho de la mujer a elegir el momento de su maternidad, lo cual es indudablemente otra cosa.

Pero la toma de auto-conciencia que se ha producido en el campo de la lucha por el reconocimiento de la condición femenina, tal como lo ha esbozado la antropología del género, no ha traspasado todavía los límites disciplinarios. La cultura jurídica sigue orientada por la atribución de roles e identidades propios de aquel orden simbólico que ha fijado la subalternidad de lo femenino y que ha impedido la convivencia con el «otro» en el mutuo reconocimiento de que cada uno tiene derechos que los diferencian pero que, a la vez, los nivelan.

En efecto, el derecho excluiría ciertos valores que históricamente han sido identificados con las mujeres, como los de interdependencia, cuidado, subjetividad. En esta visión ha tenido gran influencia un ya famoso libro de CAROL GILLIGAN (1982), *In a Different Voice*. Las tesis de GILLIGAN es que las mujeres utilizan un código moral, un código ético diferente al de los hombres. Esta utilización de códigos diferentes no provendría de una supuesta «bondad del útero», sino del aprendizaje cultural que una persona realiza una vez que le es asignada la etiqueta del género. La autora utiliza una metáfora para describir la interconexión con el entorno que las mujeres han debido utilizar y desarrollar. Frente a esto, recuérdese al sujeto del discurso clásico del derecho liberal, un sujeto abstracto y autónomo. Un sujeto legal que se presume libre para iniciar una relación legal tal como desee. Este mecanismo ha operado de igual forma en el derecho penal liberal clásico; así, por ejemplo, la resistencia a aceptar que la violación, más allá de ser un acto individual, expresa un fenómeno social.

La norma jurídico penal ejemplifica alguna de las cuestiones planteadas. Por otro lado, el interés por el análisis del derecho penal en general proviene de las especiales características que hacen de éste un calidoscopio donde el funcionamiento de ciertos mecanismos es esclarecido. Se utiliza para este análisis el bagaje que el pensamiento criminológico crítico ha recogido, intentando con ello ver la norma penal en el contexto de un proceso de creación de proyectos hegemónicos (BERGALLI, 1991).

2. EL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LOS OJOS DE LAS MUJERES

En cuanto al análisis de la relación entre sistema jurídico-penal y la reflexión feminista se pueden encontrar dos grandes líneas de interés o ámbitos de estudio. De una parte, surge todo el interés que el derecho penal ha despertado en cuanto instrumento que ha recogido algunas de las reivindicaciones de las mujeres y les ha intentado dar solución. Al mismo tiempo, el interés por los mecanismos que han colaborado a configurar un concepto de género ha promovido el estudio de las formas de control social ejercidas sobre las mujeres. Desde esta perspectiva, detenernos en el papel desarrollado por el derecho penal como instrumento coercitivo, puede revelar la importancia de los elementos coercitivos y los elementos «integradores» en relación a dicha construcción del género.

Del análisis de ambos aspectos se derivan algunas conclusiones comunes, como que el derecho penal refuerza y refleja una construcción del género puesto que parte de un modelo «masculino», de un modelo universalista, en el cual la diversidad queda anulada.

2.1. *El potencial simbólico del derecho penal*

En primer lugar puede aludirse a la utilización del potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha afectado tanto a situaciones que previamente no habían sido definidas como injustos penales, como a criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de alguna forma por la norma penal (violación).

Partiendo de la idea del derecho penal como protector de bienes jurídicos es lógico pensar que las mujeres quieran incluir entre los bienes jurídicos dignos de protección aquellos que hasta el momento no habían sido incluidos en los textos legales. El problema surge al intentar concretar en un texto jurídico lo que aparece como una expresión de problemas complejos. Es por esto que ha sido continua la denuncia de las deficiencias que la norma penal ofrece, de la mutilación que hace de las expresiones sociales que le dan origen. Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización de situaciones específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente.

Tal como se verá, ciertos problemas que fueron percibidos por las teorías del patriarcado, fueron reubicados en el ámbito del universo jurídico liberal-burgués, en el cual los problemas de las mujeres son reducidos a términos más restringidos, tales como el de la igualdad de derechos.

A su vez, el mediador o aplicador de la norma sólo entenderá el sentido de ésta en ese contexto, en este caso del sistema penal, o sea, en la búsqueda de un víctima y un infractor, para la homogeneización de la situación —la cual ha perdido su valor de símbolo de una reivindicación más amplia o de problema complejo— al modelo de la norma.

El hecho de que en el lenguaje neutro y abstracto del derecho penal se tutelén «personas», hace desaparecer uno de los rasgos que caracterizan las reivindicaciones de las mujeres, cual es su carácter de problema que es percibido particularmente por un colectivo social. De esta forma, un conjunto de situaciones complejas se codifica en términos universalistas. La criminalización del problema comporta un «extrañamiento» de éste, por cuanto el contexto en el que ha sido definido por los actores sociales no puede ser recogido por la norma penal, así como sus implicaciones o contradicciones se ven simplificadas haciendo del contenido de la norma penal algo alejado del problema inicial. Este proceso ha sido descrito por mujeres que han trabajado o participado en algún proceso de este tipo y es respecto a esto sobre lo que se intentará concentrar este trabajo —en lo sucesivo— al hablar del caso de la violencia sexual.

2.2. *El género femenino en el derecho penal*

También se encuentra la dificultad de que dentro del sistema penal ya existe una visión del género. No se puede olvidar, por tanto, que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación a las mujeres y que durante el desarrollo de tales funciones ha asimilado una percepción del género, de la mujer como sujeto no digno de tutela con las mismas condiciones que el hombre. En este sentido es interesante analizar cómo el interlocutor (el sistema penal) se ha relacionado históricamente con las mujeres, cuáles funciones de control ha ejercido respecto de ellas y por tanto qué sustrato de todo ello es lo que ha quedado.

El análisis feminista sobre el sistema penal y su función de control social replantea el problema del modelo de sujeto jurídico-penal utilizado. El análisis de los comportamientos de las mujeres que han sido criminalizados por el sistema penal, se realiza a partir de un modelo diferente, que no es el característico de la norma penal basado en el hombre adulto, responsable, «sano mentalmente». Las mujeres han sido definidas históricamente por el sistema penal y la criminología positivista (cfr., por todos, la obra clásica de LOMBROSO y FERRERO, 1929) como sujetos necesitados de tutela, lo que ha comportado una articulación de su control diferente a la de los sujetos masculinos. Es por este motivo que el análisis del funcionamiento del sistema penal como instrumento de control social en relación a las mujeres, no puede prescindir del análisis de otras instituciones que han colaborado en el ejercicio y configuración de dicho control. Con esto, la norma penal aparece inserta en un contexto mucho más

amplio; comprender cómo se ha querido «construir», «delimitar», «excluir» al denominado género femenino, significa comprender mecanismos mucho más diversos (DE LEONARDIS, 1988). La imputabilidad penal de las mujeres ha sido puesta en cuestión históricamente e incluso actualmente se les aplican regímenes de control institucional distintos del penal o se hace una interpretación penal de sus comportamientos diferente a la de los hombres.

A continuación se verán, en primer lugar, algunos rasgos de la intervención del derecho penal como forma de control social respecto de las mujeres y posteriormente, partiendo de la referencia al tema de la violencia sexual, se señalará cómo el sistema penal, al traducir las reivindicaciones de las mujeres, transforma la voz de éstas, siendo el producto resultante más un reflejo de la imagen del género que quiere ser construida antes que el producto de su propia voz.

3. EL DERECHO PENAL Y SU INTERVENCIÓN COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL SOBRE LAS MUJERES

Las mujeres han sido definidas por el sistema penal, más que como sujetos a los que se les debe aplicar todas las garantías que comporta el derecho penal liberal, como sujetos «necesitados» de tutela. Esto ha conducido a una articulación del sistema punitivo que se diferencia de la dada al mismo sistema cuando se relaciona con los hombres. Tres serían los aspectos fundamentales de tal articulación: la escasa y al mismo tiempo ambigua atención dada a la transgresión femenina, la representación de la intervención penal como instrumento necesario y la gestión «femenina» de las prisiones⁶.

La no muy significativa relevancia estadística de las mujeres como objeto de intervención penal, ha justificado una atención residual por parte de las ciencias sociales respecto de la transgresión femenina. La investigación sobre este tema se desarrolló a partir de los años setenta, en el contexto del estudio más amplio de las formas de control social. La consideración del patriarcado como un elemento central para entender el papel del derecho penal, fue subrayada por diversos estudios de criminología, filosofía política y sociología. Los estudios impulsados desde el ámbito de la criminología mostraron que para entender la relación de las mujeres con el sistema penal, se debía comprender qué papel jugaba éste en relación a otros elementos del patriarcado⁷.

6. En relación a este último aspecto, FRANCA FACCIOLI señala entre otras cuestiones cómo la cárcel supone una continuidad respecto del control proveniente de la institución familiar, del trabajo doméstico y de unos valores de dependencia y pasividad. (FACCIOLI, 1990, p.109.)

7. Entre los estudios de referencia sobre este tema son especialmente relevantes los de, SMART (1978), EDWARDS (1981), DE LEONARDIS (1988), PITCH (1987), WALKOWITZ (1980).

La consideración del patriarcado ha sido central para entender la «se-
xuación» del derecho y el proceso mediante el cual se produce la dicoto-
mía público/privado (SMART, 1976; EDWARDS, 1984), o el tratamiento di-
ferenciado que las mujeres reciben ante el sistema jurídico penal (CARLEN,
1983; EATON, 1986).

En el ámbito de ruptura con la criminología tradicional, el tema géne-
ro y el patriarcado han contribuido a afirmar algunas de las críticas que el
pensamiento crítico ha hecho a los modelos tradicionales de análisis del de-
lito. El análisis realizado desde diversas perspectivas por la criminología fe-
minista subraya las críticas que se han hecho al pensamiento criminológi-
co tradicional, pero además incluye una nueva óptica. Así, el pensamiento
criminológico tradicional parecía legitimar los mecanismos de control so-
cial aparecidos con el ascenso del capitalismo, mecanismos que dieron res-
puestas a nuevas necesidades de control, tales como la disciplina del prole-
tariado⁸. Ahora se pone de manifiesto cómo ese mismo pensamiento refor-
zaba otro plano de la dominación, el del género (EDWARDS, 1981).

El derecho penal del siglo XIX refleja un mundo donde las mujeres son
consideradas seres inferiores a los hombres; donde su transgresión no se in-
terpreta meramente como el comportamiento de un individuo, sino como
el comportamiento que está transgrediendo las expectativas o roles socia-
les atribuidos a su género. La transgresión no es sólo violación de la nor-
ma jurídico-penal, sino violación del rol asignado. Dicho de otra forma, el
punto de atención es la ruptura con las pautas de comportamiento referi-
das a aquellos aspectos estructuradores del género. La conducta sexual y la
conducta de trabajo (doméstico fundamentalmente) son los elementos bá-
sicos en el mantenimiento de un rol femenino; la transgresión de tal rol
fue en diversos aspectos criminalizada y a su vez cualquier comporta-
miento desviado era relevante en cuanto que ponía en cuestión tal imagen
del género. Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, recondu-
cir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad
sexual y, por otro, hacer aprender a la condenada el trabajo doméstico, con-
siderado fundamental para absorber el rol femenino, pero además impor-
tantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asa-
lariado de otros miembros de la familia⁹.

Estos aspectos ponen de manifiesto cómo la intervención penal respec-
to de las mujeres ha ayudado a perpetuar y a crear una imagen del género
que a su vez se relaciona y refuerza otros proyectos hegemónicos del siglo
XIX, como el de la creación de un modelo social y económico. El derecho
penal, en su relación con el sujeto femenino, ha desarrollado y reproduci-

8. Cfr. BARATTA (1986), FOUCAULT (1977), PAVARINI (1983).

9. Una de las características del trabajo penitenciario de las mujeres fue, y continúa siendo, que se trata de un trabajo relacionado con tareas «domésticas» o en todo caso trabajo muy poco cualifica-
do. Cfr. MELOSSI y PAVARINI (1977) 1981; FACCIOLI (1990).

do algunas imágenes que enlazan a ese sujeto femenino con algunas ideas que todavía se encuentran presentes en el sistema penal moderno; por ejemplo, la preeminencia del discurso terapéutico y moral. La idea de que la autora de la transgresión penal no tiene las mismas características que tendría el autor, sigue presente en muchos aspectos. Se pueden tomar varias imágenes ilustrativas: la de la mujer que hurta, la traficante, la terrorista; al ser feminizadas estas palabras en relación a dichos comportamientos se añade algo más que una especificación relativa al sexo del autor: se añade una carga simbólica que hace que se analice el comportamiento como si tuviera características diferentes y así, repentinamente se le asocian nuevas imágenes, esta vez ligadas al género.

Se descubre así la influencia que todavía tienen las ideas positivistas, las cuales caracterizaron la transgresión femenina como un rasgo en poca consonancia con la naturaleza femenina, como algo anormal, y que más allá de la propia transgresión «deforma la propia naturaleza femenina». Otra de las ideas frecuentes es la de una menor capacidad de actuar o reflexionar, lo que conlleva su definición como sujetos no autónomos y justifica su internamiento en caso de comportamientos irregulares, extendiéndose así la actividad punitiva al derecho de las actitudes peligrosas (MIRALLES, 1983, pp. 149-156).

Lo que reflejaron los criminólogos positivistas y el derecho penal del siglo XIX no fue más que el temor a descubrir una realidad que se alejaba de los roles otorgados y que entraba en contradicción con ellos (HEIDENSOHN, 1985, SMART, 1976). Las dificultades de crear una «naturaleza femenina», excluyendo aquellos comportamientos y actitudes que entraban en contradicción con tal comprensión, se perciben al notar la complejidad de los mecanismos que ayudaron a crear tal «naturaleza». Asignando una naturaleza a un sujeto, se ha reforzado la idea de la existencia de dos géneros, de dos tipos de sujetos sociales.

El mantenimiento de tales géneros ha ido atravesando fases diferentes y desde finales del siglo XIX se ha enfrentado con la aparición del movimiento de mujeres, con el surgimiento de un nuevo sujeto histórico; quizás uno de los mayores cambios del siglo. Cabe preguntarse de qué forma en la actualidad el derecho penal continúa contribuyendo a reforzar y construir la asignación del género, la asignación de capacidades y cualidades en función del género. Se ha escogido un acercamiento a esta cuestión, como ya se ha mencionado, tomando como punto de mira la utilización del derecho penal respecto a la violencia sexual. Quizás esto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, reforzando la creación de un determinado significado y función de lo femenino.

4. EL SISTEMA PENAL Y SU USO EN EL CASO DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Durante los últimos años, en distintos países europeos, la cuestión de la violencia sexual apareció como un tema muy relevante dentro de las preocupaciones de los grupos feministas. Esta preocupación se tradujo en un conjunto de reivindicaciones que buscaban la nueva criminalización o criminalización diferente de situaciones previas; esto no impide que un conjunto de problemas comunes se puedan apreciar, permitiendo reflexionar así sobre algunas cuestiones.

Aunque el interés fundamental es ver aquí qué significado tiene el uso simbólico del derecho penal por parte del movimiento de mujeres, parece que esta cuestión se puede hacer extensible al uso que otros movimientos sociales hacen del derecho penal en relación a cuestiones ecológicas, racismo, etc, aunque en cada caso haya elementos específicos. Para este análisis se utilizará la referencia a lo ocurrido en casos como el italiano y el holandés que, pese a ser muy distintos, conducen una misma línea de reflexión. Previamente a esto es necesario situar los términos de la cuestión; es decir, hacer algunas referencias al significado que tiene dentro de la reflexión feminista la reflexión sobre la violencia sexual.

4.1. *Violencia contra las mujeres, violencia sexual*

Para empezar, parece imprescindible afirmar la necesidad de entender que la percepción que tenemos hoy de la violencia sexual no se puede separar del hecho que su aparición como tema de debate en la escena pública lo ha sido de la mano de las estrategias de criminalización. El mismo término «violencia sexual» refleja aquella parte de los posibles aspectos del tema que se han subrayado. Así, por ejemplo, hablar en términos de opresión sexual implica un conjunto de factores diversos que son más difícilmente «traducibles» a términos penales. El lenguaje penal necesita establecer los términos de un problema con características que le sean reconocibles. Es por esto que el propio término ya describe cuáles aspectos del tema se subrayan y qué soluciones son las posibles. El término violencia tiende a ser utilizado de forma restringida y referido sólo a tipos de violencia física e interpersonal, excluyendo la violencia psicológica y estructural; es lógico, pues, que la complejidad del problema se vea reducida al ser interpretado desde la óptica del derecho penal.

El derecho penal liberal nació con unas pretensiones limitadas a salvaguardar el respeto de ciertos derechos y libertades individuales. Frente a estas premisas, un concepto como el de la opresión sexual aparece como inapropiable a través del derecho penal. Se trata evidentemente de un ejemplo que pone de manifiesto las limitaciones de un instrumento de intervención social, el derecho penal, el cual se construyó a partir de la perspectiva liberal burguesa. Esta perspectiva liberal-burguesa, como marco de análisis, ha sido superada y enriquecida posteriormente; así, por ejemplo, el feminismo

que partía de ideas liberales, ha ampliado esta perspectiva. Sin embargo, la necesidad de dar expresión jurídica a la cuestión de la opresión sexual, parece haber simplificado los términos iniciales del debate.

La historia de cómo el problema de las agresiones sexuales ha tomado significado dentro del feminismo es compleja y seguramente se puede explicar de formas diversas. Quizás algunos datos puedan situar a quien no tenga mucha información sobre el desarrollo del feminismo (y serán escasos para quienes conozcan el tema). Bajo la idea de «violencia sexual» se han hecho converger perspectivas muy diferentes sobre la realidad que viven las mujeres.

La extensión de la utilización del término no apareció hasta los años sesenta y setenta. Con anterioridad, la referencia a este tema aparece en otros marcos. Se ha de tener en cuenta que la reflexión abierta sobre lo sexual no fue un tema de amplia reflexión hasta esta época y que las energías del activismo de las mujeres se habían dedicado a otras luchas «prioritarias» (igualdad de derechos políticos, de salarios, de oportunidades, de enseñanza). Históricamente, el movimiento feminista se ha preocupado desde finales del siglo XIX de lo que se podría denominar «violencia sexual», aunque la forma y las características con que lo hizo son diferentes a las que posee hoy el término. El primer concepto que abarcó estos temas, a partir de explicaciones globales, fue el de opresión sexual, el cual se emparentaba con los de patriarcado y opresión; es decir, con una percepción global, en la que la desaparición de tal opresión dependía de la transformación del patriarcado. Estas preocupaciones, expresadas bajo el concepto de violencia sexual, alcanzaron cierta relevancia a partir de los análisis de la corriente feminista emplazada en lo que se conoce como el feminismo radical. Una de las preocupaciones constantes de las diversas corrientes del feminismo socialista, liberal, etc., es la cuestión de saber qué constituye el núcleo de la opresión de las mujeres. Para algunas autoras del feminismo radical, el núcleo de la opresión de las mujeres (BROWNMILLER, 1975, DWORKIN, 1981) se encuentra en la violencia sexual masculina ejercida sobre las mujeres (EISENSTEIN, 1984). Las investigaciones que esta hipótesis generó condujeron también a aumentar el interés de las feministas de diverso signo por estos temas. Más allá pues del carácter central que dentro del feminismo radical dichas preocupaciones tuvieron, otras corrientes del feminismo aceptaron la importancia de un tema que hasta los años setenta todavía no era un tema político.

Durante años el feminismo europeo y americano se había distinguido por crear un amplio campo de análisis político y social en torno a los problemas de las mujeres, denunciando diferentes formas de opresión social, económica, cultural y buscando la creación de modelos alternativos. Hacia finales de los setenta, principios de los ochenta, el contexto social, económico y político cambia y, junto con la crisis ya madura del *Welfare State*, se habla de la recesión de las demandas sociales. Los partidos políticos

de la izquierda ya no plantean cambios estructurales, sino reformas concretas. En tal contexto, las voces que dentro del feminismo abogan por proyectos de cambio social se debilitan y se refuerzan el uso de instrumentos como también el recurso a campañas de denuncia y reivindicación de la criminalización de la violencia sexual.

Estas notas simplifican y distorsionan sin duda algo mucho más complejo, pero debe esperarse que ayuden a situar algunos elementos importantes, pues el uso del papel simbólico del derecho penal se realiza en este contexto. Muchos grupos de mujeres hicieron del tema de la violencia sexual un símbolo de problemas más complejos; un tema que implicaba otros, como la construcción de los roles sexuales, la opresión sexual y su relación con el mantenimiento de un sujeto no autónomo, el mantenimiento de la organización patriarcal social a través de los mitos de la sexualidad masculina y femenina; es decir, un conjunto de relaciones de poder desiguales. El objetivo era en muchos casos llamar la atención sobre la genérica opresión todavía existente sobre las mujeres; este nuevo tema ponía en tela de juicio que hubiera desaparecido la sociedad patriarcal. Sin embargo, el posterior proceso de criminalización no satisficaría todas estas expectativas. El proceso de criminalización redujo la cuestión, en parte ya sesgada, a unos términos en los que muchas de estas cuestiones han quedado veladas o transformadas; más que de un problema social representativo de la estructura de dominación, el problema se trasladará a términos particulares, individuales.

El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados. Exponer, manifestar la existencia de expresiones diversas de violencia sexual, fue vista por algunas mujeres como una opción para dar palabras, para dar dignidad, subjetividad moral a personas que incluso en ese plano eran negadas. Sin embargo, tampoco este objetivo se conseguiría. La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad (BUMILLER, 1990).

No se puede evitar mencionar las consecuencias políticas a las cuales, ha conducido la estrategia de apuntalarse en el tema de la violación sexual y de su «resolución» por la vía penal. Esta cuestión se analiza a continuación a través de dos casos en particular.

4.2. *Estrategias contra la violencia sexual*

4.2.1. *El caso holandés*

En los Países Bajos el tema se remonta a los años setenta; fruto del proceso de liberación sexual, las mujeres empezaron a descubrir la importancia que el tema de la violencia sexual tenía todavía en su sociedad. Así apa-

recieron distintas iniciativas de grupos de mujeres. Por ejemplo, en 1974 organizaciones de mujeres se reunían en Amsterdam para discutir sobre temas como las agresiones sexuales, la violación y los malos tratos, fundando un grupo de ayuda a las mujeres maltratadas que se instalaría como *squatters* en un céntrico edificio. La mayoría de estas mujeres había conocido estos problemas a través de su trabajo de atención a otras mujeres en los servicios sociales. Un grupo de mujeres que trabajaba en los Centros de Asistencia para Jóvenes (JAC) llegó a la conclusión de que la mayoría de las jóvenes que abandonaban su familia lo hacían por haber sido objeto de abusos sexuales. Esta experiencia las condujo a fundar en 1975, un centro de asistencia a mujeres violadas: *Vrouwen tegen Verkrachting* que recogía la experiencia de centros estadounidenses (VAN SOEST, 1975). En 1976 la celebración del «Año de las Mujeres» dio pie a que diversos grupos de mujeres organizaran una actividad que llamó la atención sobre los problemas reales de ellas; se organizó con tal finalidad un «tribunal» que debía juzgar los «Crímenes contra las mujeres». El objetivo principal era, según sus organizadoras: «Mostrar que la opresión de las mujeres es algo constante en diferentes partes del mundo; que sólo difieren sus expresiones y que cada caso de opresión no es un hecho aislado, sino algo representativo de un fenómeno más amplio». Se afirmaba también que el objetivo era fortalecer la solidaridad entre todas las mujeres. Como crímenes contra las mujeres se denunciaron la maternidad forzada, las relaciones sexuales forzadas, crímenes económicos, la doble opresión familiar y económica de las mujeres, etc.

Entre 1976 y 1980 aparecieron numerosos estudios e investigaciones que ponían de relieve la falsedad de muchos de los mitos existentes respecto a la violencia sexual (un libro de JEANNE DOOMEN mostraba una investigación de la cual se deducía que cerca de la mitad de las mujeres holandesas habían padecido algún tipo de violencia sexual¹⁰). Bajo la presión de estos hechos, el gobierno creó un comité que debía recoger las críticas del movimiento feminista respecto a la legislación penal y asesorar cambios legislativos. El comité elaboró informes sobre el tema que recogieron las críticas del movimiento de mujeres y a la luz de éste se presentó un proyecto de ley en 1981. Sin embargo, tal proceso nunca llegó a transformarse en una ley y, por contra, en 1988 se aprobó una ley que se alejaba del proyecto inicial y no satisfacía las reivindicaciones del movimiento de mujeres.

En un comienzo el informe del comité había señalado que el sistema de justicia penal sólo podía jugar un rol menor respecto del problema de la violencia sexual, mientras que la legislación aprobada en los últimos años afirmaba la idoneidad del sistema penal para «combatir» la violencia sexual. Las mujeres que inicialmente creyeron fructífera la colaboración

10. En este libro se describen, por ejemplo; los mitos de hombres y mujeres respecto de la violación, fue uno de los primeros estudios holandeses que afirmaba que la mayoría de las violaciones no provenían de un desconocido (DOOMEN, 1976).

con el sistema penal, después de más de diez años de experiencia, dicen sentirse defraudadas; afirman que la demanda del movimiento de mujeres para criminalizar la violencia sexual ha sido satisfecha de forma inadecuada, puesto que se ha reducido el significado que para el movimiento de mujeres tenía hablar de violencia sexual. Es decir, la criminalización del problema restringe su significado. Además, el funcionamiento del sistema penal, la aplicación por parte del sistema penal de la norma penal, revela otro conjunto de problemas, puesto que tanto las prácticas que lo caracterizan, cuanto los instrumentos en los que se apoya, no parecen los adecuados para la atención del problema.

Debido a todo esto, en los últimos años los grupos de mujeres que trabajan sobre estos temas han aumentado su actitud crítica hacia el sistema de justicia penal, intentando buscar las diversas razones que hacen de éste un instrumento poco idóneo respecto de la violencia sexual. La forma en la que la legislación ha recogido las demandas iniciales de los grupos de mujeres ha sido muy parca y ha conceptualizado el problema en unos términos que ya no son aquellos iniciales en los que se empezó a hablar de violencia sexual, sino que ha reconducido el tema a otro ámbito: el del delito, el de la acción individual, y el de la solución penal.

Estas reflexiones han conducido al movimiento de mujeres holandesas a reconsiderar el papel que puede desempeñar el derecho penal respecto a la violencia sexual, y a una posición en la que el derecho penal no es más visto como aliado; más bien, es visto como «una tentación engañosa» (BEIJERSE, 1990, p. 270). Esta postura aproxima el análisis de algunas mujeres a los postulados del abolicionismo penal, por cuanto éste sugiere la necesidad de eliminar la racionalidad punitiva y represiva que el derecho penal representa¹¹. La complejidad de esta relación entre el feminismo y el abolicionismo ha sido ya analizada (VAN SWAANINGEN, 1990). El caso de la violencia sexual refuerza los argumentos abolicionistas acerca de la escasa utilidad del sistema penal en la resolución de problemas sociales, pero a la vez la complejidad de las implicaciones de este tema abre dentro del abolicionismo nuevas discusiones, como el valor del uso simbólico del derecho penal.

De la misma forma, en el movimiento feminista se ha abierto una nueva discusión que es mucho más enriquecedora que las sencillas recetas anteriores, la cual devuelve a las mujeres como los sujetos sociales implicados en el debate¹².

11. Cfr. BEIJERS (1986), BEIJERSE and KOOL, (1990), VAN SWAANINGEN (1990).

12. El debate actual se puede seguir a través de algunas publicaciones como la revista *Nemesis* o los estudios del Instituto Clara Wichmann de Amsterdam, interesado por la praxis jurídica en relación a las mujeres.

4.2.2. *El caso italiano*

En el caso italiano el problema tiene características similares, aunque las discusiones han sido diversas.

Los inicios de la preocupación por el tema parte de la experiencia de un Centro anti-violencia gestionado por el *Movimento di Liberazione delle Donne* (MLD) y convergen en un congreso celebrado en Roma en 1978 sobre el tema de la violencia sexual; en él se presentó una encuesta que revelaba que el 92,2 por 100 de las mujeres afirmaban padecer violencia física, sexual o moral. A partir de aquí, el MLD elabora una propuesta de ley en relación a la violencia sexual que se presenta ante el Parlamento como iniciativa popular legislativa y a la que darán apoyo otros movimientos de mujeres y partidos políticos. Se discutirá en ese primer momento la legitimidad que tienen ciertas mujeres para representar los deseos de otras a través de una ley, reduciendo la complejidad del problema; se hace, pues, una crítica a la utilización de una de las formas tradicionales de la política. Se criticará también el énfasis que ponía el proyecto en el carácter de fenómeno violento, más que sexual de la violencia sexual; se acusará al proyecto de impedir desarrollar un análisis autónomo en relación a la sexualidad femenina que tenga en cuenta su complejidad (Librería de Mujeres de Milán, 1991). Mientras que las promotoras de la propuesta de ley la defendieron como incentivo para la toma de conciencia, las críticas la acusaban de impedir el desarrollo de un análisis propio sobre la sexualidad femenina.

El rechazo de la comprensión de la violación como mera violencia forma parte del siguiente argumento: una parte del movimiento feminista italiano entendía que sustrayendo el significado «sexual» de la violación se separaba el hecho de la violencia del destino social de la sexualidad femenina. Es decir, se homogenizaba la violación a otros tipos de violencia, sustrayendo su especificidad: la violación simboliza otras violencias que sufren las mujeres. Entender que la violación es una mera cuestión de violencia reduce el problema a unos términos que son «accesibles» para el discurso penal. Reconocer a las mujeres como «personas», lo cual era uno de los objetivos buscados por las promotoras del proyecto, no podía implicar, según sus detractoras, suprimir del análisis los elementos que hacen de una forma de «violencia» un acto en el que se simbolizan problemas de opresión (Librería de Mujeres de Milán, 1991, p. 80).

Una segunda fase de la discusión se abrió en 1984 al pasar a estudio de las Cámaras una propuesta que recogía en gran parte la proposición original, pero que dejaba fuera aspectos que volverían a reabrir el debate entre las mujeres.

Las responsables de la iniciativa legislativa popular y la campaña posterior intentaron utilizar el derecho penal para hacer pública y notoria la importancia del problema. Los contenidos del proyecto parten de algunas ideas fundamentales, como son: la consideración de coerción y consenso como dos conceptos excluyentes y la de-sexualización del acto de violencia por

cuanto es considerado una forma de violencia contra «la persona»; es decir, parte de una perspectiva de igualdad en la que buscan el reconocimiento de las mujeres como «personas» a las que se presupone iguales.

Es especialmente importante ver el tipo de consideraciones que aparecieron durante las discusiones parlamentarias. La «batalla» política simplificó la cuestión a un debate sobre qué sexualidad era «buena», en el cual se enfrentaba una defensa de la sexualidad no violenta, paritaria (supuestamente defendida por la izquierda), y la otra (aquella católica y conservadora) en la que se atacaba la permisibilidad sexual, como auténtica causa de la violencia sexual. Con ello, entonces, la «buena» sexualidad se oponía a la violencia¹³.

Hacia 1986 el Parlamento se disolvió y el proyecto fue de nuevo desplazado, para volver a iniciarse el proceso de debate en la legislatura siguiente.

Las críticas al proyecto de iniciativa legislativa y a los sucesivos proyectos de ley señalan la falta de atención al proceso de diálogo y discusión de la propuesta, así como el olvido de la importancia que tiene el proceso de cambio de relaciones entre los sexos como medio para afrontar el problema de la violencia sexual. Se trata de responsabilizar socialmente a los individuos más allá de la responsabilidad penal. Con el proyecto el problema se traslada a términos individuales, la responsabilidad recae sobre el culpable singular y la mujer pasa a ser la víctima (PITCH, 1989), en vez del sujeto que reivindica.

Todo esto se ha de entender en el contexto de un movimiento político que tenía como razón convertir a las mujeres en «personas», dotarlas de identidad. Es decir, no reconocerlas simplemente como iguales, sino abordar esa «igualdad» desde la complejidad, desde el reconocimiento de que haber sido construidas como mujeres supone problemas específicos que no se pueden obviar. Por ello, parecía inapropiado formular en términos abstractos y asexuados un tema sentido por las mujeres. La propuesta de ley sólo podía reflejar en parte las experiencias de las mujeres y sólo podía hacerlo a través de un instrumento: el derecho penal, el cual parte de principios que simplifican los problemas expresados bajo el término de «violencia sexual», tal como el de la reconducción de los problemas a términos individuales, o el principio de culpabilidad como mecanismo de asignación de responsabilidad social.

Se ha de señalar como muy importante lo que ya ha sido indicado por la propia reflexión italiana (Librería de Mujeres de Milán),

13. Respecto a la relación entre violencia y sexualidad y las polémicas que en el feminismo americano esta relación ha suscitado, son extremadamente sugerentes los planteamientos que dentro del feminismo han buscado romper las fáciles reflexiones que identificaban la «auténtica sexualidad femenina con aquella no violenta», así como las consecuencias políticamente conservadoras que han implicado algunas campañas de lucha contra ciertas formas de violencia sexual, tales como las campañas antipornografía de los Estados Unidos. Cfr. VANCE (1989), OSBORNE (1989).

«La propuesta de ley, de hecho, desgajaba sólo una parte de la compleja situación de malestar y sufrimiento de las mujeres, poniéndola de relieve en detrimento de otros sufrimientos que continuaban teniendo lugar en medio de la indiferencia...» (1987, p. 81).

Esta reflexión implica considerar la solución penal como una solución poco sólida, pues pretende simbolizar en un momento un conjunto de momentos; intervenir sobre un aspecto, aislándolo de la realidad que le da significado.

Aparece aquí uno de los aspectos que fueron recogidos al comienzo de la discusión entre una ética de los derechos y una ética de la responsabilidad¹⁴.

4.3. Conclusiones

Se ha visto cómo en los dos casos brevemente descritos, los grupos de mujeres que se enfrentaron con la aprehensión de sus problemas por parte del sistema penal, encontraron graves conflictos. Podemos preguntarnos de forma genérica cuáles eran las expectativas de las mujeres al plantear la utilización del sistema penal y en qué medida dichas expectativas se vieron transformadas. Esta pregunta no interesa sólo a las mujeres, sino a todos aquellos que deseen entender cómo funciona el sistema penal y qué significado podemos atribuirle, si lo tiene, respecto de proyectos que intenten cooperar en situaciones de cambio social y de protección de individuos diferentes con necesidades distintas.

En primer lugar, es interesante reflexionar sobre cómo se ha producido la evolución desde una visión del derecho penal, como instrumento de los poderosos, hacia el momento en que éste es reclamado por colectivos como instrumento de liberación. En este sentido, tienen relevancia los discursos que el propio derecho penal genera para legitimarse, como el de la resocialización del individuo respecto a la pena privativa de libertad o el de la defensa de los bienes jurídicos fundamentales para todos los individuos en cuanto a sus funciones. Se podría pensar pues que los colectivos sociales que trasladan sus peticiones al sistema penal han asumido en cierta medida que tal funcionamiento es cierto y que sus objetivos son cumplidos y deseables. Esto, sin embargo, parece no ser así, sino que como se ha visto en el caso de la violencia sexual y el movimiento de mujeres, estos objetivos eran más complejos y tratan más bien de buscar finalidades propias utilizando el papel simbólico que el derecho penal tiene como asignador de negatividad social. El momento en el cual movimientos de mujeres de diversos países europeos han iniciado esta estrategia de criminalización, se debe situar en el contexto de la evolución de dichos sujetos sociales y también en el contexto de cambios sociales más amplios.

14. Cfr. HEIDENSOHN (1986), DALY (1989), PITCH (1991).

Tanto en el caso holandés como en el caso italiano, la estrategia de criminalización tuvo su origen en la voluntad de encontrar un instrumento que pudiera dar forma reconocible a problemas no visibles para la sociedad patriarcal. La denuncia buscaba la concienciación (término éste en desuso en nuestros días); pretendía la reflexión colectiva sobre un problema que hasta entonces había causado dolor individual, dolor no compartido, no sustantivizado siquiera. La sociedad patriarcal, la sociedad dividida en sexos, debía aparecer como el hecho problemático. De ahí la reivindicación que en el contexto italiano aparece formulada con claridad, reivindicación de no olvidar el aspecto «sexuado», de no olvidar que la violencia sexual se genera como un elemento más de los factores de violencia que contribuyen a mantener la sociedad patriarcal y la asignación del género.

Sin duda, se ha de tener en cuenta el momento histórico en que tales demandas son efectuadas. Aunque con situaciones económicas y políticas diversas, tanto en Italia como en los Países Bajos, la crisis del Estado del Bienestar se manifiesta durante el final de los años setenta y principios de los ochenta, décadas esas que han supuesto cambios en la articulación general de las demandas sociales.

De formas diversas se observa cómo fue que el núcleo del problema respecto de la violencia sexual no se satisfacía con su mera inclusión dentro de un sistema penal dado, sino que buscaba cambios más profundos. Esta inclusión se ve limitada por la forma en la que el derecho penal, como se ha afirmado, ha reflejado y ha ayudado a silenciar al sujeto femenino. El derecho penal no es un instrumento vacío o neutro, su naturaleza en cada período histórico, está en íntima relación con la naturaleza económica y política del Estado. Imaginar que el derecho penal puede ayudar a construir ese sujeto que quieren las mujeres, presupone en cierta medida que el sistema penal puede ser un molde vacío al que se puede dar un contenido transformador, sin mayores esfuerzos. El debate en diferentes campos de reflexión sobre el derecho penal pone de manifiesto que no es este el tipo de función que puede desempeñar el derecho penal. Se viene afirmando desde hace algún tiempo que el papel del derecho penal no puede ser el de la resolución sustantiva de conflictos, objetivo respecto al cual se ha mostrado históricamente ineficiente e insuficiente. El papel que desde las teorías del «aboliciónismo penal garantista» se propone, no es otro que el de mero valor simbólico respecto de situaciones problemáticas que ataquen bienes jurídicos fundamentales en cuanto que garantiza el respeto a tales bienes jurídicos o asigna valoraciones negativas a su ataque (BARATTA, 1986; BERGALLI, 1990).

El movimiento de las mujeres se enfrenta a problemas tan complejos como el de la violencia sexual, los cuales han cambiado y cambian la percepción del mundo. La contradicción surge cuando se espera que el derecho penal pueda materialmente solucionar problemas, resolver conflictos o incluso dar una justa interpretación simbólica de ellos.

Construir un problema en términos de delito implica considerar la respuesta penal como adecuada a ciertos objetivos que pueden ser la disminución de la incidencia del problema, a través de la amenaza de la pena o la reclusión del responsable; o la asunción del problema como «elemento negativo», colectivamente reconocido y, por tanto, legitimar con ello las reivindicaciones del grupo que lo plantea o, en último término, provocar cambios en la percepción del problema y de su significado.

En relación al primer objetivo —a disminución de la incidencia del problema— debe decirse que él hace presuponer que el sistema penal puede incidir en los términos del mismo. En el caso de la violencia sexual tal incidencia es limitada, ya que limitada es la forma con la cual el sistema penal recoge el problema. La violencia sexual deja de ser un problema con implicaciones colectivas y diversas, para transformarse en un problema individualizado que tendrá un responsable y que parece solucionado tras la sentencia. Se tendrá una víctima y un culpable, lo que significa la reducción del problema de características sociales, económicas, políticas, a un problema de características criminales, donde para proteger a la víctima se debe encontrar el culpable. Los casos holandés e italiano muestran cómo las mujeres encuentran en el derecho penal un instrumento que escasamente ha recogido sus problemas y que muy deficientemente los enfrenta. Cuando uno/a se sitúa ante los problemas de violencia sexual que el derecho penal trata se aprecia que, en el nivel individual, las respuestas que se ofrecen son muy deficientes. Esto no es extraño si se comprende cuál es la forma tradicional en la que el derecho penal ha pretendido solucionar problemas sociales, mediante una receta punitiva y el desinterés por la víctima.

En cuanto al segundo objetivo, referido a la posible asignación de negatividad social y de reconocimiento del problema, es cierto que muchas situaciones de violencia sexual han dejado de ser invisibles, y este solo hecho debe ser valorado muy positivamente. El problema es que para que esa realidad haya aparecido como visualizable ha sido necesario que se perdiesen contenidos, que se perdiese gran parte de la significación. No hay duda de que cualquier mujer golpeada por su pareja no denominará a eso castigo divino o cargas de la vida en común, sino malos tratos. Sin embargo, cuando el sistema penal utiliza ese concepto lo hace dejando muchas de las consideraciones que son fundamentales para entenderlo y lo reduce a una violencia que es abstraída de su contexto y a la que le corresponde una reacción punitiva. No parece que sea eso todo lo que las mujeres quieren hacer visible al hablar, por ejemplo, de malos tratos.

Respecto a la manera en que el proceso de criminalización ha ayudado al movimiento de mujeres y a otros movimientos sociales a consolidarse, se puede apuntar que la estructura del proceso de criminalización aleja a los sujetos sociales de tal proceso, excluyendo frecuentemente su cooperación o borrando sus iniciativas (se puede pensar aquí en la experiencia de

los centros de acogida o de ayuda fundados por grupos de mujeres que desaparecen o son excluidos al «hacerse cargo del problema» el sistema de justicia penal).

En resumen, la intervención del derecho penal en relación a las reivindicaciones de las mujeres es un ejemplo más que corrobora algunos de los problemas y críticas realizadas a la intervención penal de los tiempos presentes, pero que a la vez pone de manifiesto un conjunto de cuestiones en cuanto a su supuesto papel como mecanismo para ayudar a emancipar a las mujeres.

BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, A. (1986), *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*, (trad. A. Bunster), Col. Nueva Criminología y Derecho, Ed. Siglo XXI, México.
- BARCELONA, P. (ed.) (1973), *El uso alternativo del derecho* (trad. J. C. CAPPELLA) 2 vols., Fontanella, Barcelona.
- BARCELONA, P. (1984), *I soggetti e le norme*, Col. "Per la storia del pensiero giuridico moderno", núm 16, Giuffrè Editore, Milano.
- BEIJERSE, J. uit (1986), *Criminal Justice against Oppressor; liberation or mystification?*, Thesis for the Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Rotterdam, Erasmus Universiteit.
- BEIJERSE, J. uit y KOOL, R. (1990), «The Dutch Women's Movement, Violence against Women and the Criminal Justice System», en: ROLSTON, B. and TOMLINSON, M. (ed), *Gender, Sexuality and Social Control, Working Papers of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, núm. 10.
- BELLOTI, M. (1989), «Patriarcado», en: T. S. DI TELLA/ P. GAJARDO, S. GAMBA y H. CHUMBITA (supervisores), *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Puntosur editores, Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (ed.) (1989), *El derecho y sus realidades*. Col. «Estado y Sociedad», núm 7, PPU. Barcelona.
- BERGALLI, R. (1991), *El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social*, en: D. MELOSSI (ed.), «Law and Social Control», Oñati Proceedings núm. 20; también, en: SALHAKETA, *Control, social del delito: críticas y alternativas*, Dpto. de Justicia, Gobierno Vasco, Bilbao 1991, 107-132.
- BOCCI, M. L. (1988), «La ricerca della differenza», en: *Materiali e atti*, núm. 10, suplemento de *Democrazia e Diritto*, Roma.
- BORNEMAN, E. (1980), *Das Patriarchat. Ursprung und Zukunft unseres Gesellschaftssysteme*, Fischer Taschenbuch Verlag 3416, Frankfurt a.M.

- BROWNMILLER, S. (1975), *Against Our Will*, Secker and Warburg, London.
- BUMILLER, K. (1990), «Fallen Angels: The representantion of Violence Against Women in Legal Culture», en: *International Journal of Sociology of Law*, núm 18, 125-142.
- CARLEN, P. (ed), *Women's Imprisonment: a study in social control*, Routledge and Kegan Paul, London.
- CASSANO, F. (1989), *Approssimazione. Esercizi di sperienza dell'altro*, Il Mulino, Bologna.
- DALY, K (1989), *Criminal justice ideologies and practices in different voices; some feminist questions about justice*, en: *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1-18.
- DE LEONARDIS, O. (ed.) (1988), *Curare e punire*, Unicopli, Milano.
- DELPHY, C. (1982), *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos*, Lasal, Barcelona.
- DOOMEN, D. (1976), *Verkrachting. Ervaringen/ vooroordelen/ achtergronden*, Baarn.
- DWORKIN, A. (1981), *Pornography: Men Possessing Women*, The Women's Press, London.
- EATON, M (1986), *Justice for Women?*. Milton Keynes: Open University Press.
- EDWARDS, S. (1981), *Female Sexuality and the Law*, Martin Robertson, Oxford.
- EISENSTEIN, H. (1983), *Comtemporany Feminist Thought*, Allen and Unwin, Boston.
- EISENSTEIN, Z. R. (comp) (1980), *Patriarcado capitalista y feminismo socialista*, Siglo XXI, México.
- EDWARDS, S. (1984), *Women on Trial*, Manchester University Press.
- ENGELS, F. (1970), *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Ed. Ciencia-Serie Clásicos, Ed. Fundamentos, Madrid.
- FACCIOLI, F. (1990), *I soggetti deboli*, Franco Angeli, Milano.
- FIRESTONE, S. (1976), *La dialéctica del sexo*, Kairos, Barcelona.
- FOUCAULT, M. (1977), *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, México.
- GILLIGAN, C. (1982), *In a Different Voice*, Harvard University Press, London; versión en castellano (trad. J. J. UTRILLA) *La moral y la teoría. Desarrollo de la psicología femenina*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- HEIDENSOHN, F. (1985), *Model of Justice: Portia or Persephone? Some thoughts kon equality, fairness and gender in the field of justice*, en: *International Journal of the Sociology of Law*, 14, 287-298.

- IRIGARAY, L. (1992), *Io, tu noi*, Bollati Boringhieri, Torino.
- LAUTMANN, R. (1990), *Mujeres y hombres en la sociología del derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas*, en: R. BERGALLI (ed), *El derecho y sus realidades*, *op. cit.*, 139-155.
- LIBRERIA DELLE DONE DI MILANO (1987), *Non credere di averi dei diritti*, Rosenberg e Sellier, Torino; versión en castellano (trad. M. MONTAGUT) *No creas tener derecho*, Col. Cuadernos Inacabados, Ed. Horas y horas, Madrid, 1991.
- LOMBROSO, C. y FERRERO, G. (1923), *La donna delinquente (La prostituta e la donna normale)*, 4ª edición, con note postume di C. LOMBROSO dal Dr. GINA LOMBROSO, Fratelli Bocca editori, Torino.
- MACKINNON, C. (1983), *Feminism, Marxism, method and the state: toward feminist jurisprudence*, en: *Signs*, 8-(2), 635-58.
- MACKINNON, C. (1987), *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- MEILLASSOUX, C. (1985), *Mujeres, graneros y capitales. Economía doméstica y capitalismo* (trad. O. DEL BARCO), Siglo XXI, 7.ª ed. México.
- MELOSSI, D. y PAVEARINI, M. (1977), *Carcere e fabbrica*, Il Mulino, Bologna; versión en castellano (trad. X. MASSIMI), *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI, México, 1981.
- MIRALLES, T. (1983), *La mujer: el control formal*, en: BERGALLI, R., BUSTOS, J. y otros, *El pensamiento criminológico*, Vol. II., Ed. Península, Barcelona, 149-178.
- MITCHELL, J. (1982), *Psicoanálisis y feminismo*, Anagrama, Barcelona.
- MOORE, H. (1991), *Antropología y feminismo* (trad. J. GARCÍA BONAFÉ), Col. Feminismos, Ediciones Cátedra, Madrid.
- OSBORNE, R. (1898), *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad*, Ed. Lasa, Barcelona.
- PAVARINI, M. (1983), *Control y Dominación*, (trad. I. MUÑAGORRI), Col. Nueva Criminología y Derecho Penal, Ed. Siglo XXI, México.
- PEUCKERT, W-E. (1955), *Ehe*, Hamburg.
- PITCH, T., ed. (1987), *Diritto e rovescio*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- PITCH, T. (1989), *Responsabilità limitate*, Feltrinelli, Milán.
- PITCH, T. (1991), *Differenza in comune*, en *Democrazia e diritto*, número 5-6, 218-235.
- POLAN, D. (1982), *Towards a theory of law and patriarchy*, en: KAIRYS, D. (ed), *The Politics of Law*, Pantheon Book, New York.

- RESTA, E. (1991), *Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, en: *Sociologia del diritto*, XVIII, 3, Milano, 5-31.
- RUBIO, A. (1990), *El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja*, en: *Revista de Estudios Políticos*, n.º 70, 185-209.
- SCHEERER, S. (1986), *Limits to Criminal Law?*, en: VAN SWAANINGEN R./ BIANCHI H. (ed.), *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime*, Free University Press, Amsterdam, 99-113.
- SMART, C. (1976), *Women, Crime and Criminology*, Routledge and Kegan Paul, London.
- SMART, C. (1986), *Feminism and law: some problems of analysis and strategy*, en: *International Journal of the Sociology of Law*, 14, 109-123.
- SMART, C. (1989), *Feminism and the power of Law*, Routledge and Kegan Paul, London.
- STANG DAHL, T. (1987), *Women's Law: An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford; versión en castellano (trad. M. DEL CARMEN APREDA) *El derecho de la mujer*. Ed. Vindicación feminista, Madrid, 1991.
- STOLCKE, V. (1992), *¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?*, en: *Mientras Tanto*, núm. 48, pp. 87-113.
- VAN SOEST, M. (1975), *Eerste Nederlandse hulpcentrum voor verkrachte vrouwen opgericht*, De Nieuwe Linie, 19 november.
- VAN SWAANINGEN, R. (1990), *Feminismus und Abolitionismus als Kritik der Kriminologie*, en: *Kriminologisches Journal*, Heft 3; versión en castellano (trad. E. LARRAURI), «Feminismo, criminología y derecho penal. Una relación controvertida», en: *Papers d'Estudi i formació*, número 5, Barcelona, 85-107.
- VANCE, C (ed.) (1989), *Placer y Peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Ed. Revolución, Madrid.
- WALKOWITZ, J. (1980), *Prostitution and Victorian Society*. Cambridge University Press, Cambridge.

Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?

Por MARI ANGELES BARRERE UNZUETA

San Sebastián

I. PLANTEAMIENTO INICIAL: FEMINISMO Y GARANTISMO COMO IDEOLOGIAS

Expondré en este apartado una serie de puntos de partida que resultan bastante elementales sobre el feminismo, el garantismo y la teoría del derecho feminista.

Entiendo por «feminismo» una ideología social que partiendo del reconocimiento de la subordinación (cultural, económica, jurídica, familiar, etc.) de la mujer al hombre plantea como objetivo la desaparición de tal subordinación. Por extensión, considero feministas las actitudes y prácticas encuadrables en tal reconocimiento y objetivo¹.

En lo que respecta al «garantismo», entiendo por tal una ideología jurídica que partiendo del reconocimiento de los valores o principios recogidos en las Constituciones modernas tiene como finalidad protegerlos y desarrollarlos. Igualmente, por extensión, considero garantistas las actitudes y prácticas encuadrables en tal reconocimiento y finalidad.

Por lo demás, queda fuera de este planteamiento inicial un pronunciamiento más específico sobre lo que entiendo por «teoría del derecho feminista», avanzando, sin embargo, que considero como «teoría» un tipo de discurso más riguroso, abstracto y general que la «ideología» y que, desde mi óptica, una teoría del derecho feminista implica el feminismo y el garantismo según el modo en el que se acaban de presentar, es decir, como ideologías (social y jurídica, respectivamente).

El punto de partida es, pues, la consideración del feminismo y del garantismo como *ideologías*. Con carácter general, a través de esta caracteri-

1. No hay inconveniente en considerar feministas las actitudes y prácticas individuales, si bien el feminismo como tal (esto es, como «ismo») resulta un fenómeno colectivo en el que precisamente las actitudes y prácticas individuales encuentran sentido.

zación se quiere indicar que el feminismo y el garantismo constituyen *to-mas de postura* frente a algo² y que como tales admiten distintos grados y planteamientos.

Aun siendo caracterizados ambos como ideologías, el feminismo y el garantismo se diferencian por la «realidad» sobre la que toman postura: «social» el feminismo y «jurídica» el garantismo. Pero entiéndase bien, no es que hagan frente a «realidades distintas». La realidad es *una*, sólo que se encuentra distintamente definida en extensión (la definición social es «más extensa» que la jurídica) y en intensidad (la definición jurídica es «más intensa» que la social)³.

Otro punto de partida en relación a ambas ideologías se refiere al momento en el que surgen históricamente. Feminismo y garantismo son ideologías coetáneas pero no simultáneas. Con esto se quiere señalar que aunque el período histórico en el que ven la luz es en ambos casos coincidente con la Ilustración, no surgen a la vez, sino que el feminismo se inscribe en (y por tanto le sucede a) el garantismo, que a su vez inspira la estructura del Estado liberal (aquí sinónimo de Estado de Derecho) y conforma los valores jurídicos modernos.

Esto último merece ser subrayado porque, a pesar de que el *prius* de la Ilustración resulta pacífico en los estudios feministas⁴, el concepto de «razón», y más concretamente de «razón jurídica», que tiene su origen en el movimiento ilustrado, resulta un blanco frecuente del mismo tipo de estudios. Desde mi punto de vista (feminista), el ataque «en abstracto» a los valores enarbolados por la Ilustración es un error, siendo precisamente éste el error en el que caen buena parte de las propuestas englobadas bajo el rótulo de la «Feminist Jurisprudence», que, por tanto —se adelanta ya—, aquí serán objeto de crítica.

Partiendo, pues, de que el feminismo se ampara en la Ilustración y de que ésta representa un momento positivo en la historia del Derecho, no concibo una ideología feminista en contra de los valores aparejados a la Ilustración.

Dos últimas precisiones resultan necesarias respecto al feminismo y al garantismo como ideologías. En cuanto al primero, debe indicarse que para ser feminista no es requisito indispensable ser mujer o, en otras palabras, que el feminismo carece de una relación esencialista con el sexo femenino, de tal manera que por lo mismo que se puede ser feminista y de

2. Sobre este modo de entender la ideología vid. BOBBIO (1979, pp. 265-266).

3. No se aportan aquí mayores detalles sobre lo que se entiende por «más extensa» y «más intensa», dejando el desarrollo de los aspectos filosóficos que presenta esta separación para otra sede. Avanzo, sin embargo, que en el fondo de esta separación late el intento de reformular una contraposición frecuente, pero es poco convincente, entre una realidad *de hecho* (*de facto*) y una realidad *de derecho* (*de iure*).

4. Vid. entre los más recientes AGRA ROMERO (1990, p. 190) y MOLINA PETIT (1990, p. 135).

sexo masculino, se puede también no profesar la ideología feminista y sin embargo ser mujer. Mantener esta tesis contraria a ciertas voces del feminismo no impide observar ni comprender que tanto el grado de conciencia como de práctica feminista sea mayor entre las mujeres que entre los hombres en la medida en que, precisamente, son las mujeres las que han sufrido y sufren la subordinación. Por lo demás, esta misma tesis permite explicar que en ciertas partes del Globo por todos bien conocidas sean las mujeres las que, no sólo no admiten la subordinación, sino que en muchos casos conforman la principal opinión crítica contra las prácticas y los ideales feministas.

La segunda precisión se refiere al garantismo. En contra de lo que pueda parecer, esta ideología no tiene como única finalidad proteger y conservar los valores o principios que configuran los derechos y libertades defendidos por (y en el momento de) la Ilustración. Por el contrario, el garantismo aquí invocado se basa en la utopía de unos valores nunca realizables que, si bien encuentra fundamento en la Ilustración, se piensa más como reacción viva, como un desarrollo y una actualización constante de unos derechos y libertades en una crisis constante de materialización.

II. CONCRECIÓN DE MODELOS

Ya se ha mencionado cómo el feminismo y el garantismo admiten grados y planteamientos diversos. En este sentido, hablar de ambas ideologías en abstracto conlleva un nivel de generalidad argumentativa poco operativo. Dedicaré, por tanto, este epígrafe a la concreción de dos modelos o, más estrictamente, a la elección de un modelo feminista y un modelo garantista que permitan ulteriores construcciones y razonamientos. Empezaré por el modelo feminista.

La pluralidad del feminismo es un hecho tanto desde una perspectiva sincrónica como diacrónica. Exceptuando, quizá, los primeros momentos de la lucha sufraguista, la pluralidad de planteamientos y prácticas feministas recorre la historia de esta ideología. Las particularidades de esta pluralidad y el rumbo específico que toma el feminismo en los distintos marcos geográficos han sido ya puestos de relieve en numerosos estudios, y puesto que además aquí no se hará referencia a ningún país específico, me permito pasarlos por alto. En consecuencia, tampoco me haré eco de los aspectos más duros y dolorosos para sus protagonistas, víctimas de no haber sabido conjugar el pluralismo con la pluralidad. Por el contrario, ahora se trata de ofrecer un modelo muy general, construido, obviamente, sobre la base del pasado y el presente del feminismo, pero sin una vinculación específica a una tendencia y a un país determinados.

Algunas características de este modelo del feminismo ya han sido avanzadas. Así, por ejemplo: 1) su configuración como praxis (en la medida en que no considero feminista a quien es consciente de la subordinación pero

no lo manifiesta); 2) su antiesencialismo (en la medida en que, sin que el ser mujer resulte accidental, no considero necesario para ser feminista ser de sexo femenino)⁵, y 3) su origen ilustrado (en la medida en que nace amparado en los valores de la Ilustración). A éstas añadiré ahora otra que, a mi juicio, resulta esencial para modelar la ideología feminista y conjuntarla con la garantista. Se trata de su *antiautoritarismo*. Por «antiautoritarismo» entiendo, muy genéricamente, el *background* que ha inspirado conceptos como los de «patriarcado» y «gender» (por complejos que resulten), sobre los que ha girado y gira la reflexión feminista de los últimos veinte años.

En consecuencia, aunque no considero prudente hablar (al menos aquí) de esencias ni de liberaciones, sí hay algo en el feminismo que considero esencial –y potencialmente liberador– como es precisamente ese antiautoritarismo, bien tenga enfrente el *sexo* dominante, el *género* dominante o cualquier otra forma de objetivización del poder que conlleve la subordinación de la mujer. La lucha contra el poder, contra lo que se impone, contra lo que domina resulta, pues, desde mi punto de vista, si no lo «propio» del feminismo (en lo que no entro directamente), una característica esencial de la ideología feminista.

Por lo que respecta al modelo garantista, la concreción de éste encuentra acomodo en la obra del iusfilósofo italiano LUIGI FERRAJOLI. El principal ámbito del garantismo de FERRAJOLI es el Derecho penal, pero, como él mismo de encarga de apuntar, muchas de las cuestiones teóricas y filosóficas que se plantean pueden extenderse a otros sectores del Derecho público igualmente afectados por «una crisi strutturale delle garanzie dello stato di diritto»⁶.

Junto al reconocimiento del Estado de Derecho como representación de los valores de la civilización jurídica moderna (respeto a la persona humana, carácter fundamental de los valores de la vida y libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites de la actividad del Estado y su función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación)⁷, el garantismo se presenta como una respuesta, como una postura activa ante la crisis que envuelve a aquél. Y este último detalle es el que interesa resaltar en la forma de entender aquí el garantismo. Este se presenta como una respuesta a la crisis cuya palabra clave es precisamente «autoritarismo».

5. Haciendo uso de una conocida distinción se podría decir que resulta una *conditio per qua*, pero no una *conditio sine qua non*. Con esto no intento negar la legitimidad o, incluso, la necesidad de un feminismo esencialista, sino que me limito a negar la oportunidad de elevar ese tipo de discurso feminista a ideología inspiradora de la teoría jurídica.

6. FERRAJOLI (1989), p. XXII.

7. FERRAJOLI (1989), p. XVIII.

Refiriéndose concretamente al campo penal, FERRAJOLI menciona ciertos modelos de Derecho penal autoritarios (de tipo sustancialista e inquisitorial) que habrían empezado a tomar cuerpo a partir de la segunda mitad del siglo XIX⁸; pero está claro que el detonante de la memoria y reconstrucción histórica en clave «autoritaria» de FERRAJOLI resulta mucho más cercano⁹.

Frente al autoritarismo, garantías. Este es en definitiva el mensaje de FERRAJOLI, sólo que el mensaje va acompañado de la correspondiente propuesta conceptual. Por de pronto, el concepto mismo de «garantías». FERRAJOLI concibe a éstas como «vincoli normativi idonei ad assicurare effettività ai diritti soggettivi e più in generale ai principi assiologici sanciti dalle leggi», así como «mecanismi istituzionali volti ad assicurare la massima corrispondenza tra normatività ed effettività nella tutela o nella soddisfazione dei diritti»¹⁰. De la formulación del concepto se ve claro, pues, que lo mismo es utilizable para el campo del Derecho penal que —por poner un ejemplo— para el civil, el laboral y, más generalmente, el constitucional.

En el caso del Derecho penal, en el que lo que se trata de tutelar son las libertades de los ciudadanos contra la indeterminación de las prohibiciones y la arbitrariedad de las condenas, las garantías consistirán en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su comprobación procesal; pero como reconoce el mismo autor, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela cambian también las técnicas normativas que les han de servir de garantías, de tal manera que «se ai diritti di libertà (o "diritti di" o "da") corrispondono *garanzie negative* consistenti in limiti o *divieti* di fare, ai *diritti sociali* (o "diritti a") corrispondono *garanzie positive* consistenti in *obblighi* di prestazioni individuali o sociali»¹¹. No importa, pues, el tipo específico de técnica a emplear en la elaboración de las garantías; lo más importante es esto último, es decir, su elaboración.

Por lo demás, la importancia que adquiere la elaboración de las garantías así entendidas en el ámbito específico de los derechos sociales es algo sobre lo que FERRAJOLI se había detenido en otro trabajo anterior¹² en el que el autor italiano somete a un proceso particular al *Welfare State*. La acusación es muy concreta y —se puede añadir— resulta conocida: el *Welfare State* carece de «una struttura istituzionale garantistica analoga a quella del vecchio Stato liberale di diritto e specificamente idonea a garantire i nuovi diritti so-

8. FERRAJOLI (1989), P. XVIII.

9. En este sentido, como pone de relieve GUASTINI (1980), *slogans* garantistas comienzan a circular en Italia como reacción a los procesos de transformación autoritaria del sistema político, especialmente en la legislatura 1976-79, pero también en la precedente (p. 63).

10. FERRAJOLI (1989), p. XXIII.

11. FERRAJOLI (1989), p. XVIII.

12. FERRAJOLI (1980).

ciali corrispondenti alle nuove funzioni e prestazioni dello Stato. Non dà vita insomma a un garantismo giuridico-sociale in aggiunta al garantismo giuridico-liberale dei tradizionali diritti individuali di libertà»¹³.

También resulta conocido el tipo de derechos sociales a los que alude FERRAJOLI (el trabajo, la vivienda, la educación, la asistencia sanitaria, etc.) y conocidas son las razones (económicas y de estrategias políticas regresivas y antisociales) aducidas por el autor para explicar los recortes presupuestarios que afectan directamente a la creciente reducción de las prestaciones sociales y asistenciales vinculadas a este tipo de derechos. Sin embargo, no por conocidas estas cuestiones han hecho fructificar una estrategia teórico-garantista como la que plantea FERRAJOLI y que, dicho sea de paso, abriría nuevos cauces a la política feminista.

III. SU INTEGRACION: UN EJEMPLO

A tenor de la caracterización efectuada hasta el momento, feminismo y garantismo son dos ideologías entre las que, comparativamente, se aprecian ciertas semejanzas y ciertas divergencias. Ahora bien, lo que es interesante resaltar es que ni las divergencias las hacen incompatibles ni las semejanzas las hacen superfluas. Es más, no sólo se puede ser simultáneamente feminista y garantista, sino que, a mi juicio, el feminismo necesita instrumentalmente al garantismo y el garantismo no resulta tal sin el feminismo. Para ilustrar esta complementariedad acudiré a un ejemplo.

Gran Bretaña ha sido uno de los países occidentales con mayor experiencia en lo que respecta a la puesta en marcha de ese modelo de Estado llamado del bienestar o *Welfare State*. En la historia del *Welfare State* en dicho país se distinguen varias etapas y varias ideologías operantes en las mismas¹⁴. Una de estas resulta precisamente el feminismo. Pero para mayor exactitud, cada una de las etapas del *Welfare* no es testigo solamente de *un* feminismo, sino de *varias* posturas feministas que además se pronuncian de distinta manera (incluso en abierta pugna o contienda entre ellas) respecto a la política del Estado asistencial¹⁵.

Concretamente, la segunda de las etapas del *Welfare* en Gran Bretaña coincide con el final de la segunda guerra mundial y se extiende también a la posguerra (1942-48), imprimiendo al feminismo un sello de moderación. Así, sin desaparecer del todo las posturas radicales que en el período anterior habían centrado sus reivindicaciones independizando a la mujer de la familia y del matrimonio, estas instituciones vuelven a ejercer de tamiz reivindicativo para el feminismo mayoritario de la época. Esta «invo-

13. FERRAJOLI (1980), p. 42.

14. CLARKE/COCHRANE/SMART (1987).

15. Vid. una reconstrucción más sucinta de la reacción feminista frente al *Welfare* británico en THRELFALL (1990).

lución» (el término es mío) del discurso feminista mayoritario hacia un feminismo de tipo tradicional (tamizado por el *rol* familiar y doméstico para la mujer) radicaliza a su vez otro feminismo que invoca los derechos de la mujer (en concreto los relativos a las prestaciones sociales) como individuo (*individual*) y no como parte o miembro de las instituciones citadas (como viuda, madre o ama de casa).

Los esfuerzos de esta última tendencia feminista se encuentran sin embargo con ciertas dificultades dialécticas al tener que partir de las diferencias que separan a las mujeres de los hombres en el mercado de trabajo. El argumento es conocido¹⁶: la petición de iguales derechos se basa en (la presunción de) que el hombre y la mujer se encuentran en la misma situación en el mercado de trabajo (como individuos). Teniendo en cuenta que son muchas las mujeres (y más en 1943) que, a diferencia de los hombres, desempeñan *roles* familiares y domésticos, ¿cómo van a reivindicar iguales derechos asistenciales («individuales») ante el *Welfare*? En este sentido, mucho más «lógica» (el término es mío) y atendible se presenta la vía escogida por el feminismo moderado, que se contenta con pedir que, por ejemplo, los subsidios familiares le sean pagados a la madre en lugar de al padre.

Afortunadamente, buena parte del feminismo de hoy día ha desentrañado la tendenciosidad del argumento de la desigualdad social como impedimento para la igualdad jurídica y, en la misma línea seguida por esta dirección, se incluyen distinciones y aclaraciones que, aun a riesgo de ser consideradas «banales» —recuerda COMANDUCCI—, «nella foga della discussione, tendiamo a volte a dimenticare»¹⁷. Otra parte, sin embargo, ha escogido una vía diversa basándose en una pretendida especificidad de la personalidad femenina¹⁸.

A mi juicio, esta última vía peca de esencialismo y por tanto no resulta convincente. En este sentido intentaré seguidamente dar argumentos que desarrollen la primera vía. Para ello me serviré, una vez más, del planteamiento sobre el principio de igualdad contenido en la teoría garantista de LUIGI FERRAJOLI, permitiéndome recordar sobre el particular que el objetivo último es precisamente tratar de demostrar que el garantismo le sirve al feminismo —como yo lo entiendo (digamos «no tradicional», en el sentido de rupturista con la defensa de los *roles* tradicionales de la mujer como «profesión» de ésta)— de apoyo argumentativo y que, viceversa, en este servicio instrumental al feminismo el garantismo encuentra una jus-

16. CLARKE/COCHRANE/SMART (1987), p. 105.

17. Por ejemplo, y a título meramente ilustrativo, que «igualdad» no es sinónimo de «identidad» y que, en consecuencia, decir que dos entes (en este caso un hombre y una mujer) son iguales no equivale a afirmar que son idénticos, sino que «aun no siendo idénticos hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos a un lado y asumimos como relevantes las características similares o, en ciertos casos, idénticas»; COMANDUCCI (1988), p. 826.

18. Una postura representativa al respecto es la de GILLIGAN (1982).

tificación¹⁹. Paso, pues, a exponer brevemente el tratamiento del principio de igualdad en la obra de FERRAJOLI.

Con un apartado titulado «Garantismo, uguaglianza e tutela dei diritti fondamentali» este autor introduce lo que denomina «el punto de vista externo» sobre el garantismo²⁰. Por *punto de vista esterno* o –como también lo denomina– «dal basso» entiende el punto de vista de las personas, presidido por el primado axiológico de la «persona como valor» o del «valor de las personas». Sobre este valor basa precisamente el concepto moderno de «tolerancia», que es definida como el «rispetto di tutte le possibili identità personali e di tutti i relativi punti di vista», así como «l'attribuzione a ciascuna persona del medesimo valore; laddove *l'intolleranza* è il disvalore associato a una qualche persona in forza della sua particolare identità»²¹.

El valor primario de la persona y el principio de tolerancia vinculado al mismo forman, según FERRAJOLI, los elementos constitutivos del principio moderno de «igualdad jurídica». Se trata de «un principio complejo, il quale include le *differenze personali* ed esclude le *differenze sociali*». En cuanto inclusión de las diferencias personales, el valor de la igualdad «consiste precisamente nell'uguale valore assegnato a tutte le differenti identità che fanno di *ciascuna persona un individuo diverso dagli altri* e di *ciascun individuo una persona come tutte le altre*»; por el contrario, en el caso de la exclusión de las diferencias sociales «le differenze, anziché connotati delle diverse identità delle persone, si risolvono in *privilegi* o *discriminazioni* sociali che ne deformano l'identità e ne determinano la disuguaglianza, ledendone in pari tempo l'uguale valore»²².

FERRAJOLI propone llamar al primer tipo de igualdad (a la igualdad como «valor») «igualdad formal» o «política», mientras al segundo (en realidad a la igualdad como «desvalor») «igualdad sustancial» o «social». Le interesa dejar claro al respecto que en ninguno de los dos casos el principio de igualdad es un juicio de hecho sino un juicio de valor, si bien la función que desempeña tal juicio de valor en uno y otro caso resulta precisamente la inversa. Con sus palabras: «Con la prescrizione dell'uguaglianza formale si conviene che gli uomini *devono essere considerati come uguali* proprio a prescindere del *fatto* che essi sono diversi, cioè dalle loro differenze personali di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e simili. Con l'affermazione dell'uguaglianza sostanziale si conviene invece che essi *devono essere il più possibile resi uguali*, e che dunque non

19. Así lo prevé expresamente GUASTINI (1980), para quien el valor o fin último del garantismo (en su opinión, conseguir la mayor libertad de lucha política) «puede ser considerado medio para otros y superiores fines en el ámbito de otras ideologías que incluyan al garantismo como parte integrante» (p. 63).

20. FERRAJOLI (1989), p. 947.

21. FERRAJOLI (1989), p. 948.

22. FERRAJOLI (1989), p. 948 (las tres citas).

si deve precindere dal fatto che essi sono socialmente ed economicamente disuguali». A las diversidades del primer tipo FERRAJOLI las llama «diferencias», mientras que serán «desigualdades» las del segundo. Ambos tipos de diversidad «devono essere riconosciute»; ahora bien, mientras en el primer caso el objetivo del reconocimiento es que sean «rispettate e garantite», en el segundo el objetivo es «esser rimosse o almeno il più possibile compensate»²³.

Huelga decir que la reflexión teórica de FERRAJOLI sobre el principio de igualdad resulta mucho más rica que lo expuesto hasta ahora; sin embargo, baste con esto para llamar la atención sobre la importancia de las distinciones efectuadas con vistas a una argumentación feminista «no tradicional». A lo sumo, cabe incidir en un detalle precisado por FERRAJOLI poco más adelante: que sólo las «diferencias» tienen un reconocimiento en valores o derechos «fundamentales» y que, por consiguiente, sólo a éstas les corresponde una tutela propia de tales derechos²⁴.

Pasando, por tanto, al uso de la teoría ferrajoliana con fines argumentativos en contra de un feminismo tradicional, se puede observar que la aspiración de este último eleva el *rol* familiar de la mujer a *identidad* personal o, lo que es lo mismo, en terminología de FERRAJOLI, convierte una *desigualdad* social entre los sexos en una *diferencia* de identidad entre los mismos. En mi opinión, sin embargo, esta conversión es injustificada; el *rol* familiar y doméstico de la mujer no forma parte de la identidad sexual femenina, que es la que, en definitiva, merece el valor de la igualdad jurídica de las mujeres con los hombres (y de los sexos con las razas, religiones, opiniones políticas, etc.) y una correspondiente tolerancia. Es más, a mi juicio, la actividad que la mujer desempeña en la esfera familiar y doméstica representa precisamente una *desigualdad* social y económica de la mujer respecto al sexo masculino, que como tal, como *desvalor*, merece ser corregida o —en su caso— compensada.

La cuestión no resulta, ni mucho menos, baladí. Por el contrario, el planteamiento de FERRAJOLI que permite desvelar una operación de este tipo ofrece también la posibilidad de interpretar opiniones (sólo aparentemente) «tolerantes» con las mujeres, así como, a la vez, propicia la apertura de nuevas técnicas jurídico-garantistas, éstas, sí, defensoras de la tolerancia.

Para ser más explícita con el primero de los supuestos, me serviré de un argumento empleado por UBERTO SCARPELLI para oponerse a las «acciones positivas» previstas para los casos de discriminación por razón de sexo. Así, en opinión de este iusfilósofo italiano, las acciones positivas ba-

23. FERRAJOLI (1989), p. 949 (todas las citas).

24. FERRAJOLI (1989), p. 953.

sadas en la antítesis hombre-mujer presentarían «el defecto de no tener en cuenta la posible y frecuente presencia en la mujer de una vocación alternativa al trabajo fuera de la familia, esto es, la vocación al matrimonio y a la maternidad»²⁵.

El argumento es conocido y, como se ha señalado, aparentemente al menos, exquisitamente tolerante. Se trata de reconocerle a la mujer la posibilidad de dos vocaciones (eso sí, alternativas): el trabajo fuera o dentro de la familia; luego ¿qué mayor tolerancia que esta posibilidad de optar? Pues bien, a través de este argumento SCARPELLI (quien por lo demás resulta un iusfilósofo de probada altura intelectual) incurre, más que en «una direzione schiettamente liberale e democratica» de la que hace gala²⁶, en un paternalismo propio de la derecha liberal –como ya se ha precisado– sólo aparentemente tolerante.

El argumento en cuestión resulta «tolerante» a costa de incurrir en la operación antes señalada de convertir una *desigualdad social* en una *diferencia personal*. Por decirlo brevemente, en el curso de esta operación de aparente tolerancia se tiende a identificar la identidad femenina por su «vocación» opcional al matrimonio y la maternidad. Con ello, además de bloquear el desarrollo de técnicas jurídicas que permitan eliminar desigualdades sociales (por ejemplo, y precisamente, acciones positivas), no se tiene en cuenta que aunque hoy en día no resulte tan frecuente es perfectamente posible (y por eso, con el mismo planteamiento, no reconocerlo resulta una muestra de intolerancia) una vocación masculina al matrimonio y –en este caso– a la paternidad.

Pasando al segundo de los supuestos, la distinción de FERRAJOLI permite conceptualizar la actividad que desempeña la mujer en la esfera familiar y doméstica como una *desigualdad* económico-social respecto al varón que, por tanto, merece ser corregida y/o compensada. En esta línea apunta concretamente la cotización del «caring work» propuesta hoy en día por el feminismo de cara al Estado asistencial y, por ejemplo, en el ámbito de las disciplinas jurídicas, el concepto de discriminación directa e indirecta destinada a ser corregida precisamente mediante la introducción de acciones positivas en el ámbito legislativo y de un control del razonamiento jurídico en el ámbito judicial y doctrinal²⁷.

25. SCARPELLI (1989), p. 621.

26. SCARPELLI (1988), p. 616.

27. Sobre los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como sobre la política de las acciones positivas en el campo del Derecho laboral resultan particularmente interesantes los trabajos de MARIA VITTORIA BALLESTRERO. Así, aun prescindiendo de los aspectos más específicos referidos a la realidad y al Derecho italianos, vid., por ejemplo, BALLESTRERO (1988). Por lo demás, como postura razonablemente crítica a cierta política de acciones positivas en un foro de debate ya más amplio como es el de la Comunidad Europea, vid. también BALLESTRERO (1990).

IV. ¿UNA TEORÍA DEL DERECHO FEMINISTA?

El feminismo no puede contentarse con erigirse como ideología. Quedarse en ello supondría reducir el debate y la argumentación a un mero reconocimiento y adhesión a valores y fines. Por el contrario, una ideología viva, atenta en cada momento a los factores sociales (económicos, jurídicos, culturales, etc.) necesita una constante reflexión, amén de una estrategia. Ni aquélla ni ésta son posibles al margen de una reflexión más profunda y rigurosa que, como es conocido, en el saber académico corre la suerte del desarrollo disciplinar.

El movimiento feminista que surge a finales de los años sesenta toma pronto conciencia de la importancia del paso de la ideología a la teoría e impone a ésta como tarea una «reconceptualización de la realidad» desde la crítica al androcentrismo que hasta entonces habría caracterizado la transmisión oficial del saber. En lo que respecta a las disciplinas jurídicas, la incidencia de este planteamiento «teórico» presenta ciertas peculiaridades que distinguen a aquellas del resto de las disciplinas humanas y sociales a las que, en principio, se encuentran vinculadas. Así, al margen de la aparición de tendencias diversas, cada una de las cuales presenta propuestas concretas²⁸, quizá la peculiaridad más significativa sea la que deriva de la vinculación de lo jurídico a lo político o, en otros términos, del Derecho al Estado. Esto hace que, efectivamente, el discurso teórico-jurídico se relacione indefectiblemente con el modelo de Estado. En un primer momento serán los valores jurídicos de la Ilustración plasmados en el Estado de derecho los que hagan, a su vez, de colchón y motor de la ideología feminista; en un segundo momento será el *Welfare State* en sus distintas fases y, hoy en día, ese «minimal state» inspirado por el neoliberalismo económico que acarrea la «privatización» de los servicios sociales²⁹.

La segunda de las peculiaridades proviene del foco más importante de la teoría iusfeminista hoy en día, conocida como *Feminist Jurisprudence*. Como es sabido, ésta se ubica en el mundo anglosajón, en el que como igualmente es conocido impera una concepción judicial del Derecho. Para apreciar de qué manera afecta esto último a la concepción de una teoría iusfeminista proyectable también en el ámbito del Derecho legislativo o continental, me permito transcribir un pasaje de la obra de NGAIRE NAFFINE (1990) que constituye una de las más recientes aportaciones a la *Feminist Jurisprudence*.

Señala en concreto NAFFINE: «Sexism informs the analytical categories with which law defends its impartiality. The effect is to expose the disjuncture between the rhetoric of law and its sexist practice... While

28. Para un breve repaso de algunas de las tendencias más recientes del feminismo jurídico vid. LACEY (1989).

29. *Back to the Poor Law?* es precisamente el título de la reflexión final del libro de CLARKE/COCHRANE/SMART (1989).

law... professes to be rational, dispassionate, value-neutral, consistent and objective, it is in fact none of these things. The reason is that law defines these terms in a very particular and a masculine way –one which omits and devalues the qualities associated with the experience of women. Indeed the very choice of these ideals as the guiding principles of law... indicates a masculine bias. (...) the problem is that law presents itself in a way which is specifically designed to demonstrate its essential neutrality in relation to the sexes (and their social categories) while in fact the very mode of its self-presentation is deeply gendered. And yet by maintaining the appearance of dispassionate neutrality, law is able quietly to go about its task of assisting in the reproduction of the conditions which subordinate women (as well as other social groups). In other words, the concepts invoked by law to demonstrate its essential justness –concepts such as «impartiality», «objectivity» and «rationality», are gender-biased in their very construction. Nevertheless, they still supply the means by which law maintains the appearance that the social inequality which it oversees is social choice and not oppression»³⁰.

La transcripción ha resultado extensa, pero también es rica en aspectos significativos. Así, antes de entrar en los estrictamente jurídicos merece la pena observar cómo las palabras de NAFFINE ponen al descubierto la incidencia en el feminismo anglosajón (NAFFINE es australiana) de las *gender theories* en las que como centro de la teorización intervienen, además del sexo –precisamente– «otras categorías sociales» y/o «otros grupos sociales». Resulta igualmente significativo el texto en orden a evidenciar la vinculación de la *Feminist Jurisprudence* con el *Critical Legal Studies Movement* y sus reminiscencias marxianas a la hora de presentar al Derecho como instancia que deforma una realidad –precisamente– «in fact» y la construcción –precisamente– «very» de unos conceptos.

Con todo, el aspecto más relevante a la hora de calibrar a la *Feminist Jurisprudence* radica en su adaptabilidad al ámbito del sistema jurídico continental debido, como se ha dicho, a su reflexión sobre un modelo de derecho de tipo judicial. En efecto, a tenor de esta vinculación se explica la visión antropomórfica del Derecho que mantiene esta corriente, según la cual, por ejemplo, «law... professes to be rational...», «law defines these terms...», «law presents itself in a way...» Está claro que cuando NAFFINE dice «law» en realidad está pensando en los jueces; pero esto no impide que esta operación tienda a reducir los distintos niveles discursivos (por ejemplo, entre el Derecho legislativo y los metalenguajes de los distintos operadores jurídicos sobre el mismo) que, sin ser una división que deba tomarse con excesiva radicalidad³¹, resulta un importante principio metate-

30. NAFFINE (1990), pp. 2-3.

31. Entre los trabajos más recientes sobre el particular resulta especialmente sugerente el de GARCIA AMADO (1992).

órico que, entre otras cosas, propicia la elaboración del instrumental destinado al control del razonamiento jurídico.

Pero además hay otro aspecto derivado de esta imagen antropomórfica del Derecho y de la consiguiente indistinción de niveles discursivos que resulta cuestionable. Así, cuando Naffine nos habla del Derecho como de algo que «se presenta» (aunque «de hecho» no lo sea) como «racional», «desapasionado», «neutral», «consistente», «objetivo» —y todavía— de la «imparcialidad», «objetividad» y «racionalidad» de los conceptos jurídicos (aunque no responda ésta a «su verdadera construcción») integra en el concepto de Derecho una serie de valores o principios con apariencia de «objetividad». En otros términos, NAFFINE asume, aunque sea implícitamente, esa postura metaética conocida como «objetivismo de los valores»; de unos valores y/o principios que lo que en todo caso hacen es informar o presidir (prescriptiva o normativamente) la práctica de los operadores jurídicos y, en todo caso —aunque sea en menor grado—, controlar su razonamiento.

Quizá la consecuencia más importante de esta manera de acometer la reflexión teórica-jurídica de la *Feminist Jurisprudence* sea la de quedarse en una especie de denuncia parecida a la ejercida por MARX en sus momentos más virulentos contra los derechos humanos, que no es que me parezca mal, pero resulta pobre. La considero una crítica pobre porque, además de tener unos antecedentes sobre los que ha llovido mucho (pues el propio MARX varía sus tesis), no logra esa «reconceptualización de la realidad», que en definitiva era la tarea propuesta por el feminismo a las disciplinas teóricas.

Criticar al Derecho —por ejemplo— por su falta de neutralidad no tiene mayor sentido cuando el Derecho se concibe irremediabilmente unido a valores (como es el caso de la *Feminist Jurisprudence*). No cabe decir lo mismo (y por tanto no carece de sentido) criticar la neutralidad de los conceptos —en este caso— jurídicos. Es más, al igual que el Derecho legislativo, los conceptos jurídicos —como ya decía GIERKE—³² lo son de una realidad concreta y contingente; esto es, no pueden ser eternos ni inmutables, sino de validez simplemente relativa. Pues bien, precisamente en esta relatividad es donde, a mi juicio, debe incidir con mayor ahínco la iusteo-ría feminista. «Reconceptualizar el Derecho» no quiere decir, por tanto, suplir una serie de valores jurídicos (como la racionalidad, la imparcialidad, la consistencia, etc.) por otros, sino «deconstruir» críticamente una serie de conceptos jurídicos (sexistas)³³ y «reconstruirlos» o, en ciertos casos, construir

32. Y pone de relieve ATIENZA (1989), p. 210.

33. Vid. en esta línea el análisis de HOLTMAAT (1989) a través del cual, dentro del Derecho laboral y de la seguridad social, esta autora «deconstruye» el concepto de «trabajador» (*employee*) «as it has come to be established in Dutch labour law and in many collective agreements in the Netherlands» (p. 481).

*otros*³⁴. La deconstrucción y reconstrucción conceptual es, por lo demás, un trabajo perfectamente encuadrable en esa actividad conocida como «dogmática jurídica» a la que, en este caso, quedaría incorporada la perspectiva y sensibilidad crítica inherentes a la ideología feminista.

V. CONSIDERACIONES FINALES

No quiero dar por concluido este trabajo sin incidir en algunas de las ideas que lo han motivado y que, sin embargo, por el curso de la argumentación, quizá no hayan quedado como tales debidamente formuladas.

Son ya muchas las definiciones del Derecho, muchos los planteamientos sobre lo que supone hacer teoría y, sin embargo, no resultan tales las tendencias jurídicas del feminismo. Ahora bien, aun no siendo muchas, pueden ser más. Y bienvenidas sean. No me parece, por tanto, una actitud metodológicamente fecunda intentar reconducir esta escasa pluralidad para, llegado el caso, poder hablar de *una* teoría del derecho feminista. A decir verdad, ni tan siquiera parece prudente, pues aunque se pueda (y ciertamente se puede) extraer algún punto común, no se ve cuál puede ser la ventaja de querer independizar una «teoría» del derecho feminista de «otra» garantista. Por el contrario, desde mi punto de vista, el feminismo debe canalizarse a través de un planteamiento genéricamente garantista para adquirir un bagaje axiológico-jurídico de probada utilidad histórica, al mismo tiempo que ha de contribuir con su especial potencial ideológico-crítico a la elaboración de técnicas garantistas destinadas específicamente a la lucha contra la subordinación de la mujer. Considero fundamental para poder avanzar en ambas direcciones la aportación iusfilosófica de FERRAJOLI.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AGRA ROMERO, M. J.: *Legitimidad y necesidad del disenso feminista*, en GONZALEZ, J. M., y C. THIEBAUT (eds.): *Convicciones políticas, responsabilidades éticas: V Semana de Etica y Filosofía Política*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 184-205.
- ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1989 (3.^a ed.).
- BALLESTRERO, M. V.: «Le azioni positive in Italia e le ragioni di una legge probabile», *Lavoro e Diritto*, 3, 1988, pp. 467-481.

34. Al mencionar la construcción de «otros» conceptos jurídicos pienso, sobre todo, en ciertos delitos relacionados con la violencia sexual o, incluso, en ciertos derechos relacionados con la procreación. Y ello a pesar de que —estoy de acuerdo con BALLESTRERO (1990, p. 130)— es posible que en ambos supuestos haya sido sobrevalorado el papel desempeñado por una diferencia sexual que justifique la etiqueta relativa a los «derechos de las mujeres».

- BALLESTRERO, M. V.: «I "diritti delle donne" (note in margine a un dibattito su diritti umani e Comunità Europea)», *Politica del Diritto*, 1, 1990, pp. 123-135.
- BOBBIO, N.: *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.
- CLARKE, J.; A. COCHRANE y C. SMART: *Ideologies of Welfare: From Dreams to Disillusion*, London, Hutchinson, 1987.
- COMANDUCCI, P.: «Uguaglianze», *Lavoro* 80, 3, 1988, pp. 825-830.
- FERRAJOLI, L.: «Stato sociale e stato di diritto», *Politica del diritto*, 1, 1982, pp. 41-52.
- FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989.
- GARCIA AMADO, J. A.: «Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico», texto mecanografiado de próxima aparición en *Droit e Société y Doxa*, 1992.
- GILLIGAN, C.: *In a different voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- GUASTINI, R.: «Che cos'è il garantismo», *Critica del Diritto*, 16/17, 1980, pp. 63-66.
- HOLTMAAT, R.: «The Power of Legal Concepts: The Development of a Feminist Theory of Law», *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1989, pp. 481-502.
- LACEY, N.: «Feminist Legal Theory», *Oxford Journal of Legal Studies*, 9, 1989, pp. 383-394.
- MOLINA PETIT, C.: «El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado», *Sistema*, 99, 1990, pp. 135-142.
- NAFFINE, N.: *Law and the Sexes: Explorations in feminist jurisprudence*, Sydney/Wellington/London/Boston, Allen and Unwin, 1990.
- SCARPELLI, U.: «Classi logiche e discriminazione fra i sessi», *Lavoro e Diritto*, 4, 1988, pp. 615-622.
- THRELFALL, M.: «¿Patriarca, palanca, paraguas? Planteamientos feministas en torno al Estado asistencial», en ASTELARRA, J. (ed.): *Participación política de las mujeres*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1990, pp. 215-233.

Los derechos de la mujer keniana; conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario*

Por MARIA ELÓSEGUI ITXASO

Zaragoza

INTRODUCCION

Ante la temática de investigación y discusión propuesta *Mujer, poder y derecho*, el presente artículo se centra en la legislación keniana correspondiente a los derechos de la mujer y en los conflictos derivados de la confrontación entre el derecho escrito de corte anglosajón y el derecho consuetudinario tribal, fuente admitida del ordenamiento jurídico vigente¹.

(*) Debo agradecer desde aquí los datos facilitados por *The Women's Bureau*, organismo del Ministerio de cultura y servicios sociales, especialmente la colaboración de Mrs. F. R. B. Oeri y Mrs Faiza Mgatia, directora y abogada respectivamente del mismo organismo. *The Women's Bureau* se estableció en 1975 con el objetivo de asegurar la igualdad de oportunidades para la mujer en el proceso de desarrollo, plan mundial de acción que se acordó en la Conferencia Mundial de Naciones Unidas en el año Internacional de la mujer en México en 1975 y en Copenhague en 1980.

En este artículo se refleja una investigación realizada en Nairobi, Kenia. Junto a las estadísticas y datos oficiales que me han sido facilitados en el *Women's Bureau*, creo que han sido igualmente enriquecedores el contacto directo y las conversaciones con mujeres del país, del ámbito rural y urbano, universitarias y agricultoras, con estudios o sin ellos, de profesiones liberales o sin empleos remunerado, del gobierno o de sectores no gubernamentales, oriundas del país o extranjeras, todas ellas empujadas en la promoción de la mujer keniana.

1. Kenia es un país con veintidós millones de habitantes, en su mayoría africanos, siendo la mitad de esa cifra mujeres. La sociedad keniana es una sociedad en transición, en la que se observa un desarrollo vertiginoso. Kenia logró su independencia de la corona británica el 12 de diciembre de 1963. La capital Nairobi alberga tan sólo un millón de habitantes, siendo Mombasa el segundo foco urbano de importancia. Únicamente un 15% de las mujeres viven en áreas urbanas, localizándose la mayoría de ellas en las áreas rurales. Aunque la mujer keniana realiza la mayor parte del trabajo, el poder y la autoridad reside en los hombres, excepto en el caso de las madres solteras o abandonadas que asciende a un 30% de la población femenina, en el que éstas se convierten en cabezas de familia.

Kenia es un país fundamentalmente agrícola, cuyas fuentes de riqueza son sus cultivos, —algodón, sisal, caña de azúcar, café, te, cereales, maíz, verduras, hortalizas, legumbres y tubérculos— y el turismo, siendo sus recursos alimenticios suficientes.

Las etnias se dividen en tres grandes grupos; bantúes, (kikuyus, wakambas, kavirondos, luhyas, luos y dorobos), nilo-camitas (suks y turkanas en la frontera de Etiopía y Somalia, y massais), el tercer grupo lo constituyen hindúes, árabes y europeos, que suman tan sólo medio millón del total de la nación. Los kikuyus, tribu en el poder, son los más activos y representativos de los bantúes. Su participación en la independencia fue notoria. En la actualidad ocupan los puestos más importantes den

Esta problemática constituye un mero ejemplo de un tema más amplio, propio tanto del derecho comparado como de la sociología jurídica, a saber; la inserción de un derecho extranjero en un derecho indígena².

El caso que proponemos a examen, el de la legislación sobre la mujer, es paradigmático y de enorme complejidad, debido a que en ámbitos como la legislación matrimonial, el derecho keniano admite cuatro fuentes en su ordenamiento jurídico; el derecho estatutario, —herencia del colonialismo británico—, el derecho tribal africano, el derecho hindú y el derecho musulmán. La diversidad étnica, cultural y religiosa ha llevado a concepciones muy diversas de la justicia en general, y del modo de comprender los derechos de la mujer y su función en la sociedad en particular: «Existen dos niveles culturales, respectivamente representados por el derecho peculiar indígena de una parte, y de otra por los dos derechos extraños, el coránico, y el demoliberal europeo-americano»³. Por ejemplo la admisión de la legalidad de la poligamia supone ya un claro conflicto con la jurisdicción matrimonial occidental. El derecho inglés es un derecho basado en las declaraciones de derechos, y racionalizado. El derecho islámico es de carácter religioso al igual que el hindú, y por último el derecho tribal es de carácter oral, basado en un animismo regido por una razón universal⁴.

En la legislación keniana nos encontramos con cuatro tipos de situaciones;

— El mantenimiento del derecho indígena o costumbres tribales con efectos legales en algunos temas. Determinados sectores de la población,

tro de la administración y la política. El presidente Kenyatta forjador de la independencia fue kikuyu, y lo es su actual sucesor Moi.

Se da un claro contraste entre el tipo de vida de la mujer de tribus dedicadas a la agricultura y el de las tribus pastoras. La mujer kikuyu, agricultora, lleva una vida sedentaria, su media de fertilidad es de ocho hijos. Los matrimonios entre los kikuyus son normalmente monógamos. Han adoptado las formas europeas. Sin embargo como contraste, la tribu massai es un reducto del pasado; compuesta tan sólo por trescientas mil personas, han rehusado adaptarse a la nueva civilización, importada de Europa. Pueblo nómada, que se resiste a dejarse escolarizar. Admiten la poligamia. Ágiles, fuertes, orgullosos y desconfiados. Se rigen por sus propias normas y costumbres. Su territorio se extiende a los dos lados del Kilimanjaro, entre Kenia y Tanzania.

2. Cfr. FERRY, L., «Droit, coutume et histoire. Remarques sur Hegel et Savigny» en *La Coutume et la Loi. Etudes d'un conflit*. Editor CLAUDE JOURNES. Lyon Presses Universitaires. 1986. p. 20: «Para resumir este modo de ver, escribe Savigny, se dirá que todo derecho, del modo con el que el uso corriente de la lengua designa con la expresión algo inadecuada de derecho consuetudinario, es... el que está engendrado por las costumbres y las creencias populares, después por la jurisprudencia, entonces, en cualquier situación por las internas, actuando silenciosamente, y no por la voluntad arbitraria de un legislador».

GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*. Col. manifiesto, 72. Madrid. Akal editor. 1978. 377 p.

GREEN, L. C., «'Civilized' Law and 'Primitive' Peoples». En *Law and Society. Leyden/ Dobbs Ferry*, N. Y. Sijthoff/Oceana Publications. 1977. pp. 129-132.

PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des Droits privés étrangers comme phénomène de sociologie Juridique*. Préface de JEAN CARBONNIER. Bibl. de Droit Privé, CXLII. París. L.G.D.J. 1975. XVI. 151 p.

BURMAN, S. & HARREL-BOND, B., *The Imposition of Law. Studies on Law and Social Control*. New York. Toronto. Sidney. S. Francisco Academic Press. 1979. XIV. 324 p.

3. ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILLO O'FARRELL, P., *Estudios de derecho bantú*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1974, p. 19.

4. Cfr. *Idem*. p. 22-23.

especialmente las áreas rurales, se rigen sólo por este derecho. Los ingleses admitieron el derecho tribal, añadiendo una cláusula de repugnancia según la cual serían perseguidas incluso legalmente las costumbres bárbaras que fueran contra la justicia natural, como por ejemplo la circuncisión de mujeres, y admitidas las costumbres que no fueran completamente repugnantes según los conceptos ingleses de moralidad y orden público⁵.

- Implantación de criterios jurídicos europeo-americanos.
- Situación de paralelismo entre ambas fuentes jurídicas.
- Sincretismo⁶.

La situación de ambigüedad legal que crea la transposición del modelo británico y de las constituciones euro-americanas que rigen en países democráticos se observa de un modo perentorio en la constitución keniana. Cuando Kenia se independizó heredó una base constitucional multi-partidista, pero en 1982 se convirtió por una cláusula añadida a la constitución en un estado de un sólo partido, KANU, *Kenya African National Union*⁷. En el primer punto de la Constitución se proclama que Kenia es una república soberana, para establecer, a continuación, que en Kenia sólo debe haber un partido político⁸. La paradoja es que se pretende el establecimiento de una democracia, pero luego no se explicita cómo ha de entenderse ésta⁹.

Se añade una declaración legal según la cual la constitución es norma fundamental y fuente prioritaria del derecho, prevalente ante las demás fuentes de derecho; «Esta constitución es la constitución de la República de Kenia y sujeto a la sección 47, si toda otra ley es inconsistente con la constitución, esta constitución prevalecerá y la otra ley, en lo que se refiere a su inconsistencia será derogada»¹⁰.

ANTINOMIAS ENTRE EL DERECHO ESTATUTARIO Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

La problemática ante la que nos enfrentamos es pluridimensional¹¹. Los conflictos que se originan en la confrontación de un derecho estatutario extranjero y el derecho consuetudinario tribal adquiere diversa índole:

5. Cfr. *Law and Society, op. cit.*, p. 84 y p. 105.

6. Cfr. ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILLO O'FARRELL, *op. cit.*, p. 14. Sobre el reinado de las costumbres como reinado de la ley y el derecho, cfr. ELIAS, T. O., *The Nature of African Customary Law*. Manchester University Press. 1956. pp. 160-161. DAVID R., *Les grandes systemes de Droit contemporain*. 3.ª edición. París. Dalloz. 1969.

7. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. Series coordinator Willy Mutunga. Series editor Nyoike Waiyaki. Nairobi. Oxford University Press. 1990. p. 45.

8. *The Constitution of Kenya*. Revised Edition 1987 (1983). Printed and Published by the Government Printer. Nairobi. Chapter 1, Puntos 1, y 2ª, p. 6.

9. Es sin duda discutible si una democracia multipartidista sería lo más conveniente o no, teniendo en cuenta las circunstancias de un país joven y en formación. En la práctica Kenia es, entre los países africanos descolonizados, uno de los que ha conseguido mayor estabilidad política.

10. *Idem*, punto 3, p. 6.

11. Cfr., MOUNIER, R., «Folklore juridique». APh DSJ, 7/3-4, (1937), pp 7-20.

En primer lugar se da el conflicto en la misma jurisprudencia, debido a que los tribunales a la hora de aplicar la ley deben de optar entre derechos muy divergentes ¹².

En segundo lugar, aunque no exista una directa oposición, ocurre que derechos contemplados en el derecho estatutario siendo válidos no son eficaces, porque son ignorados por los ciudadanos que se rigen por el derecho consuetudinario, dándose la circunstancia de que grandes sectores de la población se rigen por este último. Nos hallaríamos ante una norma válida pero no eficaz. Con mayor razón, si admitimos el planteamiento hartiano de que no es norma válida la que no supera el test de la regla de reconocimiento por parte de los jueces. Porque en la sociedad keniana hay infracciones de leyes o delitos penales que nunca se remiten a los tribunales. Un ejemplo claro lo constituye la posibilidad legal de denuncia de malos tratos de la mujer por parte del marido. El derecho estatutario considera un delito que un marido pegue a su mujer, sin embargo en el derecho consuetudinario dicha acción es contemplada como algo a lo que el marido tiene derecho. La consecuencia inmediata será la inoperabilidad del derecho estatutario.

En tercer lugar, con respecto al valor de los derechos humanos ratificados en el derecho estatutario en lo que se refiere a la dignidad de la mujer caben dos soluciones diferentes; con respecto a los derechos fundamentales contemplados en la constitución sería deseable la prevalencia del derecho estatutario por encima del derecho consuetudinario, porque en la mayoría de los casos el primero es más respetuoso con la dignidad de la mujer. Lo analizaremos a continuación detalladamente.

No obstante existe otro tipo de legislación proveniente de Inglaterra y obsoleta ya en ese país y que sin embargo se ha mantenido vigente en la legislación keniana. Un ejemplo se contempla en la ley del acta matrimonial de 1888 ¹³. En ésta se considera a la mujer como dependiente económicamente del marido, y una vez casada se le niega todo derecho a solicitar créditos y a determinadas operaciones económicas sin el permiso de su marido. Además de la injusticia de esta ley en una sociedad democrática e igualitaria, se da el agravante de que no encaja en una sociedad cuya fuente principal de riqueza es agrícola y en la que la mujer realiza el 75% de esas tareas más el 95% de las tareas domésticas.

En ese transplante mimético de legislaciones foráneas inciden dos tipos de anacronismo; el de insertar una legislación propia de un modelo de

12. Cfr., DIAMOND, S., «The Rule of Law versus the Order of Custom» en *The Social Organisation of Law*, Editores BLACK, D Y MILES, M. Seminar Press. New York and London. 1973. pp. 318-341.

13. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». En *Women and Law in Kenya*. Mary Adhiambo Mbeo and Oki Ooko-Ombaka editors. Published by the Public Law Institute. Nairobi 1989. p. 33. El derecho colonial inglés impuesto en Kenia corresponde a la época victoriana, en la que se consideraba a la mujer como un ser inferior.

sociedad industrial en otra que se halla en una fase anterior y el de no someterlo a revisión cuando no responde a las transformaciones sociales, tanto en el país de origen como en el colonizado.

En cuarto lugar, se opera un efecto en sentido inverso. Los mecanismos de control contra la injusticia previstos en el derecho consuetudinario resultan de mayor eficacia social que los legales.

El derecho extranjero, impuesto desde fuera, se contempla como un elemento extraño y además prevee y provee un modo de administración de la justicia inoperante e ineficaz. En Kenia los criterios jurídicos anglosajones son los que están implantados en las instituciones pero no siempre en la vida¹⁴.

Las causas son de diversa índole y su estudio correspondería en buena medida a la sociología jurídica, lo que no impide enumerar algunas de ellas; una obedece al desconocimiento de la norma jurídica escrita; otra radica en el distanciamiento de las zonas rurales con respecto a las urbanas, que lleva a dirimir los conflictos en el ámbito familiar y de un modo gratuito, sin necesidad de acudir a profesionales del derecho; y por último se ha de añadir la desconfianza ante el tratamiento que vayan a dispensar los tribunales. De estos se conserva la imagen que corresponde a la época del colonialismo, en el que la justicia apoyaba el poder extranjero establecido y no los intereses de los naturales del país¹⁵. Sirviéndonos del mismo ejemplo, como contrapartida del derecho otorgado al marido de maltratar físicamente a la mujer, el derecho consuetudinario preveía unas reglas de control y unos modos de defensa de la mujer para poner límites a ese derecho. El clan constituía uno de los tribunales de instancia al que la mujer podía acudir. Existían otros como el *consejo de mujeres* que ostentaba un poder real y podía sancionar al marido con la expulsión del clan.

El modo de afrontar los litigios en las sociedades tribales difiere de la litigación en los tribunales modernos, que son menos accesibles para el individuo. La estructura de ambos modelos de tribunales son incompatibles. La introducción de tribunales modernos en la sociedad tribal ha llevado a que los ciudadanos no acudan a los tribunales civiles. En el derecho tribal es el grupo del ofendido el que presenta la denuncia y emprende la defensa, no el

14. Cfr., DAUCHY, P., «La réception du droit anglo-saxon en terre d'Irlande». APD, vol. 26 (1981), p. 284: «Le peuple colonisateur est celui qui a imposé son droit et l'a utilisé a des fins de domination». DIAMOND, S., *The Rule of Law versus the Order of Custom*. En *The Social organization of Law*. New York. London. Seminar Press. 1973. pp. 318-343. ELIAS DE TEJADA F., «The Future of Bantu Law». ARSP, Beiheft, n.º 11 (NF), (1979), pp. 303-318. AFD, XIX, (1976-77), pp. 1-16. ELIAS DE TEJADA, F., *Estudios de derecho Bantú*. Series Derecho, n.º 18. Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1974. 122 p. ELIAS DE TEJADA, F., *Sociología del África Negra*. Colección; Biblioteca del pensamiento actual, n.º 62. Madrid. Rialp. 1956. 275 p.

15. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». p. 33. Los colonizadores no piensan en los derechos de los indígenas sino en la explotación económica. Se respeta los aspectos del derecho africano que no lesionen estos intereses. De ahí que el derecho de familia y el patriarcado permanezcan intactos.

individuo. En la sociedad moderna es el individuo el que se enfrenta con la justicia, y además con un grado de tecnicismo y de estancias intermedias que dificultan la litigación a quien no es experto en asuntos legales¹⁶.

En quinto lugar se da una escisión entre el derecho estatutario y el derecho consuetudinario ante el modo de entender la legalidad de actos similares. Ej.: un matrimonio es legal cuando media un contrato según una de las cuatro formas de matrimonio admitidas en la legislación. Como contraste según derecho africano, la mujer keniana no considera que ese contrato esté cerrado hasta que la dote esté absolutamente pagada. Si el marido no completa la dote es muy probable que ésta abandone a su marido y vuelva a su familia, bien por propia iniciativa o por imposición del clan familiar, ya que el matrimonio no es un contrato entre dos personas sino entre dos clanes¹⁷.

En sexto lugar nos hallamos ante conflictos derivados de la falta de plenitud del ordenamiento jurídico, con existencia de laguna normativa en ambas fuentes de derecho, originada por la falta de flexibilidad en la evolución legislativa ante los cambios sociales prodigiosos que se suceden en un país en continua expansión, con el paso de una sociedad agrícola a una sociedad industrializada, o de la familia tribal a la familia nuclear.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION KENIANA

Kenia ha ratificado la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los derechos humanos.

Bajo el capítulo 5 de la Constitución keniana se exponen los correspondientes derechos, libertades fundamentales y protecciones de cualquier ciudadano keniano; toda persona en Kenia es titular de derechos fundamentales y de la libertad del individuo, es decir del derecho cualquiera que sea su raza, tribu, lugar de origen o residencia u otras conexiones locales, opiniones políticas, color, credo o sexo, sin embargo está obligado a respetar los derechos y libertades de los otros y por el interés público a respetar cada uno y todos de entre los siguientes derechos, a saber:

a) Vida, libertad personal, protección frente a la esclavitud y al trabajo forzado; ninguna persona será reducida a esclavitud o a trabajo forzado. Hoy en día ha desaparecido todo signo de esclavitud tal como el tráfico de esclavos. Del mismo modo en Kenia se respetan las diferentes razas y no existe segregación racial. Sin embargo con respecto a la situación de la mujer cabría preguntarse si en ocasiones no está sometida a servidumbre.

16. Cfr., ABEL, RICHARD and SPITTLER, GERD, «Theories of Litigation in society. 'Modern' Dispute Institutions in 'Tribal' Society and 'Tribal' Dispute Institutions in 'modern' Society as Alternative Legal Forms». *Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag*. J R R (1 980), pp. 165-194.

17. Cfr., MACHARIA, C. W., *The significance of dowry in customary African societies and its relevance in modern Kenya*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1985.

b) Protección frente al tratamiento inhumano; «ninguna persona será sometida a tortura o a castigos inhumanos o degradantes u otro tipo de trato inhumano». «Cualquier contenido dado bajo la autoridad de otra ley anterior al 11 de diciembre de 1963 que autorizara el infringimiento de cualquier castigo que fuera entonces legal es ahora inconsistente o contra esta sección»¹⁸. Frente a la expropiación de la propiedad sin compensación; protección de la privacidad de su casa y otra propiedad; seguridad de la persona bajo la ley.

c) libertad de conciencia, de expresión, de reunión y asociación, libertad de movimiento y,

d) Protección frente a la discriminación.

Con el fin de seguir una exposición ordenada se agruparán los derechos del siguiente modo; protección frente a la expropiación de la propiedad. Derecho a la libertad personal en el matrimonio; derecho a la seguridad de la persona contra tratos inhumanos; protección frente a la discriminación y el derecho a una segura protección bajo la ley¹⁹.

DERECHO A LA PROPIEDAD. LA CONSTITUCION VERSUS DERECHO AFRICANO

El derecho a la propiedad está garantizado en la constitución de un modo negativo. No se garantiza constitucionalmente que cada ciudadano tenga derecho a la propiedad. La constitución actúa después de que un ciudadano ha adquirido propiedad garantizando que ésta no sea tomada sin compensación. Se regula la adquisición legal de la propiedad²⁰. Estas disposiciones se elaboraron a partir de la independencia, ya que durante el colonialismo la tierra que pertenecía a propietarios africanos les fue arrebatada por europeos sin ninguna compensación económica.

La mujer pasa por distintas etapas en relación con la propiedad; antes de casarse, durante el matrimonio²¹, la separación o divorcio y durante la viudez. En todas esas etapas la ley le concede plena capacidad para poseer propiedad. A su vez se le permite elegir entre cuatro sistemas de derecho privado²²; el derecho musulmán²³, el hindú²⁴, el derecho civil o estatutario (fundamentalmente inglés) y el derecho consuetudinario.

18. *The Constitution of Kenya*. p. 40, punto 70 y cfr., puntos del 71 al 82.

19. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. o. c., p. 5.

20. Cfr., *Idem*, p. 19. *The Land Acquisition Act de 1968* y *The Constitution of Kenya*. Section 75.

21. Cfr., KAHN-FREUND, *Recent Legislation and Matrimonial Property*. 33. (1970), M.L.R. 601, 605. Cfr., MUIGAI, G., «Women and Property Rights in Kenya».

22. Cfr., BROMLEY, *Family Law*. 6th Edition. Butterworths. 1982.

23. Cfr., MULLA, *Principles of Mohammedan Law*. 16th Edition, Bombay, 1968.

24. Cfr., DERRET, *Introduction to Modern Hindu Law*. Oxford University Press, 1964.

La mujer casada puede conservar un domicilio independiente del de su marido²⁵. Del domicilio depende a su vez la jurisdicción a la que le corresponde acudir para las cuestiones legales.

En todos los sistemas expuestos se reconoce el derecho a la propiedad privada. Además la mujer tiene derecho a ser mantenida hasta que se case.

Según la ley general de los contratos, una mujer, casada o no, tiene capacidad contractual. Puede realizar contratos válidos en su propio nombre sin tener en cuenta a su marido. La ley del *Contract Act*, que aplica a Kenia la *English Law Reform Act* (1935), dispone que cualquier mujer, incluida la mujer casada puede adquirir, poseer y disponer de cualquier propiedad²⁶. Del mismo modo El *Registered Lands Act* (cap 300 *Laws of Kenya*) tampoco discrimina contra la mujer en lo referente a la posesión de tierras. El derecho sobre esta propiedad se extiende al derecho de disposición testamentaria sobre la misma.

La constitución dispone en lo referente a la posesión de tierras la posibilidad de registrar la tierra según las antiguas disposiciones de las reservas africanas, que se ajustan a la ley consuetudinaria y no a la ley estatutaria. En el de la constitución, se incluye el respeto por *The African Customary Law*²⁷.

En todo el capítulo, referente a esta fuente tribal de derecho, no se hace referencia a las mujeres ni a los hombres. Tampoco se dice específicamente que la mujer no pueda tener propiedad. Se nombra la tribu, el grupo, la familia o el individuo bajo *The African Customary Law*. Pero indirectamente esto implica dar prioridad a los varones y según la constitución no sería discriminatorio²⁸.

En Kenia, en relación con el acceso a la tierra, los hombres habitualmente poseen el derecho a ser titulares en el registro civil de la misma. Cuando se estableció la conversión de la ley consuetudinaria sobre la propiedad al modelo del registro oficial de la propiedad, lo predominante fue que se registrara bajo el nombre del hombre porque él es en las leyes consuetudinarias tribales el propietario de la tierra, como representante de la familia.

Una de las consecuencias indirectas de este hecho es que, en la actual legislación keniana, las mujeres casadas no tienen derecho a la petición de créditos y préstamos sin la firma de su marido. La razón estriba en que la garantía de la concesión de créditos se respalda con la propiedad en tierras. Al estar la tierra normalmente al nombre de los varones, aunque jurídica-

25. Cfr., *The Law of Domicil Act*.

26. Cfr., *Married Women and Tort Feasors*, cap 23 *Laws of Kenya* y BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights». En *Women and Law in Kenya*. p. 55.

27. *The Constitution of Kenya*. p. 82, Chapter 9, punto 115. Cfr., ALLOT, A. N., «African Law» en J. Duncan y M. Derett, eds. *An Introduction to Legal Systems*. London Sweet and Maxwell. 1968.

28. *Idem*. Tanto en ese punto como en la p. 84, punto 118 y cfr., p. 60.

mente, como ya hemos visto, no exista ningún impedimento para que la mujer sea propietaria, *de facto* no se le permite serlo en la mayoría de los casos. Como regla general las instituciones financieras no extienden ningún crédito a mujeres que no puedan avalarlo como propietarias de tierras, como posesión colateral que garantice el crédito. Esta situación crea un conflicto en la transición de una ley tribal a un derecho universal, como es el derecho a la propiedad sobre la tierra y el derecho a solicitar un crédito bancario.

Las mujeres en Kenia son de hecho más emprendedoras y son capaces de gestionar cualquier negocio, frente a la general desidia de los hombres. Así se encuentran atadas de pies y manos y más aquellas que se ven convertidas en cabeza de familia²⁹. Por la misma causa, tampoco la mujer tiene acceso al alquiler de una casa³⁰.

LEY DE LA SUCESION Y HERENCIA. IGUALDAD VERSUS DERECHO DEL VARON

El derecho de sucesión depende del régimen matriarcal o patriarcal de la familia. Se da una correlación entre los parámetros sistema de organización familiar y la legislación sobre la herencia.

Las leyes de Kenia, tanto la Constitución como la ley de Sucesión, contemplan la igualdad del hombre y la mujer; la discriminación se da en la práctica, en buena parte ocasionada por el peso de la tradición de las distintas costumbres tribales, en las que la mujer ha ocupado siempre un segundo lugar.

La ley de Sucesión keniana, que gobierna los derechos de herencia, provee un igual trato para los hijos, sean varones o mujeres, en contraste con el derecho consuetudinario que favorece al hijo varón mayor³¹.

En la ley sobre la herencia se detectan residuos del derecho consuetudinario, ya que se admite el valor del testamento oral tanto como el escrito. Las condiciones es que se efectúe en la presencia de dos o más testigos competentes y que el testador no muera antes de los tres meses de haber testado. No sería válido si va en contra de otro testamento escrito antes o después del oral. El testamento queda revocado si el testador se

29. Cfr., GUTTO, O. B. S., *Legal constraints on female participation in the economy*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1975.

30. Cfr., *Presence. For Today's Progressive Woman*. Vol VIII, n.º 8, (1991), p. 8. Cfr., *The Civil Service Code of Regulations, Regulation L. 31 (1)*; «An officer, other than a married woman, serving on permanent and pensionable...agreement or temporary terms of service will be eligible for house allowance, in respect of a privately rented accommodation or owner-occupied house at the duty station, when not occupying a Government quarter».

31. Cfr., «A Report to the U.S. Senate by the Department of the State». En *Finance, Special Report Human Rights in Kenia*. 16-31, August (1991), pp. 1 5-24.

casa, a no ser que ese matrimonio con esa específica persona se haya tenido en cuenta al testar. Se establece que la mujer tiene propiedad y derecho a la herencia³².

Si no hay testamento o voluntad de dejar la herencia a las personas dependientes, se considera como tales a;

a) la mujer o mujeres, o última mujer o mujeres, y los hijos del difunto tanto si eran mantenidos por éste o no inmediatamente antes de la muerte;

b) padres, suegros, abuelos, nietos, hijos adoptivos, hermanos, hermanas, hermanos o hermanas de padre o madre;

c) si la que muere es la mujer, se considera como dependiente al marido si ella lo mantenía antes de su muerte³³.

Se dispone que la esposa con hijos, en caso de inexistencia de testamento, a la muerte del marido tiene derecho a la casa y propiedades del difunto, y a la pensión por viudez, que cesaría sólo si se vuelve a casar. Además la ley le concede el derecho a disponer del capital y al usufructo del resto de propiedades de su marido. Si no hay hijos tiene los mismos derechos sobre la casa y bienes muebles, pero sólo el 20% de las restantes propiedades. En caso de que al difunto no le sobrevivan mujer o hijos y en ausencia de testamento heredaría primero el padre y luego la madre³⁴.

Cuando hay testamento se sigue las disposiciones testamentarias con respecto a la viuda. Puede solicitar la propiedad real y los bienes matrimoniales, a no ser que se haya dispuesto explícitamente lo contrario en el testamento³⁵.

El acta de sucesión dispone que la mujer puede apelar ante los tribunales para la provisión si su marido no lo hizo en la medida suficiente.

En el caso de poligamia, la herencia se divide entre los distintos hijos y mujeres, contando estas últimas a la hora del reparto como un hijo más.

Esta es la ley, una adaptación del derecho anglosajón, pero no siempre esta es la vida. En Kenia el poder de las leyes y costumbres tribales se hace sentir enormemente, y son éstas en definitiva las que en la actualidad rigen en una mayoría de casos.

Así en ocasiones la familia del marido, una vez fallecido éste, se apropia de los bienes de aquel, desposeyendo a la viuda de sus derechos legales.

32. Cfr., *The Constitution of Kenya*. p. 13/19. Cfr., *The Law of Succession Act*. Revised Edition 1981. Printed and Published by the Government Printer. Nairobi. The Laws of Kenya. Chapter 160. p. 41, entró en vigor el 1 de julio de 1981.

33. Cfr., *The Constitution of Kenya*. p. 15/29.

34. Cfr., NANZUSHI, L., *The protection of women's rights under the new Law of Succession Act*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

35. Cfr., también en MUIGAI, G., «Women and Property Rights in Kenya». En *Women and Law in Kenya*. p. 121.

VALIDEZ DEL MATRIMONIO. MONOGAMIA VERSUS POLIGAMIA

En Kenia se admiten cuatro formas legales de matrimonio a fin de respetar las diferencias culturales y religiosas; la africana, la islámica, la hindú y la cristiana³⁶. Cada una de ellas se rige por un procedimiento diferente; el matrimonio tribal, el musulmán y el hindú pueden ser polígamos, mientras que el matrimonio civil o el religioso de rito cristiano son monógamos³⁷.

El matrimonio cristiano está regulado en la *African Christian Marriages and Divorce Act*, que a su vez hace aplicables a estos matrimonios la mayoría de lo previsto en el *Marriage Act*³⁸.

Estas dos legislaciones disponen que para que pueda celebrarse un matrimonio válido, ninguno de los dos contrayentes esté ya casado según el derecho consuetudinario o el derecho islámico. Una vez que un matrimonio ha sido celebrado en cualquiera de las formas previstas, continúa existiendo hasta la muerte, a menos que sea disuelto por un tribunal de competente jurisdicción. Durante ese matrimonio ninguna de las partes puede contraer un segundo matrimonio según otra ley o costumbre. Sería una ofensa punible con un máximo de cinco años, que una persona casada según la ley nativa o la costumbre, intentará contraer un nuevo matrimonio, bien bajo el *Marriage Act* o *African Christian Marriages and Divorce Act*. También sería un delito el proceso inverso, acudir al derecho consuetudinario una vez casado por the *Marriage Act*.

En estas cuatro formas de matrimonio señaladas, existe algún tipo de ceremonia para solemnizar el matrimonio. Es posible sin embargo que los tribunales presuman la existencia de matrimonio si un hombre y una mujer cohabitan por un periodo prolongado de tiempo y son reconocidos por los demás como marido y mujer, incluso aunque no haya mediado ninguna ceremonia. Los hijos son considerados legítimos. Este principio no obedece a ninguna declaración formal, sino que ha sido fruto de la práctica habitual de los tribunales. Incluso la promesa de matrimonio puede dar lugar a derechos delante de un tribunal, debido a que el common law, antes de la *English Law Reform Act* de 1970, reconocía que la promesa de realizar un contrato obliga. Y por tanto se puede alegar derecho sobre la propiedad adquirida durante la cohabitación.

36. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law*. p.59. *The Constitution of Kenya*. p, 55, punto 4.c. Se admiten distinciones si son de acuerdo a otra ley bien por ser de derecho consuetudinario o en el caso de miembros de una raza particular o tribu o ley consuetudinaria con respecto a la adopción, matrimonio, divorcio, enterramiento, devolución de la propiedad una vez muerto el marido o la mujer.

37. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». En *Women and Law in Kenya*.p. 43. Special Report Human Rights in Kenia: La poligamia no es legal para la gente casada bajo el Acta de matrimonio cristiano, pero está permitida para los que se casan según el derecho consuetudinario africano.

38. Cfr., *Marriage Act*, Cap, 150, Laws of Kenya.

En 1968 y de nuevo en 1985, en el Parlamento se discutió un proyecto de ley para intentar modificar algunas de las disposiciones sobre legislación matrimonial, pero nunca llegó a aprobarse. En el espíritu del proyecto estaba el desfavorecer la poligamia, proponiéndose como una de las medidas que la mujer debía dar su consentimiento para que su marido adquiriera una nueva esposa. Por supuesto que esta propuesta fue rechazada porque se reconoció que ninguna mujer si se le consultara consentiría en esto. También se argumentó que la poligamia es parte de la tradición y que no había porque imponer modelos europeos. La mayoría de los parlamentarios eran partidarios de mantener la poligamia como parte de la identidad africana³⁹. Se rechazaron de igual modo el intento de penalizar el adulterio y de introducir una legislación especial sobre los malos tratos.

Los matrimonios nativos pueden ser válidos incluso si no han sido contraídos en formas reconocidas en Inglaterra o prescritas por la ley. Se consideró, por otra parte, que forzar a la gente a que registre el matrimonio cuando lo ha realizado según el derecho tradicional suponía ir demasiado lejos⁴⁰.

En la mayoría de los ordenamientos occidentales el mutuo consentimiento es condición *sine qua non* de validez del matrimonio. En el derecho africano la mujer es desposada, mientras que es el marido el que se casa. La mujer no puede tomar la iniciativa en el matrimonio, hasta el punto de que en determinados dialectos de Kenia no existe la voz activa referida a la mujer, tan sólo la pasiva. Su voluntad no es tenida en cuenta, tampoco la del marido cuando el matrimonio se pacta entre familias en áreas rurales. Si bien es verdad que cada vez esta situación es menos frecuente.

Tampoco la ley ofrece una protección igual o paritaria en el caso de los hombres y las mujeres, aunque figure en la letra de la Constitución.

DERECHO A LA PROPIEDAD DURANTE EL MATRIMONIO

Ante la ley, la mujer y el marido son considerados como una sola persona. Y en base a este principio no se contempla la posibilidad de una declaración legal de separación de bienes. Este hecho impide a veces delimitar la pertenencia de la propiedad. Durante la subsistencia del matrimonio se considera que la propiedad matrimonial y los ingresos familiares se ponen a disposición de los hijos o de la familia en su conjunto. Se consideran dos tipos de bienes; bienes capitales (bienes muebles e inmuebles) y los ingresos producidos por el trabajo de los dos esposos (bienes gananciales).

39. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». *op. cit.*, p. 45. El Parlamento en 1968 rechazó un proyecto de sanciones legales contra los malos tratos, cfr. *Republic of Kenya. Parliamentary Debates*. Nairobi. Government Printer. 1968.

40. ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». p. 43. MBUGUA, W., «Women's Employment Patterns: Emerging Aspects of Economic Marginalization». En *Women and Law in Kenya*. p 108.

1. *El Derecho consuetudinario*

En el derecho consuetudinario africano la mujer durante el matrimonio no posee propiedad, en el sentido inglés de ser titular de la propiedad. Ya que desde otra perspectiva la mujer tiene acceso a la tierra y controla la mayor parte de la producción. En algunos clanes la propiedad que la mujer tenía antes del matrimonio pasa a ser administrada y vendida por su marido. Pero esto no ocurre con la propiedad real, y cualquier tipo de propiedad que precise de registro civil, que no se regula por el derecho africano. En realidad el área de aplicación del derecho consuetudinario es cada vez más escaso, limitándose a ámbitos rurales. La situación de la mujer rural ha evolucionado notablemente aumentando sus propiedades personales y reales y formando parte como propietarias de cooperativas agrícolas.

2. *El derecho hindú*

En el derecho hindú la propiedad de la mujer va unida a la *stridhana*. *Dhana* significa propiedad y consiste en la propiedad que ella aporta al matrimonio, como una dote que su familia debe pagar para que el marido la acepte como esposa (Proceso inverso al del derecho africano). Todo lo que la mujer reciba directamente pasa a formar parte de su propiedad. El derecho de la mujer a la *stridhana* permanece intacto durante su matrimonio, teniendo derechos legales sobre él. Su mantenimiento no debe de provenir de sus bienes, sino que debe ser mantenida a expensas de la nueva familia a la que pertenece. El marido tiene la obligación de mantener económicamente a su esposa, lo que puede cumplirse pagándole periódicamente un dinero que pasa a aumentar la *stridhana*, o pagarlo con regalos. La mujer hindú pierde sus derechos a la manutención si no es fiel a su marido o si se convierte a otra religión. También pierde su derecho a mantenerse con los bienes de su nueva familia si se separa o divorcia. En caso de muerte de su marido tampoco la familia de éste tiene ya ninguna obligación económica con la viuda, a no ser que exista propiedad perteneciente a su marido. En caso de divorcio el tribunal puede exigir la manutención de la parte inocente y de los hijos, a no ser que esto no sea necesario por mantenerse una cantidad suficiente como *stridhana*.

3. *El derecho musulmán*

La mujer musulmana casada no pierde su individualidad. Permanece como un miembro más de la sociedad y no se considera que sea una con su esposo. Conserva todos los derechos a la propiedad y puede administrarla y venderla directamente sin disponer del permiso de su marido. Según el

derecho islámico se puede hacer separación de bienes⁴¹. El marido no debe interferir en los asuntos económicos de su mujer; esto constituye un delito y motivo de divorcio.

Aunque legalmente la mujer no tiene derecho a los bienes matrimoniales, de hecho dispone de su uso y disfrute durante la duración del matrimonio. Incluso cuando la mujer pueda mantenerse a sí misma el marido está obligado a su mantenimiento, salvo caso de infidelidad o que renuncie a vivir con su marido. Si el marido tiene varias esposas cada una tiene derecho a una residencia para su uso exclusivo. Una mujer abandonada por su marido necesita el permiso del jefe del clan (kadhi) para disponer de su propiedad para su mantenimiento.

4. *El derecho civil.*

Una mujer casada civilmente puede adquirir y mantener propiedad a su nombre, separadamente de su marido. Su capacidad legal para poseer y administrar su bienes carece de restricciones. Tiene derecho legal a ser mantenida por su marido y a establecer una demanda legal en caso de que esto no sea así, que puede ser desestimada ante alegaciones fundadas del esposo. Sin embargo el derecho a pedir créditos debe estar avalado por su marido y orientado a cubrir las necesidades del mismo. En caso de divorcio o abandono, el marido debe velar económicamente por su mujer e hijos, pasándole una pensión mensual, directamente o a través de terceros.

DERECHOS SOBRE LA PROPIEDAD UNA VEZ DISUELTO EL MATRIMONIO

El divorcio está legalizado, siendo causa suficiente aducir irreparable ruptura del matrimonio. Con respecto a la división de la propiedad en caso de divorcio, caben dos soluciones diversas dependiendo de si;

– El registro de la propiedad está a nombre de uno de los esposos, pero la parte puede reclamar el interés proporcional.

– Cuando está a nombre de los dos, hay que decidir la parte que corresponde a cada uno. El primer caso casi siempre se refiere a propiedad registrada a nombre del marido. La mujer suele reclamar un reparto equitativo por lo menos con respecto a parte de la propiedad. En algunos casos la mujer gana un salario, y aunque quizá no haya contribuido

41. Cfr., MARSÁ VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*. Pamplona. Ediciones de la Universidad de Navarra. 1970. 494 p. MARSÁ VANCELLS P., *La mujer en el derecho civil*. Pamplona. Ediciones de la Universidad de Navarra. 1970. 492 p. República Árabe Unida pp. 444-447. No me resisto a no transcribir este texto del Corán: «Los hombres son superiores a las mujeres, a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquéllas...» (Producciones Editoriales. Barcelona. 1979. Sura IV, 38). O en otra versión: «Los hombres (son) preeminentes sobre las mujeres, por lo que aventajó Alá a los unos sobre los otros...» (*El Corán*. Aguilar. Barcelona. 1963. Azora IV, 38).

directamente en la compra de la propiedad, ha empleado su sueldo en los gastos familiares y en el mantenimiento de los hijos y el marido, contribuyendo así indirectamente a que éste empleara sus ganancias en la compra de dicha propiedad. Incluso en los casos en que la mujer no dispone de un salario, hay que tener en cuenta su dedicación a las tareas domésticas como un modo de producción económica, que le da derecho a disponer de parte de las propiedades de su esposo si el matrimonio se disuelve.

La situación laboral de la mujer en Kenia está progresando con gran rapidez. Por una parte se ha incorporado a la fuerza de trabajo, y por otra en el área rural se han convertido *de facto* en cabezas de familia, debido a que el hombre trabaja lejos de su domicilio o en la ciudad. El estandar de vida y la situación económica de la clase media ha ascendido notablemente, con el aumento correspondiente de la capacidad adquisitiva de bienes de consumo y de propiedades.

Para que la mujer tenga derechos legales a reclamar cualquier propiedad debe demostrar que ella ha contribuído con dinero a la compra de esa propiedad. Si uno de los esposos compra propiedad para el uso común, la casa, muebles o el coche, esto no concede *per se* derechos al otro cónyuge sobre estas posesiones. Como ya se ha señalado, el derecho inglés no contempla la comunidad de las propiedades. La parte que reclama un interés debe demostrar que, aunque la compra y el registro de la propiedad esté bajo un sólo nombre, el propietario legal representa a la otra parte que también es dueña de esa propiedad. Por ejemplo la parte cuyo nombre no figura ha podido contribuir a la mejora de la propiedad registrada con un sólo nombre; por ejemplo amueblando la casa. Este tipo de contribuciones económicas indirectas representan un conflicto legal.

El tribunal supremo de Kenia mantiene que en todo el territorio keniano debe primar la aplicación del Acta sobre la propiedad de la mujer casada de 1882. Es decir la reclamación de propiedad sólo sería legal cuando es demostrable una contribución económica directa. Sin embargo en la práctica jurisprudencial no siempre se ha utilizado este razonamiento jurídico. Hay recientemente una clara presión en la jurisprudencia de sentencias a favor del derecho a la propiedad en mujeres casadas, que han contribuído al hogar con su trabajo doméstico, equiparándolo con un ingreso proveniente de un salario o trabajo retribuído fuera del hogar. Esta solución es la más deseable y justa. Por otra parte, en Kenia no existe una seguridad social establecida. Esto agrava la situación de la mujer que es abandonada sin recursos económicos. De ahí que el problema de la división de la propiedad entre los esposos adquiera dimensiones dramáticas.

La situación que acarrea menos problemas legales es aquella en la que la propiedad figura bajo nombre de ambos esposos. La división en caso de separación o divorcio es por partes iguales y también puede ser vendida, a

no ser que se haya comprado con un propósito específico que todavía pueda ser alcanzado. En caso de falta de acuerdo, el tribunal tiene atribuciones para imponer una solución equitativa de acuerdo con las circunstancias de los demandantes.

Lo curioso es que el principio de separación de bienes se introdujo en Inglaterra en 1962 en *The Law Reform Act*. Sin embargo en Kenia aunque los aspectos referentes a la propiedad dentro del matrimonio han evolucionado considerablemente en el mismo derecho consuetudinario, los esposos reclaman el derecho a unir sus propiedades.

LA COHABITACION EXTRAMARITAL

Los abogados de familia se ven enfrentados cada vez con mayor frecuencia al problema de los efectos legales derivados de las uniones de hecho. Caben las siguientes soluciones; llamarlas fugas del domicilio paterno regidas por el derecho consuetudinario, considerarlas como matrimonio presunto bajo derecho común inglés, o asumirlo como un matrimonio civil bajo el derecho común inglés, o como una unión ilícita, no reconocida por la ley y por tanto carente de efectos civiles y legales.

Independientemente de la consideración moral de tales uniones, el derecho se enfrenta con la necesidad de establecer algún tipo de regulación sobre la distribución del derecho a la propiedad de las personas que cohabitan cuando esa relación se rompe. Básicamente, la ley considera a los cohabitantes como personas extrañas entre si. Ni el acta sobre la propiedad de la mujer casada, ni la Ley de Sucesión les otorga derechos o remedios o reclamaciones sobre la propiedad del otro, si cualquiera de ellos muere sin testar.

En relación con la propiedad real (la casa), los tribunales habían dictaminado que los derechos de propiedad de los cohabitantes que tuvieran el propósito de casarse en cuanto les fuera posible debiera ser considerada del mismo modo que los derechos de los esposos. Pero hoy en día la relevancia de la intención de las partes de casarse es cuestionable. Los tribunales aplican un razonamiento diferente, dependiendo de cada circunstancia. Por ejemplo cuando una de las partes ha contribuído económicamente a la compra de la casa, adquiere el derecho a recuperar el equivalente a su contribución.

Evidentemente una mujer que no está legalmente casada no tiene derecho a pedir el mantenimiento, pero en algunos casos puede acordar una licencia contractual para seguir ocupando su domicilio, cláusula que le serviría como protección, en caso de que el varón quisiera adueñarse de sus posesiones. La finalidad es sobretodo la de proteger a los hijos de parejas inestables.

CONFLICTOS ANTE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS

La ley estatutaria figura en *The Guardianship of Infant Act*⁴². Existe una igualdad de derecho sobre la custodia de los hijos cuando la madre y el padre de un menor están legalmente casados y cohabitando. El acta especifica que en caso de divorcio o separación o durante la cohabitación cualquiera de los padres puede solicitar ante los tribunales una orden que garantice su derecho a la custodia. Aunque *The Magistrate Courts Act* de 1967 afirma que la custodia de los menores puede ser determinada siguiendo el derecho consuetudinario africano, *The Guardianship of Infants Act* mantiene que cuando un tribunal está decidiendo sobre una solicitud de custodia de un menor de edad, el factor determinante debe ser el bienestar del menor. El acta dispone que la custodia de los hijos a la muerte del padre corresponde a la madre, bien sola o junto con un tutor designado por el padre en el testamento.

Como contraste las costumbres de los diferentes clanes de Kenia disponen en general que los hijos, en caso de separación o divorcio pasan a pertenecer al padre. Esto es así entre los Luhya y los Luo. Entre los kikuyus la madre puede hacerse cargo del hijo hasta que este cumple los seis años, a partir de ese momento la custodia pertenece al padre⁴³. Entre los kikuyus el familiar cercano al huérfano tiene derecho a la custodia del hijo frente a cualquier extraño. Se han dado casos de demanda judicial por parte del tío paterno, que ante el fallecimiento de su hermano exigía la custodia de su sobrino, que había sido adoptado legalmente por una mujer que no tenía ninguna relación de sangre con éste⁴⁴.

En la nueva sociedad tanto rural como urbana, las mujeres conocen el derecho que tienen a los hijos en caso de fallecimiento de su marido. En cuanto a la custodia en el resto de los casos, en las zonas rurales existe una mayor tendencia a seguir la costumbre, aunque esto va siendo transformado poco a poco a medida que la mujer adquiere más educación y es más consciente de sus derechos legales.

DOTE. CONSENTIMIENTO VERSUS ACUERDO DEL CLAN

El lóbolo consiste tradicionalmente en la entrega de una determinada cantidad de ganado, u objetos domésticos o utensilios de trabajo, de parte de la familia que recibe la esposa a la familia que la da, a cambio de la adquisición del derecho sobre su capacidad productiva y sus servicios domésticos. El pago del lóbolo determina la pertenencia de la prole al padre

42. Cfr., Cap 144. *Laws of Kenya*.

43. Cfr., BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights». En *Women and Law in Kenya*, p. 57.

44. Cfr., GREEN, L. C., «'Civilized' Law and 'Primitive' Peoples». En *Law and Society*. op. cit., p. 82.

y a la línea paterna. Más en general todo ello constituye la fuente de las obligaciones familiares y es el fundamento de la estructura económica de la sociedad tradicional. El consentimiento de la mujer no es formalmente necesario, porque las exigencias de la familia-clan son consideradas como de primera importancia. Sin embargo como la estabilidad del matrimonio es vital para el mantenimiento económico, las preferencias individuales son normalmente tenidas en consideración porque el hecho de que el futuro marido sea del agrado de la mujer contribuye a la seguridad y permanencia del matrimonio⁴⁵.

Antiguamente se daban prácticas tales como la unión del levirato, según la cual la viuda cohabita conyugalmente con el hermano o familiar varón de su marido ya fallecido; la viuda como herencia, es decir una viuda sin descendencia de su marido muerto, en el momento de la muerte es heredada por un familiar del difunto como esposa; la unión de hermanas o sororato, si la mujer muere ésta es substituida por su hermana, que se convierte en mujer del viudo cuando la viuda muere sin haber tenido ningún hijo o hijo varón⁴⁶.

La dote adquiere una importancia vital para el matrimonio de la mujer; la mujer o su familia ha sido pagada o comprada. En el derecho tribal tener una hija es una fuente de riqueza y no un problema a diferencia de muchas costumbres asiáticas. Como contrapunto la mujer se ata a su marido y la separación o divorcio llevaría consigo la devolución de la dote por parte de la familia de la mujer al marido o la familia de éste. De ahí que en el derecho tribal la mujer difícilmente puede tomar la iniciativa de la separación. Lo que es más frecuente, sin embargo, es que la mujer sea abandonada, bien después del matrimonio, o después de uniones no legales ante el nacimiento de un hijo.

La dote ha sido y es todavía vista como un parte esencial del matrimonio consuetudinario. No lo es en el matrimonio civil y religioso pero de hecho en la práctica la dote se sigue pagando como prerequisite antes de acudir a cualquiera de estas ceremonias. Para la mujer, el hecho de que se pague la dote por ella es muestra de que está siendo realmente apreciada. Los matrimonios se realizan a veces aunque no se haya finalizado el pago de la dote. Hasta que ésta no se completa el matrimonio puede sufrir una ruptura bien porque la misma mujer abandone al marido o bien porque los padres reclamen a la hija. Esto ocurre tanto en el campo como en la ciudad. Pero en la actualidad la dote es más un residuo y una actitud del pasado, que se ha transformado en un mero arre-

45. Cfr., MARTINELLO P., «Il Diritto di famiglia in Zimbabwe». *Sociologia del diritto*. XII, 2 (1985), p. 75. Cfr., MAY, *Zimbabwean Women in Customary and Colonial Law*. Mambo Press. Gweru. 1983. PHILLIPS, *Marriage Laws in Africa*. Oxford University Press. 1971.

46. OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». *op. cit.*, p. 33. p. 38.

glo económico entre la pareja, como pudiera ocurrir en cualquier país europeo en el que se reparten los gastos de la boda o se arregla la contribución a la compra de la futura vivienda entre las familias de quienes van a casarse. En la versión modernizada de la dote es a veces el propio hijo el que trabaja para pagarla, e incluso la propia novia la que contribuye a ésta con su propio salario⁴⁷.

VIOLENCIA Y MALOS TRATOS CONTRA LAS MUJERES. LA PENALIZACION LEGAL VERSUS. EL DERECHO DE LOS MARIDOS A DISCIPLINAR A SUS MUJERES

La constitución protege a los individuos contra la tortura, o tratamientos inhumanos, degradantes o similarmente inaceptables. El individuo tiene derecho a la integridad física.

Hay instancias de la vida doméstica y familiar donde los tratamientos inhumanos son práctica habitual sin que las personas que los practican sean plenamente conscientes de que su conducta sea delictuosa. Eso ocurre por ejemplo en el caso de padres que castigan a sus hijos de tal manera que les causan daños físicos y psicológicos serios. El abuso de los niños es contrario a la ley y quienes infringen esas conductas pueden ser perseguidos bajo ley penal.

La otra práctica muy difundida y contraria a la ley es la de los malos tratos por parte de los maridos a sus mujeres, el pegarles o tratamientos degradantes que son contrarios a la ley constitucional y a la ley africana.

Por falta de información legal a muchos hombres les puede resultar extraño que estas conductas sean perseguibles y penales.

A este respecto uno de los parlamentarios, Mr. Arap Soi afirmó que en su opinión el castigo corporal era una necesidad para disciplinar a la mujer. Y lo recomendó con el fin de enseñar a las mujeres las buenas maneras porque esto no sólo era muy propio y normal en Africa, sino también necesario⁴⁹.

En la actualidad las leyes sobre el matrimonio y otras leyes penales prohíben pegar a la mujer y proporcionan cauces legales para que ésta pueda acudir a los tribunales. El uso de la violencia constituye una de las cau-

47. Cfr., BUTEGWA, F., «Kenyan Women's Awareness of their Rights. Dwory and Marriage». En *Women and Law in Kenya*, p. 63. Estadística sobre la dote. CHIFWEDERE, *Lobola. The Pros and Cons*. Books for Africa. Harare. 1982.

48. Cfr., OOKO-OMBAKA, O., «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». *op. cit.*, p. 32.

49. Cfr., ASIYO, P. M., «Gender Issues and the Legislative Process in Kenya». *op. cit.*, p.43.

sas legales para solicitar el divorcio. Cada vez que un hombre castiga a su mujer debe saber que está infringiendo la ley⁵⁰.

Pegar a una persona es un crimen y una ofensa a no ser que se haga en defensa propia y con una violencia razonable. El código penal contempla ofensas como la agresión común, la agresión causando daño o daño grave. Se entiende por agresión la amenaza de usar violencia física contra una persona. La actualización de la agresión recibe el nombre de agresión o violencia⁵¹. En el Código Penal se establecen expresamente los tres siguien-

50. Querría resaltar que el problema de la violencia contra las mujeres, lesiones y agresiones sexuales, es universal. Sería falso e injusto que el lector europeo concluyera, al señalar la problemática en Kenia, que ésta es propia de países en vías de desarrollo. Por ese motivo me extendo intencionalmente en la bibliografía que he recogido recientemente en el Instituto de la Mujer de Toronto (Canada), gracias a una beca que me ha concedido el Gobierno canadiense. Sorprendentemente estos delitos son frecuentes en Canadá y USA y se cometen en sectores de población con alta formación cultural y buena situación económica, y habitualmente por agresores conocidos, tales como compañeros de universidad, de trabajo, familiares, amigos o maridos. Los aspectos legales relativos a estas situaciones están siendo por mi parte objeto de otro estudio de próxima publicación.

BAIN, J., «Spousal Assault: The Criminal Justice System and the Role of the Physician». *Ontario Medical Review*. Jan. (1989), pp. 20-28.

Community Legal Education Ontario. *Assaulted Women: A Manual for Advocates*. Toronto. 1990.

Canadian Council on Social Development. «Wife Assault and the Criminal Justice System», *Vis-à-Vis*, 8 n.º 1-2, Summer (1990). JAFFE, P., «Emotional and Physical Health of Battered Women». *Canadian Journal of Psychiatry*, 31, october (1986), 625.

Education Wife Assault, Fact Sheet on Wife Assaulted in Canada. Toronto. 1985. STARK, E., *Wife Abuse in the Medical Setting: An Introduction for Health Personnel*, Domestic Violence Monograph Series n.º 7, April (1981).

NUTTAL, S., GREAVES, L. and LENT, B., «Wife Battering: An Emerging in Public Health». *Canadian Journal Of Public Health*, 76, n.º 5, September (1985), 138.

Ontario Medical Association Committee on Wife Assault. Toronto Medical Association. 1991.

Conjugal Violence: Nursing Intervention with the Women. Montreal Ordre des infirmieres et infirmiers du Quebec. 1988.

SWANSON, R., «The Battered Wife Syndrome». *Canadian Association Journal*, 130 (1984, 709-712).

MACLEOD, L., «Battered But Not Beaten: Preventing Wife Battering in Canada. Ottawa». *The Canadian Advisory Council on the Status of Women*. 1987, 32.

51. Confróntese la similitud del Código Penal keniano con el Código Penal español en el capítulo de lesiones donde establece en su artículo 425; «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor». Y cfr., Artículo 418, 419, 420, 421 y 424 y Título IX, De los delitos contra la libertad sexual, Cap 1, De la violación y de las agresiones sexuales.

Cfr., HANNER J., «Violence and the social control of women». In *Power of the State*, edited by Littlejohn G. and at London: Croom Helm.

KAMANGU, D., *Statutory Rape, who does the law protect?*. Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

KAGONDU, G., *Violence Against Women; An Evaluation Report of the First Phase of the Women's Rights Awareness Project*. Nairobi; Women's Bureau, Ministry of Culture and social Services, and Public Law Institute. 1986.

KIMANI, K. M. H., *Rape; a crime of passion or violence?* Dissertation, Nairobi. University of Nairobi, Faculty of Law. 1986.

L'ORANGE, H., *Forms of Crisis intervention and Types of Immediate and Structural Measures to Render Assistance to Women Assaulted in the Family: The State of New South Wales, Australia*. Branch for the Advancement of Women. United Nations. WAMALWA, B., «Violence against women». In *Wajibu*, vol 1, n.º 4. 1986. *Evidence from expert Group Meeting on Violence Against Women in the Family*. Vienna. Austria. dec. 8-12. For the Branch for the Advancement of Women, United Nations. 1986.

WAMALWA, B., «Violence Against Wives in Kenya». En *Women and Law in Kenya*. p. 75.

tes artículos: Primero, «Cualquier persona que contra la ley causa un grave daño a otro es culpable de felonía o delito mayor y merece prisión por toda su vida, con o sin castigo corporal» (Section 234): Segundo, «Cualquier persona que contra la ley agrede a otra es culpable de delito menor y, si la agresión no ha sido cometida en circunstancias para las que esté previsto un castigo mayor, será condenado a un año de prisión» (S. 250): Y tercero, «Cualquier persona que cometa una agresión ocasionando daño corporal es merecedor de delito y recibirá pena de encarcelamiento por cinco años, con o sin castigo corporal» (S. 251).

En el código penal se entiende por daño una herida corporal, enfermedad o trastorno permanente o temporal. El daño grave significa; un daño que equivalga a un daño importante y peligroso o que seriamente o de un modo permanente dañe la salud, o algún órgano corporal externo o interno, o algún miembro o sentido. Los maridos pueden ser objeto de persecución legal y ser acusados por vía penal de infringimiento de daños físicos contra sus esposas. Existen sentencias condenatorias de maridos acusados de homicidio, debido a que sus mujeres murieron como consecuencia de repetidos malos tratos.

El derecho penal presenta en su globalidad una peculiaridad heredada del derecho inglés. La common law, una de las bases del sistema judicial keniano, creó una ficción legal según la cual quienes son legalmente marido y mujer son considerados ante la ley como una misma persona. Aunque este concepto ha perdido su vigencia en otros aspectos legales, tales como la propiedad o los contratos, sigue vigente en el derecho penal. La consecuencia es que una mujer no puede emprender una acción legal directa contra su marido y viceversa, según el principio de que uno no puede acusarse a sí mismo. Es lo que se ha denominado el principio de inmunidad matrimonial. Las razones alegadas son que la persecución legal destruye la armonía familiar y que pueden testimoniar fraudulentamente de mutuo acuerdo para adquirir determinados beneficios. Durante procesos penales, a la mujer no se le permite testificar contra su marido, y sólo puede testificar en su favor si se le requiere expresamente hacerlo, pero no por propia iniciativa.

Pero a pesar de ello, el derecho penal contempla una excepción y es el caso de agresión o malos tratos recibidos por la mujer. En este caso las mujeres tienen derecho a denunciar las agresiones que reciben y llevar el caso ante los tribunales. Así la esposa es un actor competente, puede testificar contra su marido sin su consentimiento e incluso si se niega a hacerlo el estado puede obligarle a prestar declaración.

La denuncia debe ser hecha en la estación de policía con la mayor rapidez posible. En el hospital debe pedir al médico un informe en un impreso policial para usarlo como prueba en su demanda ante la policía⁵². Aun-

52. *Idem.* p. 77.

que estas son las disposiciones legales, la policía no suele prestar excesiva atención a las denuncias de malos tratos por considerarlas asuntos domésticos sin mayor trascendencia⁵³.

En la actualidad se propone que la legislación introduzca cambios para resolver estos conflictos fuera de la legislación penal. Existen continuas peticiones para crear tribunales especiales donde se diriman los delitos surgidos en el ámbito familiar, que respeten la intimidad de la familia y se lleven a cabo a puerta cerrada. Esto facilitaría el aumento del número de denuncias y una mayor protección legal de la mujer. El hecho de que una esposa sepa que, según la actual legislación, su denuncia será la causa de que su marido sea encarcelado como un preso común y que incluso el pago de la fianza saldrá de su propio bolsillo, con el consiguiente impacto que esto tendrá en los hijos etc, hace que se silencie su situación y que no acuda los tribunales⁵⁴. Junto a esto, se teme la vuelta a casa de un marido a quien una misma ha denunciado. Además que esa vuelta puede ser inmediata bajo fianza, debido a que el delito de violencia en el ámbito familiar admite automáticamente la libertad bajo fianza; lo que contribuye a agravar la inseguridad física de la mujer.

Hay quienes opinan que en el antiguo sistema, el tradicional, la condición de la mujer era incluso mejor que la actual. El clan de la mujer, su antigua familia, velaba de cerca para que el marido tratara a ésta debidamente. Contaba con la posterior protección de su familia de procedencia y del nuevo clan al que pasaba a pertenecer. En el sistema del clan, la mujer pertenece a su marido pero no se ha desvinculado totalmente de sus vínculos familiares anteriores. En caso de conflicto la familia de la mujer tiene derecho a intervenir reclamando los derechos que pertenecen a ésta y el buen trato por parte del marido⁵⁵. Debido al carácter colectivista comunitario del Derecho africano en general, el hombre se considera antes miembro del grupo al que pertenece que persona individualmente considerada. El derecho europeo se presenta como individualista frente al derecho comunitario africano⁵⁶.

De hecho el problema de los malos tratos ha aumentado con la nueva legislación, con la pérdida del sistema socio-cultural africano y con la desa-

53. Para el tratamiento de las denuncias en los puestos policiales cfr., JAFFE, P., «A Research study to Evaluate the Impact and Effectiveness of the Policy Directive That Police Lay Charges in All Domestic Violence Incidents Where Reasonable and Probable Grounds Exist». *Toronto Provincial Secretariat for Justice*. 1985, 28. JAFFE, P., «Wife Abuse as a Crime: The Impact of Police Laying Charges». *Canadian Journal of Criminology*, 25, n.º 3 (1983).

54. Cfr., WALMALWA, B., «Violence Against Wives in Kenya». p. 75.

55. Cfr., ELIAS DE TEJADA, F. LORCA NAVARRETE, J. BADILLO O'FARRELL P., *Estudios de derecho bantú*. p. 15.

56. Cfr., *Idem*. p. 145.

parición del control comunal africano. Por supuesto que el fenómeno obedece a otros motivos de cambio social no menos influyentes, como por ejemplo la transición paulatina de una sociedad agrícola a una sociedad urbana, que coloca a la mujer en una situación de aislamiento y de desprotección en los núcleos urbanos. En ese contexto su desvinculación del clan y el desconocimiento del entorno vecinal le retrae de pedir ayuda en caso de problemas conyugales. En la nueva sociedad, monocelular e individualista, la mujer se encuentra más desamparada. La industrialización y la concentración de la población en ámbitos urbanos ha llevado a la desaparición del régimen familiar propio del clan para dar lugar a la familia monocelular⁵⁷. En el ámbito urbano, la creación de una nueva familia supone en gran medida la ruptura con los vínculos anteriores; en el caso de la mujer ésta rompe sus conexiones familiares, con mayor motivo si su área de procedencia es de carácter rural, desde donde los desplazamientos y comunicaciones son dificultosas.

A su vez desconoce la ley y sus derechos legales o no se atreven a exigirlos ante instancias legales por temor a la autoridad ejercida por el varón⁵⁸. Algunas mujeres justifican o excusan los malos tratos al considerar que sus maridos tienen derecho a «meterles en cintura». Se conforman pasivamente con su suerte, o bien sufren en silencio en el caso de agresiones sexuales porque el denunciar tales hechos les llevaría a sufrir los estigmas sociales que van unidos a ser víctima de una violación.

En ocasiones la denuncia legal sería la última instancia a la que acudiría, para evitar el confrontamiento con policías, doctores, abogados y jueces. Es un problema hoy frecuente en todos los países el hecho de que las denuncias de agresiones sexuales o malos tratos acarreen a la denunciante más males que bienes⁵⁹. No se resarce el daño y se causan nuevas humillaciones y vejaciones en las declaraciones ante los tribunales, y más cuando en buena medida estos están integrados por hombres⁶⁰.

57. Cfr., *Idem.* p. 15.

58. Cfr., *Presence*, Vol VIII, n.º 8, (1991), *Why I won't get married?* p. 5. Relata la experiencia de una mujer que no quiere casarse al ser testigo de los malos tratos que recibe su madre, su hermana casada y otras personas próximas, que recibieron heridas graves y se ven hospitalizadas como consecuencia de las palizas que reciben de sus maridos.

LUPRI, E., «Male Violence in the Home». *Canadian Social Trends. Autumn*, 20, (1989). Solicitor General of Ontario. *Law Enforcement Activity to Spousal Assault in Ontario for the Years 1986 and 1987*. Toronto: Solicitor General of Ontario. 1989, 15.

59. La bibliografía en la actualidad es abundante. Cfr., BINDER, R. L., «Why Women Don't Report Sexual Assault», in *Journal of Clinical Psychiatry*, 42 (11), November, 1981, pp. 437-438.

60. Sobre el tratamiento de las mujeres en los tribunales cfr., SMART, C., *Feminism and the Power of Law*. 1989. cap. 2. Rape; Law and the disqualification of women's sexuality, cap. 4. The quest for a feminist jurisprudence, 5. Law, power and women's bodies etc. En América movimientos de abogados feministas fuerzan para que estos casos sean defendidos ante abogados mujeres y no ante tribunales integrados sólo por varones.

El gobierno condena duramente la violencia extrema contra las mujeres, especialmente el asesinato, la circuncisión femenina, la violación y el incesto⁶¹. En muchos casos los violadores, particularmente de menores, son sentenciados a más de 14 años de prisión. La violencia doméstica, particularmente el pegar a las esposas, es un problema, pero existe muy poca información sobre las dimensiones y extensión del mismo. El gobierno no se hace eco de este tema, y los medios de comunicación apenas informan sobre los malos tratos a las mujeres, aunque han aparecido noticias en los medios de información sobre maridos acusados de asesinar a sus esposas. En la práctica, la mayoría de los casos de violencia doméstica se tratan al margen de los tribunales. La máxima pena legal es cinco años de prisión. Las mujeres pueden también presentar denuncia por daños civiles. Las asociaciones de mujeres se están ocupando del problema de la violencia doméstica. La Federación Internacional de las mujeres abogados de Kenia ha publicado un folleto gratuito en inglés y Swahili sobre los derechos legales de las mujeres, explicando que las mujeres pueden presentar denuncias criminales contra un marido que les maltrate⁶².

La circuncisión femenina es ilegal, pero se practica todavía en algunos de los grupos étnicos kenianos. El gobierno oficialmente desaconseja esa práctica y en agosto de 1991 condenó a cuatro mujeres por asesinato ante la muerte de una niña que circuncidaron. Hubo también reportajes en la prensa sobre el hecho de que estén aumentando las presiones de ciertas comunidades para la circuncisión de mujeres casadas.

Otra posibilidad es la acusación de violación dentro del matrimonio. Está previsto que «Cuando el acusado es acusado de violación y alega

61. Cfr., MERCER, S., «Not a Pretty Picture: An Exploratory Study of Violence Against Women in High School Dating Relationships?» *Resources for feminist Research*. June. 1988. RUSSELL, D., *The Secret Trauma: Incest in the Lives of Girls and Women*. New York: Basic Books. 1986. HERBERT, C., *Talking of Silence: The Sexual Harassment of Schoolgirl*. London. The Falmer Press. 1989. WILLIAMS, L., «The Classic Rape: When Do Victims Report?». *Social Problems*, 31 (4), April 1984, pp. 459-467. Se denuncian las violaciones hechas por desconocidos, pero no aquellas en las que el violador es un familiar o un amigo, por temor a las consecuencias posteriores.

62. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991. p. 7. Una guía para las mujeres de Kenia sobre la violación y el proceso legal. Incluye información sobre la ley sobre violaciones, los pasos a seguir en caso de violación, la investigación policial, el juicio, las circunstancias en las que una víctima de la violación puede lograr ayuda. Editado por el *Women's Bureau* junto con el Instituto de Derecho Público, como parte de su proyecto sobre la concienciación sobre los derechos de las mujeres. También está recomendado a los hombres, ya que ellos tienen madres, hermanas y amigas. Y Idem. p. 6. Una guía para las mujeres de Kenia sobre el derecho. Con la idea de que la mayoría de las mujeres no son conscientes de sus derechos legales, FIDA (*Federation of International Women Lawyers*) ha publicado este libro informativo porque piensa que ayudará a las mujeres a mejorar su status tanto económico como social contribuyendo a su desarrollo. Los aspectos legales desarrollados son matrimonio, divorcio, muerte y herencia, violencia contra las mujeres, cuidado y status de los hijos, y educación y empleo.

que está casado con la denunciante debe probar que existe un matrimonio válido»⁶³.

Aquí no nos hallamos ante un problema de conflicto de derechos sino ante un problema de laguna jurídica en casi todos los ordenamientos, incluidos los occidentales. Tan sólo recientemente ha crecido la sensibilidad legal para lo que se ha llamado agresión sexual dentro del mismo matrimonio. Hasta ahora la legislación respondía al presupuesto de que el marido era dueño absoluto de su mujer⁶⁴.

PROTECCION FRENTE A LA DISCRIMINACION

En la constitución se dice expresamente que ninguna ley debe discriminar por sí misma o en sus efectos. Ninguna persona debe ser tratada de un modo discriminatorio por ninguna persona actuando en virtud de una ley escrita o en el desarrollo de funciones públicas. Se especifica en esta sección que la expresión discriminatorio significa proporcionar un trato diferente a personas diferentes atribuible plenamente o en parte a la raza, la tribu, lugar de origen o residencia u otras conexiones locales, opiniones políticas, color o credo⁶⁴. Se define la discriminación como un trato diferente y desigual entre partes similarmente situadas. Según esto, si se tomara como punto de partida la tesis de que hombre y mujer no son iguales, nunca se admitirá la posible existencia de discriminación.

Llama poderosamente la atención que entre los motivos de discriminación se omita la referencia al sexo. Omisión que no parece casual en un país en el que tan sólo existen dos mujeres en el parlamento⁶⁵. En 1963 se concedió a la mujer la facultad de votar, gozando en la actualidad el sexo femenino de todos los derechos electorales, activos y pasivos, con una absoluta equiparación con el masculino. La mitad del censo lo constitu-

63. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. op. cit., p. 56. SINCLAIR, D., *Understanding Wife Assault: A Training Manual for Concellors and Advocates*. Toronto. 1985, 172.

RUSSELL, D., *Rape in Marriage*. New York: Collier Books. 1982.

VANDERVORT, L., «Enforcing the Sexual Assault Laws: An Agenda for Action». *Resources for feminist Research*, 14 (4). 1985.

CAMPBELL, J. & ALFORD, P., «The Dark Consequences of Marital Rape». *American Journal of Nursing*. 89, July, (1989), 946.

FINKLEHOR, D & YLLO, K., *Licence to Rape: Sexual Assault of Wives*. New York: Holt. Reinhart and Winston. 1985.

WARSHAW, R., *I Never Called it Rape: The Ms. Report on Recognizing, Fighting and Surviving Date and Acquaintance Rape*. Harper and Row Publishers. New York. 1988.

Ministry of the Solicitor General, *Law Enforcement Activity in Relation to Spousal Assault in Ontario for the Years 1987 & 1988*. Toronto. 1988, 11.

64. *The Constitution of Kenya*. p. 55. punto 82. ANG'AWA, M., «Women and the Judicial Process». p. 79. La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

65. Cfr., OOKO-OMBAKA, O. «The Kenyan Legal System and Prospects for the Woman Question». op. cit., p. 39.

yen votos femeninos, sin embargo el resultado es la ausencia de representación femenina en los ámbitos de gestión política. De hecho la Asamblea Nacional está compuesta por hombres⁶⁶, al igual que las administraciones provinciales en las que los hombres mandan sobre ciudadanos que son en su mayoría mujeres. Evidentemente, se impone un sistema patriarcal⁶⁷.

Todas las personas pueden registrarse como votantes en la elección de la Asamblea Nacional. No se hace discriminación de sexo, también las mujeres son elegibles como presidentes de la república, y en general para cualquier cargo público⁶⁸. Al tratar de la elección del presidente, entre las condiciones no se hace ninguna referencia al sexo. Pero según la costumbre siendo Kenia un país de tradición patriarcal parece bastante improbable que fuera elegida una mujer.

Todas las mujeres tienen derecho a la ciudadanía keniana, bien por ser nacidas en el país, bien al casarse con un keniano, bien todo el que después del 11 de diciembre de 1963 era ciudadano de Reino Unido o las colonias británicas o Irlanda y reside en Kenia y se registra como ciudadano keniano⁶⁹. Después de los 21 años no se admite la doble ciudadanía. Quien se casa con una keniana adquiere el derecho de ciudadanía.

A pesar de todo ello, el silencio constitucional contribuye a que las mujeres kenianas se vean desamparadas legalmente al no poder alegar discriminación basada en el sexo, se ven imposibilitadas de solicitar protección legal frente a la discriminación sexual; siendo esta un hecho frecuente en la realidad cotidiana⁷⁰.

EL DERECHO Y ACCESO DE LA MUJER A LA EDUCACION Y AL TRABAJO

En el momento de la independencia, el acceso a la educación por parte de la población del país era escaso en general y prácticamente nulo en el caso de las mujeres. Desde entonces y con el impulso del primer presidente de la República de Kenia, Kenyatta, el gobierno aúna sus fuerzas para escolarizar a su población. En la actualidad los datos son altamente significativos, el 60% del total de la población es menor de 18 años.

66. Cfr., *Idem.* p. 35.

67. Cfr. *Idem.* p. 37, the Chief's Authority Act.

68. Cfr., *The Constitution of Kenya.* p. 27, punto 43 y p. 6.

69. Cfr., *The Constitution of Kenya.* p. 65. Ciudadanos de la Commonwealth.

70. Cfr., KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya.* p. 58. «Es por todos sabido que las mujeres están discriminadas en todas las esferas de la vida no sólo en este país sino en todo el mundo incluidos países desarrollados. Por ejemplo en Estados Unidos no ha sido admitida una enmienda constitucional dirigida a al reconocimiento de la igualdad de las mujeres. Esta es la enmienda denominada de la igualdad de derechos (ERA)».

Según el censo de población en 1969, el 80% de las mujeres y el 66% de los hombres no tenían ninguna educación formal⁷¹.

Como contraste, para 1982, el 92% de la población recibía educación general básica gratuita⁷². En 1963 las niñas formaban el 34% de los alumnos escolarizados. En 1984 pasaron a formar el 50'1%⁷³. Los puestos universitarios en todo el país ascienden a una cifra de 40.000, de los que un tercio están ocupados por mujeres.

El acceso a la educación no está limitado por la legislación pero sí por la desigualdad de oportunidades, costumbres, actitudes sociales y problemas económicos⁷⁴.

Según el Informe de la Comisión de Derechos Humanos: «No hay discriminación legal contra las mujeres, pero la cultura tradicional y las actitudes han obligado desde hace mucho tiempo papeles de subordinación para las mujeres... Las funciones de las mujeres están particularmente restringidas en las áreas rurales... Las familias rurales se muestran más reticentes en invertir en la educación de las hijas que en educar a los chicos, sobretodo en niveles más elevados. El número de niñas y niños en los colegios es prácticamente el mismo en la enseñanza primaria, pero los hombres doblan en número a las mujeres en el bachillerato superior»⁷⁵.

La dificultad para acceder a la educación secundaria estriba en que a cada veinte colegios de educación primaria les corresponda dos colegios de secundaria⁷⁶. En 1989 se matricularon en secundaria 257.600 chicas y 383.135 chicos⁷⁷. Entre las chicas que acceden al bachillerato superior muchas abandonan sus estudios por embarazos prematuros o porque se casan entre los quince y dieciocho años. Desde el gobierno y el Women's Bureau se está realizando un gran campaña para retardar el matrimonio de la mujer y facilitarle más años de educación. Así el lema elegido para el día internacional de la mujer en 1991 fue *when you educate a woman you educate the whole nation*, cuando se educa a una mujer se está educando a toda la nación. La clave de la igualdad de derechos está en la educación; «La educación influye en la participación de la mujer en la economía y en

71. Cfr., MAAS, M., *Women Groups in Kiambu, Kenya*. Research Report n.º 26. Leiden, The Netherlands. African Studies Centre. p. 24.

72. Cfr., *Republic of Kenya. Development Plan 1984-1988*. Nairobi. Government Printer. 1983. p. 25

73. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991.

74. Cfr., KARANI, F. A., «Education Policies and Women's Education». En *Women and Law in Kenya*. p. 27.

75. A Report to the U.S. Senate by the Department of the State Special Report Human Rights in Kenya. *Finance*, 16-31, August (1991), pp. 15-24.

76. Cfr., *Kiambu. District Development plan, 1989-1993. Ministry of planning and National Development*. Edited by the Government. Nairobi. 209 pp.

77. Cfr., *Women's Bureau*. Newsletter. Issue n.º 8, May, 1991. p.11.

su capacidad de lograr ingresos. También esto le motiva y anima a alcanzar metas altas en su estilo de vida y profesión y a utilizar las oportunidades para lograr que las diferentes formas de discriminación sean eliminadas, a lograr la igualdad de empleo, igualdad de salario por igual trabajo, igualdad de derechos políticos, derechos en el matrimonio y derecho a la propiedad»⁷⁸.

Con respecto al derecho al trabajo, en la Declaración de Derechos del Trabajador Africano, se dice, «a trabajo igual, salario igual, sin distinción de raza, sexo, color o creencia»⁷⁹. Pero esto no es real. Las mujeres son crecientemente activas en la economía moderna. Sin embargo, el número de mujeres en puestos profesionales es todavía limitado y no figuran entre las posiciones de dirección. El número de mujeres en paro es doble que el de los hombres. Las mujeres a veces reciben salarios más bajos que los hombres cuando realizan el mismo trabajo, también se dan desigualdades en los beneficios, por ejemplo, algunas empresas conceden préstamos para vivienda a hombres pero no a las mujeres casadas⁸⁰.

La mujer africana es todavía la que trabaja más duramente y la peor recompensada de entre los ciudadanos africanos. Saca adelante el 75% del trabajo agrícola, que es la mayor fuente de ingresos y de subsistencia, y el 95% del trabajo doméstico⁸¹.

PROPUESTA DE SOLUCIONES A LAS LAGUNAS JURIDICAS, A LAS ANTINOMIAS Y AL CONFLICTO ENTRE FUENTES DE DERECHO

En primer lugar; «La igualdad de hombre y mujer debería ser claramente articulada en la constitución. En la actualidad no lo está, y como resultado la discriminación contra la mujer se puede decir que está sancionada por el silencio constitucional»⁸². También debería ser introducida en la constitución declaraciones sobre la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos para decidir sobre el matrimonio, durante el matrimonio y durante la disolución de éste⁸³. Un aspecto fundamental es que la validez del matrimonio debería re-

78. KARANI, F., «Education Policies and Women's Education». En *Women and Law in Kenya*. p. 27.

79. MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*. Accre, 19 de enero de 1957, Declaraciones 2,4, y 5. p. 89-90 y p. 220.

80. Cfr., *A Report to the U. S. Senate by the Department of the State Special Report Human Rights in Kenya. Finance*, 16-31, August (1991), pp. 15-24.

81. Cfr., *Presence*. Edited by Evelyn Mungai. July, 1991. Cfr., AHAWO, D., «Women and Occupation Classification». Cfr., MBUGUA, W., «Women's Employment Patterns: Emerging Aspects of Economic Marginalization».

82. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. p. 76.

83. Cfr., *Idem*. Cfr., p. 78.

querir el deber de consentimiento de ambos esposos⁸⁴. La legislación debería formular con mayor claridad los dos artículos correspondientes a esta temática recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

«1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio»⁸⁵.

A esto se añade el convenio suplementario relativo a la abolición de la esclavitud, tráfico de esclavos y prácticas análogas a la esclavitud, en el que se dice expresamente que se prohíbe; «Toda institución o práctica en virtud de las cuales: 1. Una mujer es, sin derecho de recusación, prometida o dada en casamiento mediante la entrega de dinero o géneros, hecha en contrapartida a sus padres, su tutor o su familia, o a cualquier otra persona o cualquier otro grupo de personas»⁸⁶.

La libertad personal y el derecho a la autodeterminación de la mujer es fundamental en ámbitos como el matrimonial, económico, político, laboral etc. La autonomía de la persona es un derecho humano fundamental, que lleva consigo la libertad en las propias decisiones para no ser una esclava⁸⁷. Y en general, el derecho a no estar sometida al poder del marido en cuestiones económicas, tales como la solicitud de créditos.

84. Cfr., *Idem*, p. 75. Cfr., *Women of Kenya. A Statistical Data Sheet*. Copyright Women's Bureau. Ministry of Culture & Social Services. Nairobi. 1985. La mayor parte de la información demográfica proviene de los datos del censo de 1979 o de estadísticas provistas por *The Central Bureau of Statistics*.

Cfr., *Women of Kenya. Review and Evaluation of Progress*. Nairobi. 1985. Official document produced for the United Nations Decade for Women Conference, July 15-26, 1985.

85. DURAN, P., *Los derechos humanos: ¿Una nueva filosofía?*. Ed. Nau Llibres. Valencia. 1988. p. 216. Artículo 16. *Carta de las Naciones Unidas*. Es el primer documento en el que se hace una mención expresa de la *Igualdad de derechos de hombres y mujeres*. (S. Francisco, 25 de junio de 1945). Posteriormente la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948 la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en la que se hace referencia expresa a la igualdad de los sexos; «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (*Idem*, pp. 213-214). Agradezco al profesor Dr. D. Leandro Rubio el llamar mi atención sobre estas precisiones.

86. MARSA VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político. Convenio suplementario relativo a la Abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, p. 219. Ginebra 4 de septiembre de 1956.

87. KIBWANA, K., *You and the Law. Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*. p. 81, *self-determination*. Cfr., MARKOVIC, M., «The Principle of Equal Self-determination as a Basis for Jurisprudence». *ARSP*, (N.F), Beiheft 13, (1980), pp. 181-192.

El derecho estatutario debería prevalecer sobre el consuetudinario en las leyes de posesión de tierras⁸⁸. También sería conveniente que terminara de adoptarse *The Bill of Marriage and Divorce*, con su espíritu de apoyo a la monogamia frente a la poligamia, ya que en esta última la dignidad e igualdad de la mujer no quedan salvaguardadas.

Al hacer referencia a la discriminación se debería añadir la cláusula que de discriminación en base al sexo, tal como figura en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»⁸⁹.

En segundo lugar, existen derechos recogidos en la Constitución que no son respetados en la práctica y que deberían alcanzar mayor eficacia social, e incluso imponerse con más fuerza hasta abolir el derecho consuetudinario. Este es el caso de costumbres como el pago de la dote, o la benignidad frente a la violencia en el ámbito doméstico. El gobierno tendría que tomar medidas de información más efectivas, para que se viera como un delito penal y no como una cuestión de índole puramente doméstica⁹⁰. La protección legal en estas materias debería ser más eficaz; «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley»⁹¹.

Para finalizar restaría insistir en tres aspectos fundamentales como son la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, al trabajo y a la política. En Kenia no existen diferencia de clases sociales, con educación se puede llegar lejos. A su vez es un país joven, en crecimiento, que cuenta con una conciencia cierta de la necesidad de una mayor educación de la mujer; objetivo que se va cubriendo a paso rápido en los últimos años, con planes de educación, alfabetización, escola-

88. *Carta de las Naciones Unidas*, *Idem.* p. 217. Artículo 17 «Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente».

89. *Cfr.*, *Idem.* pp. 228-229, Artículo 14; Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

90. *Idem.* p. 222. Artículo 3; «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes». *Cfr.*, OTEGA, M. A., *Law and the Status of Women in Kenya, a Report for the End of the United Nations Decade for Women Conference*. Mimeo, Nairobi. Women's Bureau, ministry of Culture and Social Services. 1985.

91. *Cfr.*, *Idem.* p. 215, Artículo 8.

rización de la mujer en niveles más altos de educación, de integración en la vida económica del país, y proyectos de concienciación de los derechos legales de la mujer; planes todos ellos que van alcanzando resultados altamente positivos⁹².

92. *Idem.* p. 214, Artículo 7; «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación». *Idem.* p. 217, Artículo 21; «Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país». *Idem.* p. 218, Artículo 23, punto 2, «Toda persona, tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual». *Idem.* p. 219, Artículo 26; «Toda persona tiene derecho a la educación. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos». *Idem.* pp. 219-220. Artículo 27; «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.* Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Para una confrontación legal con la realidad española véase el Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres. Acordado en la reunión del Consejo de Ministros, del 25 de septiembre de 1987. Publicado en DURAN, P., «Debate sobre el género. A propósito del Plan para la igualdad de las mujeres». Edita Ayuntamiento de Castellón. 1991. pp. 141-206.

Mujer, poder, Derecho: Una posible interpretación

Por PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Castellón

Un estudio sobre la mujer, el poder y el Derecho, exige una primera distinción que es casi obvia: el desarrollo que se ha dado al tema en términos generales; y el *iter* operado en nuestro país.

Esto implica que el orden a seguir sería, en primer lugar, la determinación de lo que se va a entender por feminismo. Respecto a ello, el punto de partida es una consideración de carácter aséptico: significa una concepción del feminismo en tanto que movimiento social que defiende el reconocimiento de los derechos de las mujeres, precisamente por ser miembros de una sociedad.

Ese reconocimiento nos lleva a la segunda gran premisa, que es el hecho de confirmar la necesidad de medidas jurídicas y políticas para llevar a cabo tal defensa. En España esta necesidad se ha confundido en muchas ocasiones con una identificación absoluta entre feminismo-política. Sin embargo, no es ésta nuestra interpretación. Cuando aquí se hace referencia a las medidas políticas, se está haciendo hincapié en lo que serían medidas de carácter ejecutivo, para facilitar desde las instituciones la toma de conciencia respecto a la situación de la mujer.

Las medidas políticas en España, aún con la variada interpretación que han tenido, se concretan ahora en un cambio sociológico importante, que fomenta de alguna manera la participación de la mujer en las decisiones de poder.

Por lo que se refiere a las medidas de carácter jurídico, este sería el último escalón (sin que el lugar obedezca a una jerarquía concreta), en el que hay que armonizar el tratamiento español, con el internacional. Teniendo en cuenta esta interdependencia, habrá que considerar de modo más específico el plan de igualdades aprobado para todo el territorio nacional, con las peculiaridades que después se aprobaron en el contexto de las comunidades autónomas.

LA DEFINICIÓN FEMINISTA Y LAS MEDIDAS POLÍTICAS

Hace relativamente poco, leí un libro sobre la mujer en la historia¹, que empezaba con una dedicatoria sugerente: «cuando la mujer descubre la solidaridad, pasa a engrosar las filas del feminismo».

En España, la historia del feminismo está estrechamente unida a la evolución política², al menos en las últimas décadas. Pocos datos se tienen acerca de la mujer durante la prehistoria española, salvo que el primer resto humano del que se tiene noticia es un cráneo femenino, encontrado al sur de la península³. Después se sitúan las primeras representaciones de la mujer, en la cueva de Cogul, en Lérida. Y a partir de entonces, empieza la representación de la mujer en los diferentes órdenes, aunque ya con un tinte que manifiesta el sentido de la desigualdad.

Las interpretaciones sobre la influencia de la cultura y la religión en la consideración de la mujer son variadas. De cualquier modo y sin ánimo de entrar en el debate, no parece erróneo afirmar que la lucha feminista fue, o ha sido, la de una minoría, por lo menos en el marco del continente europeo⁴. Habría que decir con ello, que el feminismo aquí planteado se afirma como un tanto aséptico, en el sentido de que se define en términos generales como aquel movimiento social que defiende los derechos de las mujeres.

Desde este punto de vista, esa defensa no es ni de determinados partidos políticos, ni de determinadas religiones, ni de los grupos de presión. Los derechos de las mujeres se plantean libres de interpretación ideológica, y susceptibles de una protección jurídica hasta ahora negada *culturalmente*.

Esto significa que hablar del feminismo, o si se prefiere, de la mujer, el poder y el Derecho, exige ese tratamiento preliminar que ofrece una definición global de la mujer, como parte importante de toda sociedad.

Sin embargo, no puede negarse que desde el punto de vista histórico, el debate feminista ha estado notablemente influenciado por la política, la historia... y otros órdenes normativos. Más aún, podría decirse que en

1. M. ROIG, *La mujer en la historia (Francia, Italia España. Siglos XVIII-XIX)*, Ministerio de Cultura, Instituto de la mujer, Madrid 1986.

2. Cfr. al respecto GERALDINE M. SCANLON, *La polémica feminista en la España contemporánea (1968-1974)*, Ed. Akal, Madrid 1986.

3. Cfr. «Enciclopedia biográfica de la mujer», *Voz España*, Ed. Garriga, Barcelona 1967, tomo 1, p. 974.

4. «Aunque el protestantismo y el liberalismo fueron más propicios para la aparición del feminismo que el catolicismo y el conservadurismo, la diferencia fue más de grado que de forma. Ninguna nación protestante, por muy liberal que fuese, recibió de buena gana las demandas femeninas de educación superior igual para ambos sexos, y mucho menos, las de igualdad política y legal. En todos los países protestantes, desde Gran Bretaña a Alemania, desde Suecia a los Estados Unidos, las demandas feministas encontraron una oposición masiva, y las mujeres tuvieron que organizarse para luchar por sus derechos. En todos los países europeos, las feministas fueron una pequeña minoría en oposición». B. S. ANDERSON & J. P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: una historia propia*, Ed. Crítica, Barcelona 1991, tomo I, p. 404.

nuestro país, el carácter latino ha velado el diálogo con un tono apasionado que dificulta una interpretación objetiva⁵.

Muestra de ello es el tratamiento sobre el voto femenino en España, que fue uno de los temas más conflictivos en los debates parlamentarios de la época republicana. La primera constitución de la Cámara, durante esta época, contaba con 470 miembros, entre los que figuraban dos mujeres: Clara Campoamor, del partido radical de Lerroux; y Victoria Kent, del radical-socialista, que posteriormente pasó a izquierda republicana. Y cinco meses más tarde se incorporó Margarita Nelken, que fue elegida en la segunda vuelta⁶. De las tres, la primera formó parte de la comisión que preparó y votó la Constitución, y fue ella la que hizo prevalecer la influencia feminista en la redacción de los artículos 2, 25, 36 y 43 del texto constitucional del 31.

Esta escasa participación, sin embargo, no fue óbice para rechazar algunas propuestas claramente contrarias a la condición de igualdad de la mujer. Me refiero a la oferta de Hilario Ayuso, que llegó a proponer el voto para las mujeres a los 45 años, y para los varones a los 23. Y Clara Campoamor recuerda la reacción de desconcierto que se reflejó en la Cámara aquel día⁷. La propuesta obviamente no salió adelante. En ello influyó no sólo el sin sentido de la misma, sino también el hecho de que el texto constitucional se inspiró en el mexicano de 1917, el ruso de 1918 y el de Weimar de 1919, donde se reconocía la igualdad de derechos de ambos sexos, incluido el sufragio⁸.

La Constitución republicana definitivamente estableció la igualdad ante la ley en su artículo 2; reconoció, en el artículo 25 que el sexo no sería motivo de privilegio jurídico alguno; explicitó la igualdad de derechos electorales, en el artículo 36; y confirmó la igualdad en el matrimonio, en la redacción del artículo 43⁹. Por ello, se ha dicho que esta Constitución elevó la categoría social de las españolas otorgándoles lo que en otros países ya eran logros importantes, muy especialmente en materia electoral¹⁰.

A partir de este momento, los movimientos de mujeres se consolidan desde el punto de vista político, ofreciéndose como alternativas bastante parciales. Las «Mujeres antifascistas», presididas por Dolores Ibárruri; el

5. Cfr. al respecto VV.AA., *Mujer y sociedad en España*, Ministerio de Cultura, Instituto de la mujer, Madrid 1986, 2.ed.

6. Cfr. E. GARCIA MÉNDEZ *La actuación de la mujer en las Cortes de la II República*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid 1979.

7. Cfr. CLARA CAMPOAMOR, R., *El voto femenino y yo*, Ed. Lasal, Barcelona 1981.

8. Cfr. GARCIA MÉNDEZ, *cit.*

9. He utilizado para el estudio del texto constitucional citado la edición preparada por el Centro republicano español de México: *Constitución de la República española, 1931*, México, abril 1976. Le agradezco a PACO FORRIOL el haberme proporcionado este texto, así como otras referencias bibliográficas, y especialmente aprovecho para darle las gracias por el tiempo que me ha dedicado.

10. Cfr. VV.AA., *Los orígenes del feminismo en España*, Ed. Zero, Madrid 1980.

grupo anarquista de las «mujeres libres» ; y la Asociación femenina de Acción Popular, con la posterior creación de la sección femenina de Falange, son clara muestra de la lucha política, llevada a cabo durante esta época.

Sin embargo, la evolución vivida en nuestro país ha sido claramente diferente del resto de Europa. Quizá la falta de pluralismo ha hecho que algunos movimientos sociales se hayan presentado como un reclamo de derechos, pero al mismo tiempo como una lucha de oposición al régimen establecido. Esto ha supuesto una inclinación de la defensa feminista hacia la izquierda, o más bien hacia una perspectiva progresista, contraria a la visión conservadora que oficialmente se estaba dando de la mujer.

En este sentido, España ha vivido más intensamente la identificación entre feminismo y política, planteamiento que ha supuesto una definición bastante pobre de la mujer en nuestra sociedad. Y puede que esto haya facilitado todavía más las posturas radicales, entendiendo que el feminismo necesariamente tenía que estar avalado por la firma política o ideológica ¹¹.

Esto no es sinónimo del rechazo a la participación declaradamente política de algunos grupos feministas, sino simplemente la constatación de que el feminismo, recibiendo la influencia de la política— como la recibe desde otras áreas—, no es solamente política.

De hecho, el reconocimiento de los derechos de las mujeres se presenta en ordenamientos jurídicos que están vigentes en sociedades políticamente muy distintas. Por ello, habría que recordar con Gandhi que la regla de oro de nuestra conducta es la tolerancia mutua, entendiendo que nunca seremos todos de la misma opinión ¹². A pesar de ello, la igualdad de las mujeres se plantea como una especie de reto, que implica y exige la desaparición de la marginación practicada, considerándolas como ausentes en la sociedad, mientras estaban presentes ¹³.

LAS MEDIDAS JURÍDICAS

Situados los parámetros de la cuestión, podemos atender ahora a lo que sería el tratamiento jurídico de la mujer. Hasta el momento, hemos definido en qué términos se habla de feminismo, y cuál ha sido la realidad histórica española de los últimos años.

11. En esta línea de posturas radicales me parece que podría situarse la oferta de HEILDEGART RODRÍGUEZ. En defensa del feminismo equipara prostitución y matrimonio, diferenciándolos únicamente porque en el primer caso se trata de una venta de la mujer por tiempo limitado, y en el segundo es a perpetuidad. Cfr. al respecto MARYNASH, *Mujer y movimiento obrero en España*, Ed. Fontanara, Barcelona 1981. Una cosa es no estar de acuerdo con el matrimonio indisoluble, y otra la equiparación que se propone.

12. Cfr. GANDHI, *Todos los hombres son hermanos*, Ed. Sígueme, Madrid 1977, p. 203.

13. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Ed. Tecnos, Madrid 1989.

El cambio político vivido en España en los últimos años, con las consecuencias que trajo consigo, y muy especialmente a partir de la Constitución de 1978, ha hecho que la panorámica haya ido variando en nuestro país a un ritmo vertiginoso. Por lo menos han sido muy numerosos los medios técnicos puestos para defender esa igualdad en la sociedad. Es cierto que sociológicamente todavía hay mucho por hacer, pero desde el punto de vista de las garantías hemos progresado.

La visión del tratamiento jurídico en España no es autónoma. Con las peculiaridades propias de nuestro territorio, hay que tener en cuenta que los organismos internacionales han batido una campaña en los últimos años, que se ha hecho notar en todas las legislaciones, y lógicamente en la nuestra.

Desde 1975, fecha en la que Naciones Unidas proclama el Año internacional de la mujer, los medios técnicos se han desplegado en todos los ámbitos. Ello ha dado lugar a la creación de las comisiones correspondientes tanto en la ONU, como en el Consejo de Europa, en la sede de la CEE, y por supuesto en España.

En 1976 se publica la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la aplicación del principio de igualdad en el acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo¹⁴. Con ello se inicia todo un proyecto de trabajo, cuyo esquema vigente se encuentra en el tercer programa de acción comunitaria sobre la igualdad de oportunidades, fechado en Bruselas el 6 de noviembre de 1990, para aplicarlo durante el período 1991-1995¹⁵.

Dentro de lo que es ámbito comunitario, este programa pretende fomentar la participación de las mujeres en la vida económica y social. Para ello, se concretan tres aspectos importantes:

- a) la aplicación en el marco jurídico.
- b) la integración de las mujeres en el mercado de trabajo.
- c) las mejoras sobre la situación de la mujer en la sociedad.

El plan se presenta teniendo en cuenta la experiencia de los anteriores, que fueron elaborados en aplicación del artículo 119 del Tratado de Roma, cuyo objeto es precisamente la protección de la igualdad.

Con ello, se intenta ampliar la igualdad respecto a lo que sería exclusivamente plano jurídico. Y este fue el motivo para la creación en 1981 del Comité consultivo para la igualdad de oportunidades, compuesto por representantes de todos los Estados miembros.

14. Cfr. documento 76/207 CEE D.O.L. 39/40/14-2-76. Es posterior a la directiva del Consejo de fecha 10-II-75 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros respecto a la aplicación del principio de igualdad en materia de remuneración : documento 75/117 CEE D.O.L. 45/19-2-75.

15. Cfr. Tercer programa de acción comunitaria a medio plazo, COM (90) 449 final, Bruselas 6-XI-90.

Así, el tercer programa comunitario no es autónomo, sino que se oferta haciéndose eco de la carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores; de las resoluciones del Parlamento europeo en materia de igualdad; y del programa de Naciones Unidas *Nairobi forward looking strategies for the advancement of women*, que abarca hasta el año 2000.

La idea comunitaria asume una clara realidad, y es la de que las mujeres representan un vivero de competencias potenciales indispensable para el desarrollo económico de Europa. Quizá tendríamos que añadir que lo económico no es sino una de las parcelas en las que la participación de la mujer es decisiva. Y lo es, ya no sólo como una especie de reivindicación, sino fundamentalmente porque representan la mitad de la sociedad y por tanto su participación es necesaria¹⁶.

Teniendo en cuenta todo esto, el programa comunitario pretende desarrollar tres planes:

- consolidar los avances llevados a cabo en los dos planes anteriores, asumiendo la experiencia adquirida.
- desarrollar nuevas iniciativas que beneficien a las mujeres, sobre todo en la formación profesional y en el empleo.
- reforzar la colaboración y la complementariedad de las acciones conducidas en las diferentes instancias de la Comunidad.

La consecución de estos planes se traduce en la obtención de los siguientes objetivos¹⁷:

1. *Ambito jurídico*

a) Garantizar la aplicación y el desarrollo de las disposiciones legales existentes.

b) Profundizar los conceptos específicos relativos a la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y la noción de discriminación indirecta.

c) Aumentar el nivel de información en materia de derechos y obligaciones.

16. "Resolved lo que queráis, pero afrontando la responsabilidad de dar entrada a esa mitad del género humano en la política, para que la política sea cosa de dos, porque sólo hay una cosa que hace un sexo solo: alumbrar; las demás las hacemos todos en común" Así se pronunciaba CLARA CAMPOAMOR en una de sus intervenciones parlamentarias: CLARA CAMPOAMOR, *El voto femenino y yo*, Ed. Lasal, Barcelona 1981, p. 114.

17. Cfr. documento *cit.*

2. *Ambito laboral*

a) Aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, mediante la promoción empresarial femenina y el desarrollo de medidas específicas respecto al empleo femenino.

b) Mejorar la calidad del empleo femenino, a través de la educación, la formación profesional, la mejor gestión de los recursos humanos y la aplicación de acciones positivas.

c) Disminuir los obstáculos para el acceso de las mujeres al empleo.

3. *Ambito social*

a) Proseguir y desarrollar las acciones de sensibilización relativas a los objetivos del programa de acción y a la mejora y difusión de información relacionada con la igualdad.

b) Seguir alentando la participación de las mujeres en el campo de los medios de comunicación e información.

c) Alentar las medidas destinadas a promover la participación de las mujeres en la toma de decisiones en la vida económica y social.

Así planteadas las cosas, se trata de un plan realmente amplio, aunque como en tantos aspectos el problema no es tanto la elaboración del programa cuanto su aplicación. Y es seguramente en este punto en el que hay que matizar las alternativas.

En España, la aplicación ha estado teñida de esa influencia política a la que me he referido. Pero en la misma sólo se ha manejado la preferencia por la igualdad o por la libertad. En cualquier caso, han sido sólo dos los principios de aplicación normativa. Y seguramente la solución, o al menos una posible alternativa es la de introducir el principio de la solidaridad como criterio prioritario de aplicación e interpretación de las normas en favor de la igualdad de las mujeres. Como decía al principio de este texto, la consideración de la solidaridad transforma al sujeto de observador en activo, en lo que al feminismo se refiere.

Naciones Unidas también elaboró su plan de actuación. En 1979, cuatro años después de haber declarado un año internacional dedicado a la mujer, la Asamblea General aprobó la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁸.

El artículo 17 de este texto establecía la creación de un comité para conseguir los objetivos del documento internacional. Para ello, en sus períodos de sesiones se estudiarían los informes de los Estados Parte.

18. Cfr. resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas: 107a sesión plenaria, New York 1979. La Convención entró en vigor en 1981.

España ratificó el Convenio en 1984, y presentó el informe reglamentario, al que hace alusión el artículo 18 del documento internacional¹⁹.

El informe español se refería a la actitud institucional en favor de la mujer, a través de la actividad del Instituto de la mujer. La labor prioritaria a desarrollar era fundamentalmente la de informar. No voy a analizar con detalle el texto español, aunque sí diré que habría que introducir algunas objeciones de carácter técnico, sobre todo en materia de aborto y de reforma del artículo 428 del Código Penal.

Lo cierto es que España no ha quedado al margen de las propuestas de Naciones Unidas, y de hecho el Instituto ha desplegado un aparato importante de campañas y medidas, que al menos han tenido repercusiones sociológicas.

El plan de la ONU abarca hasta el año 2000, y de él se han hecho eco las instituciones europeas, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente.

El Consejo de Europa también ha secundado el proyecto mundial, canalizando su actividad a través del Comité europeo para la igualdad entre hombres y mujeres. Fundamentalmente se han llevado a cabo estudios sobre la repercusión e influencia de las llamadas «acciones positivas», como medida de acercamiento a la igualdad utilizando la «desigualdad» en favor de la mujer²⁰.

La acción positiva es estudiada a la luz del artículo 4 del Convenio de Naciones Unidas, donde se establece que los Estados Parte podrán adoptar medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad de hecho de las mujeres, sin que ello signifique un atentado a la discriminación, en los términos en los que este vocablo se define.

El Consejo de Europa ha entendido la idea histórica de una igualdad formal, que no agota la realidad de lo que es la igualdad. La ley es considerada como la articulación técnica de un modo de conducta dentro de la sociedad. Por tanto, junto a la igualdad formal, se hacen necesarias las medidas políticas, laborales y sociales.

En este punto, el tema es analizado nuevamente desde la igualdad y la libertad, omitiéndose la referencia a la solidaridad. Prueba de ello es una de las últimas publicaciones del Consejo, recogiendo la documentación de un seminario celebrado en el año 1989 sobre la democracia paritaria²¹.

19. Cfr. el informe español, en las sesiones 89a y 92a del comité, 1-3-IV-87, documentos CEDAW/SR 89 y 92; CEDAW/C/5/add.30 y Amend. 1.

20. Cfr. E.VOGEL-POLSKY *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, CEEG (87) 14.

21. *La démocratie Paritaire-Quarante années d'activité du Conseil de l'Europe*, Actas del seminario, Estrasburgo 6-7-XI-1989, Comité para la igualdad de mujeres y hombres, publicaciones del Consejo de Europa, 1992.

Desde esta perspectiva, bien podría decirse que la desigualdad ha sido una clara muestra de la discriminación contra la mujer, que bien podría traducirse por marginación, de acuerdo con la definición ya utilizada (la referencia al presente, como si se tratara de un ausente²²). En esta línea, las mujeres se consideran como parte de las minorías, que o bien no han podido valerse por sí mismas, o bien no han aportado positivamente al juego productivo.

También hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones, la participación de las mujeres ha estado condicionada por las circunstancias políticas. Estoy pensando por ejemplo en España, durante el debate republicano al que me he referido, en el que se trataba el tema del voto de las mujeres. Es cierto que Clara Campoamor se manifestó partidaria del reconocimiento del derecho al voto, pero no se puede decir lo mismo de las otras dos mujeres, que previendo un voto de la mujer en favor de la derecha, se manifestaban contrarias al reconocimiento de la participación femenina.

Seguramente este *iter* viene a demostrar que las posiciones extremas generan procesos radicales, que difícilmente responden a la realidad. Y de hecho, en España esta situación ha dado lugar a dos posiciones contrarias: por una parte la de quienes consideran que la mujer cumple su papel exclusivamente en el campo doméstico, anulando su capacidad de intervenir en otros órdenes; y por otra, la de quienes dan una visión «liberada» de la mujer, confundiéndola con el mercado y prescindiendo de la realidad de hecho.

Las dos opciones, por extremas, no pueden dar una respuesta global. Y lo cierto es que los documentos internacionales no han planteado las medidas institucionales desde estas perspectivas. Se trata más bien, de intentar unificar el argumento teórico y el técnico, para que la igualdad sea una medida operativa.

En nuestro país, la Constitución de 1978 recoge un reconocimiento explícito de la igualdad en el artículo 9,2, y el principio de no discriminación, en el artículo 14. Junto a ello, hay también otros preceptos constitucionales en los que se concreta la igualdad: el artículo 23 se refiere al derecho a la participación en los asuntos públicos; el 27 a la igualdad en la educación; el 32, a la igualdad en el matrimonio; el 37 al derecho a trabajar y a una remuneración suficiente; y el 39 a la igualdad en la protección de la familia, y en los derechos y obligaciones del padre y de la madre.

Además de las referencias del texto constitucional, hay que considerar los textos internacionales ratificados: desde los Convenios específicos

22. La definición está tomada de J. BALLESTEROS; *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid 1989.

—nacionalidad de la mujer casada; filiación materna de hijos no matrimoniales; protección de la maternidad; materia de empleo y ocupacional; edad para contraer matrimonio... etc.— hasta aquéllos en los que indirectamente también se defiende a la mujer, como son los relativos a la circulación de publicaciones obscenas, en el que se pretende terminar con la posible manipulación que ello supone²³.

Aprobado por el Gobierno, hay que añadir a todas estas medidas, el plan de igualdad de oportunidades, elaborado por el Instituto de la mujer, para cubrir los años 1988-1990. Este plan fue posteriormente secundado en las comunidades autónomas, asumiendo las necesidades locales y por tanto, con la pretensión de resolver los problemas reales.

El plan nacional afectaba a seis áreas de actuación: ordenamiento jurídico, familia y protección social; educación y cultura; empleo y relaciones laborales; salud; cooperación internacional, y asociacionismo.

Junto a algunas cuestiones de orden técnico (que me parece que no debían haberse incluido entre los objetivos del plan), no se puede restar mérito al trabajo realizado en cuanto al cambio de mentalidad respecto a la mujer en la sociedad española. Un análisis sociológico confirmaría la evolución operada, aunque como ya he dicho habría que salvar algunos aspectos presentados de modo encubierto como parte de la batalla feminista.

El trabajo jurídico ha implicado desde la creación de juzgados de familia, hasta las campañas de educación para centros penitenciarios de mujeres, pasando por la prevención de la prostitución, las pensiones de viudedad... etc.

Los estereotipos sexistas han sido objeto de tratamiento como parte de la educación. Dentro del campo laboral se ha tratado la promoción de la mujer tanto en la Administración pública como en los puestos directivos; así como la situación de la mujer en las zonas rurales y menos favorecidas.

La salud y los programas de cooperación internacional se han hecho también parte del plan.

Además de las medidas establecidas, el plan tiene a su favor todo un proyecto de trabajo para desarrollar en los próximos años.

Con todo lo expuesto, bien puede afirmarse que se han multiplicado los esfuerzos institucionales para conseguir la igualdad de la mujer. Con ello se ha logrado la transformación de un debate teórico en una realidad que impone el reconocimiento de lo que es la condición humana, favoreciendo a la mujer, y con ella a la totalidad.

23. Cfr. M. FERNANDEZ LOAYSA, *Convenios internacionales suscritos por España que afectan a las mujeres*, Madrid 1986.

MUJER, PODER, DERECHO. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN

Muchas veces, el problema crucial al tratar de órdenes normativos, no es tanto lo que se propone, cuanto los criterios de interpretación y aplicación de lo propuesto. Y ahí es donde nos cuestionamos cuáles son o cuáles van a ser los criterios referenciales utilizados.

Cuando la Constitución española dedica su título primero a los derechos y deberes fundamentales, concretados posteriormente en diferentes capítulos, nadie cuestiona la falta de respeto hacia los mismos. Más aún, el artículo 10,2 establece como referencia en la interpretación, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. A ello se añade el reconocimiento de los valores del ordenamiento jurídico, que el texto detalla en su artículo 1,1 en la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Esto significa que los derechos de las mujeres, en el contexto del reconocimiento de la igualdad no son una excepción, y que por tanto, esos serán también los parámetros de aplicación de los derechos reconocidos específicamente para la mujer.

Es muy probable que en ese entramado haya que colocar el peso de la historia española, con las luchas ideológicas a las que me he referido. Y en ese sentido, hay que señalar que la igualdad se sitúa junto a un pluralismo que asume como definición la posibilidad de multiplicar las interpretaciones sobre una misma cuestión.

Lo que sucede es que el pluralismo del que se habla es político, y el reconocimiento de los derechos de la mujer no es —al menos, no lo es solamente— político. Esto implica que además de la cobertura política, social o jurídica que se apoye, la igualdad y la libertad siguen presentándose de manera aséptica, es decir prescindiendo de referencias de lucha ideológica.

Precisamente por ello, hablaba en otro momento de la necesidad de formular una propuesta alternativa para fundamentar una defensa objetiva de los derechos de la mujer, y de las medidas a tomar para llevarlos a la práctica.

Si asumir el baremo de la igualdad o de la libertad, o incluso del pluralismo político supone condicionar los derechos de la mujer, es necesario optar por otro recurso conceptual que al menos se adecúe a la realidad de hecho.

En ese contexto, entra dentro de lo razonable optar por el tercer principio revolucionario, al que en tantas ocasiones se ha dejado al margen: la solidaridad.

Pero aún en ello, quisiera matizar que la solidaridad no se plantea solamente como una vía de reclamo de la mujer, sino también como el canal por el que se devuelve a la sociedad una definición real de sí misma, al te-

ner en cuenta las propuestas globalmente, y no sólo de modo parcial (como se ha hecho cuando se ha utilizado solamente la varón).

La solidaridad no es una utopía. Es una adecuación a lo que justifica la defensa de los derechos de la mujer en esa doble vertiente a la que me he referido. De esa manera, las medidas a desarrollar, las actividades a realizar, o cualquier plan que quiera diseñarse respecto a la mujer será real en la medida en que obedezca a la definición global de la sociedad, contando con todos sus miembros.

En esa línea, la propuesta requiere de un tratamiento objetivo, porque precisamente lo que se busca es una delimitación de cuál es el feminismo que se pretende.

Si el feminismo se proyecta sobre la base de lo ideológico, la ideología absorbe cualquier criterio. Ahora bien, si la racionalidad se entiende como eje de definición de este fin de siglo, habrá que referirse al feminismo como aquel movimiento que busca la recuperación del papel de la mujer, respetando la diferencia y prescindiendo de la prioridad.

Solamente en ese carril, se puede hablar de posibles interpretaciones. Y sólo de esta manera el pluralismo en la interpretación facilitará el acceso real de la mujer al poder —por la línea de la participación política—, y al Derecho —con reformas necesarias para avalar una igualdad legal que envuelva una igualdad real—.

El tópico "mujer" en perspectiva Galicia / 1992

Por FRANCISCO PUY
Santiago de Compostela

Me propongo en este papel examinar la autoidentificación de la mujer gallega en 1992. ¿Qué imagen da la mujer en la Galicia de nuestros días? ¿Cómo se entiende, describe y valora la mujer gallega actual, ella misma? Tratemos de averiguarlo revisando el uso del tópico en el discurso ético, social, político y jurídico de las mujeres gallegas de hoy en día.

IMÁGENES NEGATIVAS

La mujer gallega se considera a sí misma, en términos generales, miembro de un grupo deprimido y oprimido: «respecto de las mujeres —dice una de ellas— algo verdaderamente podrido y criminal pervive y aún crece en nuestra sociedad» (GARCIA-NEGRO 1990.06.22: 919). La mujer, por tanto, necesita ayuda y protección, porque «a lo largo de la historia sufrió las más diversas manipulaciones y utilizaciones, utilizaciones materiales y manipulaciones psicológicas, más graves si cabe...» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.03.27: 284)¹. Las mujeres gallegas tienden a dibujar una imagen atroz de sí mismas. Las denuncias más llamativas que estas mujeres echan en cara a la sociedad que las cobija y en la que son mayoría son las cinco siguientes: *marginalización social, discriminación sexual, explotación laboral, desatención cultural y maltrato psico-somático*.

1. Cuando el Presidente Fraga ha justificado la creación del *Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer*, para que «su actuación permita la superación de las dificultades que en muchos ámbitos tuvieron las mujeres de nuestra tierra» (FRAGA-IRIBARNE 1992: 72), ha escuchado muchas protestas referidas a la cortedad o insuficiencia de los presupuestos asignados al organismo; pero ninguna orientada a negar o aminorar la magnitud del problema femenino gallego.

1. *La marginación social*

He aquí algunos ejemplos de cómo pintan las mujeres gallegas su propia marginación social actual.

a) Tópica de marginación general. «Las mujeres gallegas estamos en una posición social de clara desventaja, ya que las tradiciones y los hábitos están profundamente arraigados en la sociedad y son difícilmente eliminables» (PLIP 1989.06.5: 7.659). «La mujer sufre desde la infancia una categorización secundaria en relación con los valores atribuidos a los hombres en razón de su naturaleza» (MIGUELÉZ-RAMOS 1990.04.18: 472)².

b) Tópica de marginación política: «Llama la atención la escasa presencia de las mujeres en puestos directivos, donde sólo ocupan el 8.50% de éstos» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40)³.

c) Tópica de marginación familiar: «Cuatro de cada diez mujeres gallegas se dedica principalmente a atender su casa y familia, mientras que el 44% de los hombres trabajan fuera de casa... En cuanto al trabajo doméstico, el año 1986 más de 530.000 mujeres realizaban las tareas del hogar, sin que nadie les reconozca su trabajo. Y prácticamente, todas las que no son amas de casa en exclusiva tienen doble jornada laboral: en casa y fuera de ella» (MERA 1992.03.8: 66)⁴.

d) Tópica de marginación rural: «Por lo que respecta a la situación de las mujeres en el rural gallego, son palabras como marginación y explotación en el trabajo las que mejor la definen» (ALBA 1992.03.10: 35)⁵.

2. *La discriminación sexual*

Este tópico se expresa, entre otras maneras, así:

a) Tópica de represión sexual: «Agresiones –frecuentísimamente prodigadas hasta el punto de pasar por casi naturales– como todas las violaciones de que son víctimas las mujeres de nuestro país, sólo son el caso extremo de toda una serie de atentados a su dignidad y a su identidad en diverso grado y continuamente... Se consienten y se promueven incluso, con

2. «La manera en que el trabajo y la atención a la infancia están organizados es causa de desigualdad para las mujeres...» (PAREDO-PEDERNERA 1992.03.15: 2). «Muchos hombres contraen matrimonio por segunda vez», pero «sólo el 5 por 100 de las viudas más jóvenes vuelven a casarse» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61).

3. «La realidad es que los puestos de mayor responsabilidad siguen siendo ocupados por los hombres» (MARON 1992.03.8: 28).

4. «Hombres y mujeres coinciden en que deben compartir las tareas domésticas, pero sólo un 22 por 100 dice que eso ocurra en la realidad en Galicia» (MARON 1992.03.8: 28).

5. «Las mujeres rurales sufren marginación por parte de las propias mujeres de la ciudad» (FRAGA-REY 1992.03.8: 28). «Las mujeres viudas, en el ámbito rural, sufren marginación: la gente del pueblo no tolera que salgan de casa y las critica por el simple hecho de arreglarse o de ir a un bar a tomar un café» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61).

toda la naturalidad del mundo, agresiones sexuales que quedan sin castigo la mayor parte de las veces, con lo que aún se facilita la labor a todos los individuos con tentaciones de abuso y violación que saben o esperan que no van a ser consideradas delito» (GARCIA-NEGRO, 1990.06.22: 919)⁶.

b) Tópica de permisividad sexual: «Un 76.80% de mujeres gallegas no emplea ningún anticonceptivo; en el País Vasco los emplea el 51.40%; y en Cataluña, el 54.20%... En Galicia, para una tasa de fecundidad del 1.54% hay 14 centros de planificación familiar; en el País Vasco, para una tasa del 1.40%, hay 27; en Cataluña, para una tasa del 1.50%, hay 66» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: 482). Pero «las gallegas están a favor del uso de anticonceptivos, de la existencia del divorcio y de las técnicas de reproducción asistida. La mitad de las mujeres que usan anticonceptivos utilizan la píldora; la cuarta parte, los preservativos; y un 10% el DIU» (MARON 1992.03.8: 28)⁷.

3. *La explotación laboral*

a) Tópica de la discriminación laboral general: «La situación de la mujer trabajadora gallega es mala en general en todo el país. Los sindicatos no consideran dentro de sus reivindicaciones el hecho de que las mujeres representan el porcentaje más alto dentro de la economía sumergida o de que todavía exista discriminación salarial» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.7: 61)⁸.

b) Tópica relativa a la explotación en el sector primario: «Por lo que respecta a la situación de las mujeres en el rural gallego, son palabras como... explotación en el trabajo las que mejor la definen» (ALBA 1992.03.10: 35). «El 60% de la población femenina ocupada en Galicia está en la agricultura; en el País Vasco, el 77.70% está en el sector servicios» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: 483)⁹.

c) Tópica relativa al subempleo y al paro, declarado o encubierto en la economía sumergida: «La tasa de paro femenino en Galicia es mucho más alta que las de los hombres: un 15% frente a un 9%; la falta de empleo

6. «La historia reciente del feminismo gallego comienza en 1976. A raíz de la pretensión de juzgar públicamente a una mujer en Villagarcía por adulterio fue cuando tuvo un mayor impulso y surgieron los primeros gritos de solidaridad con la mujer» (NAVAZA 1992.03.5: 25).

7. «Nuestra comunidad autónoma es una de las más afectadas por embarazos en adolescentes. Según datos de 1989 en Galicia el número de nacimientos en mujeres menores de 15 años fue de 1852, lo que representa el 7,90 por 100 del total registrado en España» (MERA 1992.03.8: 66).

8. «Aún queda por hacer en el campo de la formación y en el del acceso a los puestos de trabajo para que la mujer gallega pueda alcanzar la igualdad real que el derecho le reconoce» (CTSS 1992: 47).

9. «El 44,70 por 100 de las mujeres que figuran como población activa agraria son ayudantes familiares; a las cónyuges del titular de la explotación no se les reconoce estatuto alguno de cotitular de la empresa; y la seguridad social sólo les da derecho derivado, que no propio» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40).

afecta a más de un 20% de la población activa femenina» (MERA 1992.03.8: 66). «El 36% de las mujeres ocupadas en Galicia se encuentran en el mercado irregular, en la economía irregular, frente a un 16% de los hombres» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: 483)¹⁰.

d) Tópica relativa a la discriminación salarial: «La tasa de salarización de nuestras mujeres es del 28.3%, frente a un 79% de Cataluña y a un 75% en el País Vasco» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: 483). «Las gallegas que trabajan fuera de casa cobran una media de 18.60% menos que los hombres» (MERA 1992.03.8: 66)¹¹.

El caricaturista de *Atlántico Diario*, Xosé Lois, ha sumado este factor con el de los malos tratos en una viñeta en que una mujer pregunta: *¿Porqué as mulleres galegas cobramos o 68.5% do que cobran os homes?*. Un hombre (que es el monigote *O Carrabouxo*) contesta: *Porque o resto cobrádelo en labazadas...*¹².

4. La desatención cultural

La tópica de este campo se centra en dos temas: el más amplio de la situación generalizada de sexismo cultural presente en la comunicación social y sobre todo en los masmedios y en la propia escuela; y el más puntual de la carencia o insuficiencia de estudios primarios, medios, universitarios y técnicos:

10. «El paro masculino descendió en Galicia en 1991 un 1,73 por 100, mientras el femenino aumentó un 1,08 por 100: o sea, que 1.405 hombres encontraron trabajo, mientras 1.108 mujeres lo perdieron. Cada año que pasa, el paro femenino gana posiciones en el conjunto. Desde 1961 a 1991 el paro masculino pasó del 8,20 por 100 al 10,33 por 100; mientras que el femenino era del 4,80 por 100 y subió al 22,09 por 100. La tasa de paro femenino era a principios de los 80 la mitad que la de los varones; al final de los 80 casi duplica esa cifra. Las mujeres ocupadas en Galicia suponen el 38 por 100 del total y las mujeres paradas, el 56,45 por 100 del total, mientras la media nacional es del 52 por 100» (UGT 1992.03.6: 58).

«El paro entre las mujeres jóvenes gallegas, con edades entre los 16 y los 24 años, alcanza al 61 por 100» (CGX 1992.03.9: 47).

Estas cifras se cotejan continuamente con las españolas y europeas: «La tasa de paro femenino en España actualmente es del 24 por 100, el doble que la de los varones: en la CE el paro femenino es del 12 por 100... De cada 100 mujeres que trabajan fuera de casa, 12 lo hacen en la economía sumergida y hay el doble de mujeres subempleadas que de varones» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40). «A finales de 1991 la población española ascendía a 30.805.560 personas, de las cuales 14.855.410 eran hombres y 15.950.150 eran mujeres; y de un total de (ocupados) de 15.125.090 personas, 9.725.650 eran hombres y 5.399.444 eran mujeres. Los inactivos masculinos ascendían en España a 4.910.620 y los femeninos a 10.550.700: lo que supone más del doble de mujeres que de hombres... La tasa de actividad a fines del pasado año era del 33,85 por 100 entre las mujeres y del 65,47 por 100 entre los hombres... mientras en el ámbito europeo la tasa femenina de actividad está en el 42 por 100... Las mujeres españolas soportan el 38,20 por 100 de los contratos temporales y además son representantes mayoritarios de la economía sumergida» (GARCIA 1992.03.8: 67).

11. En España «existe igualdad legislativa salarial, pero en la práctica la realidad es: diferencia en las remuneraciones, segregación profesional y sectorial, inestabilidad en los empleos, contratos temporales y a tiempo parcial... Las mujeres españolas reciben globalmente por su trabajo una remuneración inferior en casi un 20 por 100 a la de los varones» (SAINZ-GARCÍA 1992.03.8: 40).

12. «—¿Porqué cobramos las mujeres gallegas el 68,5 por 100 de lo que cobran los hombres? —Porqué el resto lo cobrais en bofetadas». Cfr. *Atlántico Diario*, Vigo, 8.03.1992, p. 15.

a) Tópica del sexismo cultural: «La caza y captura y forzamiento de la mujer es el corolario aberrante de una situación social en la que existe una invitación permanente al uso y consumo de la mujer por parte de los medios de comunicación, la propaganda, la publicidad, etc.» (GARCIA-NEGRO 1990.06.22: 919). «La aparición de rasgos sexistas en el comportamiento discriminatorio de los niños y las niñas comienza en la enseñanza general básica» (CASTRO 1992.03.7: 25). «Esta sociedad no puede seguir educando a sus hijos para que la mitad de la población domine a la otra mitad» (CONDE-PUMPIDO 1989.07.11: 9.032)¹³.

b) Tópica de la carencia o insuficiencia de estudios: «Un 38% de las gallegas abandonó los estudios por falta de recursos económicos» (MARON 1992.03.8: 28). «Creo que el acceso de las mujeres gallegas a la Universidad debería aprovecharse en favor del resto, pero no se ha hecho» (FETEIRA 1992.03.8: 36). «Denunciamos la infravaloración de la mujer en la Universidad Gallega» (CAF 1992.03.9: 47)¹⁴.

5. *Los malos tratos psico-somáticos*

He dejado este aspecto para el final porque aquí muestra la mujer gallega su cara más desagradable: la de un ser humano tirado en el suelo, desnudo, violado y ensangrentado.

He aquí algunas pinturas de ese doloroso cuadro: «Aún convivimos con una alarmante cantidad de violaciones que quedan impunes con castigos ridículos y que aún pueden suponer para la víctima el pasar por la nueva humillación de tener que denunciarla ante unas autoridades policiales que vuelven a ejecutar muchas veces una violación de tipo verbal o de tipo inquisitorial por lo menos» (GARCIA-NEGRO 1990.05.2: 569). «El 4% de las gallegas se han sentido acosadas sexualmente en el trabajo. El 9%, molestadas. El acoso más común es una agresión verbal, seguida del acercamiento físico violento. El 9% de las mujeres afirma haber sido violada» (MARON 1992.03.8: 28). «En la comunidad gallega en 1990, fueron denunciados por malos tratos de parte de los maridos una media de 31.70 casos por mes. La media de denuncias por violaciones y agresiones sexuales fue en 1990 de 12 al mes, pero hay que tener en

13. «Simone de Beauvoir decía muy acertadamente que las mujeres, como no nos hemos planteado como sujetos ni hemos creado ningún mito en el que se reflejen nuestros proyectos, carecemos de un pensamiento y de una poesía que nos pertenezcan propiamente e incluso soñamos a través de los sueños de los hombres: las palabras de la madre del feminismo moderno siguen teniendo vigencia en nuestros días, pues vivimos bajo la misma hégira de pensamiento patriarcal e imaginación androcéntrica...» (BLANCO 1992.03.19: 10).

14. «Actualmente existen en España 1.300.000 mujeres analfabetas frente a 770.000 hombres... La población sin estudios se cifra en 6.859.400 personas, de las que 2.755.200 son hombres y 4.104.200 son mujeres... Sólo un 4,20 por 100 de mujeres entran en formación profesional, mientras lo hace un 6,90 por 100 de varones... Tan sólo un 1,95 por 100 de mujeres estudia en escuelas técnicas superiores...» (SAINZ-GARCIA 1992.02.25: 29).

cuenta que sólo se presentan denuncias en el 5% de los casos» (MERA 1992.03.8: 66).

Hay bastantes más¹⁵, pero ya llega.

LAS REINVIDICACIONES DEL FEMINISMO

Reaccionando contra esa situación perversa, las mujeres le hacen a nuestra sociedad una serie larga de reclamaciones que se resumen en la conocida fórmula constitucional y estatutaria: «conseguir la igualdad real y efectiva del hombre y de la mujer en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social gallega, a) promoviendo las condiciones que posibiliten la igualdad entre los sexos y b) eliminando todas las formas de discriminación de la mujer en Galicia» (PLIP 1989.06.5: 7.659). Así que, actualmente en Galicia, las peticiones más conspicuas sobre las que los grupos feministas, o los jurisprudentes individuales que actúan en su defensa, concentran la lucha y el discurso reivindicativo, pueden clasificarse en positivas o negativas¹⁶. Veamos unas y otras.

1. *Reivindicaciones negativas: lo que rechazan*

Las mujeres gallegas rechazan muchos comportamientos, actitudes, usos y costumbres que no les gustan, tanto de las mismas mujeres, como de los hombres y de la sociedad en general.

a) Tópica reivindicativa frente a las propias mujeres. Respecto de ella misma, al parecer, la mujer gallega rechaza básicamente «la pérdida de la autoestima... el autodesprecio... la pasividad y la carencia de iniciativas feministas... la desinformación» (CAMPO 1992.03.13: 1)...«los embarazos de chicas adolescentes» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.7: 61) y cosas análogas.

b) Tópica reivindicativa frente a los hombres. Respecto de ellos, ellas quieren que eviten e impidan, ante todo y sobre todo, el acoso sexual, o sea¹⁷, «aquella desviación de la conducta por la que, en el ámbito labo-

15. «Durante 1991 se denunciaron 16.522 casos de malos tratos a mujeres; desde septiembre de 1991 a febrero de 1992, 1.617. Todos esos casos son tan sólo una pequeña muestra de lo realmente ocurre en los hogares españoles» (URCELAY 1992.03.17: 14).

«La situación en que vivimos las mujeres es de misoginia, de odio contra la mujer... Es de auténtico terrorismo silenciado... de auténtico terrorismo peor que el de ETA: hay más mujeres asesinadas por los malos tratos que muertas por el terrorismo de ETA...» (QUEIZAN 1992.03.14: 24).

16. Llamo negativas a aquellas que expresan rechazo de normas, decisiones, prácticas, usos o costumbres humillantes, odiosas o vejatorias y que, en ese sentido, exigen libertad, no intromisión y una actividad punitiva residual de parte del Estado y, más genéricamente, de las administraciones públicas y de la sociedad. Llamo positivas a las que exigen de parte del Estado, las instituciones o los grupos intervención, legislación, ejecución, ayuda, protección y en general cualquier actividad no punitiva o persecutoria y, en ese sentido, más constructiva o creativa.

17. Según lo definen las parlamentarias socialistas Rosa Miguélez Ramos, María José Porteiro García, Antonia Álvarez Yáñez y Margarita Rodríguez Otero, en una interpelación sobre el asunto en el Parlamento de Galicia.

ral, la parte asediante se aprovecha de su superior rango para obtener de la parte asediada favores o, cuando menos, una actitud pasiva y silenciadora de comportamientos absolutamente denunciables y reprobables que, por miedo a las represalias, por la inseguridad del puesto de trabajo, por la inexistencia de testigos y por la dificultad para probar determinados hechos, en la mayoría de los casos no se llega a presentar denuncia o, si se presenta, es anónima» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1991.07.24). Y en general, se rechazan «los malos tratos» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.7: 61), «las violaciones», «las sentencias judiciales machistas», «el doble trabajo, dentro y fuera de casa» (UREÑA 1992.03.9: 47) y cosas análogas.

c) Tópica reivindicativa frente a la sociedad en general. En fin, mirando a la sociedad gallega en general, las féminas combaten «un ordenamiento económico y social que es abiertamente injusto para la totalidad de las mujeres... Un modelo social en el que ni siquiera está reconocido el mínimo, que es el derecho a la existencia en condiciones dignas, el derecho a la propia imagen, el derecho a ser tratada como una persona y no como una cosa degradada, asociada a la compra y por lo tanto a una mera cosificación mercantil» (GARCIA-NEGRO 1990.04.18: 477 & 479)¹⁸. Obviamente las gallegas rechazan además «la discriminación» en general y especialmente «la laboral» (ALVAREZ 1992.03.9: 2)¹⁹. O sea, «el paro femenino: los despidos de sólo mujeres; la discriminación salarial» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.7: 61), «el subempleo femenino» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40)²⁰. En fin, también rechazan la exclusiva dedicación al hogar y la familia: «La atención familiar no pasa desde luego por la permanencia de la mujer en la casa, de forma obligada y contra su voluntad. No es obligación de la mujer, sino de toda la sociedad y, dentro de la unidad familiar, de todos los miembros de ella por igual» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.03.27: 285).

2. Reivindicaciones positivas: lo que piden

Como es lógico son muchas y variadas las reivindicaciones positivas de las gallegas y de sus asociaciones. Lo más llamativo de todo es la exigencia de acción positiva más allá de la vieja posición puramente permisivista de las por antonomasia *libwomen*²¹. También sobresale el hecho de que se reclama la actuación de la administración en general y en especial de la

18. También, «que no se mueva un dedo por parte de las instituciones para procurar que se cumplan los tan cacareados derechos humanos respecto de las mujeres ni para facilitar su emancipación económica ni otros servicios sociales y democráticos mínimos» (GARCIA-NEGRO 1990.06.22: 9119).

19. También la eclesial (LAMIGUEIRO 1991.11.16: 25).

20. Y también «la publicidad sexista» (UREÑA 1992.03.9: 47): «la falsa e insultante imagen que dan de la mujer algunos medios de comunicación, como la televisión» (NAVAZA 1992.03.5: 25).

21. «Las medidas de acción positiva son y van a seguir siendo durante mucho tiempo necesarias», pues «solamente a través de medidas de acción positiva se pueden corregir las desigualdades de hecho» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: 472).

magistratura y de la policía²². Otra cosa que destaca es la prisa: «tenemos que recuperar el retraso acumulado en estos años de ausencia total de medidas legislativas y políticas sobre el tema» (CONDE-PUMPIDO 1989.07.11: 9.015) se dice con evidente error de facto. También es de resaltar que el abanico de las reivindicaciones femeninas gallegas no tiene otras varillas que las de los derechos económicos, sociales y culturales²³.

Sigo a continuación mi propio esquema básico de sistematización de los mismos²⁴ para hacer un resumen mínimamente ordenado del elenco de las reivindicaciones feministas gallegas más llamativas, agrupándolas en los siguientes sectores²⁵.

a) Tópica reivindicativa referente a la vida y a la integridad física. Ya que «violencia, agresiones, violaciones y malos tratos son los temas más acuciantes por resolver» (RODRIGUEZ-MARTUL 1992.03.6: 36), «se podrían hacer muchas cosas. La mejor sin duda sería que hubiera una ley justa con la que las mujeres se sintieran protegidas; que no convierta la denuncia de una violación en una nueva agresión contra ellas; que disponga el juicio contra el agresor y no ponga en cuestión la inocencia de la víctima...» (MAYORAL 1992.03.19: 11)^{26 y 27}.

22. Así se ha pedido al Parlamento Gallego que inste a la Xunta a «realizar una campaña institucional, con todos los medios precisos, dirigida a sensibilizar a la opinión pública gallega sobre el derecho de las mujeres a su identidad y a su dignidad como personas... insistiendo en el respeto que todas merecen como seres humanos... A transmitir a los órganos jurisdiccionales competentes la preocupación por el alarmante número de violaciones producidas en nuestro país y la lentitud en la resolución judicial de esos delitos, e incluso por la incomprensión de miembros de la judicatura respecto al delito en sí... Y a dirigirse al ministerio del interior para que curse las instrucciones correspondientes a fin de que los miembros de los cuerpos de seguridad o policiales de él dependientes traten con diligencia, corrección en el trato y la sensibilidad que merecen los delitos contra la integridad de las mujeres y eviten todo tipo de actuaciones pasivas en las diligencias efectuadas sobre estos asuntos» (GARCIA-NEGRO 1990.06.22: 919).

23. Las reclamaciones apenas se refieren a los derechos civiles y políticos. A los primeros se puede adscribir la reclamación de la cotitularidad matrimonial de la empresa constituida por la explotación agraria; y a los segundos, la reclamación de más asociacionismo. Pero lo primero tiene más que ver con el régimen de la seguridad laboral o social en general; y lo segundo con el régimen de la actividad sindical o profesional.

24. Cfr. en general, F. PUY, *Derechos Humanos. 1. Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Paredes, Santiago, 1983, passim. Y en particular: F. PUY, «¿Qué son los derechos económicos?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 6 (1988) 561-592, espec. pp. 578 a 599; y F. PUY, «Ensayo de definición de los derechos culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, 5 (1988-1989) 203-229, espec. en pp. 221 a 226.

25. No me parece satisfactorio doctrinalmente el esquema seguido por el Plan de acción para a igualdad de oportunidades das mulleres, aprobado por el Consejo de la Xunta para el cuatrienio 1988-1991, que fijaba «cinco grandes áreas de actuación: educación y cultura; empleo y relaciones laborales; salud; servicios sociales; y asociacionismo (Cfr. MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: 280).

26. Marina Mayoral acaba su artículo con estas frases literales: «Y si después de eso algún juez como el del caso Butler recomienda cortarle los testículos a algún violador, pues bien: que se los corten» (MAYORAL 1992.03.19: 11). Sin comentarios.

27. También «el estudio de las enfermedades femeninas más allá del control sanitario normal de la población» (CONDE-PUMPIDO 1969.07.11: 9.016) y «la creación de más centros de acogida para las mujeres maltratadas» (GARCIA-BOTIN 1992: 67). Sobre el tema del aborto, véase más abajo.

b) Tópica reivindicativa referente a la dignidad, la libertad y la igualdad. Se reclama «la *concienciación* de los propios derechos (ALBA 1992.03.10: 35); «la *promoción* de la igualdad del hombre y de la mujer» (UREÑA 1992 . 03 . 9: 47); «medidas para que el sexo no sea factor de discriminación» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40).

c) Tópica reivindicativa referente al patrimonio y su administración. En este ámbito se reclama «un *estatuto profesional* de igualdad con el hombre respecto a la propiedad, la gestión y el trabajo agrícola» (ALBA 1992.03.10: 35)²⁸; «la actualización de las pensiones de viudedad y orfandad» (CARRO-PARAMO 1992 . 03 .15: 61); «la creación de residencias para mujeres viudas» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61).

d) Tópica reivindicativa referente al celibato y la natalidad. Contradictoriamente con la petición femenina del respeto de la vida e integridad física de la mujer, la parte más radical e izquierdista del feminismo gallego sigue pidiendo «aborto libre y gratuito» (UREÑA 1992 . 03 . 9: 47) y no precisamente para estados de necesidad o de legítima defensa de la gestante. El argumento gusta de tapar el asesinato del *nasciturus* tras auténticos derechos como los referentes al amor, a la planificación familiar, a la disposición del propio cuerpo o a la libertad sexual²⁹.

e) Tópica reivindicativa referente al matrimonio y la familia. En este dominio se reivindica: «Una distribución equitativa de las responsabilidades familiares. Acciones que faciliten la conciliación de las responsabilidades familiares con las profesionales. Medidas referidas a instalaciones de guarderías o ayudas para financiar el coste del cuidado de los hijos» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40)³⁰. En fin, también «hay que conceder a

28. Y en este mismo campo: «la autogestión de los recursos rurales, incluyendo nuevas formas de autoorganización y autoempleo» (ALBA 1992.03.10: 35) o «la cotitularidad de la explotación agrícola» (ALBA 1992.03.10: 35).

29. He aquí algunas fórmulas: «Que se reconozca de una vez por todas el derecho irrenunciable e inaplazable de las mujeres a su propia sexualidad y, si es del caso, a su maternidad... El derecho a disponer de su propio cuerpo y el derecho a decidir sobre su maternidad... El derecho de las mujeres, protagonistas exclusivas del problema, a decidir libre y voluntariamente el embarazo y su continuidad, interrumpiéndolo cuando no es deseado por ellas... Demandamos que el aborto se pueda realizar cuando concorra la libre y voluntaria petición de la embarazada»... (GARCIA-NEGRO 1990.05.2: 566 & 569) «la consecución de la plena autonomía de la mujer en el campo reproductivo» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: 283), «un sistema de planificación familiar eficaz» (MARON 1992.03.8: 28)...

30. Así mismo se pide «la protección oficial para las mujeres, casadas o solteras, con sus hijos a su cargo» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61), «la creación de más centros de acogida de madres solteras que incluyan a los niños... La creación de un fondo de pensiones para divorciadas y separadas... La protección de la maternidad y de las familias que tienen a su cargo personas mayores o con minusvalías, por medio de ayudas económicas y exenciones fiscales... Sueldo y Fondo de Pensiones para el ama de casa... Permiso para la maternidad adoptiva cuando se recibe al niño y no cuando se reconoce judicialmente... Flexibilidad de los horarios comerciales... Centros de actividad extraescolar... Bajas por embarazo y maternidad con el cien por cien del sueldo» (GARCIA-BOTIN 1992.03.10: 67).

cada uno de los padres derechos individuales (no excedencia por maternidad, sino excedencia parental) en vez de derechos familiares... Y hay que tomar medidas para aumentar la participación del hombre en las responsabilidades familiares... apoyando a los empresarios que estén dispuestos a introducir proyectos que combinen las políticas de trabajo y familia con incentivos activos para que esos derechos (inherentes a la asunción de los deberes que impone el cuidado del hogar y de los hijos) los tomen tanto los hombres como las mujeres» (PARDO-PEDERNEIRA 1992.03.8: 2).

f) Tópica reivindicativa referente al trabajo. Las peticiones más conspicuas se centran en la «igualdad de salarios y de oportunidades en el empleo» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: 283), conseguida con «medidas para asegurar el cumplimiento de la legislación vigente y garantizar a través de la inspección laboral la plena igualdad en materia de retribución salarial entre hombres y mujeres» (SAINZ-GARCIA 1992.03.19: 37)³¹. Sobre todo, «la conciliación del trabajo, las responsabilidades familiares y la igualdad de oportunidades ante el empleo» que constituye «uno de los retos más importantes y complejos a los que se enfrentan Europa y España en la década de los 90... El desarrollo de políticas claramente definidas con programas coherentes y detallados que concilien los cuidados de la infancia, el empleo y la igualdad de oportunidades... La inserción profesional de las mujeres» que «exige considerables progresos en materia de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales» (PARDO-PEDERNEIRA 1992.03.8: 2)³².

g) Tópica reivindicativa referente a la educación, la información y la cultura. Entre «las tareas gubernamentales prioritarias» a desarrollar en este sector se destacan las referentes a centros de información y enseñanza³³ y a servicios sociales³⁴. En resumen: «planes de promoción de la

31. También: «Posibilidades de autoempleo» (SIO 1992.02.27: 17). «El trabajo fuera de casa para ser económicamente independientes y poder realizarse mejor» (COBO 1992.03.13: 1). «Medidas específicas en beneficio del empleo femenino, de su promoción empresarial y de la eliminación de obstáculos para su acceso al empleo» (SAINZ-GARCIA 1992.03.8: 40).

32. Finalmente, «el fomento de la jornada laboral femenina a tiempo parcial» (GARCIA-BOTIN 1992.03.10: 67). «La dignificación del trabajo rural femenino» (ALBA 1992.03.10: 35). «Prioridad a la hora de acceder a un puesto de trabajo para la mujer viuda con cargas familiares y en igualdad de otras condiciones» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61).

33. Es decir: «Una educación basada en nuevos valores igualitarios» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: 2830). «Centros de información y asesoramiento de la mujer», especialmente jurídicos (CONDE-PUMPIDO 1969.07.11: 0.015) (COBAS 1991.11.17: 23) (FETEIRA 1992.03.8: 36). «Un programa de acción compensatoria de acciones educativo-normativas dirigido a las mujeres de nivel de instrucción más bajo» (SAINZ-GARCIA 1992.02.25: 29). «Formación de mujeres adultas, especialmente en el medio rural y con edades superiores a 45 años» (MARON 1992.03.6: 28).

34. Y en cuanto a lo segundo, «servicios de asesoramiento para realizar una labor de investigación, información, organización de actividades que faciliten la participación de la mujer, potenciando su papel social en el rural, los barrios y las zonas urbanas» (RODRIGUEZ-MARTUL 1992.03.6: 36). «Servicios como un centro de documentación e información, una secretaría jurídica y psicológica y una biblioteca» (RODRIGUEZ-MARTUL 1992.02.26: 29).

mujer dirigidos a proporcionarle toda la preparación posible para que pueda ser libre, sobre todo al elegir su trabajo» (GARCIA-BOTIN 1992.03.10: 67).

Ultimamente se enfatiza que «la mujer debe ser instruida para poder exaltar sus derechos políticos y sociales y poder optar así al puesto que le corresponde en la sociedad, sin tapujos ni cortapisas» (OTERO 1992.03.8: 10)³⁵.

h) Tópica reivindicativa referente al asociacionismo y al sindicalismo. Se emplean en este campo los más clásicos tópicos de combate del feminismo viejo traducidos a la actualidad³⁶. En las manifestaciones compostelanas del Día Internacional de la Mujer Trabajadora las féminas se manifestaron solas –rechazaron la presencia de hombres³⁷– y reivindicaron la lucha con una pancarta que decía: *¡Viva a loita feminista!* (UREÑA 1992.03.9: 47).

IMÁGENES POSITIVAS

Como hemos podido comprobar hasta aquí la imagen que la mujer gallega contemporánea da de sí misma es bastante sórdida y pesimista. Una de ellas ha podido escribir un artículo titulándolo «Ser mujer gallega y no morir en el intento de conseguir la igualdad de oportunidades» (MONLLOR 1991.11.3: 75). Entonces ¿es que no hay ninguna faceta atractiva en la imagen de la mujer gallega que ella misma está ofreciendo a la sociedad?

Aparentemente, sólo las parlamentarias del Grupo Popular se han atrevido a defender una imagen combativa y progresista pero no desafiante y

35. También se hace hincapié en el «conocimiento y difusión de la labor desenvuelta por las mujeres que destacaron o que fueron pioneras en cualquier tipo de actividades –científicas, culturales, artísticas, sociales, políticas, etc.– y por eso encontraron un lugar en la historia» (RODRIGUEZ-MARTUL 1992.03.15: 24). Y en «las nuevas tecnologías de las profesiones no habituales» (MARCO 1992.03.19: 72).

36. He aquí unas muestras: «En el campo de la vida política, la participación de la mujer gallega, aunque en el Parlamento Gallego estemos nueve mujeres, es evidentemente escasa. Y no defiendo yo, desde luego, ningún tipo de cuota... Una democracia sólo es semidemocracia si no consigue una representación paritaria de hombres y mujeres en los papeles de responsabilidad» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.03.27: 285). «A la hora de denunciar las agresiones, como malos tratos y violaciones, los porcentajes son muy bajos, sobre todo en el ámbito rural» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.8: 67). «Estoy notando una falta de solidaridad a la hora de reivindicar: creo que las compostelanas son poco participativas» (FETEIRA 1992.03.8: 36).

37. «Está bien que las mujeres nos autoafirmemos solas y queremos que los hombres lo entiendan así» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.9:).

divisora, sino conciliadora y cooperativa. Los rasgos esenciales de esta imagen se encuentran en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de Creación del Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer³⁸.

Fuera de ahí, poco más se encuentra que la admisión del hecho de que se ha avanzado algo... aunque... queda mucho por hacer, no se puede bajar la guardia, hay que seguir combatiendo, etc. etc. No es mucho ciertamente, pero menos da una piedra. Y no hay que olvidar que incluso eso ha sido discutido, p.e., por las parlamentarias Miguélez Ramos y García Negro, aduciendo que la exposición de motivos de referencia no recogía la estampa trágica³⁹. No faltan, como es natural, las mujeres que se han

38. Firman esta proposición cuatro diputadas –Manuela López Besteiro, Guadalupe Varela Coello, Elisa Madarro González y Pilar Pedrosa González– y tres diputados –Víctor Vázquez Portomeñe, Manuel Pérez Álvarez y Manuel Varela Rey–. La exposición ha quedado prácticamente igual en el texto definitivo. La oposición intentó simplemente suprimirla, sin lograrlo.

En la Exposición de Motivos se postula que:

a) «Hay que tratar de que la mujer, con independencia del nivel económico, cultural o social al que pertenezca, pueda elegir libremente la opción personal, profesional, familiar y política que prefiera, determinando de este modo de una forma real y no nominal su participación en la sociedad, sin que esto suponga la renuncia a sus aspiraciones familiares y sin renunciar a su personalidad femenina» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.04.27: 345).

b) «Es preciso defender la colaboración entre el hombre y la mujer, frente a la confrontación, ya que es necesario entender la sociedad desde el punto de vista más humano y, en este sentido, colaborar exige que las relaciones entre hombres y mujeres se desenvuelvan en un ámbito de igualdad, tanto en la vida privada y profesional como en la cívica» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.04.27: 345).

c) «En la esfera privada, hay que introducir en la sociedad la idea de que las obligaciones de la mujer son obligaciones de toda la sociedad y, dentro de la unidad familiar, de todos sus miembros por igual» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.04.27: 345).

d) «Desde la perspectiva profesional hay que llegar a lograr que la promoción y el sueldo no se diferencien en función de los sexos, sino de la capacidad y del esfuerzo de cada cual» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.04.27: 345).

e) «Desde el punto de vista político conviene tener en cuenta que una democracia debe permitir una representación paritaria de hombres y mujeres en puestos de responsabilidad; y en este sentido son necesarias medidas que favorezcan la participación de las mujeres en todos los organismos al servicio de la comunidad» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.04.27: 345).

39. La primera se ha opuesto a tales manifestaciones, pidiendo la supresión de tal exposición de motivos. Es decir, porque no enfatiza «las dificultades que tiene la mujer para acceder a la educación, a la salud, al empleo, a la convivencia social y a la vida pública»; «las luchas de las propias mujeres que ya han luchado y peleado tanto»; «las numerosas discriminaciones de hecho que todavía persisten»... (MIGUÉLEZ RAMOS 1990.12.18: 3.201 ss.).

La segunda ha perseguido el mismo fin alegando que ahí falta el testimonio de la mujer gallega que, como ella, «sólo quiere dejar de ser víctima de la guerra previamente declarada en la parte alícuota que me corresponde como mujer gallega... guerra que previamente existe, en tanto en cuanto existe una discriminación y una opresión objetiva dirigida contra las mujeres»... (GARCIA-NEGRO 1990.12.18: 3.203).

atrevido a ofrecer el esbozo de una sonrisa. P.e. la propia parlamentaria López Besteiro⁴⁰ y otras⁴¹.

El tópico cobra su aspecto más positivo cuando se dirige a mostrar las vías por las que el sector mujer puede convertirse en un grupo de poder para desempeñar misiones de mejora y perfeccionamiento de la sociedad⁴².

¿Y la imagen de la «mujer ideal» como «mujer-madre», la «mujer-ternura» y la «mujer-pendiente-del-hombre», que algún hombre ha tenido el valor de proponer como el más atractivo para nosotros (DELLANO 1992.03.13:)? Esa imagen femenina forjada en los talleres caballerescos medievales, canonizada en los renacentales, policromada en los barrocos, medida en los ilustrados, desmedida en los románticos y acrisolada en los modernistas... es normalmente rechazada por las féminas de nuestra era pluralista.

Ellas, por el contrario, protestan contra «el determinismo educacional ejercido por las distintas sociedades sobre la mujer, circunscribiendo su formación a aquellos aspectos particularmente válidos para asumir el triple papel tradicional de hija, esposa y madre» (LEMAIRE 1992.02.28: 104). Y dividen «la trayectoria de las mujeres gallegas que iniciaron sus actividades públicas en ámbitos sociales tradicionalmente ocupados por los hombres» en dos «caminos diferentes». El que no les gusta a las feministas, o sea, el para ellas mal camino de «las que reivindicaban una educación para la mujer encaminada a la mejor formación de los hijos y que seguían presentando y defendiendo la imagen de la mujer virtuosa, buena madre, buena esposa, etc.»; y el buen camino, el otro, el de las «otras» que «inician un camino profeminista» (MARCO 1992.03.19: pp.cc.) y programan una política tendente «a salvar a la mujer de las ataduras a la casa» (CABALEIRO 1992.02.27: 17) y a conseguir «que las mujeres salgan de casa» (GANDON 1992.02.27: 17).

40. Respondiendo a las anteriores críticas, decía que «quisiera simplemente recordar que esta ley busca la aproximación progresiva a una sociedad armónica donde los hombres y las mujeres colaboren juntos en todos los ámbitos de la sociedad, tanto en la vida pública como en la privada; donde colaboren juntos en el trabajo, juntos en la educación y juntos en la vida» (LOPEZ-BESTEIRO 1990.12.18: 3.204).

41. P.e. las tres siguientes.

«Las mujeres tenemos un concepto de nosotras mismas bien diferente y menos mesiánico que el que expresan los hombres... En los pasados años muchas asociaciones de mujeres gallegas, no exclusivamente de feministas, sino también de progresistas, de campesinas, de inquietudes culturales, de amas de casa, de empresarias, de jóvenes, de literatas, de sindicalistas, encontraron respuesta a sus problemas y a sus peticiones concretas... Hoy todas y todos podemos ver con orgullo nueve mujeres gallegas sentadas en el Parlamento Gallego. Nueve mujeres que sabremos encontrar aquello que nos une por encima de aquello que nos separa» (MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: 281 & 283).

«La situación de las mujeres rurales mejora mucho cuando se integran en asociaciones porque se sienten acompañadas, más capaces para valerse por sí mismas y por encima de todo para valorarse como personas» (CARRO-PARAMO 1992.03.15: 61).

«A pesar de que la situación de las trabajadoras en Galicia es muy preocupante, desde hace diez años la sociedad es más consciente de la necesidad de igualdad entre el hombre y la mujer, gracias a que ahora estamos menos dispuestas a callar y exigimos más» (SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.8: 67).

42. P.e.: «Las leyes cambiaron, pero no la mentalidad y somos las mujeres quienes podemos cambiar a la sociedad, pues aunque sólo significamos el 52 por 100 en ella, educamos al 100 por 100 de ella» (MIHURA 1992.03.14: 24).

La imagen tradicional sólo en pocos casos es reclamada por mujeres portavoces o dirigentes. Por lo tanto no suele aparecer ni en titulares ni en artículos de fondo. Cuando ellas quieren apostar por la imagen tradicional han de refugiarse en la sección de *Cartas al director*⁴³.

¿Hay alguna posibilidad de entendimiento entre las dos posiciones? Parece que sí, puesto que empiezan a oírse voces moderadas que conciben la relación con el otro sexo en clave de amor y de cooperación y que buscan no tanto ocupar los lugares del hombre como compartir con el hombre los lugares propios, antes, de uno y otro⁴⁴.

CONCLUSIONES

De lo dicho me atrevo a deducir las siguientes conclusiones.

Hay dos cosas a constatar, de entrada. La primera es que, dentro del hecho normal de que las imágenes del tópico sean plurales, es decir, unas favorables y otras adversas, choca la anomalía de que las favorables sean muy pocas en relación a las adversas que son la mayoría. Lo que indica una autoidentificación de la gallega actual un tanto pesimista o triste o acomplejada. La segunda cosa a constatar es la multitud de pronunciamientos sobre el tópico mujer (o afines, como hembra, femenino, feminismo, etc.) que se pueden hallar en Galicia durante los tres últimos años, y singularmente durante los tres primeros meses ya transcurridos de este mismo año de 1992 en que escribo. Me atrevo a decir que son excesivos en los cuatro campos lingüísticos analizados, el ético, el social, el político y el jurídico⁴⁵. Lo que indica una autoidentificación flagrante, crispada y convulsiva.

Ambas cosas conducen a la misma meta: que la mujer gallega presenta una imagen negra de sí misma. No parece exagerada esa afirmación cuando la escritora Elvira Souto resume la evolución de la mujer moderna en tres etapas y la simboliza en tres colores, que son: la del «femenino inicial, simbolizado por el color rosa»; la del inmediato «feminismo, de color rojo»; y el próximo y final «*status de hembra*, cuyo color es el negro» (SOUTO 1992.02.29: 73). Desde luego que sobre esa interpretación de la mujer revolotea, y no para bien, la *negra sombra* rosalina. También vale re-

43. Así p.e. ésta: «Las llamadas alternativas para la mujer... la llamada autorrealización, según parece, sólo se podría conseguir fuera del hogar, en una oficina, en una cadena de montaje, en la caja de un supermercado. No tengo nada contra estos empleos, todos dignos y honrados: pero creo que no tienen comparación con la profesión de ama de casa y de madre» (OLIVEROS 1992.03.21: 4).

44. «No discriminamos al hombre. Queremos trabajar a su lado con los mismos derechos y obligaciones, dentro de la empresa, de la política, de la cultura y de todo lo demás. Queremos caminar a la par, respetando la idiosincrasia de cada sexo. Desearíamos que algún día nuestra asociación no tuviese razón de ser, lo que sería muestra de que todas las mujeres habríamos alcanzado nuestros objetivos y que nuestras reivindicaciones habrían sido escuchadas» (OTERO 1992.03.8: 10).

45. Como puede comprobarse en la bibliografía referida en el último apartado de este trabajo.

cordar, en relaci3n con esto, que las mujeres de las manifestaciones progresistas del D3a de la Mujer Trabajadora (8.03.1992 en Santiago) exhib3an una pancarta que dec3a: *Somos malas, pero podemos ser peores* (UREÑA 992.03.9: 47).

Quiero creer, sin embargo, que tan ruin imagen no es otra cosa que un artificio ret3rico: se le pinta a la sociedad machista, i.e., gobernada por machos, un cuadro sombr3o para ablandar su bolsillo e inclinarle a «la adopci3n de medidas especiales» (PLIP 1989.06.5: 7.659) y de «acciones positivas que favorezcan a la mujer» (CONDE-PUMPIDO 1989.07.11: 9.016). Ahora bien, este bombardeo de artiller3a, preparatorio de la posterior invasi3n del campo enemigo masculino, plantea de inmediato la siguiente pregunta: *¿Encontrar3 el feminismo despu3s de la victoria sobre el machismo algo m3s que un mont3n de ruinas sociales?* Ellos temen que s3. Ellas, sin embargo, est3n «convencidas de que la participaci3n de la mujer en todos los campos en igualdad de condiciones con el hombre es indispensable para conseguir nuestra propia dignidad» y que ello «redundar3a adem3s en el desarrollo pleno y completo del pa3s, en el bienestar del mundo y en la causa de la paz» (PLIP 1989.06.5: 7.659).

A3n as3 queda siempre en pie el espinoso tema de la compatibilidad entre el principio de igualdad y el principio del trato privilegiado a la mujer⁴⁶. Porque no debe quedar en la sombra que muchas feministas cuando dicen reclamar la igualdad lo que en realidad reclaman es la discriminaci3n positiva, o sea, el privilegio: «La igualdad de la mujer s3lo se lograr3 con una lucha positiva y discriminando a favor de la misma» (CONDE-PUMPIDO 1989.07.11: 9.032). Unas, frente a esto, responden de la legitimidad de toda «acci3n positiva» entendida como «una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades a trav3s de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que sean resultado de pr3cticas o sistemas sociales, m3s all3 del control de la aplicaci3n de las leyes de igualdad y poniendo en marcha programas concretos para proporcionarles a las mujeres ventajas concretas» (MIGU3LEZ-RAMOS 1990.02.27: 286). Otras, en cambio, aceptan el «c3racter sexista» de todo enfoque «paternalista y protector» de la pol3tica feminista y por eso, dicen, «defender la igualdad, antes que la mujer», con otras alternativas (LOPEZ-BESTEIRO 1990.03.27:286).

En todo caso, los hechos son los hechos. El divorcio est3 asumido. El n3mero de matrimonios rotos se multiplica y los sufrimientos de todos se potencian (FRANCO 1991.12.15: 26). Tamb3n las relaciones sexuales pre-

46. Toco el tema sabiendo a lo que me expongo. A quien ose decir tal, la parlamentaria socialista gallega Migu3lez, p.e., le espeta suavemente, «para no asustarlo», que tal idea s3lo la puede sustentar «la derecha m3s dura», empleando «una interpretaci3n que podr3amos llamar darwinista de la incorporaci3n de la mujer a la sociedad», conforme a la cual «cualquier medida de acci3n positiva, adem3s de no ser necesaria, es considerada como discriminatoria» (MIGU3LEZ RAMOS 1990.04.10: 182).

matrimoniales y la pareja extramatrimonial. Y comienza a haber aceptación del aborto, aunque este tema divide a los colectivos feministas progresistas (que lo reclaman), de los populistas (que lo rechazan). En general, la mujer gallega no comparte o no se atreve a confesar que comparte la preferencia masculina por una mujer buena esposa, buena madre dedicada preferentemente al hogar y a los hijos.

¿Estamos entonces gallegos y gallegas en las antípodas culturales? Tampoco es eso. El modelo existencial que presenta como propio para sí la mujer gallega no disiente radicalmente del que le gustaría al varón gallego que presentara. Ambos modelos coinciden algo, aunque sea muy poco (PEON 1991.10.20: 62) y menos mal que hay algunas coincidencias. Pero las disidencias son tan fuertes que el hecho constituye un problema muy preocupante para el desarrollo en el futuro inmediato del pueblo gallego. Probablemente la solución al problema del parón de la natalidad y del crecimiento negativo de la actual población gallega⁴⁷ tiene que ver mucho con la solución a este otro problema.

Es especialmente preocupante el hecho de que la mujer gallega, o el sector más comunicador del feminismo gallego, pretenda divorciar el destino como ser humano y el destino como mitad femenina de la humanidad. Es decir, que rechace de una u otra forma su papel de madre, inevitablemente unido al de compañera y esposa del varón. A lo que se ve, el deseo varonil de encontrar una esposa y madre es un prejuicio conservador que debe ser rechazado y que es caricaturizado con chocante seriedad⁴⁸.

Este planteamiento de lucha de clases entre la clase-macho y la clase-hembra, que algún feminismo porta por contagio placentario del marxismo, manifiesta un error descriptivo; y además comporta cierta ridiculez valorativa ahora, cuando ha quedado demostrado que la lucha de clases no es el motor, sino el freno de la historia. De toda la historia, social o general. Y de todas las clases, de las laborales, de las sexuales y de todas las demás. El tic antiprocreativo es especialmente grave en lo que se refiere a la tendencia a justificar o solicitar la permisividad en materia de aborto; y en

47. «La población gallega es la más envejecida de España... la situación es extraordinariamente comprometida ya que, además el índice de hijos por mujer es de 0,90 a 1,00 mientras que la media española alcanza el 1,30... y la nupcialidad es en Galicia de 4,72 por mil frente al 9,94 por mil de España» (XUNTA 1992: 62).

48. «En España —dice la parlamentaria socialista Miguélez— son los sectores conservadores los que estructuraron como es la vida de las mujeres, de la familia y de la sociedad. Saben que sus intereses estuvieron protegidos siempre por cierto prototipo de mujer sumisa, dependiente, no desarrollada integralmente y que, a su vez, le transmite a sus hijos un esquema social en el cual siempre hay personas que mandan y siempre hay personas que obedecen; siempre hay personas que tienen cuartos y siempre hay personas que no los tienen; personas que administran esos cuartos y personas que no los administran; unas incapaces de desenvolverse en el medio económico y otras muy capaces; unas con poder y amparadas por la autoridad y otras en la mayor indefensión» (MIGUÉLEZ RAMOS 1990.04.18: 482).

lo que se refiere a restringir drásticamente la natalidad. En algún caso se llegan a producir posicionamientos incoherentes y kafkianos⁴⁹.

En general el feminismo incurre aquí en una incómoda paradoja. Consiste ésta en la evidencia de que si es un grupo deprimido, maltratado, discriminado y marginado, es que necesita protección y tutela dentro de la familia, de la ciudad, de la región, del reino o de la federación. Pero si, por el contrario, desprecia por machista cualquier régimen protector y tutelar de cualquier padre, marido, alcalde, gobernador, rey o roque, entonces es que desea seguir siendo un grupo explotado, marginado, discriminado, etc. La argumentación feminista parece naufragar así, sea en el scila liberal, a cuyo tenor quiere abrazar toda libertad frente al poder político y dice rechazar todo proteccionismo paternalista; sea en el caribdis socialista, a tenor del cual opta en sentido exactamente contrapuesto⁵⁰.

49. P.e., el 12-03-1992 la Asociación Galega da Muller protesta tildando de discriminatoria contra la mujer una declaración del Presidente de la Xunta lamentando el hecho de la tasa negativa de la natalidad en Galicia y anunciando ayudas gubernamentales para las parejas con dos y tres hijos, especialmente en cuanto a la obtención de vivienda de protección oficial.

«El avejentamiento demográfico de la población gallega –según el Prof. Fraga– es más elevado que en el conjunto de la CE (14% & 13%)... No nos podemos permitir una Galicia avejentada, porque eso constituye el principal obstáculo para la renovación de nuestros recursos humanos y una seria amenaza para nuestro futuro... Por eso hay que concienciar a la población y articular un conjunto de medidas que hagan atractivo para las familias tener más hijos. El gran objetivo es incrementar el número de matrimonios con tres o más hijos. Si bien los estímulos fiscales le corresponden al gobierno central y no son competencia del gobierno de Galicia, sí podemos y debemos y vamos a hacer una política con nuestros medios: de prioridad en la adquisición de viviendas públicas para las familias que tengan tres o más hijos; y, en general siempre que no lo impida la normativa estatal básica o el principio de equidad, fijar como criterio prioritario para el disfrute de bienes y servicios de la Comunidad que afecten a las familias, la pertenencia a una unidad familiar con tres o más hijos» (FRAGA-IRIBARNE 1992.03.10: 76 a 78).

La AGM rechaza esa medida alegando: que la decisión sobre la maternidad «es algo que compete a la mujer y no a ningún gobierno»; y que «elude el derecho a una vivienda digna» de quienes «no tienen hijos o sólo tienen uno» (AGM 1992.03.13: 13).

Es decir, confundiendo la intervención de la pareja masculina en la decisión de maternidad-paternidad con la intervención de terceros; y confundiendo la ayuda a un grupo muy deprimido con la persecución de otros grupos menos deprimidos.

50. Eso es en la teoría. En la praxis, desde luego nuestras mujeres y sus asociaciones y sindicatos se aprovechan cuanto pueden de los mecanismos protectores estatales y regionales. Los cuales existen gracias a que la protección y la promoción es el punto de vista firme, sea del gobierno central sea del autonómico. Y también lo es de los gobiernos provinciales y municipales.

Pues este enfoque ha sido asumido por el legislador español con el Real Decreto 2834/1983 de 5,10 sobre Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Protección a la Mujer (DOGA 1983.22.11. & 1984.28.03). El cual transfiere a Galicia los servicios del Organismo Autónomo Patronato de Protección a la Mujer, integrado por Ley de 20-12-1952 en el Ministerio de Justicia. El traspaso comprende cuatro servicios –las respectivas Juntas Provinciales–; y dos instituciones: el Hogar Nuestra Señora de los Ojos Grandes, de Lugo y el Hogar-Taller Santa María Goretti, de Vigo. Todo, con unos recursos financieros anuales de 19 millones de pesetas; de los que 4 son gastos de personal y 15 gastos de funcionamiento, quedando 0 para conservación, mejora o sustitución.

Y luego, consecuentemente, por el gobierno gallego, con el Decreto Autonómico 222/1983 de 24-11, sobre Asunción de Transferencias en materia de Protección a la Mujer (DOG 1-12-1983), el cual atribuye estas competencias a la Xunta y a la Consellería de Presidencia, quedando ésta encargada de la disciplina normativa y ejecutiva de la protección. Y la misma consideración es la que justifica que el Parlamento Gallego promulgara la Ley Autonómica de 14-01-1991 creadora del Servicio Gallego de Promoción de la igualdad del hombre y la mujer (BOPG de 12-01-1991).

Según todos los indicios, la visión global del problema feminista en la Galicia de 1992 se puede resumir en las siguientes cinco proposiciones⁵¹:

a) Hay desigualdad entre los hombres y las mujeres, discriminación femenina y supremacía masculina. Hay inestabilidad familiar. Hay crecimiento vegetativo negativo. Hay envejecimiento de la población. Hay absentismo laboral femenino mientras su aportación es necesaria para la reconstrucción del país. *b)* La igualdad (la general y la intersexual) es para los gallegos un valor fundamental a ser promovido con acciones negativas y positivas por todos los poderes públicos justificables con una legitimación democrática. Pero paradójicamente la sociedad gallega no valora igualitariamente los ámbitos público (ciudadano) y privado (familiar), a pesar de que son interdependientes y complementarios de hecho y a pesar de que tienen la misma importancia para la vida social. *c)* La política de igualdad entre los sexos trata de lograr que las gallegas tengan los mismos derechos que los gallegos y que los puedan ejercer de hecho. *d)* La participación de las mujeres en el ámbito público implica una complejidad mayor que la de los hombres, porque usos inmemoriales y costumbres troquelantes han atribuido una mayor responsabilidad a ellas que a ellos en el trabajo de índole privada (desarrollo familiar), con el correspondiente consumo de tiempo y energía y la consiguiente autolimitación; e inversamente, han atribuido una mayor responsabilidad a ellos que a ellas en el trabajo público (desarrollo ciudadano), con la correspondiente sobrevaloración económica y política. *e)* No es tarea fácil, pero hay que conseguir encontrar fórmulas de división del trabajo que respeten los roles sexuales y organicen ambas tareas, las públicas y las privadas, de modo que puedan ser desempeñadas por los dos sexos con igual productividad y realización. «No consideramos que el futuro tenga que ser como el presente: el que la mujer deba elegir entre competir en el trabajo en términos masculinos; o aceptar oportunidades de trabajo restringidas, con pagas y perspectivas mínimas, a cambio de la atención a los hijos y al hogar» (PARDO-PERDERNA 1992.03.15: 2).

NORMATIVA BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Normativa

- 1983.11. 22: Real Decreto 2834/1983 de 5. 10 sobre Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Protección a la Mujer (DOG 22.11.1983 & 28.03.1984).
- 1983.12.1: Decreto Autonómico 222/1983 de 24.11, sobre Asunción de Transferencias en materia de Protección a la Mujer (DOG 1.12.1983)

51. Cfr. el magnífico y breve discurso del Prof. Fraga reseñado en bibliografía con la sigla FRA-GA-IRIBARNE 1991-12-10.

- 1988.03.16: Proposici3n de Ley doc. n3 8.852/1988, de Creaci3n del Instituto Gallego de la Mujer, *Bolet3n Oficial do Parlamento de Galicia*, Santiago, 16.03.1988, pp. 4.602 ss. (Formulada por el G.P. Mixto a iniciativa de Camilo Nogueira. Rechazada el 26.04.1988, BOPG de 20.05.1988, p. 4.988).
- 1989.06.5: Proposici3n de Ley doc. n3 8.852/1989, de Creaci3n del Instituto Gallego de la Mujer, *Bolet3n Oficial do Parlamento de Galicia*, Santiago, 5.06.1989, pp. 7.659 ss. (Presentada por Iniciativa Popular llevada a efecto exclusivamente por colectivos feministas y defendida en pleno por Teruca Conde Pumpido. Rechazada el 11.07.1988, BOPG de 20.07.1989, p. 7.978).
- 1990.02.23: Proposici3n de Ley doc. n3 269/1990, de Creaci3n del Instituto Gallego de la Mujer, *Bolet3n Oficial do Parlamento de Galicia*, Santiago, 1990.02.23, pp. 79 ss. (Presentada por iniciativa de Xanxos3 L3pez Facal. Rechazada el 27.03.1990, BOPG de 31.03.1990, p. 213).
- 1990.10.15: Ley 11/1990 de 15.10 sobre Reforma del C3digo Civil en aplicaci3n del Principio de No Discriminaci3n por Raz3n de Sexo (BOE 18.10.1990).
- 1991.01.14: Ley Autonom3nica de 14.01.1991 creadora del Servicio Gallego de Promoci3n de la Igualdad del Hombre y la Mujer (BOPG de 12.01.1991, pp. 2.269 ss.).

2. Bibliograf3a

- AGM 1992.03.13: AGM, Asociaci3n Gallega de la Mujer, «Comunicado de la Asociaci3n Galega da Muller», *Faro de Vigo*, Vigo, 13.03.1992, p. 13.
- ALBA 1992.01.17: ALBA, Asociaci3n de Mulleres Progresistas Alba, «Los malos tratos propinados por hombres son el gran problema de las compostelanas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 17.01.1992, p. 24.
- ALBA 1992.02.10: ALBA, «Mujeres al borde de un ataque de nervios», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 10.02.1992, p. 18.
- ALBA 1992.03.10: ALBA, «Conclusiones sobre Mujer y Ruralidad», *La Voz de Galicia*, A Coru3a, 10.03.1992, p. 35.
- ALVAREZ 1992.03.9: FAUSTINO F. ALVAREZ, «Solucionemos la discriminaci3n de la mujer», *El Correo Gallego*, Santiago, 9.03.1992, p. 2.
- BLANCO 1992.03.19: CARMEN BLANCO, Periodista, «Lilith», *La Voz de Galicia*, 19.03.1992, p. 10.
- BORRAJO 1992: GENARA BORRAJO, Periodista, «Intervenci3n en una Mesa Redonda, organizada en Ortigueira por la Asociaci3n de Mujeres Rurales, sobre el tema *¿Qu3 opinan ellos de ellas?*», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.

- BUGALLALL 1991.12.6: ISABEL BUGALLALL, «O feminino é a forma máis neutra de comunica-lo que non é neutro», *El Correo Gallego*, Santiago, 6.12.1991, p. 18.
- CABALEIRO 1992.02.27: MARILO CABALEIRO, Presidenta de la Asociación Mulleres Progresistas, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago, 27.02.1992, p. 17.
- CABALLERO 1992.01.26: FÉLIX CABALLERO, «La mayoría de los casos de malos tratos se producen en familia», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 26.01.1992, p. 59.
- CAF 1992.03.9: CAF, Comités Abiertos de Facultad de la Universidad de Santiago, «Comunicado», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 9.03.1992, p. 47.
- CAMPO 1992.03.13: AMALIA CAMPO, Escritora, «Intervención en una Mesa redonda, organizada por la Asociación de Mujeres Rurales en Ortigueira, sobre el tema *Cómo ser mujer en un mundo machista*», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.
- CARRO-PARAMO 1992.03.15: AURORA CARRO-PARAMO, Presidenta de la *Federación Galega de Viuvas*, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 61.
- CASTRO 1992.03.7: MARIA DOLORES CASTRO, Miembro de Comisiones Obreras, «Presentación de una unidad didáctica antisexista titulada *Educación na igualdade*, para las escuelas compostelanas, editada por el Departamento para la Mujer y la Juventud del Municipio», *El Correo Gallego*, Santiago, 7.03.1992, p. 25.
- CASTRO-RODRIGUEZ 1991.11.10: XAVIER CASTRO-RODRIGUEZ, «Perspectiva da criación feminina en galego», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.11.10, p. 11.
- CGX 1992.03.9: CGX, *Consello Galego da Xuventude*, «Comunicado», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 9.03.1992, p. 47.
- COBAS 1991.11.17: ESPERANZA COBAS, Abogada, «Las mujeres, visitantes asiduas del Servicio Jurídico Municipal», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 17.11.1991, p. 23.
- COBO 1992.03.13: RAQUEL COBO, Dirigente Feminista, «Intervención en una Mesa redonda, organizada por la Asociación de Mujeres Rurales en Ortigueira, sobre el tema *Cómo ser mujer en un mundo machista*», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.
- CONDE-PUMPIDO 1989.07.11: TERUCA CONDE-PUMPIDO, «Presentación e Defensa da Proposición de Lei de Iniciativa Lexislativa Popular de Creación do Instituto Galego da Muller», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, Santiago, 11.07.1989, pp. 9.015 ss.

- CS 1992.02.15: CS, Conselleria de Sanidade da Xunta de Galicia, «M3s de 160.000 hombres y de 51.000 mujeres gallegas, v3ctimas del alcoholismo», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.02.1992, p. 69.
- CTSS 1992: CTSS, Conseller3a de Traballo e Servicos Sociais da Xunta de Galicia, «Comunicado», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 9.03.1992, p. 47.
- DE-LLANO 1992.03.13: PEDRO DE-LLANO, Periodista, «Intervenci3n en una Mesa Redonda celebrada en Ortigueira», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.
- FETEIRA 1992.03.8: CARMEN FETEIRA «La mujer compostelana», *El Correo Gallego*, Santiago, 8.03.1992, p. 36.
- FETEIRA 1992.03.24: CARMEN FETEIRA, «Hombres en el feminismo», *La Voz de Galicia*, A Coru3a, 24.03.1992, p. 33.
- FRAGA-IRIBARNE 1991.12.10: M. FRAGA-IRIBARNE, Presidente de la Xunta de Galicia, *Discurso de Clausura das Primeiras Xornadas sobre Formaci3n e Traballo para as Mulleres*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1991.
- FRAGA-IRIBARNE 1992.03.10: M. FRAGA-IRIBARNE, *O Estado da Autonom3a Galega, Parlamento de Galicia*, 10.03.1992, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1992.
- FRAGA-REY 1992.03.8: FILOMENA FRAGA-REY, Agricultora de Negreira, «Intervenci3n en Santiago en un coloquio sobre Mujer y Ruralidad», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 8.03.1992, p. 28.
- FRANCO 1991.12.15: FERNANDO FRANCO, «Matrimonios rotos: los maridos, delincuentes que no pagan», *Informe Gallego*, Vigo, 15.12.1991, pp. 26 ss.26
- GANDON 1992.02.27: ANA GANDON, Concejala, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago, 27.02.1992, p. 17.
- GARCIA 1992.02:23: ANGELES GARCIA, Fiscal, «Intervenci3n en la Mesa Redonda *Si te acosan, acusa*», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 23.02.1992, p. 63.
- GARCIA 1992.03.8: ELISA GARCIA, Periodista, «La presencia femenina en el mercado de trabajo», *La Voz de Galicia*, La Coru3a, 8.03.1992, p. 67.
- GARCIA-BOTIN, 1992.03.10: ELENA GARCIA-BOTIN, Presidenta de la Asociaci3n de Mujeres Dem3cratas, «Declaraciones», *La Voz de Galicia*, La Coru3a, 10.03.1992, p. 67.
- GARCIA DE LOPEZ-AMOR 1992: MERCEDES GARCIA DE LOPEZ-AMOR, Presidenta de la *Asociaci3n de Mujeres Viudas Hispania*, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 14.03.1992, p. 69.
- GARCIA-RAMOS 1990.04.18: PILAR GARCIA-NEGRO, Parlamentaria Gallega, «Intervenci3n» en el Parlamento Gallego, *Diario de Sesi3ns do Parlamento de Galicia*, 18.04.1990, p. 477 ss.

- GARCIA-RAMOS 1990.05.2: PILAR GARCIA-NEGRO, «Defensa dunha proposición de lei para a modificación da lei actual do aborto», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, 2.05.1990, pp. 566 ss. & 577 ss .
- GARCIA-RAMOS 1990.06.22: PILAR GARCIA-NEGRO, «Proposición non de lei en pleno relativa á violencia exercida contra as mulleres e a atallalos seus efectos», doc. nº 158/1990, *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, 22.06.1990, pp. 918 ss.
- GARCIA-RAMOS 1990.12.18: PILAR GARCIA-NEGRO, «Intervencións no Debate do Dictame da Lei de Creación do Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, 18.12.1990, pp. 3.132 ss.
- GARCIA-RAMOS 1992: DANIEL GARCIA-RAMOS, Magistrado del TSJ de Galicia, «*La mujer ante el ordenamiento jurídico*, Ponencia en las IV Jornadas Estatales de Asociaciones de Viudas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 61.
- GIL-SOTRES 1992: JOSÉ ANTONIO GIL-SOTRES, Consejero de Trabajo de la Xunta de Galicia, «*La mujer ante el reto europeo*. Discurso en las IV Jornadas Estatales de Asociaciones de Viudas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 61.
- GIMENO 1992.01.23: MAITE GIMENO, Periodista, «Formación y ocupación del tiempo libre de la mujer», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 23.01.1992, p. 17.
- GUIMIL 1992.02.25: AMPARO R. GUIMIL, «¿Cuándo se suma la mujer al progreso social?», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 25.02.1992, p. 34.
- GUINDAL 1976.08.10: MARIANO GUINDAL, «Mujeres que hacen política» *Guadiana*, 10.08.1976, 23 ss.
- INZA 1992: MERCHE INZA, Directora del Centro de Información y Casa de Acogida de la Mujer de Vigo, «Intervención en una Mesa Redonda sobre *Los Malos Tratos* organizada por la Asociación de Mujeres Progresistas *Socaliña* de la Estrada», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 14.03.1992, p. 24.
- LAMIGUEIRO 1991.11.16: MIGUEL LAMIGUEIRO, Periodista, «María Vingiani y la mujer en la Iglesia», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 16.11.1991, p. 25.
- LEMAIRE 1992.02.28: RIA LEMAIER, Profesora, «Ponencia en el Simposio Internacional sobre Mujer y Cultura», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 28.02.1992, p. 104.
- LOPEZ-BESTEIRO 1990.03.27: MANUELA LOPEZ-BESTEIRO, Parlamentaria Gallega, «Intervención no Debate de toma en consideración da proposición de ley do Instituto Galego da Muller», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, Santiago, 27.03.1990, p. 284 ss.

- LOPEZ-BESTEIERO 1990.04.27: MANUELA LOPEZ-BESTEIERO, «Proposici3n de Lei de Creaci3n do Servicio Galego de Promoci3n da Igualdade do Home e da Muller», Doc. n3 671/1990, *Bolet3n Oficial do Parlamento de Galicia*, 27.04.1990, pp. 345 ss.
- LOPEZ-BESTEIERO 1990.12.18: MANUELA LOPEZ-BESTEIERO, «Intervenci3ns no Debate do Dictame da Lei de Creaci3n do Servicio Galego de Promoci3n da Igualdade do Home e da Muller», *Diario de Sesi3ns do Parlamento de Galicia*, 18.12.1990, pp. 3.132 ss.
- LOPEZ-BESTEIERO 1992.03.15: MANUELA LOPEZ-BESTEIERO, «La mujer ante la *Comunidad Europea*. Discurso en las IV Jornadas Estatales de Asociaciones de Viudas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 61.
- MARCO 1991.11.30: AURORA MARCO, Profesora, «Sexismo en el Diccionario de la Lengua Gallega editado por Xerais», *La Voz de Galicia*, La Coru3na, 1991.11.30, p. 68.
- MARCO 1992.03.1: AURORA MARCO, «O Simposio Muller e Cultura», *El Correo Gallego*, Santiago, 1.03.1992, p. 72.
- MARCO 1992.03.19: AURORA MARCO, «Concepci3n S3inz, unha pedagoga compostelana», *La Voz de Galicia*, A Coru3na, 19.03.1992, 72.
- MARIA 1992.01.26: MANUEL MARIA, Poeta, «Un curioso caso de mullerofobia», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 26.01.1992, p. 20.
- MARON 1992.03.8: CARMEN MARON, Concejala, «Presentaci3n en Santiago de una Encuesta sobre la Situaci3n de la Mujer en Galicia, encargada por el Partido Socialista de Galicia», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 8.03.1992, p. 66 & *La Voz de Galicia*, La Coru3na, 8.03.1992, p. 28.
- MAYORAL 1992.03.6: MARINA MAYORAL, Escritora, «El derecho a la libre expresi3n de la mujer», *El Correo Gallego*, Santiago, 6.03.1992, p. 28.
- MAYORAL 1992.03.19: MARINA MAYORAL, «Castrar ou non castrar», *La Voz de Galicia*, La Coru3na. 19.03.1992, p. 11.
- MERA 1992.03.8: MAR MERA, Periodista, «D3a Internacional da Muller Traballadora», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 8.03.1992, p. 66.
- MERA 1992.03.29: MAR MERA, «O Centro de Informaci3n do Emprego Mulleres Xovenes, de Santiago», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 29.03.1992, p. 58.
- MIGU3LEZ-RAMOS 1990.02.27: ROSA MIGU3LEZ-RAMOS, Parlamentaria Gallega, «Interpelaci3n sobre previsiones respecto del plan de acci3n para la igualdad entre el hombre y la mujer», *Bolet3n Oficial do Parlamento de Galicia*, 27.02.1990, p. 112 ss.

- MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.03.27: ROSA MIGUÉLEZ-RAMOS, «Intervención no Debate de toma en consideración da proposición de ley do Instituto Galego da Muller», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, Santiago, 27.03.1990, p. 280 ss.
- MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.04.18: ROSA MIGUÉLEZ-RAMOS, «Interpelación sobre previsións respecto del plan de acción para la igualdad entre el hombre y la mujer», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, 18.04.1990, p. 471 ss. & 481 ss.
- MIGUÉLEZ-RAMOS 1990.12.18: ROSA MIGUÉLEZ-RAMOS, «Intervencións no Debate do Dictame da Lei de Creación do Servicio Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller», *Diario de Sesións do Parlamento de Galicia*, 18.12.1990, pp. 3.132 ss.
- MIGUÉLEZ-RAMOS 1991.07.24: ROSA MIGUÉLEZ-RAMOS, «Interpelación sobre existencia de acoso sexual na función pública e medidas previstas ó respecto», *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, 24.07.1991, p. 4.119 ss.
- MIHURA 1992.03.14: ASUNCION MIHURA, Miembro de la Comisión para la Investigación de los Malos Tratos a las Mujeres de Madrid, «Intervención en una Mesa Redonda sobre Los Malos Tratos organizada por la Asociación de Mujeres Progresistas *Socaliña* en A Estrada», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 14.03.1992, p. 24.
- MONLLOR 1991.11.3: CECILIA MONLLOR, «Ser mujer gallega y no morir en el intento de conseguir la igualdad de oportunidades», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 3.11.1991, p. 75.
- NAVAZA, 1992.03.5: TERESA NAVAZA, «O home pode chorar e a muller pode berrar», *El Correo Gallego*, Santiago, 5.03.1992, p. 25.
- OLIVEROS 1992.03.21: MARIA ANGELES OLIVEROS, Ama de Casa, «La lucha diaria», *El Correo Gallego*, Santiago, 21.03.1992, p. 4.
- OSA-FERRER 1992.02.22: ANA OSA-FERRER, Abogada, «Intervención en una Mesa Redonda sobre el Acoso Sexual organizada por la Asociación Galega da Muller», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 22.02.1992, p. 69.
- OTERO 1992.03.8: PILAR OTERO, Secretaria de la Asociación Concepción Arenal de Vigo, «Ofrenda a Concepción Arenal», *Atlántico Diario*, Vigo, 8.03.1992, p. 10.
- OTERO-CEPEDA 1992: Encarna OTERO-CEPEDA, Concejala, «Intervención en una Mesa redonda, organizada por la Asociación de Mujeres Rurales en Ortigueira, sobre el tema *Cómo ser mujer en un mundo machista*», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.
- PARDO-PEDERNERA 1992.03.8: FERNANDA PARDO-PEDERNERA, Directora del Servicio Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller, «La mujer ante el reto europeo», *El Correo Gallego*, Santiago, 8.03.1992, p. 2.

- PARDO-PEDERNERA 1992.03.15: FERNANDA PARDO-PEDERNERA, «Traectoria vital de una viuda. Discurso en las IV Jornadas Estatales de Asociaciones de Viudas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 61.
- PEON 1991.10.20. ANA PEON, «El mundo de la mujer ante el año 2000», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 20.10.1991, pp. 62 ss.
- PINEDA 1992.02.22: EMPAR PINEDA, Feminista, «Intervención en una Mesa Redonda sobre el Acoso Sexual organizada por la Asociación Galega da Muller», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 22.02.1992, p. 69.
- PINO 1991.03.26: CONCHA PINO, «Las tres Universidades Gallegas reúnen unas 700 Profesoras», *Aula Magna de La Voz de Galicia*, 26.03.1991, p. 6.
- PLIP 1989.06.5: «Proposición de Lei, presentada por iniciativa popular, para a creación do Instituto Galego da Muller» *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, 5.06.1989, pp. 7.659 ss.
- QUEIZAN 1992.03.14: MARIA XOSÉ QUEIZAN, Escritora, «Intervención en una Mesa Redonda sobre Los Malos Tratos organizada por la Asociación de Mujeres Progresistas Socaliña en A Estrada», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 14.03.1992, p. 24.
- RODRIGUEZ 1992: MARIA XOSÉ RODRIGUEZ, Escritora, «Intervención en una Mesa redonda, organizada por la Asociación de Mujeres Rurales en Ortigueira, sobre el tema *Cómo ser mujer en Un mundo machista*», *La Voz de Ortigueira*, Ortigueira, 13.03.1992, p. 1.
- RODRIGUEZ-MARTUL 1992.01.11: CLOTILDE RODRIGUEZ-MARTUL, Concejala, «Un servicio municipal de asesoramiento de las mujeres» *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 11.01.1992, p. 27.
- RODRIGUEZ-MARTUL 1992.02.25: CLOTILDE RODRIGUEZ-MARTUL, «Llevar a los barrios los derechos de la mujer», *El Correo Gallego*, Santiago, 25.02.1992, p. 31.
- RODRIGUEZ-MARTUL 1992.02.26: CLOTILDE RODRIGUEZ-MARTUL, «Una casa de mujeres», *El Correo Gallego*, Santiago, 26.02.1992, p. 29.
- RODRIGUEZ-MARTUL 1992.03.6: CLOTILDE RODRIGUEZ-MARTUL, «El reto es reivindicar nuestros derechos», *El Correo Gallego*, Santiago, 6.03.1992, p. 36.
- RODRIGUEZ-MARTUL 1992.03.15: CLOTILDE RODRIGUEZ-MARTUL, «Convocatoria del Premio de Investigación de la Concejalía de la Mujer de Santiago de Compostela *Conozcamos Nuestra Historia* sobre el tema Mujeres de Compostela», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1992.03.15, p. 24.

- ROMERO 1992.02.25: CARMEN ROMERO, Periodista, «La Cumbre de Ginebra sobre el Progreso Económico de la Mujer», *La Voz de Galicia*, 25.02.1992, p. 58.
- SAINZ-GARCIA 1992.02.25: MARIA XESUS SAINZ-GARCIA, Diputada y Concejala, «Defensa de una Proposición no de ley sobre Mayores cauces de igualdad entre hombres y mujeres», *El Correo Gallego*, Santiago, 25.02.1992, p. 29.
- SAINZ-GARCIA 1992.03.8: MARIA XESUS SAINZ-GARCIA, «Mujeres: El sexo todavía discrimina», *La Voz de Galicia*, La Coruña, 8.03.1992, p. 40
- SAINZ-GARCIA 1992.03.19: MARIA XESUS SAINZ-GARCIA, «Proposición no de ley sobre medidas para garantizar la igualdad salarial de la mujer», *El Correo Gallego*, Santiago, 19.03.1992, p. 37.
- SAMPAIO 1992.02.1: MAR SAMPAIO, Periodista, Entrevista con Mercedes Carreño, Presidenta de la Sociedad Gallega de Sexología», *Eco*, Santiago de Compostela, 1.02.1992, p. 78.
- SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.7: NANINA SANTOS-CASTROVIEJO, Portavoz de la *Asociación Galega da Muller*, «Convocatoria de la Manifestación del Día Internacional de la Mujer Trabajadora», *El Correo Gallego*, Santiago, 7.03.1992, p. 61.
- SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.8: NANINA SANTOS-CASTROVIEJO, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago, 8.03.1992, p. 67.
- SANTOS-CASTROVIEJO 1992.03.9: NANINA SANTOS-CASTROVIEJO, «Declaraciones a A. Ureña», *El Correo Gallego*, Santiago, 9.03.1992, p. 47.
- SIO 1992.02.27: BELÉN SIO, Coordinadora de Mulleres Area, «Declaraciones», *El Correo Gallego*, Santiago, 27.02.1992, p. 17.
- SOUTO 1992.02.29: ELVIRA SOUTO, «Intervención en el simposio *Muller e Cultura*», *El Correo Gallego*, 29.02.1992, p. 73.
- UGT 1992.03.6: UGT, Secretaría de Acción Social de la Unión General de Trabajadores, «Presentación de un Informe sobre el Paro en la Comunidad Autónoma de Galicia», *El Correo Gallego*, Santiago, 6.03.1992, p. 58.
- URCELAY 1992.03.17: LUCIA URCELAY, Ex-Senadora, «Conferencia inaugural de las II Jornadas Nacionales sobre Malos Tratos a Mujeres», *La Voz de Galicia*, A Coruña, 17.03.1992, p. 14.
- UREÑA 1992.03.9: A. UREÑA, «Catrocentas mulleres», *El Correo Gallego*, Santiago, 9.03.1992, p. 47.
- XUNTA 1992: XUNTA, «Presentación en Santiago de un Estudio sobre a Demografía Galega elaborado por la Xunta de Galicia», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 15.03.1992, p. 62.

Autonomía moral para las mujeres: Un reto histórico

Por ESPERANZA GUISÁN

Santiago de Compostela

Se diría que una vez conseguidos determinados logros en el plano legal, como la igualdad jurídica de ambos sexos, el feminismo se ha quedado sin objetivos claros y navega a la deriva en busca de discriminaciones o abusos de algún tipo que justifiquen su supervivencia.

Sin embargo, si nos tomamos el movimiento feminista en serio y respetamos el espíritu de sus inspiradoras e inspiradores, nos encontramos con que la regeneración moral de las mujeres y su autonomía personal —que eran objetivos prioritarios para el feminismo histórico¹— distan mucho, en general, de haber sido alcanzados.

La visión casi grotesca de la mujer “triunfadora” que presentan determinados medios de comunicación, que alcanzan enormes tiradas o disponen de millonarias audiencias, nos hacen reparar en que las diferencias entre una cortesana o una geisha de antaño y una azafata de televisión, o una “estrella” de cine de hoy en día son cuestión solamente de cambio de ropaje y de lenguaje expresivo, pero que el mensaje que se transmite de disponibilidad del cuerpo femenino para el deleite de los varones, o la desestimación en la vida privada, e incluso en grandes sectores de la pública, del talento creativo y el desarrollo de la inteligencia de las mujeres, o de su autonomía personal y moral, siguen siendo las importantes lacras morales que llevaron a muchos seres

1. “Women who are taught... to acquire manners rather than morals”, es una apasionada e importante denuncia a cargo de Mary Wollstonecraft respecto al estado moralmente degradado de las mujeres en el s. XVIII (*Vindication of the rights of women*, primera edición 1792, en Pelican Classics, Middlesex, England, 1978, pág. 222).

humanos, mujeres en particular, a militar dentro de formas varias de feminismo.²

Es por ello que pensar que el feminismo es prescindible hoy en día es tan peligroso e inoportuno como pensar, por otra parte, que no necesita una seria y urgente revisión y reformulación filosófica en base a los objetivos y metas que le dieron vida con movimiento emancipatorio.

Para empezar sería necesario un análisis esclarecedor que discerniera y diferenciara la serie de reivindicaciones distintas, e incluso contrapuestas que pueden cobijarse bajo la rúbrica del "feminismo". Convendría continuar por adjetivar las diversas corrientes feministas, de modo que cada una de ellas destaque sus valores y premisas prioritarios.

El feminismo de la autonomía individual, no meramente de la emancipación global de un colectivo, es el que me atrevo a sugerir como filosóficamente más relevante y éticamente más defendible.

Por supuesto, va de suyo, que la autonomía individual no puede lograrse de modo individualista e insolidario, ni siquiera dentro de un solo colectivo. Sobre este particular, aunque no en otros sentidos, comparto la tesis, por lo demás excesivamente economicista de Sheila Rowbotham, relativa a que la liberación de las mujeres, de cada mujer en particular matizaría yo, no puede llevarse a cabo aisladamente como si de un problema singular y único se tratara³, sino que dicha liberación colleva una serie de luchas paralelas en frentes distintos, no necesariamente sólo en el mundo laboral, como la autora indicada parece implicar.⁴

Personalmente pienso que nunca se hará suficiente énfasis en que el feminismo implica, por encima de todo, una demanda moral, relativa a la deseabilidad de que las mujeres, y por supuesto los hombres, devengan seres autónomos con capacidad de decisión personal, ilustrada e imparcial, desarrollados plenamente, con independencia de su estatus social, económico, su pertenencia a un sexo o un grupo determinado.

Esta demanda de autonomía moral implica, pero no se agota en, el sentimiento de auto-estima, que ha sido destacado recientemente por Gloria Steinem como uno de los factores determinantes de la emancipación feme-

2. En MARY WOLLSTONECRAFT puede apreciarse toda la indignación moral que a las pioneras del feminismo les produce el que se rebaje a la mujer a un puro objeto "complaciente": "those books which tender... to degrade one-half of the human species and render women pleasing" (Ibid., pág. 104).

La persistencia en nuestro tiempo de tal estado de cosas puede verse en la enérgica denuncia de BARBARA GORDON acerca de la predilección del varón contemporáneo por la mujer "adoradora":

"It wasn't merely or totally a matter of flesh or money. Now I knew about some men's need for adoration" (*Jennifer Fever*, Fontana, Willian Collins, Glasgow, 1989, pág. 301).

3. "A feminist movement which is confined to the sepecific oppresion of women cannot in isolation end explotation and imperialism" (SHEILA ROWBOTHAM: *Women's consciousness, Man's World*, Penguin Books, Middlesex, England, 1975, págs. 123-124).

4. Ibid, págs. 124-126.

nina⁵. En rigor se trata de la propia auto-estima llevada a sus últimas consecuencias que implican la autodeterminación moral, el auto-respeto, y el auto-diseño de los peculiares modos de vivir nuestro rol social.

En lo que sigue trataré de contestar con más o menos amplitud y profundidad a tres importantes interrogantes respecto a la demanda *moral* primordial de los movimientos feministas:

I. ¿Es la autonomía moral un valor importante con vistas a la felicidad profunda y la gratificación de cada mujer en particular?

II. ¿Es realizable fácticamente dicha autonomía moral?

III. ¿Es beneficiosa y relevante la autonomía de las mujeres para la otra mitad de la raza humana?

I. ¿ES LA AUTONOMIA MORAL UN VALOR IMPORTANTE CON VISTAS A LA FELICIDAD PROFUNDA Y LA GRATIFICACION DE CADA MUJER EN PARTICULAR?

Desde los supuestos axiológicos que han inspirado la filosofía en general, no sólo la filosofía jurídica, moral y política, desde Sócrates para acá, ser uno mismo y escuchar la voz del *daimon* particular ha sido la tarea humana por excelencia y la fuente al propio tiempo de la vida moral y la vida feliz. Epicuro llegó a afirmar que aún en el potro del tormento el sabio es más feliz que el ignorante⁶ aunque Aristóteles había matizado la necesidad de ciertos bienes materiales para lograr la eudaimonía o bienestar psíquico.⁷

Por supuesto que la emancipación de la mujer, la búsqueda de su identidad particular como individuo es un proceso complejo que precisa de toda una serie de transformaciones sociales, económicas, educativas y de todo tipo.

El derecho a igual salario, la igualdad de oportunidades con relación al varón, en el mundo del saber o del hacer de la teoría o de la praxis, no son sino momentos particulares en una lucha sin tregua que, como tendré que insistir, ha de ser librada al unísono desde una pluralidad de frentes.

Sin embargo, dicha pluralidad de frentes, que conlleva, a su vez, una pluralidad de objetivos, no debe ocultarnos, sino desvelarnos, el orden de las prioridades.

5. GLORIA STEINEM: *Revolution from within, - A book of Self-Esteem*, Little, Brown and Company, Toronto, London, Boston, 1992.

6. *Acerca del Sabio*, D.L. X, 117-121.

7. ARISTOTELES: *Etica a Nicomaco*, 1178b.

Ser una persona individual, una mujer única e irrepetible, es lo que late tras la lucha por la emancipación femenina desde sus orígenes⁸, como latía tras las denuncias marxistas acerca de la injusta apropiación de los medios de producción una llamada a la emancipación moral de la clase trabajadora y la humanidad en su conjunto, aunque muchos supuestos y supuestas seguidores del marxismo y el feminismo no han alcanzado jamás el sustrato último de las demandas de sus respectivos credos.

La superficialidad de algunas seguidoras y algunos seguidores de los movimientos marxistas o feministas sólo suele ser igualada, e incluso superadas, por algunos detractores de estas doctrinas, que con la misma ignorancia e inoportunidad tachan a la filosofía marxista de doctrina “materialista” que no tiene en cuenta la dignidad humana, o acusan al feminismo de ser una teoría de mujeres resentidas que intentan “arrebatar” a los varones sus derechos “naturales”, infiltrándose, al parecer indebidamente, en parcelas de poder económico o político que antaño estaban vedadas a las féminas.

Por supuesto que, sino queremos caer en un angelismo estéril e ingenuo, tendremos que admitir que las conquistas morales que el feminismo se propone desde sus orígenes serían impensables sin las conquistas pertinentes en el ámbito laboral, jurídico, económico y político.

Pero, habrá que seguir insistiendo, la equiparación de la mujer al varón a nivel jurídico, económico, etc., es sólo una condición necesaria pero nunca suficiente para su liberación más profunda que supone el encuentro con su individualidad, y el abandono del estado de dependencia infantil con relación a las autoridades establecidas.⁹

Ocurre, sin embargo, que los bienes más preciados no se nos presentan muchas veces *prima facie* como los más necesarios, ni siquiera los más apetecibles.

Nora, la protagonista de Casa de muñecas de Ibsen constituye el paradigma de la mujer sometida y contenta con su suerte, hasta que descubre, en un acto final desgarrador y esperanzador a un tiempo, que nunca ha sido ella misma, que nunca ha elaborado sus propios pensamientos,

8. Véase el lamento por la individualidad no permitida de LADY WINCHILSEA (1661-1720).

“Qué hundidas estamos!. Hundidas a causa de unas leyes equivocadas que tergiversan más a las de la educación que a las leyes de la naturaleza; privadas de toda posibilidad de cultivar nuestras mentes no se espera de nosotras más que seamos insulsas y a eso se nos destina; y si alguna descuella por encima de las demás impulsada por una más viva fantasía, o por la ambición, la reacción del bando opuesto es tan impetuosa que la esperanza de triunfar nunca es tan fuerte como el miedo. A unos pocos amigos canto mis penas, porque los laureles no fueron destinados para mí” (LADY WINCHILSEA, en AURELIA MARTIN: *Antología del feminismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 30).

9. En este sentido es hermosa e inteligente la réplica de MARY WOLLSTONECRAFT a ROUSSEAU:

“Educate women like men, says ROUSSEAU, and the more they resemble our sex the less power they will have over us”. This is the very point I am at. I do not wish them to have power over men but ove over themselves” (*Op. cit.*, pág. 154).

sino que éstos le han sido dictados por las autoridades religiosas, por su esposo, por los varones en general.¹⁰

La gravedad moral de la situación de Nora, sin embargo, no habría variado demasiado si sus pensamientos le hubieran sido dictados por autoridades religiosas o políticas femeninas, por una compañera de sexo lesbiana, o por las mujeres en general. Lo que es grave moralmente respecto a Nora, como respecto a cualquier ser humano de cualquier sexo, o de cualquier tendencia sexual, es el estado de heteronomía moral en que se encuentre, por decirlo con Piaget o Kohlberg.

Lo que John Stuart Mill ha criticado respecto a la carencia de voz propia en los asuntos públicos podría ampliarse a la carencia de voz propia en los asuntos públicos o privados que a cada cual conciernen.

El dictador benévolo, o la dictadora benévola, podríamos añadir, no podrían jamás proporcionarnos una felicidad profunda, ni atender a nuestras demandas más personales. Como Mill ha sugerido en *Considerations on Representative Government*, el bien más valioso, el que proporciona mayor bienestar y felicidad es la capacidad de autodeterminación, la autonomía, la individualidad moral.¹¹

Precisamente es esta individualidad moral la que ha sido secularmente denegada a las mujeres, cuya misión, según denunció Mary Wollstonecraft, había sido limitada a un supuesto estado de inocencia que suponía la permanencia en el estadio infantil.¹²

Afirmaciones como las de Concepción Arenal: “Queremos la independencia de la dignidad, la independencia moral de un ser racional y responsable”¹³, han sido más bien escasas y tardías, a causa del chantaje afectivo y de todo tipo a que se veía sometida la mujer-niña, que a cambio de su inmadurez moral podía conseguir satisfacer sus antojos, caprichos y sueños más pueriles, a modo de “compensación” a su degradación moral como ser humano carente de voz única y propia.

Las carencias femeninas, que el feminismo delata, no deben ser confundidas, en ningún caso, con la concreción de algunas demandas relativas a derechos positivos, regulaciones salariales, etc. por más que éstos sean necesarios prerequisites para una vida humana moralmente digna.

Lo que las feministas clásicas demandan con más fuerza es que se libere a la mujer de la postergación moral en que se encuentra ya que, co-

10. *Casa de muñecas*, Austral, 81, ed., 1972, final del último acto.

11. Idea que también aparece destacada en *On Liberty* (1859), especialmente en el Cap. III: “Of individuality as One of the Elements of Wellbeing”.

12. *Op. cit.*, pág. 153.

13. “Virtue is sacrificed to temporary gratifications, and the respectability of life to the triumph of an hour” *Ibid.*, pág. 125.

mo lo expresa Concepción Arenal: "En el orden moral la mujer se encuentra rebajada, porque no se puede separar la moralidad de la inteligencia".¹⁴ Emilia Pardo Bazán expresa con pasión y contundencia los *desiderata* de las grandes inspiradoras y los grandes inspiradores del feminismo clásico:

"Aspiro, señores, a que reconozcáis que la mujer tiene destino propio; que sus primeros deberes naturales son para consigo misma, no relativos y dependientes de la entidad moral de la familia que en su día podía constituir o no constituir; que su felicidad y dignidad personal tienen que ser el fin esencial de su cultura".¹⁵

Lamentablemente hay que constatar que, a pesar del tiempo transcurrido desde que las pioneras del feminismo mostraron su malestar moral, las demandas de libertad positiva, creatividad, originalidad, son todavía escasas entre los miembros femeninos de la raza humana.

Lo que es más lamentable, por paradójico que resulte, es que incluso los movimientos feministas, en una buena medida, y a pesar de su indudable buena fe, sofocan, contra todo pronóstico, y contra sus propios designios e intereses, una liberación que tiene que llevarse a cabo, al mismo tiempo, en colectivo y en solitario.

Por razones comprensibles para quienes estén familiarizados con el espíritu antigregario de la filosofía desde sus orígenes, que ha apostado siempre por apartarse de los caminos trillados, la opinión común, la *doxa*, no se puede liberar una mujer particular como de hecho se liberan las otras mujeres, dado que ella, es en sí misma, única e irrepetible, solidaria desde su soledad irrenunciable con otros seres humanos solitarios y solidarios.

Por supuesto que hay que cambiar mediante la acción conjunta actitudes, comportamientos sociales e incluso lingüísticos, por lo que los colectivos feministas, más críticos, más ilustrados que lo han sido en general, hasta el presente, tendrían una importante tarea que cumplir.

Pero el reto del feminismo filosófico es ir más allá de la exposición y denuncia de discriminaciones sociales, laborales, legales, etc., para profundizar en las *causas* que han propiciado un sometimiento más o menos "voluntario" de las féminas a través de la historia.¹⁶

Convengo con Mary Wollstonecraft en que el problema básico y central del "segundo" sexo es un problema moral, y su principal carencia la

14. La mujer del porvenir, Cap. V, citado en AMALIA MARTIN, *op. cit.*, pág. 131.

15. "La educación del hombre y la mujer. Su relación y diferencia" (16 de Octubre de 1892), en AMALIA MARTIN, *op. cit.*, pág. 152.

16. "Men do not want solely the obedience of women, they want their sentiments... they have, therefore put every thing in practice to slave their minds" (J. MILL: *The Subjection of Women*, en *Collected Works*, XXI, University of Toronto Press-Routledge and Kegan Paul, 1984, pág. 271).

falta del sentido de la dignidad personal y el autorespeto, por haber sido condenadas las féminas al estado de “esclavas” o de déspotas¹⁷, sometidas al amor o la lascivia (love or lust).¹⁸

Por supuesto que no hace falta decir que pese a la “travesura” masculina de presentar a la mujer como inherentemente “mala”, inductora al pecado original y a todos los males y vicios, no hay nada natural ni consustancial al ser femenino que haya determinado su degradación moral pasada o presente.

La división y diferenciación de *roles* entre “padre” y “madres” relegando, por razones varias, a los miembros del sexo femenino de la raza humana al ámbito de lo privado exclusivamente durante siglos han producido dentro de este colectivo los vicios, y también, como no, las virtudes, propias de animales domésticos y domesticados.

A modo de inciso convendría destacar que algunas “virtudes femeninas” no son en absoluto despreciables (como es el caso de una mayor capacidad de cuidado, un espíritu más cooperativo que el normalmente depredatorio masculino¹⁹) si bien todos los fascismos y las leyes del mercado las han marginado como impropias de la virilidad masculina, a veces confundida con la mera fuerza bruta.

El resultado, por tanto, de la separación de funciones y roles entre “varones” y “mujeres” no sólo ha producido un “segundo” sexo moralmente degradado e infantilizado, inseguro de sí mismo, sino un “primer” sexo embrutecido, voraz, competitivo y con otras diversas lacras morales igualmente destacables²⁰ de las que será preciso hablar en el último apartado de esta trabajo.

Como Mill había indicado respecto a los asalariados y los empresarios, toda relación de sometimiento entre seres humanos degrada a ambas partes y a ambas partes daña²¹, por lo que se hace preciso, com insistiré más adelante, proceder a la liberación conjunta de los dos sexos humanos históricamente malparados desde una perspectiva ética.

17. *Op. cit.*, pág. 144.

18. *Ibid.*, pág. 110.

19. Sobre este tema, muy debatido en la teoría feminista contemporánea, véase entre otros, el trabajo de N. NODDINGS: *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Education*, University of California Press, Berkeley, 1984.

20. Véase la aportación de MARY DALY: *Gyn/Ecology: The Meta-Ethics of Radical Feminism*, Beacon Press, 1978.

21. “En la etapa actual del progreso humano... no es de esperar que pueda mantenerse para siempre la división de la raza humana en dos clases: patronos y obreros. Esta relación es casi tan poco satisfactoria para el que paga el salario como para el que lo recibe” (J.S. MILL: *Principles of Political Economy* (1848), Libro IV, cap. VII. “The Future of the Working Class”, versión cast. de TEODORO ORTIZ, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, pág. 649.

Cualesquiera que sean los “daños” sufridos por los varones, lo que resulta innegable es que a la práctica generalidad de las mujeres les fué denegada su individualidad, elemento imprescindible de todo bienestar humano, como Mill ha destacado con fuerza²², siendo engañadas, como criaturas imbéciles con agasajos, galanteos, obsequios, y regalos que sólo podrían complacer a seres con mentes prácticamente atrofiadas.

Por supuesto que ni la individualidad, ni la autonomía moral son bienes tangibles fácilmente detectables o reivindicables, pero, como Betty Friedan ha destacado, su ausencia y carencia nos provoca una angustia enfermiza, un problema sin nombre, que no cesa hasta que comenzamos nuestra emancipación nombrando los bienes ausentes.²³

El problema del valor de la autonomía moral, por lo demás, entronca con la adopción de una ética del bienestar que incorpore, como en el caso de la ética de Griffin²⁴, elementos propios de las éticas de la excelencia.

Cuando no nos conformamos con las libertades meramente negativas, sino que exigimos, también, para nuestra satisfacción personal profunda, la libertad no sólo de defender los ideales que apoyamos sino de confeccionarlos y elaborarlos por nosotras mismas, cuando nos preguntamos por la conveniencia no sólo de contar con leyes que nos protejan, como si de seres pasivos se tratara, tales como los animales no humanos o el medio ambiente, sino de elaborar nosotras también leyes que protejan a todos los seres humanos e incluso todos los seres vivientes, comenzamos a saborear el fruto prohibido a las hembras humanas.

Es entonces, tan solo, cuando nos percatamos de que somos seres adultos, con capacidad de recrear las leyes, las costumbres, cambiarlas y mejorarlas, cuando nos sentimos arrojadas y defendidas por nosotras mismas, en cuanto defensoras de la humanidad y del planeta tierra. Entonces aprendemos una forma inédita y apasionada de gozo y comprendemos que el no haber comprendido estos “pequeños detalles” a lo largo de la historia ha sido la más eficaz de las armas que se ha utilizado para mantenernos en una servidumbre “consentida” que, irónicamente, se vivía incluso dentro de la más espléndida opulencia.

II. ¿ES REALIZABLE FACTICAMENTE LA AUTONOMÍA MORAL FEMENINA?

Carol Gilligan ha demostrado no sólo que la autonomía moral femenina es factible, sino que es un hecho, si bien difícil de detectar y que tiene lugar de un modo peculiar y ditinto a como se da habitualmente

22. *On liberty* (1859), Cap. III, Pelican Classics, Middlesex, England, 1974, págs. 119 y ss.

23. BETTY FRIEDAN: *The Feminine Mystique*, Penguin Books, Middlesex, England, 1972, págs. 13 y ss.

24. *Well-being*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1989.

entre los varones²⁵, teoría que considero sugerente y en cierta medida plausible, a pesar de algunas inteligentes críticas en contra a cargo, entre otros, de Jean Grimshaw.²⁶

De acuerdo con Gilligan, la razón por la que el modelo de Kohlberg no detectara mujeres situadas en el nivel post-convencional se debía, sin duda, a que el modelo de autonomía moral que estaba siendo utilizado respondía a una concepción "masculina" de la autonomía, basada más bien en el razonamiento formal, dentro de un marco de justicia puramente procedimental, que en un razonamiento ético que reclamase, una concepción sustantiva de la justicia y que tomase en cuenta no sólo las condiciones y requisitos a cumplimentar por las decisiones a tomar sino, al mismo tiempo, sus consecuencias.²⁷

La ética del cuidado propio y ajeno, genuinamente femenina según Gilligan, aparecía así no sólo como explicativa de un desarrollo moral de las mujeres particular y específico, en contra de nuevo del parecer de Jean Grimshaw²⁸, sino, al mismo tiempo con un interesante producto de la cultura femenina, que debía ser integrado en la cultura moral masculina, ya que mientras que "una ética de la justicia (masculina) procede de la premisa de igualdad... una ética de cuidado se apoya en la premisa de la no violencia: que no se debe dañar a nadie... Este diálogo entre imparcialidad y cuidado no sólo nos ofrece un mejor entendimiento de las relaciones entre los sexos sino que también hace surgir un retrato más complejo de las relaciones adultas, laborales y familiares".²⁹

Si no otra cosa, lo que la teoría de Carol Gilligan parece dejar claro, es que, al menos contemporáneamente, existe ya en gran número de mujeres una fuerte tendencia a intentar superar el estadio convencional de la "buena madre" o la "buena esposa", cuyo cuidado se dirige preferentemente, cuando no exclusivamente, a los otros, reconciliando el cuidado propio y el cuidado ajeno dentro de una ética madura de la responsabilidad frente a los demás y frente a una misma.³⁰

Ahora bien, si hemos de tener en cuenta la interesante aportación de Betty Friedan, habría que añadir que la maduración moral de las mujeres se ve torpedeada continuamente a causa de mecanismos sociológicos

25. CARON GILLIGAN: *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, versión castellana de JUAN JOSÉ UTRILLA: *La moral y la teoría del desarrollo femenino*. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, págs. 41 y ss.

26. JEAN GRIMSHAW: "The Idea of a Female Ethic" ed. P. SINGER: *A Companion to Ethics*, Blackwell, Oxford, 1991, pág. 495 y ss.

27. CARON GILLIGAN: "Woman's Place in Man's Life Cycle", en *Harvard Educational Review*, vol. 19, Núm. 4, November, 1979, pág. 442.

28. *Op. cit.*, pág. 498.

29. *Op. cit.*, pág. 281.

30. *Ibid.*, especialmente págs. 125-128.

y psicológicos que operan muy enérgica y eficazmente en el proceso de acomodación de las expectativas tradicionales del rol femenino:

“En nuestra cultura, el desarrollo de las mujeres ha sido bloqueado a nivel psicológico sin necesidad de reconocer, en muchos casos, nada más elevado que la necesidad de amor o satisfacción sexual. Ni siquiera se les reconoce a las mujeres la necesidad del auto-respeto, la auto-estima o la estima de los demás... La auto-estima en la mujer, como en el hombre, sólo puede basarse en la capacidad, la competencia y los logros reales, en el respecto merecido por parte de los demás más que en la adulación injustificada. A pesar de la glorificación de “Ocupación: Ama de casa” si esa ocupación no exige, ni permite, la realización de todas las capacidades de la mujer, no puede proporcionar una auto-estima adecuada, ni mucho menos conducir a un nivel más elevado de auto-realización”.³¹

Mientras que la dimensión pública de la vida y el trabajo masculino favorece el proceso de la búsqueda de principios morales públicamente defendibles, por el contrario, el ámbito privado y doméstico en que se mueven las mujeres aletarga cualquier tendencia más o menos innata a la curiosidad, la búsqueda de originalidad o el intento de ruptura con las pautas establecidas.

Si es cierto que el proceso de autodeterminación es realmente difícil y esforzado, por más que resulte sumamente gratificante para cualquier ser humano, dado que el desarrollo moral implica, de alguna manera, como condición necesaria, si bien no suficiente, un desarrollo cognoscitivo parejo, y puesto que la educación propiamente femenina ha soslayado históricamente el desarrollo de las capacidades de razonamiento crítico, nos encontramos con el dato histórico indiscutible de que los miembros del sexo femenino no han sido entrenados debidamente para desarrollar su intelecto adecuadamente y, por consiguiente, resultan seres incompetentes para elaborar criterios morales y realizar razonamientos éticos desde un punto de vista crítico y filosófico.

No me detendré aquí en el examen de los escollos que la “naturaleza” y determinadas formas de vida han ido poniendo a la emancipación y autodeterminación *moral* de la mujer, si bien no conviene olvidar, como Simone de Beauvoir señala, que el triunfo del patriarcado no fué ni un azar ni el resultado de una revolución violenta:

“Desde el origen de la Humanidad su privilegio biológico ha permitido a los varones afirmarse exclusivamente como sujetos soberanos”³², lo cual por supuesto no prueba otra cosa que “si la fuerza corporal es la me-

31. *Op. cit.*, pág. 273. Traducción personal.

32. SIMONE DE BEAUVOIR: *Le deuxième sexe*, 1949, trad. cast.: *El segundo sexo*, Aguilar, México, 1981, pág. 91.

dida de la superioridad los seres humanos —como afirmará J. S. Mill— los seres humanos no son mejores que los salvajes”.³³

Es un hecho, lamentable, que la fuerza “salvaje” se ha impuesto, de modo que un naturalismo crudo determinó a un tiempo la sumisión de la mujer y su exclusión del proceso productivo, a causa, como diría Beauvoir, también, de su sometimiento al “misterio de la vida”, lo cual produjo el deprobable resultado de no ser reconocida por el varón como su semejante.³⁴

No obstante lo dicho, una vez que las mujeres muestran ser capaces de enfrentarse con lo que pareciera ser su “natural” destino, se pone de relieve que no es su supuesta inferioridad intelectual lo que ha determinado su insignificancia histórica, sino que ha sido su insignificancia histórica lo que la ha destinado a la inferioridad.³⁵

El problema radica, precisamente, en las dificultades de todo orden que la mujer encuentra para trascender un orden “físico” y “metafísico” creado por los hombres, o para liberarse del nivel de la moral convencional en el que toda la virtud que de ella se requiere depende casi siempre de la belleza física³⁶ o su capacidad de valorar al varón intelectualmente más que de valorarse a sí misma.

Si a todo lo anterior se agrega que la capacidad de la mujer de hacerse agradable, manejable, su propia debilidad y vulnerabilidad, son las armas que le proporcionan “fuerza” y le llevan al “triunfo” se comprenderá que el espinoso camino hacia la vida intelectual y moral libre y autónoma sea eludido las más de las veces “voluntariamente”, e incluso “deliberadamente”.

Más aún, si por añadidura tenemos en cuenta que, como Simone de Beauvoir apunta, “al lado de la pretensión de todo individuo por afirmarse como sujeto, que es una pretensión ética, también hay en él la tentación de huir de su libertad”, vemos fácilmente cómo la mujer sucumbe ante el truculento señuelo, haciéndose “presa de voluntades extrañas”, pero evitando de esta forma “la angustia y la tensión de una existencia auténticamente asumida” por lo cual no será de extrañar, que “el hombre que constituye a la mujer en un *Otro*, hallará siempre en ella profundas complicidades”.³⁷

Porque lo cierto es que “los hombres encuentran en su compañera más complicidad que la que habitualmente encuentra el opresor en el oprimido”³⁸ de suerte que ella acepta, alegremetne, un universo de

33. J.S.W. Mill: “On Marriage” en *Collected Works*, XXI, pág. 42.

34. SIMONE DE BEAUVOIR, *Op. cit.*, pág. 92.

35. *Ibid.*, pág. 135.

36. *Ibid.*, pág. 275.

37. *Ibid.*, pág. 25.

38. *Ibid.*, pág. 858.

mentiras que la convierten en un ser “importante” en su “impotencia” e “insignificancia”, mientras que la “invitan a seguir en la pendiente de lo fácil”.³⁹

Comparto totalmente la tesis central de la teoría feminista de Simone de Beauvoir al destacar que éste es el mayor perjuicio, el peor crimen contra la mujer, a la que “desde su infancia, y a lo largo de toda su vida, la miman y la corrompen (cursivas mías), designándole como vocación esa dimisión que tienta a todo ser angustiado por su libertad... así es como se educa a la mujer, sin enseñarle nunca la necesidad de asumir por sí misma su existencia; y ella se abandona de buen grado, contando con el amor, la ayuda, la dirección de otro; se deja fascinar por la esperanza de poder realizar su ser sin hacer nada”.⁴⁰

El corromper moralmente a la mujer, empujándola suavemente por la pendiente fácil de la autoperversión, es el crimen por antonomasia de una sociedad insensible, generalmente, a los valores de la libertad personal, la creatividad y la autodeterminación moral, como elementos imprescindibles de una vida profundamente gratificante.

Por supuesto que la mujer en cuanto que co-educadora es, en cierta medida, co-protagonista en el proceso de su propia destrucción moral. Su falta de conocimiento del valor de la auto-determinación que nunca ha disfrutado no la exime totalmente de responsabilidad, pero sí explica las dificultades inherentes a la puesta en marcha del proceso de autonomía moral de la mujer en cuanto que ello requiere de un esfuerzo inicial aparentemente penoso que, sin embargo, sorprendentemente, resulta enormemente gratificante ya desde el inicio.

Es el desconocimiento el valor de la libertad como componente insustituible del bienestar humano uno de los factores que determinan la caída de la mujer en el simple contento, en el puro conformismo, que ha sido inteligentemente distinguido por Mill de la felicidad.

Reconocer las dificultades del proceso de autodeterminación moral de las mujeres es un primer paso necesario para comprender que nos encontramos ante un caso de “sometimiento” y “opresión” singular y único, que requiere, así mismo, un tratamiento singular y excepcional.

O se consigue que la autonomía moral sea apetecida, deseada y reivindicada por las mujeres como una fuente de satisfacción personal que les ha sido arrebatada, como una liberación individual más que como una carga, por costoso y esforzado que sea su logro o, de otro

39. *Ibid.*, pág. 858.

40. *Ibid.*, pág. 858.

modo, cualesquiera que sean los derechos reconocidos por las leyes positivas, las mujeres tenderán a renunciar voluntariamente a los beneficios que se derivarían de la consolidación y sustantivización de las igualdades formales que en las democracias occidentales ya han sido reconocidas.

III. ¿ES BENEFICIOSA Y RELEVANTE LA AUTONOMÍA MORAL DE LAS MUJERES PARA LA OTRA MITAD DE LA RAZA HUMANA?

La mayoría de los defensores de la autonomía moral de las mujeres han tratado de demostrar que la misma supondría beneficios importantes para la raza humana en su conjunto, destacándose en este sentido, con buen tino, las ventajas que se derivan de una relación cooperativa entre los sexos una vez superadas las tensiones entre “dominadores” y “dominadas”.

La minoría de edad de las mujeres, como una serie de autores han destacado, no sólo ha sido, y sigue siendo, lesiva para su propia dignidad, su propia auto-estima, sino que tiende a producir seres humillados, serviles, que en-gendran humillación y servidumbre, y como animales domesticados practican de forma sutil una tarea devastadora desde su degradada condición.

La falta de una visión de conjunto de los acontecimientos y relaciones humanas hace que las mujeres recluidas en el ámbito de la inmediatez del hogar se tornen estrechas de miras y faltas de generosidad para la generalidad de los humanos, como Mill puso de relieve.⁴¹

Como también señala este autor, la mujer no autónoma, no liberada de las servidumbres de la moral convencional, será un grave estorbo para su compañero cuanto éste intente realizar algo que le enfrente a la opinión común⁴², retrasando, e incluso impidiendo, así mismo, la maduración moral de los varones y su desarrollo personal hasta alcanzar el nivel post-convencional.

La unión ideal entre mujer y varón, compartiendo pensamientos, sentimientos e ideales comunes, se verá así mismo imposibilitada mientras las hembras humanas sean “dependientes”, carentes de personalidad, mientras los sueños de la mayoría de los varones se encarnen en mujeres-sirena, como Barbara Gordon ha ironizado.⁴³

41. *The Subjection of Women*, en *Collected Works*, XXI, pág. 330.

42. *Ibid.*, pág. 331.

43. BARBARA GORDON: *Jennifer Fever*, Fontana/Collins, USA, 1989, págs. 305-106.

Por lo demás, desde un punto de vista puramente pragmático, resulta simplemente un derroche la no utilización de las capacidades mentales e intelectuales de la mitad de la humanidad.⁴⁴

A todo lo cual habría que añadir las pérdidas morales que el varón experimenta, por una parte viéndose empujado a actuar como un “dictador” más o menos benévolo o malévolos, según los casos, que actúa de “mala fe” fingiendo no saber que la justicia no está precisamente de su parte, conociendo en la intimidad de su conciencia que es un explotador que se beneficia simplemente de la ignorancia de su compañera de vida o de lecho. Por otro parte la “sumisión moral” del varón que, por complacer a su compañera se ve constraído a vivir una existencia inauténtica, buscando más bien el éxito social que garantice su prestigio dentro de la pareja, que vivir de acuerdo con una moral de las convicciones propias.⁴⁵ Todo lo cual viene a confirmar lo ya anticipado respecto a que la carencia de autonomía moral en las mujeres tiene como contrapartida, a su vez, la ausencia de un desarrollo moral satisfactorio en los varones.

Es un hecho innegable que en muchos aspectos la división de papeles sociales de antes y de ahora, en función del sexo perjudica materialmente, físicamente e incluso psíquicamente, a la mujer de un modo muy especial.

Si contemplamos lo que sucede hoy en día nos encontramos con la falta de estímulos, por un lado, para acceder a profesiones o tareas social o políticamente relevantes, o con la repulsa masculina, o un cierto rechazo varonil, más o menos sutilmente o burdamente expresado, en aquellos poco frecuentes casos en los que la esposa o compañera alcanza algún “triunfo profesional”, lo que habitualmente inhibe las tendencias femeninas al desarrollo profesional o una cualificación laboral, arrinconándolas nuevamente en las tareas del hogar, la frivolidad, el tedio o el desasosiego, convirtiéndolas, como dramáticamente y lúcidamente Betty Friedman ha sugerido, en “prisioneras en un campo de concentración”, obligadas a adoptar comportamientos infantiles y perderse en una masa amorfa, como si se tratase de “cadáveres vivientes”.⁴⁶

Por lo demás las mujeres que perseveran en el mundo laboral no corren mucho mejor suerte, “castigadas” a desarrollar una doble jornada, y una duplicidad de roles que las agotan física y psíquicamente, empujándolas convulsivamente a la deserción.

La encrucijada en que se encuentra la mujer contemporánea es compleja: O el retorno a un “paraíso” que la recluye y encarcela, o perseverar

44. J.S. MILL: *The Subjection of Women*, pág. 327.

Véase también MARGARET MEAD: *Male and Female*, Penguin Books, Middlesex, England, 1976 (editado por primera vez en 1949), pág. 339.

45. J.S. MILL: *The Subjection of Women*, pág. 332.

46. BETTY FRIEDMAN: *Op cit.*, pág. 265.

en un medio hostil donde sus esfuerzos por superarse profesionalmente son recibidos con poco entusiasmo, cuando no con abierta repulsa, por sus compañeros de cama, de matrimonio, etc., que pretenden mediante la mística femenina, espléndidamente descrita por Betty Friedan, enterrar vivas a millones de mujeres.⁴⁷

Desde un punto de vista económico, físico o psicológico, los varones parecen hoy en día, como siempre, los “ganadores”, los grandes favorecidos por la biología y el ordenamiento social.

A pesar de todas las apariencias, sin embargo, algo ha cambiado definitivamente en la configuración de los roles masculino y femenino. Aunque se trate de un proceso excesivamente lento, los hombres han empezado a experimentar cierto “malestar en la cultura masculina”, por múltiples motivos, a veces no bien definidos pero que les inducen a la desazón, la perplejidad y un vago sentimiento de “culpa” ante una situación de privilegio y ventajas materiales que saben son totalmente inmerecidos.

Algunos de ellos, incluso, aunque todavía muy pocos, desafortunadamente, están empezando a comprender que su situación no es todo lo airosa que pareciera y que, en una medida importante, han sido empujados a mostrar su masculinidad mediante su papel de “mantenedores” materiales de la familia a causa de las presiones sociales y de las propias demandas y expectativas de muchas mujeres, como Susan Faludi ha comentado recientemente⁴⁸, de tal suerte que *ellos también han sido sacrificados a la moral convencional* que les condenaba a una determinada autonomía, curiosamente no elegida autónomamente, a la vez que eran excluidos de un mundo de virtudes cálidas, femeninas, que pueden ser consideradas, sin duda, en buena medida, superiores a las “virtudes masculinas” de voracidad competitiva, brutalidad en la lucha exterminadora, como Caroline Whitbeck, entre otras autoras han denunciado.⁴⁹

Consideremos, al efecto, un hecho concluyente, que suele pasar desapercibido: la *reclusión* de la mujer en el ámbito privado, ha ido pareja a la *exclusión* de los varones de la *calidez* de los afectos íntimos, con la pérdida de la posibilidad de adquirir virtudes y cualidades que *también* constituyen una vida moralmente autónoma y su realización como seres *humanos*.

Si admitimos por un momento, lo cual parece bastante plausible, que las críticas de Carol Gilligan a Kohlberg son atinadas y relevantes en el sentido de que existen al menos dos modelos de desarrollo y autonomía

47. *Ibid.*, pág. 293.

48. SUSAN FALUDI: *Blasklash*, Crow Pub., Inc., New York, 1991, pág. 457.

49. CAROLINE WHITBECK: “A different reality: feminist ontology” en *Beyond Domination*, ed. por C. GOULD. Totowa, NJ, 1983.

moral que necesitan ser complementados⁵⁰, descubriremos, entre otras cosas que:

1) Si bien la mujer no ha crecido intelectualmente lo que sería deseable, ha logrado, sin embargo, una considerable madurez psicológica generalmente muy superior, en algunos ámbitos, a la de los varones y ha sido capaz en alguna medida de alcanzar *otro* tipo de autonomía moral, basada más en la expansión de los sentimientos de empatía que en el solo razonamiento formal.

2) Si también es cierto que los varones, en su conjunto, *parecen* más autónomos moralmente que las mujeres, especialmente en trabajos de inspiración piagetiana o kohlbergiana, ello se debe a que el paradigma de racionalidad (kantiano) que se ha tomado como modelo es un paradigma que se adecúa mejor a las actitudes masculinas, que un paradigma alternativo humeano o milliano, en donde la empatía, el cuidado y la excelencia propios y ajenos juegan un papel más importante y se acercan más a las “virtudes y actitudes sociales femeninas”.

3) De lo que se sigue que, desde una ética basada más en la madurez de los sentimientos que el puro razonamiento formal, los varones aparecen situados por debajo de las mujeres, mostrándose que su exclusión del ámbito de las relaciones privadas e íntimas les ha dañado en una medida muy semejante al modo en que lo han hecho la *reclusión* en la privacidad de la vida hogareña a la mayor parte de las mujeres.⁵¹

Pudiéndose concluir, en consecuencia que si es de lamentar, como ya se ha comentado, el que la sociedad no se haya beneficiado más que de del desarrollo intelectual de la mitad del conjunto de sus miembros, también, desde una racionalidad femenina, habría que considerar aberrante que sólo la mitad de la raza humana, sus miembros femeninos, hayan adquirido capacidades para las relaciones personales y la vida cotidiana ausentes en el varón: el amor por los detalles, el gusto por el gusto, o el cultivo de los sentimientos afectivos y de empatía, tan descuidado y dejado al azar en los varones.

Por supuesto que soy consciente de que estas conclusiones pueden parecer no sólo paradójicas, sino incluso “extravagantes” y contrarias a la realidad de los hechos, por cuanto el fracaso de la educación moral masculina no ha sido cuestionado hasta nuestro siglo, y sólo por voces muy escasas.

50. *In a different voice*, versión cast., págs. 281-282.

Un lúcido tratamiento de esta misma cuestión puede verse tanto en VICTORIA CAMPS: “El genio de las mujeres” en *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Barcelona, 1990, especialmente pág. 162, como en ADELA CORTINA: “De lo femenino y lo masculino: las virtudes olvidadas en *The moral point of view*”, en: *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1990, especialmente p. 313.

51. BETTY FRIEDMAN: *Op. cit.*, pág. 3331 y MARGARET MEAD: *op. cit.*, pág. 344, muestran la deseabilidad de superar este estado de cosas.

Si ello es así se debe, sin duda alguna, a que el *metron* del triunfo no sólo social sino incluso moral ha sido diseñado por varones, por lo que, en buena lógica, ha de resultar cuando menos llamativo lo antedicho, a saber, el poner en tela de juicio que a la postre ellos tampoco han disfrutado de excesiva autonomía moral, puesto que han sido tan fieles como las mujeres a los roles sexuales establecidos, por lo cual, desde cualquier punto de vista que los consideremos, tendremos que situarles no más arriba del nivel convencional de Kohlberg, aunque a ellos, curiosa y paradójicamente la convención les imponga un tipo determinado de "autonomía".

La cuestión obvia a plantearse es la de si se trata de una autonomía elegida, o una autonomía sumida gregariamente, de una autonomía real o de un simple simulacro de autonomía.

El espacio público en que se mueve el varón favorece comportamientos, y especialmente razonamientos, que parecen más maduros que los femeninos desde una óptica kantiana, pongamos por caso, o incluso neokantiana al atenerse, a nivel de razonamiento, a principios universales, a éticas de la convicción más que a éticas del ciudadano, la empatía y la responsabilidad.

Pero si se juzga la conducta masculina desde la óptica de Hume o Mill, por ejemplo, nos encontramos con una serie de graves carencias que son al menos tan de lamentar como las que se aprecian entre los miembros del sexo femenino.

La capacidad de empatía o *sympatheia* se encuentra muy poco desarrollada entre los varones lo que da lugar a comportamientos psicológicamente inmaduros que exhiben un egocentrismo llamativo propio incluso de la etapa pre-convencional de Kohlberg.

Conviene matizar sin embargo lo acabado afirmar, indicando que lo mencionado no significa, al menos siempre, que los varones exhiban criterios de razonamientos preconvencionales, sino más bien conductas consecuentes y coherentes con razonamientos propios de la etapa pre-convencional, conductas que por lo demás saben "racionalizar" o justificar hábilmente de modo que parezcan acomodarse a los principios de universalidad o universalizabilidad, en términos de Hare.

Por supuesto que ello no es sorprendente, por cuanto Kohlberg mismo, entre otros, ya había advertido en este sentido que la madurez del criterio moral no implicaba una conducta moral consecuente con el mismo.⁵²

Tanto para Kohlberg, como ya antes para Piaget, el desarrollo lógico es simplemente una condición necesaria pero no suficiente para un buen razonamiento moral, insistiendo ambos autores en que sus conclusiones

52. KOHLBERG: *The Philosophy of Moral Development*: HAPER and ROW, Pub. 1981, pág. 139.

y presupuestos se referían únicamente a los buenos razonamientos y no a las buenas conductas.⁵³

Como quiera que las investigaciones tanto de Piaget como de Kohlberg son complejas, prolíferas y presuponen la utilización del método psicológico y filosófico al propio tiempo, una respuesta adecuada requiere una elaboración así mismo muy detallada, compleja e interdisciplinar, lo cual ha hecho que sus aportaciones y conclusiones hayan sido sólo parcialmente contestadas. Se trata por consiguiente, de una teoría pendiente de debate aunque algunos autores, como Peters o Gilligan, hayan hecho ya contribuciones sustanciosas.

Algunas de las preguntas pendientes de respuesta, y que merecen una seria consideración, serían, entre otras:

¿Hemos de considerar como seres *moralmente* autónomos a aquellos que razonan de acuerdo con el paradigma kantiano utilizado en el modelo post-convencional de Kohlberg o habría que exigir una empatía generalizada que supere a un tiempo las éticas del sacrificio y la abnegación y las éticas del ciudadano propio? O, lo que es igual ¿Hemos de medir la madurez moral, o el grado de autonomía, por la capacidad de ofrecer razonamientos moralmente válidos, kantianos, utilitaristas, o de otro tipo, o por el tipo de conducta mostrada, de acuerdo con principios kantianos, utilitaristas o de otro tipo?

Incluso resulta del todo pertinente preguntar, siguiendo a Peters, si es posible, en ausencia de un desarrollo de la empatía en la edad infantil alcanzar un desarrollo moral adecuado a nivel del razonamiento en la edad adulta.⁵⁴

Aunque se carece que yo sepa, de estudios comparativos científicamente constatables del desarrollo de la empatía en la población infantil de ambos sexos, sentimientos como la ternura son inhibidos en los varones en edades tempranas, como puede apreciarse a través del mundo de la literatura y de algunas confesiones autobiográficas, o en la convivencia cotidiana.

Si a las niñas se les empuja a un mundo de sensibilidades superdesarrolladas que suele degenerar en mera sensiblería, a los niños se les inhibe la facultad de demostrar públicamente sus afectos y en nombre de la virilidad se les amputa, por regla general, la capacidad para unas relaciones psicológicas íntimas y fluidas con los restantes seres humanos.

53. JEAN PIAGET: *Le jugement moral chez l'enfant*, versión cast, de NURIA VIDAL: *El criterio moral en el niño*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1983, pág. 335.

Kohlberg: *op. cit.*, pag. 138.

54. R. S. PETERS: *Moral Development and Moral Education*, GEORGE ALLEN and Unwin, London, 1981, versión cast. de EDUARDO L. SUAREZ: *Desarrollo moral y educación moral*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 198-201.

La debilidad psicológica, rayando incluso en lo patológico, de los grandes genios, y de individuos carentes de genialidad en absoluto, su dependencia de la madre o la figura femenina que la sustituye, podría tener una explicación no necesariamente freudiana. Cabe la hipótesis, a mi modo de ver más verosímil, de que el aferrarse a la madre por parte de los varones, sea una manera torpe de recuperar el mundo de afectos reprimidos de los que han sido históricamente privados.

El estado moralmente lastimoso en que la mayoría de los varones se encuentran, obligados a fingir una fortaleza psíquica de la que ordinariamente carecen, empujados convulsivamente a una moral agonal del triunfo que absorbe sus mejores energías, es algo que algunas autoras están empezando a sacar a la luz pública⁵⁵, aunque aún no ha sido estudiado suficientemente.

Resulta en cierto modo llamativo, y hasta escandaloso, que a esta altura de los tiempo la mayoría de los varones no haya comprendido lo que ya la mayoría de las féminas, incluso las menos instruidas, han comenzado a intuir: A saber, que el reparto de los roles sociales en función del sexo no es todo lo conveniente o fecundo que autores reputados como Margaret Mead habían considerado.⁵⁶

Bien es verdad que la esquisitez de algunos valores morales requiere de una sutileza importante para que sean detectados. En su ausencia se tornan prácticamente invisibles para una gran masa de varones abocados a una vida psíquica carente de excesivos matices.

Es de esperar, sin embargo, que, paradójicamente, la mujer secularmente postergada, disminuida y sometida, con su lucha apasionada de ya más de dos siglos por su liberación moral, pueda hacer comprender a la otra mitad de la humanidad, que los seres humanos o se emancipan juntos por medio de la inteligencia y la sensibilidad compartidas, o juntos permanecerán, más allá de las apariencias, sometidos al hado, el destino, las fuerzas biológicas y sociales.

55. FALUDI, *op. cit.*, pág. 454.

56. *Op. cit.*, pág. 37.

Una nota sobre la emancipación sexual: El feminismo y otras disidencias

Por ANTONIO GIMÉNEZ MERINO

Barcelona

Durante este siglo, la aspiración al reconocimiento de la igualdad político-jurídica para todos los individuos ha marcado el discurrir del movimiento violeta. La urgencia por la conquista de derechos no ha dado apenas margen a la aparición de verdaderos cuerpos doctrinales que se ocupasen de la subjetividad femenina.

Hoy, en la recta final de esta centuria, la mayoría de los textos constitucionales de los países industrializados contemplan formalmente a hombres y mujeres como iguales, e incluso prohíben explícitamente la discriminación por razón de sexo. Pero basta conectar la televisión y ver un par de anuncios publicitarios para recordar que no es el derecho quien da sustancia a las relaciones sociales, sino que éstas se forjan mediante mecanismos más complejos de integración de voluntades.

Parece lógica, pues, la actual preocupación del movimiento feminista por el desarrollo de las relaciones interpersonales —el espacio donde teóricamente debiera operar la subjetividad del individuo—, habida cuenta de la persistencia del sexismo en la realidad material.

Las nuevas corrientes del feminismo (la «ética de la diferencia sexual», o «feminismo de la diferencia») apuntan en esta dirección. Ya no se trata de atender exclusivamente a los clásicos instrumentos de dominación sexista (la división sexual del trabajo, o el sistema patriarcal en el ámbito doméstico) a través de su herramienta legitimadora, el derecho, sino de descubrir, además, en qué se ha equivocado la mujer. ¿La voluntad de ser como el hombre es el único camino hacia la emancipación, o ésta también hay que buscarla a través de la identidad sexual? He aquí el punto de arranque de las pensadoras de la diferencia.

El propósito de esta nota es someter a crítica el presente del renovado movimiento feminista, representado, a juicio del que escribe, por las nuevas corrientes de la diferencia sexual. La preocupación por hallar un cuer-

po teórico del feminismo por parte de las autoras de la diferencia, ciertas propuestas prácticas de especial interés que el nuevo movimiento violeta ofrece, y algunos vacíos importantes que, por otra parte, podrían estar presentes en el campo temático del pensamiento aquí analizado son, a grandes rasgos, los temas sobre los que se hablará a continuación.

FEMINISMO Y FILOSOFÍA

La principal aportación de las estudiosas de la diferencia sexual a la filosofía política consiste en un desarrollo particular de lo que Kant señalaba como una de las máximas del sentido común «el acto de pensarse a sí mismo»¹.

Las nuevas corrientes de la diferencia utilizan este concepto partiendo de una premisa fundamental: la sujeción del individuo a la percepción del tiempo impuesta por la *ética de la modernidad*. La constante inapropiabilidad del presente —la sensación diaria de no poder disponer de nuestro tiempo— habría dado como resultado el pensar siempre en términos de futuro, ya que *nunca tenemos tiempo* para pensar en las cosas que suceden a nuestro alrededor. Así, «el acto de pensarse a sí mismo», o «autorreflexión» aparecería como una necesidad imperiosa, ya que este ejercicio nos obligaría a pensar en nuestro presente inmediato para podernos ubicar en el mundo, recuperando de este modo un margen de autonomía para nuestro pensamiento.

La percepción del carácter fluctuante del individuo inmerso en el «tiempo del progreso» ya lo hallamos en autoras clásicas del pensamiento femenino como SIMONE WEIL o HANNAH ARENDT. Los difíciles años que siguieron a la Primera Gran Guerra, con la implantación del fordismo en los países del área occidental, sirvieron a WEIL para intuir cuál iba a ser la alienación característica del futuro triunfador de proyecto moderno (el *sujeto posesivo masculino*²): la confusión del deseo con la necesidad, el querer a la vez lo que existe y lo que no puede ser. Ello explicaría la incapacidad del hombre moderno de saber mirar el presente y soportarlo. Arendt, por su

1. Para una mayor aproximación a este concepto, acudir a BOELLA, 1990. Esta autora caracteriza el «acto de pensarse a sí mismo» (el «Selbsdenken» kantiano que aparece en la *Crítica del juicio*) como aquella parte del sentido común «que apela a una razón no pasiva, legisladora de sí misma».

2. Este triunfo podría verse como la consolidación de la eterna aspiración del sexo masculino a ser el paradigma del género humano en cuanto tal. Así lo hace A. CAVARERO cuando habla de la homologación de todos los individuos en un único género (neutro-masculino). Ésta se habría producido desde el momento en que se crea una ficción lógica de un Estado de Naturaleza (HOBBS, LOCKE) en que todos los hombres son libres e iguales, lo que permite el Pacto Social con el que se inicia la Edad Moderna y el desarrollo de la filosofía contractualista del Estado burgués. Dicha ficción no haría desaparecer por sí sola la herencia de la dominación sexista que, desde Aristóteles, distinguía en la *polis* el ámbito de la política del ámbito doméstico (CAVARERO, 1990).

Sobre el papel que en la sociedad moderna juega el contrato sexual o matrimonial respecto a la subordinación de las mujeres y, en general, sobre la subordinación de las mujeres como construcción histórico-social, véase también STOLKE, 1990.

parte, supo relacionar con acierto la vía de ruptura de los procesos populares de transmisión de la cultura al desarrollo de la idea de progreso y de tiempo industrial³.

La «autorreflexión» se ha de situar, pues, en un espacio oscuro y ruinoso, «la época de las tinieblas» brechtiana, «el campo de ruinas» de BENJAMIN. En este contexto, el «pensarse» coincidiría, en un primer momento, con la conciencia de la fragmentación del mundo derivada de la inseguridad que provoca el no poder apropiarse del mañana. A largo plazo, permitiría ensanchar nuestros márgenes de libertad intelectual, abonando el terreno a iniciativas de práctica política tendentes a cambiar el orden existente.

Ejercitar la razón en el sentido que aquí se describe nunca es, ni mucho menos, tarea fácil. Al explorar su presente, las mujeres deben pensar no sólo en la mujer occidental de extracción burguesa, sino también en la mujer asiática, en la mujer africana, o en la mujer americana. Y aquí se hace patente tanto la carencia de un discurso universalizable como la inexistencia de proyectos globales y no regionales, premisa teleológica de cualquier práctica emancipatoria.

Sin embargo, si partimos de que el tiempo industrial arrastra directa o indirectamente el presente y el futuro de toda la humanidad, cabe de momento considerar la utilidad de salidas intersubjetivas que puedan habilitar discursos alternativos (la autorreflexión es una de ellas). En el caso de las mujeres —el que aquí nos ocupa primordialmente—, su realidad sigue subordinada a la de los hombres: ¿Pueden entonces las mujeres pensar en un mundo distinto sin tener previamente una identidad específica?

He aquí donde entra en juego la filosofía de la diferencia. En tanto que las mujeres piensan en sí mismas, como individuos con experiencias vitales propiamente específicas, alimentan una posibilidad de abrirse al mundo en una relación de no-identidad con él. Imaginarnos a nosotros mismos como *individuos* y *sexuados* (y no como sujetos de derecho) puede ser en estos momentos un gran paso hacia la rehumanización del planeta.

Quienes entre nosotros no tienen nuestro color de piel, quienes no hablan nuestra lengua, quienes profesan religiones *extrañas*, saben qué es sentirse diferente. La misma sensación comparten las feministas, que no pueden aprobar por más tiempo que en nuestro mundo del *progreso* las mujeres sigan ocupando buena parte de su tiempo —tiempo no remunerado— en el mantenimiento de vidas ajenas.

3. Ya en 1958, esta autora cifraba entre las características del Estado Moderno, de sus inicios a nuestros días, «su desprecio por cualquier pensamiento que no pueda ser considerado el primer paso para la fabricación de objetos artificiales, particularmente de herramientas para hacer herramientas, y para variar su fabricación indefinidamente» (ARENDR, 1964).

Interiorizar todo esto cuesta mucho. Pero así como un negro no podrá hacerse espacio en el mundo de los blancos mientras no sea consciente de su diversidad (momento a partir del cual podrá relatarnos un sinfín de historias de sus antepasados sin avergonzarse), tampoco una mujer podrá transmitirnos su experiencia vital hasta que no sea consciente del valor de la misma.

SOBRE LA ETICIDAD DEL PENSAMIENTO DE LA DIFERENCIA

La clave ética del pensamiento de la diferencia se encuentra, a mi modo de ver, en la consideración de la persona como un individuo con capacidad creadora. La especificidad, en este caso, nos viene de la mano de la mujer, cuyo caudal creativo se ha visto hasta ahora confinado en los diques que el hombre ha construido para ella.

Desde siempre, esta capacidad creadora tiene su manifestación más evidente, como señalan las pensadoras feministas, en el hecho de traer la vida al mundo. La experiencia de gestar y dar a luz hace que la mujer sienta con mayor intensidad que el hombre la experiencia del nacimiento⁴.

Pero no es aquí donde se aprecia mejor el sustrato ético del renovado pensamiento feminista. Un buen número de propuestas teórico-prácticas ponen de manifiesto su preocupación por el desbloqueo de las capacidades individuales que atesoran las mujeres, en aras a mejorar la convivencia de la especie humana.

Por ejemplo, luchar por una distinta concepción del trabajo, abriendo espacios públicos a tareas que ahora se hallan asociadas, en nuestro «orden», a la actividad privada femenina (asistencia de ancianos y de niños, labores domésticas de mantenimiento...), comporta pensar en un *tiempo de la responsabilidad hacia uno mismo*. Y pensar en un tiempo dedicado a otras personas, no enteramente socializable, ni traducible en dinero, es pensar en un orden jurídico-político que haga frente a la división clasista del trabajo. Un tiempo que tenga presente todos los tiempos de vida de mujeres y hombres, elevando el trabajo de cuidado a la categoría de *tiempo social* —un trabajo de cuidado que deba ser distribuido entre ambos sexos— (TURCO, 1988)⁵.

4. Algunas autoras se apoyan dogmáticamente en el hecho natural del nacimiento a la hora de encontrar un punto de partida para el ejercicio de autocomposición de la personalidad femenina. Este es el caso de A. CAVARERO, quien propone partir de la realidad del nacimiento (en que hombres y mujeres son iguales) y no de la realidad de la muerte (que habría sido desde siempre una preocupación constante en el filosofar masculino —el único existente—). Habiéndose ganado «la raíz factual de la realidad» (esto es, el nacimiento), lo relevante pasaría a ser la existencia de hombres y mujeres, y ambos podrían empezar a pensar desde sus propias especificidades, haciéndose evidente desde ese momento la subordinación a la que tradicionalmente se ha visto sometida la mujer como sujeto pensante (CAVARERO, 1990).

5. Esta autora propone una redefinición del Estado Social, basada en la distinción entre trabajo y rédito, de modo que el Estado pasase a garantizar la supervivencia del trabajador (medidas de sustento al rédito, paquetes asistenciales diversificados, incentivos para la formación) que temporalmente abandonara su puesto para cambiar a otro, recualificarse profesionalmente, reiniciar sus estudios, o asistir a niños y ancianos.

La concreción emancipatoria del pensamiento de la diferencia se manifiesta igualmente en su preocupación por definir la labor del docente en el marco de la enseñanza. Una enseñanza que impulse el ejercicio de un pensamiento autónomo, crítico y autorresponsable, capaz de romper con la clásica función de reproducción social que ha desempeñado tradicionalmente la esfera institucional docente⁶.

Asimismo, la superación de la clásica división sexual del trabajo sigue ocupando un espacio importante en la temática del nuevo feminismo. En este caso, la aproximación al tema se hace a través de la comprensión de las conexiones familia-Estado que han permitido articular el proceso de industrialización⁷.

En definitiva, el elenco de propuestas violetas es actualmente más grande y sugerente que nunca. Y la habilidad del renovado movimiento reside en la crítica al sistema de valores de la *sociedad de progreso* que subyace a aquéllas. Consiguientemente, el trabajo desarrollado por las nuevas corrientes del feminismo no debiera pasar desapercibido ante los ojos del resto de sectores de la izquierda social, si bien, como veremos a continuación, dicho trabajo podría no estar exento de algunos vacíos importantes.

LA DIVERSIDAD: UN SENTIMIENTO COMPARTIDO POR OTROS

En el campo que nos ocupa, se debe anotar la aparición en estos últimos años de planteamientos que cuestionan «el tipo de personalidad» diseñado por la ética de la modernidad. El triunfo del *sujeto posesivo masculino*, como aspecto del triunfo, en definitiva, del proyecto moderno, habría llegado a costa del individuo de carne y hueso. Y de eso se han percatado algunas mujeres, que han acertado al apuntar más sobre el plano cultural que sobre el jurídico-formal. Con reformas legislativas no se ha logrado eliminar el sexismo, mas al contrario, éste puede haberse acentuado bajo formas difusas (contenidos subliminales de los anuncios, la aceptación de la «mujer-ejecutivo» como paradigma de la emancipación sexual, modas *atrevidas* hegemónicas por la comunicación de masas...).

6. Al respecto, ya contamos con propuestas de gran interés, como la del trabajo de autovaloración de grupos de profesoras y alumnas tendente a explorar sus propias preferencias culturales y profesionales (ALBERICI, 1988).

7. En un acto público del 2-V-1990 celebrado en la Universidad de Siena, tuve la oportunidad de recoger el siguiente esquema de trabajo propuesto por ANGELA GROPPI (Fondazione Lelio Basso), y que anoto aquí por su utilidad para conformar un cuadro histórico-crítico capaz de explicar la persistencia de la división sexual del trabajo sobre la que se modula la política cultural existente. Las claves serían:

1. El nexo entre el mercado de trabajo y el mercado de la asistencia (beneficiencia).
2. La no objetividad en la calificación profesional, vinculada al sexo del trabajador.
3. La creación de modelos emocionales (con la reproducción que éstos comportan del rol de las mujeres en el seno de las familias).
4. La asunción de la categoría *mujer trabajadora* como categoría de género, creada en procesos basados en la presunta diferencia entre trabajo del hombre y trabajo de la mujer.
5. La función reproductora de la mujer.
6. El poder político-cultural de los hombres.
7. El trabajo doméstico y el sustento de vidas ajenas.

Pero, como hemos visto, si se opta por incidir en el terreno cultural mediante la creación de comportamientos sociales más solidarios, creo que no debiera quedar al margen de un proyecto emancipatorio como el que intentan llevar a cabo las feministas de la diferencia, el concurso de identidades sexuales también afectadas por el *modus vivendi* de nuestra era (siempre y cuando se parta de la vocación universal del proyecto). Estoy pensando en la marginación a que se ven sometidos los movimientos gay y de lesbianas, en el horizonte temático del nuevo feminismo.

La existencia de estas subculturas, cuya presencia visible ya se desató en la década del feminismo igualitarista, cuestiona ciertos fundamentos de la *ética de la diferencia sexual*⁸. Por ejemplo, el hecho incuestionable para algunas teóricas de la diferencia de que el momento culminante de la emancipación sexual se sitúa en el apareamiento con el sexo contrario.

Autoras de formación irigariana, como CLAUDIA MANCINA, llegan a afirmar que el lesbianismo es «una elección teórico-política en la búsqueda de una definición autónoma de la identidad sexual femenina en el ámbito de la pertenencia de sexo, interrumpiendo la relación con el otro sexo» (MANCINA, 1988). Sin embargo, esta autora no puede mencionar a los homosexuales, ya que se alejaría de su modelo explicativo.

Este tipo de concepción, basada en la idea de que la identidad sexual es algo que se constituye entre dos sexos opuestos, se apoya en argumentos psicologizantes de corte freudiano, como el de la relación triangular entre madre, hija, y un *tercero necesario* que rompe la fusión original entre las dos primeras, posibilitando así que la hija pueda empezar a edificar su propio habitáculo de símbolos. Sin embargo, esta argumentación no tiene en cuenta que en las relaciones homosexuales (en sentido lato) una de las dos partes puede jugar un papel más activo que la otra, cumpliendo de esta manera con el rol *macho* de la pareja heterosexual⁹. Desde este punto de vista, también una mujer podría romper la identidad madre-hija sin consumarse el coito¹⁰.

8. Este mismo rótulo aparece como portada de una de las obras *clave* en el feminismo de la diferencia (IRIGARAY, 1985). La inspiración irigariana se revela en las principales publicaciones del pensamiento que aquí se analiza Así, las revistas *Diotima*, *Lapis*, *Reti*, *Notiziari Cisem*, *Inchiasta*, o las publicaciones de la Librería delle donne di Milano, todas ellas italianas.

9. Un ejemplo bastante significativo lo hallamos en el caso de la pareja de lesbianas donostiaras que merecieron la atención de los *media*, como consecuencia de haber tenido un hijo a través de la inseminación artificial. Una de ellas reconoce haber adoptado el papel de padre, dejando el rol materno para su compañera, la madre natural. Ambas declararon que esta actitud se correspondía al papel que sexualmente desempeñaban una y otra antes de la procreación (*El País*, 23-IV-1991, p. 32; 28-IV-1991, p. 6 Domingo; y 29-IV-1991, p.32). Este ejemplo no debe sin embargo conducir a una determinada generalización del comportamiento de las parejas homosexuales, dado que, al igual que sucede en la heterosexual, la pareja lesbiana puede convivir sin la asignación individualizada de los papeles paterno y materno. Ahí está el caso (por volver a citar un ejemplo noticiado) de las lesbianas que criaron al ahora prestigioso médico inglés lord Rea, defensor de este tipo de relaciones, y que admiten no creer en los instintos maternal y paternal (*El País*, 29-IV-1991, p.32).

10. Esta explicación descarta de antemano que el himen constituya el elemento material que simbolice la identidad maternofilial, como sostiene Luce Irigaray.

La diferencia sexual no puede, pues, quedar restringida al ámbito de las mujeres en relación a los hombres. También existen otras identidades sexuales¹¹ que se apartan del modelo pretendidamente universal del *hombre moderno*, inscritas en el campo de la diferencia. Que dichas identidades sigan o no esterilizándose en el *ghetto*, esto es, que mantengan oculta o hagan pública su homosexualidad, puede depender en buena medida de la comunión de esfuerzos a la que puedan llegar con el movimiento emancipador femenino¹² —una cara, en definitiva, de la misma moneda—.

«El único elemento real de diversidad, de dramática diversidad, es el racismo social que produce sufrimiento y constriñe un gran número de gays a una doble vida, a la cual renunciarían de muy buen grado si pudiesen vivir la propia identidad a la luz del sol sin consecuencias». (GRILLINI 1990).

En definitiva, no parece que la *diversidad* sea patrimonio exclusivo de las mujeres. De lo que puede inferirse que si el proyecto feminista contemporáneo pretende ser un proyecto de emancipación real, construido sobre la crítica de la diferencia impuesta, deberá necesariamente extender su discurso. Vivir la cotidianidad de otra manera significa no sólo pensar en formas nuevas de expresión de la sexualidad, sino también en maneras de aglutinar en nuestro orden social a todos los grupos culturales marginados.

HACIA LA TESIS DE LA HOMOGENEIDAD DENTRO DE LA DIFERENCIA

La tesis de la diferencia pretende crear las condiciones culturales que hagan posible un discurso común entre las mujeres. Correlativamente, esta pretendida autonomía de pensamiento colocaría a la mujer como sujeto activo del discurso.

Pero, como he intentado explicar, el objeto de este discurso no es otro que un mundo en el que conviven mujeres y hombres, y donde cualquier cambio en la percepción y en la ética de la convivencia afectará a todos.

De ello eran conscientes —aunque desde un punto de vista reaccionario— los grupos que hace dos décadas reaccionaron contra el movimiento igualitarista de las mujeres. Organizaciones de padres divorciados y restos de organizaciones antisufragistas crearon en U.S.A. los «Gentlestudies». Sus miembros, indignados por la osadía de las mujeres que se atrevían a correr por las calles blandiendo banderas y reclamando dere-

11. OSCAR GUASCH dedica un excelente estudio al universo gay en GUASCH, 1991. Según este autor, dicho universo refleja la construcción de una identidad sexual en el ámbito homosexual, que adquiere diversas connotaciones según el varón se identifica con sus tendencias sexuales —el «macho», la «loca», el «blando», «el carroza» —, o no —«el reprimido»—. Obsérvese que el discurso descansa sobre conceptos idénticos a los utilizados por las feministas, como «identidad sexual» o «diversidad».

12. Esta comunicación viene hoy redimensionada por la necesidad de solidaridad que impone la vertiginosa extensión del SIDA en la comunidad homosexual. Factor que aumenta la importancia del conocimiento interno de este mundo por personas externas a él.

chos, temían que su mundo fuera tocado por aquellas exaltadas. Y así nacieron nuevas categorías, como la de *el hombre seguro*, que sin duda despertaron el interés de muchos sociólogos. Y renacieron mitos fantásticos, como el de *el retorno del gran macho*, merecedores de figurar en los mejores comics de ciencia ficción.

El contraataque reaccionario es una probabilidad con la que deben contar las feministas de la diferencia. Y para evitarlo se debería tender hacia una alianza amplia con otras facciones sociales preocupadas por la emancipación, que hiciera posible hablar de una homogeneidad cultural dentro de la diferencia, o de la igualdad compleja que defiende ANA RUBIO CASTRO¹³.

Se trata de no caer en un *mundo de la escisión*, y sí de vivir en un mundo en que *lo diferente* sea valorado positivamente. Un mundo donde niñas y niños puedan intercambiarse sus juguetes sin ningún tipo de rubor, ni de temor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERICI, A., «Il tempo della formazione», en *Il tempo delle donne*, Forum promosso dalle donne comuniste, Roma 15-16-17 d'aprile di 1988, p. 79.
- ARENDT, H., *Vita activa*. Milano, Bompiani, 1964, p. 43.
- BOELLA, L., «Pensare liberamente, pensare il mondo», en *Diotima. Mettere al mondo il mondo. Oggetto e oggettività alla luce della differenza sessuale*. Milano, La tartaruga edizioni, 1990, p. 175.
- CAVARERO, A., «Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale», en *Democrazia e Diritto*, 2, 1990, pp. 221-241.
- CAVARERO, A., «Dire la nascita», en *Diotima*, cit, pp. 93-121.
- GRILLINI, F., nota editorial en *Con/Tatto*, periodico dell'Arci Gay, 4/5, 1990, p. 2
- GUASCH, O., *La sociedad rosa*, Barcelona, Anagrama, 1991.
- MANCINA, C., «Tempi e percorsi nella sessualità e nella procreazione», en *Il tempo delle donne*, cit., p.67.
- RUBIO CASTRO, A., «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», en Separata del n.º 70 a la *Revista de Estudios Políticos*, 1990, p.197.
- STOLKE, V., reseña al libro de Carole Pateman, «The sexual contract», en *Mientras Tanto*, 40, 1990, pp. 159-165.
- TURCO, L., Introducción a *Il tempo delle donne*, cit., p. 16.

13. La profesora RUBIO cree necesario no ceñir el campo de la diferencia en las mujeres. «El fin que se pretende conseguir es mostrar la parcialidad de lo masculino como dato previo imprescindible para dar paso a la reciprocidad y a una nueva relación» (RUBIO, 1990).

El concepto de poder y su relación con la mujer

Por MILAGROS OTERO PARGA

Santiago de Compostela

1. INTRODUCCION

El concepto de poder surge al mismo tiempo que el de sociedad u organización. Se manifiesta al lado de cualquier actividad social como un elemento consustancial a la misma. Sin embargo toda sujeción constriñe la libertad humana y, por ello, desde el comienzo de los tiempos el ser humano ha intentado conjugar su libre arbitrio con la necesidad de llevar a cabo su vida dentro de un orden que le asegure la subsistencia y el adecuado ejercicio de sus derechos.

No obstante el orden sugiere la organización, el respeto por alguna norma, que dentro de la vida social se manifiesta habitualmente como sujeción al poder.

El hombre, sin ningún tipo de ligadura, el hombre que vivía en el «estado de naturaleza» estaba sometido, sin posibilidad de defensa, a cualquier tipo de atropello. No tenía ninguna atadura, no estaba sujeto a ninguna organización, disfrutaba de absoluta libertad, pero carecía de seguridad y de la posibilidad de disfrutar de cualquier otra ventaja, puesto que se le negaba en muchos casos la vida como presupuesto de cualquier otro derecho.

Surgió así la doctrina contractualista, cuyos primeros acentos los encontramos en la sofística. A través del contrato social, los hombres por su propia voluntad, abandonaron el estado de naturaleza, y por lo tanto de desorden y anarquía. A partir de este momento, desaparece la libertad ilimitada del ser humano ya que la de cada uno tendrá que coordinarse con la de los demás para evitar el atropello del más fuerte.

¿Cómo vivía el ser humano en el llamado «estado de naturaleza»? No hay una respuesta unánime. Para HOBBS la condición natural del hombre antes de constituirse en sociedad era un estado de guerra de cada uno con-

tra los demás. No existía un autoridad (power) común, y por lo tanto, no existía ley ni justicia ¹.

SPINOZA también coincide en identificar el estado de naturaleza con la fuerza. El hombre aparece movido por la utilidad, no por la razón. Por tanto, para sobrevivir, el derecho que poseían por naturaleza todos los hombres sobre todas las cosas, deberán poseerlo colectivamente y ha de estar determinado por el poder y la voluntad de todos y no por los apetitos de cada cual ².

PUFENDORF habla más concretamente de un poder capaz de infligir un mal a quienes se resistan y obren en contra de la utilidad común.

Sin embargo, también encontramos manifestaciones de un tenor totalmente diferente. Así LOCKE habla de un «estado de naturaleza» como un lugar donde viven los hombres conforme a la razón, sin ningún superior común que tenga poder alguno sobre ellos. Por naturaleza los hombres son libres, iguales e independientes ³. Sin embargo, esta situación no es la adecuada y el hombre tiene que recurrir al contrato social.

El hombre pierde esa libertad de la que había disfrutado y tiene que someterse a una organización. Poco importa el motivo. Poco importa cuál era el estado anterior. No tiene relevancia que el hombre viviese en un estado de paz y felicidad o de continua guerra. Lo importante es que llegó el momento en que tuvo que renunciar a parte de sus prerrogativas en aras de poder desarrollar su vida. Tuvo que aprender que los conceptos de paz, libertad, bienestar, orden, etc., tienen un precio. Tuvo que conocer, en suma, la idea de sujeción a un poder.

Entonces, el problema cambió de sesgo porque lo importante era la organización de ese poder, sus límites, su ejercicio, su origen, y a quién correspondía ejercitarlo. Estos son los problemas del mundo moderno. Quizá los de todos los tiempos. El hombre necesita saber cómo puede vivir en paz, en una sociedad organizada, pagando el menor precio posible en la moneda de la libertad y del ejercicio de los derechos. Sobre estas bases voy a estudiar el concepto de poder en sus diversas acepciones, centrándome específicamente en el poder del Estado, sus fines y caracteres para ocuparme después de la mujer con el único fin de establecer si existe algún tipo de relación entre ambos conceptos.

1. HOBBS, T., *Leviathan*, XIII en *Opera latina*, 2.^a reimpresión de la ed. de Gulielmi Molesworth, 5 vols, Londini, 1839-1845, vol III, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1966, p. 100.

2. SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-politicus*, XVI, ed. de Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1966, p. 55 ss.

3. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, II, 19 en *The works of John Locke*, 10 vols, reimpresión de la ed. de Londres de 1823, vol. 5.^o, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1963, p. 465.

2. DIVERSOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO PODER

La palabra «poder» procede del verbo latino *possum*⁴ y su traducción más usual es la de poder, aunque en algunas ocasiones adopta otros significados como facultad, influencia o autoridad. Esta raíz latina es la que parece haberse conservado en distintos idiomas. Así francés en el cual se habla de «pouvoir». Italiano «potere», o incluso inglés cuya forma es «power».

Centrándonos en el castellano, el vocablo «poder» tiene múltiples acepciones. Algunas de ellas carentes de significado jurídico. En este sentido se habla de poder para expresar algo contingente o posible, puede que llueva mañana; o para expresar la fuerza y vigor de un caballo o la resistencia de un buque a los golpes de la mar y del viento.

Dentro del aspecto jurídico, identificamos el poder con conceptos como: dominio, imperio, facultad o jurisdicción para mandar o ejecutar una cosa.

Desde un punto de vista sustantivo, el poder es un instrumento en el que una persona da una facultad a otra para que actúe en su lugar representándola. Es el nombre que suele darse a la escritura pública de mandato.

También puede significar posesión o tenencia actual, superioridad o hegemonía⁵.

Otro significado que interesa resaltar es el que relaciona al «poder» con la «potencia». La potencia es el poder que tiene una cosa de producir un cambio en otra⁶. Así, el poder, la potencia y la capacidad son entendidas cada vez en un sentido más activo.

Tampoco debemos olvidar las múltiples acepciones de este término que se usan en el lenguaje coloquial como por ejemplo, hasta más no poder, no poderse tener, no poder hacer más, no se puede contar con él para nada etc., que aunque son distintas a las anteriormente enunciadas, sugieren una idea común. La idea que subyace en todas ellas es la de imposición, superioridad, fuerza para hacer algo o para castigar a aquellos que no lo hacen.

Pero, al mismo tiempo y derivado de este vocablo surge el de «potes-tad» en contraposición a la «autoridad».

4. Parece que *possum* procede de *potis* y *sum*. Su forma es irregular. Se enuncia *possum-potes-posse-potui*.

5. Más información sobre este tema en la voz «poder» en:

– *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana*, t. XLV.

– *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, T. XIX.

– OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974.

– RODRIGUEZ NAVAS, *Diccionario completo de la lengua española*, Madrid, 1905.

– NIERMEYER, J. F., *Mediae latinitatis lexicon minus*, Leiden, 1976.

– BLAZQUEZ FRAILE, A., *Diccionario latino-español*, Ed. Sopena, Barcelona, 1961.

6. FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, t. III, 9.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1990.

De nuevo estamos moviéndonos en los márgenes del poder, pero visto desde distintos puntos de vista.

El concepto de autoridad, la *auctoritas* romana, sugiere la idea de sabiduría, de saber socialmente reconocido que tiene la fuerza suficiente para hacerse valer. Sería algo así como el poder moral, el que convence por su claridad y por la certeza de su razonamiento y se impone por su razonabilidad. Ese tipo de poder no sería, nunca lo ha sido, suficiente en la sociedad. Así surge la «potestad» como complemento.

La «potestad» se configura como la forma efectiva y coactiva de hacer valer el poder. Para muchos el poder se confunde con la potestad, pues sólo puede entenderse como forma válida de poder, aquél que puede ejercitarse, aquél que puede imponerse de forma coactiva.

Esta opinión tan extendida ha tenido a lo largo de la historia y sigue teniendo hoy en día muchos adeptos y detractores. No es ahora el momento, ni éste el lugar adecuado para estudiar este problema en mayor profundidad. Baste con enunciarlo para que sirva de recordatorio al realizar la reflexión sobre el concepto que nos ocupa.

Sin embargo, y sin ánimo de polemizar, creo que la noción de poder quedaría mutilada si prescindiésemos de alguno de estos dos elementos. Un poder que sólo se fundamentase en la fuerza o en la superioridad sería difícil de comprender para los hombres (o al menos para una mayoría cualificada de hombres) del siglo XX. Podría además atravesar fácilmente los límites del despotismo y del absolutismo. Pero un poder basado única y exclusivamente en la *auctoritas*, en la autoridad, tampoco sería posible, entre otras cosas porque este concepto tiene mucho de subjetivo. Por otro lado, a pesar de que la idea de una sociedad donde los hombres viviesen en paz y armonía sin necesidad de leyes o penas es muy sugestiva, es utópica tal y como la historia se ha encargado de demostrar⁷.

A pesar de estos significados, el que a nosotros más nos interesa es el del poder desde el punto de vista jurídico que, en aras a lo que hemos dicho, podemos resumir en dos aspectos según se trate del ámbito del derecho público o del ámbito del derecho privado.

En derecho público, la palabra poder se utiliza en el sentido de «facultad» para desarrollar determinadas actividades. También tiene un sentido estructural de organización. El poder, en el ámbito del derecho público se divide tradicionalmente, desde MONTESQUIEU, en legislativo, ejecutivo y judicial.

7. La posibilidad de una sociedad sin leyes y sin poder coactivo por parte del Estado, ha sido una constante en la historia. Ejemplos de ello tenemos en *La República* de PLATÓN, o en la *Utopía* de TOMÁS MORO, por señalar dos claros exponentes alejados en el tiempo. Sin embargo, los mismos autores que escribían sobre esta posibilidad, eran conscientes de que estaban especulando.

Por el contrario, en el ámbito del derecho privado, el concepto de poder se identifica con la facultad de actuar en nombre propio o por representación.

Del estudio realizado podemos deducir que el poder se consolida y manifiesta como una idea esencial a toda sociedad, como la manifestación más clara de la actividad social que descansa sobre dos elementos:

- autoridad y
- fuerza.

Una vez señaladas las distintas posibilidades de enfoque del concepto de poder, me centraré exclusivamente en el poder del Estado.

3. EL PODER DEL ESTADO

El poder del Estado puede entenderse como la facultad que tiene éste de obrar para el cumplimiento de sus fines. Es un poder político y civil⁸ que debe disponer, al igual que cualquier otro poder, de las prerrogativas de fuerza y autoridad.

La combinación de estas dos características intrínsecas al poder, puede determinarse por la vía de los límites del Estado que se manifiestan a través de sus fines y sus caracteres.

a) *Fines*

A lo largo de la historia han aparecido muchas opiniones distintas en cuanto a la finalidad del Estado. Una de las más antiguas en el tiempo sostiene que la finalidad del Estado es educar al individuo para que pueda vivir en sociedad. Este punto de vista pedagógico se ha manifestado en distintos autores como ARISTÓTELES o WOLFF⁹.

Para otros autores como PLATÓN, la función del Estado es la realización de la eticidad y de la justicia. Buscan un Estado ideal concebido a priori cuya finalidad es la justicia absoluta. En el Estado, al ser mayor, será más fácil conseguir la justicia¹⁰. También AGUSTIN DE HIPONA habla del Estado con la finalidad de la realización de la justicia pero en su postura se aprecia alguna variante ya que él niega valor al Estado en que no reine la justicia. Pero, la justicia a la que se refiere, no es la misma virtud ética ab-

8. Utilizamos la palabra «civil» para diferenciarla del poder eclesiástico.

9. ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*, 1180 a, ed. bilingüe y traducción por MARÍA ARAUJO y JULIÁN MARIAS, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1960, p. 172, pone de manifiesto el hecho de que los hombres, por sus propios impulsos, no obedecen a la razón, sino a la fuerza, y por ello es necesario enseñarles a vivir rectamente. Esta labor sólo la puede asumir el Estado, porque es el único con fuerza coactiva suficiente. En cuanto a CRISTIAN WOLFF, su concepción del Estado es paternalista y pedagógica. El Estado tiene una función de magisterio con relación a sus súbditos.

10. PLATÓN, *La República*, II, 10, 368 c, 369 b, ed. bilingüe, traducción y notas por JOSÉ MANUEL PABÓN y MANUEL FERNÁNDEZ GALIANO, t. I, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1949 p. 75.

soluta al estilo platónico. La justicia para el hiponate sólo se encuentra en la ciudad de Dios. Y por ello llega a afirmar que el Estado romano no existió nunca como tal, puesto que en él no habían reinado los verdaderos intereses del pueblo, ni por tanto la verdadera justicia ¹¹.

Por otro lado, el pensamiento del medievo concluye con la doctrina del origen popular del poder del Estado establecida por MARSILIO DE PADUA. La finalidad del Estado es canalizar el poder del pueblo. La ley y el Estado son obra de los hombres y su única y necesaria justificación estriba en haber sido establecidos por el pueblo para excluir el error ¹².

MAQUIAVELO manifiesta una opinión distinta en cuanto advierte que el Estado no se justifica por las buenas o las malas leyes. Su única justificación, la única que precisa, es su propia realidad, su propia fuerza, de la que la ley es sólo su instrumento ¹³.

No es necesario ningún fundamento ético, ni la realización del bien, la paz o la justicia. El Estado existe, es una realidad constatable, de la misma manera que lo es para este autor el hecho de que el hombre por naturaleza es malo y necesita verse sometido a una fuerza para cumplir las leyes. Esa fuerza está encarnada en el Estado a través de su poder.

El hecho de que el fundamento del poder legítimo no es únicamente el Derecho sino el uso de la fuerza por parte del Estado se manifestó también en la obra de LUTERO, que señaló que para los cristianos no perfectos, no es suficiente el Derecho del Estado y por ello se debe recurrir al poder de este último.

Tampoco faltan autores como HOBBS para los que el Estado con su poder absoluto nació para la conservación de la especie ¹⁴. El origen de la sociedad, y por lo tanto del poder del Estado, no está en la mutua simpatía ni en la realización de ningún tipo de ideal sino en el recíproco temor que los hombres se inspiran entre sí.

En sentido similar se expresó SPINOZA que identificó el estado de naturaleza con la fuerza. Al igual que sucedía en el pensamiento hobesiano, Spinoza concibió un hombre movido por la utilidad, un hombre en el que la pasión dominaba mucho más que la razón. Los hombres vivían de forma mísera, sin seguridad y por ello debieron unirse entre sí y hacer que el derecho que por naturaleza todos poseían sobre todas las cosas, lo poseye-

11. AGUSTIN DE HIPONA, *La ciudad de Dios*, en la ed. bilingüe preparada por el Padre JOSÉ MORÁN, 2.^a ed, t. XVII, BAC, Madrid, 1965, p. 500.

12. MARSILIO DE PADUA, *El defensor de la paz*, I, 11, 3. Estudio preliminar, traducción y notas de LUIS MARTÍNEZ GÓMEZ, Tecnos, Madrid, 1988, p. 46 ss.

13. MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, en sus *Obras Políticas* traducción de LUIS NAVARRO, Biblioteca clásica, Madrid, 1895, p. 62 ss.

14. HOBBS, T., *De cive*, V, 1 en su *Opera Philosophica*, ed. de Gulielmi Molesworth, 5 vols, vol II, Londini 1839, 2.^a reimpresión, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1966, p.209.

ran colectivamente y que estuviera determinado por el poder y voluntad de todos, y no por la fuerza ¹⁵.

Esta necesidad de acudir a la creación de una sociedad, de un Estado con poder sobre sus miembros, es habitual en los pensadores de este momento, pero, sin embargo, resulta curioso constatar el hecho de que SPINOZA sólo utiliza este recurso en su *Tractatus theologico-politicus*, mientras que en las obras posteriores, *Ethica* y *Tractatus politicus*, no encontramos referencias precisas.

Otros autores como PUFENDORF, no están absolutamente seguros de que el estado de naturaleza, es decir, la situación anterior en la que el hombre no vivía en sociedad ni sujeto por lo tanto a ningún poder, tuviera existencia real. Esta afirmación se sustenta en la Biblia, ya que en las Sagradas Escrituras se recoge el hecho de que Adán y Eva vivían junto con sus hijos en una sociedad organizada. Siendo ellos nuestros primeros padres, antes no existía el hombre y, por tanto, el estado de naturaleza como anterior al estado de sociabilidad del ser humano. Rechaza por tanto las teorías hobesianas y se manifiesta a favor de la paz como estado natural del hombre e intrínseco a su propia naturaleza con anterioridad a cualquier convenio ¹⁶.

LOCKE también se manifestó a favor de la naturaleza humana. El estado de naturaleza según él, era un estado de perfecta libertad y de igualdad en el que todos los poderes eran recíprocos no pudiendo ninguno más que el otro ¹⁷. Siendo todos iguales e independientes nadie realizaría ningún acto contra la vida o propiedad de los otros. En el estado de naturaleza anterior a la sociedad y por lo tanto al poder del Estado, los hombres vivían «according to reason», sin ningún superior común. Sin embargo este estado que parece tan envidiable en realidad no lo es porque la naturaleza humana no es perfecta. Los hombres conocen la ley de la naturaleza mediante la razón, pero no todos están dispuestos a cumplirla, y de hecho no la cumplirían si no existiese un poder superior, con fuerza coactiva capaz de vincular al ser humano por el temor al castigo. En el estado de naturaleza, en realidad falta una autoridad.

LOCKE reconoce la necesidad de que se instaure el poder del Estado pero éste no debe anular la libertad del hombre. La función del Estado es garantizar y asegurar los derechos que el hombre ya poseía en el estado de naturaleza, y para ello debe estar sujeto a una serie de límites. En este sentido, el poder supremo del Estado que LOCKE configura como poder legislativo debe sujetarse a estas condiciones:

1) Nadie puede transferir a otro más de lo que posee. Por ello la ley positiva no puede ir en contra de la ley natural.

15. SPINOZA, B., *Tractatus Theologico-politicus*, ed. a cargo de Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 55 ss.

16. PUFENDORFF, S., *De iure naturae et gentium*, II, II, 11, ed. Mascovius, t. I, reprod. de la ed. de Frankfurt und Leipzig, 1759, Minerva, G.M.B.H. Unveränderter Nachdruck, Frankfurt, 1967, p. 170.

17. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, II, 4 en *The works of John Locke*, 10 vols, reimp. de la ed. de Londres de 1823, vol. V, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1963, p. 351

2) Se establece la prohibición de gobernar con decretos estemporáneos y arbitrarios, lo cual se completa con el deber de administrar justicia por medio de leyes promulgadas y estables y con jueces preconstituidos y públicamente investidos de autoridad.

3) También existe la prohibición de privar a cualquier hombre de parte de su propiedad sin su consentimiento, y por último

4) Prohibición de transferir el poder de hacer leyes a otras manos, ya que este poder ha sido delegado por el pueblo que es su único propietario y por tanto el único que puede cederlo¹⁸.

También existe la MONTESQUIEU se preocupó de los límites del poder. Fue un pensador interesado por la realidad histórica. El hombre del estado de naturaleza, es un hombre «supuesto, como caído de las nubes». Lo que le interesa es el hombre de sociedad, el hombre real. Y este hombre está sometido a un poder que no puede ser absoluto ni irracional. Por ello propugna la separación de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, para que «no se pueda abusar del poder y que por la disposición de las cosas el poder frente al poder»¹⁹.

ROUSSEAU también pensó que el estado anterior a la sociedad era solo una hipótesis. Sin embargo la desarrolló y afirmó que el hombre vivía en paz y sin necesidades. Pero, el ser humano fue encontrando dificultades y ello le indujo a usar la fuerza complicando así su vida. Esta progresiva complicación trajo como consecuencia directa la formación de agrupaciones sociales. En todo este proceso que puso fin al estado originario de naturaleza y empujó el hombre al estado societario, tuvo mucho que ver la introducción de la idea de propiedad. En este sentido, la propiedad es la causante de la sociedad civil. A consecuencia del derecho de propiedad se rompió la igualdad del ser humano y, entonces, «los ricos que eran los que tenían más que perder propusieron reglamentos de justicia y paz» y ese parece que fue el origen de la sociedad y de las leyes²⁰.

Sin embargo, una vez que el hombre se había alejado definitivamente del estado de naturaleza, fue preciso dar a la sociedad la forma adecuada para que el hombre viviese en ella, conservando el respeto en el más alto grado posible, por sus derechos y libertades. El hombre perdió su libertad natural y sus derechos ilimitados, pero ganó la libertad civil limitada únicamente por la voluntad general. El Estado y su poder nacieron de la voluntad general. La razón de ser del Estado, y por lo tanto su legitimidad y finalidad, están en asegurar a los ciudadanos el goce de sus derechos, especialmente de los de libertad e igualdad, tan arraigados en la naturaleza humana.

18. Más información sobre estos límites al poder del Estado en: LOCKE, J., *op cit*, II, XI, pp. 416 ss.

19. IEU, C., *El espíritu de las leyes*, XI, 4, trad. y notas por SIRO GARCÍA DEL MAZO, Biblioteca de Derecho y ciencias sociales, t. I, Madrid, 1906, p. 225.

20. ROUSSEAU, J. J., *Discursos sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, II, II, estudio preliminar, traducción y notas por ANTONIO PINTOR RAMOS, Tecnos, Madrid, 1990, p. 161 ss.

Para KANT, la razón de ser del Estado es la tutela coactiva de los derechos de sus miembros. Estos derechos ya existían con anterioridad al Estado puesto que se erigen como su única justificación racional²¹.

El poder coactivo del Estado no tendría ninguna razón de ser ya que constriñe la libertad del ser humano. Solo se soporta por el hecho de que asegura los derechos y libertades que el hombre tiene por su propia naturaleza.

Las posturas señaladas hasta este momento muestran de alguna manera el estado de la cuestión. En la actualidad el problema del poder del Estado se aborda fundamentalmente desde la vertiente de la fuerza coactiva. En este sentido HART afirma que «dondequiera que haya un sistema jurídico, es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que estas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia»²².

Toda sociedad necesita un sistema jurídico y todo sistema jurídico tiene que asegurarse, para su supervivencia un poder coactivo unánimemente reconocido y aceptado. Esta fuerza coactiva es una exigencia ineludible del poder del Estado.

La vida en sociedad precisa un orden establecido, conocido y comúnmente aceptado. Necesita de un derecho y el derecho considerado en su totalidad «no puede ser concebido sin la presencia del elemento de la fuerza aunque esta no tenga que establecerse en todo momento»²³. Como dice SEGURA ORTEGA: «el derecho para cumplir sus fines y si quiere que sus reglas queden suficientemente garantizadas frente a todos los sujetos –los que las cumplen y los que las violan– debe contar con la posibilidad de recurrir a la imposición forzosa. En otro caso, no tendría ningún sentido»²⁴.

SEGURA aborda en este párrafo la ineludible necesidad de que el Estado disponga de un poder «potestad» con fuerza coactiva para hacer cumplir sus fines. El Estado debe tener la posibilidad de recurrir a la imposición forzosa. En otro caso, si sólo dispusiese de la autoridad, no tendría sentido y no lo tendría porque el jurista debe enfrentarse a la realidad y admitir que una sociedad o un estado de naturaleza (empleando la terminología que hasta ahora hemos utilizado) sin leyes, donde el ser humano viviese en paz, respetándose y haciendo posible el ejercicio de los derechos y libertades, es una utopía y lo ha sido siempre. Una bella utopía quizá, pero en todo caso, no podemos contar con ello.

21. KANT, I., *Introducción a la Teoría del derecho. (1. Introducción a la metafísica de las costumbres)* ed. a cargo de FELIPE GONZÁLEZ VICEN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 83 ss.

22. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980, p. 32.

23. SEGURA ORTEGA, M., *Teoría del Derecho*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 92.

24. SEGURA ORTEGA, M., *op cit*, p. 93.

En este sentido ORTEGA Y GASSET dijo que «para lograr que predomine un mínimo de sociabilidad, y gracias a ello la sociedad como tal perdure, necesita hacer intervenir con frecuencia su interno «poder público» en forma violenta, y hasta crear un cuerpo especial encargado de hacer funcionar aquel poder en forma incontestable. Es lo que ordinariamente se llama Estado»²⁵.

De nuevo aparece la idea de Estado y de sociedad unida a la fuerza, al poder. No estamos ante conceptos muy diferentes. Todos ellos se complementan y se implican. El hombre es sociable por naturaleza y por ello necesita vivir en sociedad. Pero la idea de la sociedad sugiere y precisa de una organización jurídica, del Estado. Y este Estado requiere de un poder, de una fuerza para hacer cumplir sus preceptos en orden a hacer posible la vida en sociedad. Y de nuevo el círculo vuelve a cerrarse.

Sin embargo no podemos reducir todo a la fuerza y al poder de imposición. El poder del Estado quedaría mutilado si lo enfocásemos únicamente desde el aspecto de la fuerza.

Efectivamente, uno de los componentes de este poder es la fuerza, pero queda el otro, la auctoritas, el saber socialmente reconocido. El último reducto que nos queda para salvar un orden jurídico y social basado únicamente en la fuerza. Decía LEGAZ LACAMBRA que «la vida social no excluye la libertad pues en sentido radical, las formas sociales de vida son hacer humano y, por ello, obra de la libertad»²⁶.

LEGAZ hace una llamada de atención desde estas páginas que no se puede desaprovechar. En efecto, el orden social y la organización estatal exigen un poder fuerte que garantice el cumplimiento de sus fines, pero ese poder, por sí solo no sirve. Es necesario fundamentarlo en la auctoritas y conseguir que de esa mezcla surja una perfecta armonía que regule la vida del ser humano.

En función del estudio realizado podemos sintetizar ocho posturas distintas en cuanto a los fines que suele cumplir el poder del Estado. Estas son:

- 1) educar al individuo para que viva en sociedad,
- 2) realización de la justicia,
- 3) canalizar el poder del pueblo,
- 4) la propia realización del Estado a través de las leyes,
- 5) uso de la fuerza,
- 6) conservación de la especie,
- 7) garantizar y asegurar los derechos del hombre, y
- 8) posibilitar la tutela coactiva de los hombres y de sus derechos.

25. ORTEGA Y GASSET, J., *El hombre y la gente*, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 312.

26. LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed. revisada, Bosch, Barcelona, 1978, p. 287.

Todas estas posibilidades se han producido a lo largo de la historia, tal y como lo hemos constatado en los autores estudiados. En la actualidad hemos localizado especialmente referencias a la fuerza coactiva del Estado, a su poder de imposición de preceptos y castigos, aunque ello no quiere decir que sea el único punto de vista existente hoy en día sobre este concepto.

b) *Caracteres*

Además del carácter ético-racional que suele atribuirse al Estado, es conveniente enumerar otros caracteres que suelen pasar más desapercibidos. Estos son:

1) Ser uno. Esto no se opone a la variedad de manifestaciones. El Estado puede manifestarse de distintas maneras, pero debe conservar en todo caso, la unidad. Problema distinto es el de admitir la posibilidad de existencia de distintos Estados donde antes existía uno solo. Esa posibilidad es perfectamente válida y no contradice, en ningún caso la postura manifestada. La característica de la unidad se refiere a cada Estado concreto una vez constituido como Estado, no a la posibilidad de existencia de un número determinado de entidades estatales.

2) Ser incompañible o indivisible. El Estado no puede ser compartido con ningún ente que no sea él mismo. De no ser así, se vería gravemente comprometido su poder, e incluso su soberanía. Cuando se habla de los poderes particulares nos referimos siempre al mismo y único poder del Estado, pues sólo el Estado puede ejercer el poder del Estado.

3) Ser inalienable. Ya que si el Estado enajenase de alguna manera su poder o parte de él, dejaría de existir. En este sentido algunos autores como SANTAMARIA PAREDES prefieren utilizar el término intransmisible que se refiere a la misma realidad de hecho, pero puede conducir al error de suponer que no se puede transmitir en cuanto a su representación, de unas personas a otras.

4) Ser imprescriptible. Esta característica resulta de la anterior, del carácter inalienable. El poder del Estado no puede ser objeto de enajenación, renuncia o prescripción, porque ello iría en contra de su propia naturaleza y de su función.

5) Ser soberano. No puede existir ningún poder que se coloque por encima del Estado. Dentro de su esfera, el Estado es el poder supremo.

6) Ser inviolable. Ya que de no ser así no estaría capacitado para cumplir su función.

Este carácter ha planteado a lo largo de la historia distintos inconvenientes que se centran en el interrogante de si deben ser cumplidos los mandatos del Estado aunque sean injustos. Algunos autores consideran que deben ser cumplidos aún en este caso y aún a la fuerza, ya que de no ser así sería estéril la misión del Estado. No tendría sentido, según ellos, la existencia de un Estado si la ley no se cumpliera en la práctica, so pre-

texto de no coincidir con el criterio individual (de cada individuo concreto) de lo justo.

Llevando esta postura a sus últimas consecuencias, en cada momento de la vida jurídica, cada individuo podría negarse a cumplir un mandato legislativo, o un fallo de los tribunales alegando (incluso de buena fe) que no se adapta a su idea de justicia. Y por ello, hablar de poder o función del Estado sería impensable.

Sin embargo, el problema de la posibilidad de que a través del poder del Estado y fundamentándonos en él, puedan producirse situaciones injustas, es grave y no puede ser pasado por alto en un Estado de derecho.

Pero tampoco debemos olvidar que el poder del Estado se encuentra limitado y que sus mandatos, para que tengan la característica de inviolables, no deben exceder la esfera destinada al Estado, y para ello es necesaria alguna garantía para el individuo y los demás organismos contra posibles extralimitaciones.

4. LA MUJER

Una vez analizado el concepto de poder en general y de poder del Estado, con los fines y caracteres que lo determinan, pasaré a estudiar el otro concepto que quiero poner en relación con éste.

La palabra «mujer» procede del latín *mulier-erem* o *mulier-eris* y significa, persona del sexo femenino²⁷.

La condición de «persona» o «ser humano» es aplicable por igual a los dos sexos. La característica o diferencia sexual no afecta a la condición de persona, es más, es irrelevante para este concepto.

Por otro lado tenemos el otro concepto que queremos poner en relación, el «poder» sobre el cual ya hemos realizado el estudio precedente.

El poder es un concepto que para un jurista no tiene relevancia si no se predica del ser humano.

Esto no quiere decir que no sea posible una reflexión sobre el poder como concepto impersonal. De hecho hemos mencionado la posibilidad de hablar del poder del mar o del viento sin ir más lejos. En estos casos se utiliza la palabra poder como sinónimo de fuerza. Sin embargo, el poder como fenómeno jurídico necesita la existencia del ser humano en cuanto a su aplicación. Es cierto que hemos hablado del poder del Estado, del po-

27. Más información sobre el tema en la voz «mujer» en :
 - *Enciclopedia universal europeo-americana*, t. XXXVII.
 - *Nuevo diccionario ilustrado de lengua española*, ed. Sopena, t. II.
 - BLAZQUEZ FRAILE, A., *Diccionario latino-español*, ed. Sopena, t. II.

der del gobierno, del poder legislativo, ejecutivo o judicial, y en ese sentido no nos referimos al poder o a la fuerza de una o varias personas. El poder se entiende como una facultad, potestad o autoridad, que para que pueda ser realizada requiere la concurrencia del ser humano. En este sentido es la facultad, la potestad o la autoridad que tiene una persona en su nombre o por delegación de otros, para hacer, prohibir o imponer algo.

Hasta ahora hemos relacionado los conceptos de poder y persona, pero no es esa nuestra meta. Lo que pretendemos es el estudio de la relación, si es que existe, entre el poder y la mujer.

Para ello debemos volver de nuevo a la definición que habíamos seleccionado del término «mujer». Mujer es la persona de sexo femenino.

La condición de persona no aporta demasiada luz al problema. De hecho ya hemos establecido la relación entre poder y persona. Por tanto, parece que debemos acudir a la otra consideración que permite definir a la mujer. Me refiero al sexo femenino.

Fijándonos en este aspecto sí que encontramos diferencias. La primera y más clara se refiere a los órganos sexuales con distinta función en cada uno de los casos. Esa diferencia, en condiciones normales, es la que marca desde el nacimiento otras peculiaridades que se irán incrementando.

El ser humano al nacer no presenta grandes diferencias por razón de sexo, si excluimos las relativas a los órganos reproductores y al hecho de que el varón suele ser un poco más largo y más pesado que la mujer.

A partir de este momento, y en función del crecimiento, las diferencias van variando ya que antes de la pubertad suele alcanzar mayor desarrollo la mujer, y sin embargo después de que ésta se produce la relación varía y el hombre alcanza mayores y más rápidos cambios.

También es distinto el esqueleto, menos robusto en la mujer; las costillas, que en el caso del varón se ensanchan más; la longitud del tronco, brazos y piernas, la masa muscular, el tamaño y la forma de la cabeza y hasta el tipo de piel.

Todas estas diferencias, puramente físicas, y las costumbres sociales (que varían según la comunidad de origen), favorecen el hecho de que la división del trabajo y el tipo de ocupaciones pueda ser distinto. Sin embargo, el aspecto cultural también es muy importante en esta situación, porque en muchos casos las aptitudes personales o físicas se relegan a un segundo plano, cuando la sociedad y sus tradiciones consideran que aquella ocupación determinada para la que el ser humano se siente inclinado y capacitado, no es propia o habitual en su sexo.

Sobre esta cuestión se ha escrito mucho, especialmente en los momentos en los que las reivindicaciones femeninas alcanzan su grado más elevado. No es este el lugar, y sin duda yo no soy la persona más indicada para

hablar del machismo o del feminismo. Entiendo que es un problema grave, pero lo es cuando el ser humano no es tratado de acuerdo con su dignidad, o no se le dan las mismas oportunidades, o es discriminado frente a la ley, o no es tratado en suma de acuerdo con el derecho. Este tipo de ataques se producen independientemente del sexo o de las «circunstancias personales o sociales» que señala el art.14 de nuestra Constitución, cuando habla del derecho a la igualdad.

Precisamente porque estoy convencida de la igualdad que debe existir entre el hombre y la mujer no encuentro la necesidad de especificar ninguna cuestión relativa al sexo cuando se establecen relaciones de derecho.

Sin embargo, también soy consciente de que hay que actuar de acuerdo con la realidad en la que se vive, y, en esa realidad todavía quedan resquicios de diferencias de trato, especialmente en lo que a la esfera del trabajo se refiere. Todas estas actuaciones que supongan un trato indigno y no adecuado a derecho, deben ser corregidas pero insisto en que la forma más adecuada sería la de hacerlo sin que la circunstancia de sexo femenino o masculino tuviera ninguna relevancia.

5. CONCLUSION

Una vez realizado el estudio precedente en cuanto al poder, y al poder del Estado más específicamente, creo que podríamos concluir afirmando que el concepto de poder en todas sus acepciones es independiente de cualquier connotación sexual y por tanto referida a la circunstancia de ser hombre o mujer el que lo detente.

El poder es un concepto asexuado, que necesita del genero humano (en cuanto al aspecto jurídico del mismo se refiere), en aras a su realización. Pero esta necesidad se refiere a «la persona», y no hay razón alguna para especificarla en ningún tipo determinado de persona. Ejercerá el poder aquel ser humano que esté más capacitado para ello.

Esta capacitación no tiene nada que ver con la fuerza física, masa muscular, capacidad torácica, altura, peso o tipo de piel, y por ello tampoco tiene nada que ver con las circunstancias físicas que diferencian al hombre de la mujer.

Es cierto que habitualmente el poder del Estado ha sido ejercido por los hombres. Creo que eso se ha debido a circunstancias coyunturales, culturales e históricas y desde luego no quiere decir que existan unos condicionantes en el género masculino más adecuados para asumir las funciones de poder.

El camino adecuado para abordar esta situación es prescindir del sexo a la hora de elegir aquellas personas que han de detentar el poder y que esta posibilidad recaiga en aquellos seres humanos que sean capaces de hacerse merecedores de ello. Cualquier otra decisión, basada en circunstancias puramente físicas es irrelevante.

II
ESTUDIOS

1. TEORIA JURIDICA

Filosofía del Derecho *versus* teoría del Derecho

Por MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE
Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Muchas son las voces que en las últimas décadas se han alzado poniendo de manifiesto la supuesta «crisis» de la filosofía del Derecho, que iría pareja a la «crisis» del positivismo jurídico. En efecto, la filosofía del Derecho, en cuanto surgió como filosofía del Derecho positivo, estuvo íntimamente unida a las características epistemológicas del positivismo jurídico, cuyo postulado básico, a grandes rasgos, se encuentra en entender que el único Derecho existente es el *derecho real*, sobre el cual se ha de centrar todo tipo de análisis científico-filosófico¹. Así, ya en 1969 HANS RYFFEL hablaba de la «cuestionabilidad» (*Fragwürdigkeit*) de la filosofía del Derecho² y de que la misma utilización del término *Rechtsphilosophie* es cada vez más inusual en Alemania.

Por otra parte, durante el último siglo han surgido, de nuevo y con más fuerza, las críticas a la filosofía en general, que tienen como lugar común

1. El término derecho real o «realidad del derecho» es un término plurívoco que se suele identificar con la *positivación* del derecho, en el sentido —utilizado por HENKEL— de «acontecimiento fáctico de establecimiento del derecho». En este punto, a veces se ha cometido el error de identificar el *derecho real* con el derecho legislado por una autoridad estatal, es decir, equiparar el derecho a la ley (positivismo legalista). Sin embargo, el «derecho real» o la «realidad jurídica» se puede entender también como «hecho social», es decir, como aquello que se basa en las costumbres sociales; o como «hechos de carácter psicológico», es decir, aquello que se basa en experiencias internas o convicciones jurídicas; también se puede entender como norma o sistema de normas; o como instituciones, o como las predicciones sobre lo que realizan los jueces, o como instrumento de control social..., dando así lugar a diferentes direcciones dentro del positivismo jurídico.

2. RYFFEL, HANS, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Luchterhand Verlag, Berlín, 1969, p. 19. Posteriormente, KAUFMANN, ARTHUR, *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Athenäum Verlag, Frankfurt a.m., 1971, se pregunta también «¿qué quiere decir que la filosofía del derecho se nos haya vuelto hoy día cuestionable (*fragwürdig*)?», p. 17; existe traducción castellana a cargo de ANDRÉS OLLERO bajo el título de *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 12, 1, 1972, pp. 7-36.

el aludir a la «muerte» de la misma. Si bien es cierto que la crisis de la filosofía del Derecho no se puede reducir simplemente —como señala OLLERO— a una «proyección regional del descrédito del saber filosófico en la civilización tecnificada»³, sino que existen otras causas diferentes, sin embargo, también lo es que estas últimas surgen siempre como añadido o como coadyuvante a la pretendida certificación de «muerte de la filosofía». En efecto, nuestro siglo ha estado y sigue estando dominado por el «dogmatismo» de la ciencia y de la técnica. El triunfo del *positivismo lógico* y de la *filosofía analítica* pretendieron certificar la «muerte de la filosofía», fundamentándose en la no aceptación de ningún tipo de especulación que no tenga en cuenta el dato de la ciencia positiva, ya que ésta es la única que puede aportar *certeza* al conocimiento y utilidad a la existencia humana. Recuérdese al respecto la apología del triunfo de la «razón instrumental» expresada por HORKHEIMER⁴. Así pues, como ha señalado RYFFEL, «el lugar de la filosofía lo ha ocupado en nuestra sociedad la ciencia». No obstante, quedarían «problemas residuales» que no pueden ser resueltos por la ciencia y de los cuales se ocuparía, por tanto, la filosofía. De esta manera, la filosofía se convierte —como dice CARNAP—⁶ en la lógica de las ciencias o en una *teoría* de la ciencia (*epistemología*)⁷, cuya misión sería resolver todos aquellos problemas de carácter *metacientífico* que la ciencia da por supuestos. Por tanto, podríamos decir que, en nuestro siglo, la epistemología ha quedado definitivamente en manos de los filósofos.

Paralelamente, la filosofía del Derecho pasó también a ser *lógica* de las ciencias jurídicas precisamente porque asumiendo que las ciencias jurídi-

3. OLLERO TARRASA, ANDRÉS, *Una filosofía jurídica posible*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, pp. 247-278 (la referencia en p. 247).

4. Cfr. HORKHEIMER, MAX, *Crítica de la razón instrumental*, traducción castellana de H. A. MURINA y D. J. VOGELMANN, Ed. Sur, Buenos Aires, 2.ª ed., 1973.

5. RYFFEL, Hans, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., p. 32; cfr. también LEVI-STRAUSS, C., *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, traducción castellana de F. CASTILLA, Valencia, Cuadernos Teorema, 1978.

6. Cfr. CARNAP, RUDOLF, *Filosofía y sintaxis lógica*, traducción castellana de CÉSAR N. MOLINA, México, UNAM, 1963.

7. Sobre el desarrollo de la teoría de la ciencia en los últimos años, véanse, entre otros, KUHN, S., *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción castellana de A. COTIN, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; FEYERABEND, PAUL, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría empirista del conocimiento*, traducción castellana de D. RIBES, Madrid, Ed. Tecnos, 1981; WUCHTERL, K., *Methoden der Gegenwartsphilosophie*, Stuttgart, 1977; BUNGE, M., *Epistemología*, Barcelona, Ed. Ariel, 1980; NAGEL, E., *La estructura de la ciencia*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1974; MUGUERZA, J., *Nuevas perspectivas en la filosofía contemporánea de la ciencia*, en «Teorema», núm. 3, Valencia, 1973; LAKATOS, I., y MUSGRAVE, A. (eds.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, traducción castellana de FRANCISCO HERRAN e introducción de J. MUGUERZA, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1975; LAKATOS, I., *La historia de la ciencia y su reconstrucción racional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975; del mismo autor, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza Ed., 1983; LEVI-STRAUSS, C., *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, cit.; POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, traducción castellana de V. SANCHEZ DE ZAVALA, Madrid, Ed. Tecnos, 1965; del mismo autor, *El desarrollo del conocimiento científico*, traducción castellana de N. MIGUEZ, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1968; *Conocimiento objetivo*, traducción castellana de C. SOLIS, Madrid, Ed. Tecnos, 1974; AYER, A. J.; GELLNER, E., y KUZNETSON, I. V., *Filosofía y ciencia*, traducción castellana de R. BENEYTO, Valencia, Cuadernos Teorema, 1975.

cas particulares tengan efectivamente carácter científico, «la teoría de la ciencia jurídica —como han señalado LAPORTA, HIERRO y ZAPATERO— se muestra como una metaciencia en relación a aquéllas»⁸. Y ello porque las «ciencias jurídicas» introducidas por la tradición positivista se ocupan de estudiar el Derecho sólo desde una determinada perspectiva, es decir, son estudios particulares del «Derecho positivo»; pero, sin embargo, no resuelven los problemas relacionados con el *status* del conocimiento jurídico, a saber, «la formalización de su objeto, la definición de su perspectiva y la estructura de su método»⁹. La teoría de la ciencia jurídica se ocupa, pues, de determinar el estatuto epistemológico de dicha ciencia o, dicho con otra palabras, de la metodología del conocimiento jurídico, porque, como ya dijera BOBBIO, «... el problema metodológico es problema filosófico, en cuanto es el problema del valor de la ciencia en particular, y por lo que a nosotros respecta, de la Ciencia del Derecho»^{9 bis}.

Por otra parte, en los últimos años —como señala KAUFMANN— se propuso a discusión —y parece que tuvo en principio cierta aceptación por su aparente simplicidad— «un esquema según el cual la teoría del Derecho debe ocuparse de las estructuras lógico-formales del Derecho, la sociología jurídica de las sociológicas y la filosofía del Derecho quedaría reducida a una reflexión crítica sobre los valores jurídicos y sobre la fundamentación del Derecho»¹⁰. Ahora bien, dicho esquema propuesto exigiría algunas aclaraciones previas, en el sentido de si la teoría del Derecho y el análisis sociológico del Derecho son disciplinas filosóficas o si, por el contrario, constituyen disciplinas científicas diferenciadas de la filosofía del Derecho¹¹ o, incluso, si se plantean como sustitutivas de ésta¹².

2. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Históricamente, la *teoría general del Derecho* surgió a finales del siglo XIX a raíz del triunfo del positivismo jurídico, paralelamente, en dos ámbitos idiomáticos: en Inglaterra, bajo la denominación de «Analytical jurisprudence» y de la mano de JEREMY BENTHAM y JOHN AUSTIN; y en Alemania, bajo la denominación de «allgemeine Rechtslehre», de la mano de au-

8. LAPORTA, F. J.; HIERRO, L. L., y ZAPATERO, V., *Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del Derecho en la actualidad*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, pp. 93-120 (la referencia se encuentra en p. 110).

9. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1988, p. 101.

9.bis. BOBBIO, N., *Teoria della scienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, p. 42.

10. KAUFMANN, ARTHUR, *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, cit., p. 20; cfr. también ROTLEUTHNER, HUBERT, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, 1980.

11. Como ejemplo de intento de sustitución de la filosofía del Derecho por la sociología jurídica puede citarse la sociología sistémica del derecho propugnada por LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Opladen, 1983.

12. Cfr. al respecto la diferenciación que hace HEINER ALWART, *Recht und Handlung*, Tübingen, Mohr, 1987, entre filosofía del Derecho, por una parte, y teoría y sociología del Derecho, por otra, en cuanto ciencias particulares.

tores tales como A. MERKEL, K. BERGBOHM y, posteriormente, H. KELSEN. Inicialmente, la teoría general del Derecho fue elaborada como una teoría del Derecho positivo que tenía por objeto encontrar la posibilidad de elaborar un concepto de derecho, así como unos conceptos jurídicos fundamentales tales como el concepto de «deber jurídico», de «derecho subjetivo», de «norma», de «validez», de «deber ser», etc. Como tal *teoría* del Derecho positivo fue considerada como la única filosofía del Derecho que era posible realizar, es decir, que esta última fue reducida, en el ámbito del positivismo jurídico, a una teoría general del Derecho¹³. Si como consecuencia del positivismo jurídico el derecho se reduce a un Derecho positivo, entonces la filosofía del Derecho necesariamente tendría que ser una filosofía del Derecho positivo, y ésta no es sino una teoría general del Derecho, que tenga por objeto la búsqueda de los conceptos y formas fundamentales del Derecho.

Las tesis básicas de la teoría general del Derecho las ha resumido RALF DREIER en las tres siguientes: «primero, las normas jurídicas son mandatos de una autoridad exterior competente; segundo, no existe ninguna relación necesaria entre el Derecho y la moral, y tercero, la tarea de la teoría del Derecho es el análisis lógico de los conceptos fundamentales del Derecho»¹⁴. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la primera de estas tesis ha sido hoy día abandonada, especialmente desde el triunfo de las «teorías realistas» del Derecho, que surgen como una nueva versión de la teoría general del Derecho. Las «teorías realistas» entienden que la función de la teoría general del Derecho consiste en la realización de investigaciones sociológicas y psicológicas del derecho, con lo cual consideran la positividad del derecho «no en el hecho de su imposición por medio de una autoridad exterior competente», sino «en el hecho de su aplicación y en su cumplimiento o en su reconocimiento por jueces y ciudadanos»¹⁵.

Ahora bien, inicialmente la teoría general del Derecho no surge como una «teoría de los conceptos jurídicos fundamentales» de todo derecho posible, sino como una teoría general de los conceptos fundamentales «inducidos de la dogmática de un derecho positivo», con lo cual dichos conceptos sólo tienen —como señala GONZALEZ VICEN— «valor de principio para este mismo Derecho, y la filosofía jurídica se convierte, en último término, en "abstracción" formalista de una ciencia del Derecho nacional»¹⁶.

13. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A., *Significado y función de la teoría fundamental del Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, p. 218.

14. DREIER, RALF, «Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?», en *Recht. Moral. Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.m., Suhrkamp Verlag, 1981, pp. 17-47 (la referencia en p. 18); existe traducción castellana a cargo de G. ROBLES MORCHON, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 52, 1978, pp. 111-138.

15. DREIER, R., *op. cit.*, p. 11.

16. GONZALEZ VICÉN, F., *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, en *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 47-140 (la referencia se encuentra en p. 66).

La superación de esta limitación inicial la podemos encontrar en el programa de la llamada *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales* de AUSTIN, BIERLING y SOMLO¹⁷, cuya misión es la de elaborar un concepto del Derecho y de los conceptos y formas jurídicas fundamentales desde una perspectiva totalizadora, con lo cual se constituye en una dimensión o parte de la filosofía del Derecho. Tiene, pues, un planteamiento ontológico que no se limita sólo «al estudio de la dimensión formal, lógica o estructural» del Derecho, sino «que tiene que penetrar en su desenvolvimiento hasta el núcleo material del derecho...»¹⁸. Se trata, por tanto, de la elaboración de unas nociones formales que se encuentran en la base de todo derecho posible. Con lo cual, como acertadamente ha señalado GONZÁLEZ VICÉN, «el Derecho no aparece en esta dirección como un orden positivo concreto, ni siquiera como un conjunto de proposiciones con contenido determinado, sino como un sistema normativo abstracto. Como tal sistema el Derecho posee una estructura permanente en cuya base se hallan unos conceptos fundamentales. La formulación de estos conceptos es el contenido propio de la filosofía del Derecho»¹⁹.

De esta manera, la reivindicación del análisis lógico-formal del Derecho como análisis filosófico, y no científico, pasa necesariamente por un planteamiento *ontológico* de dicho análisis. Por ello, como ha señalado DELGADO PINO, «cuando la teoría general del Derecho, bien partiendo de una elucidación explícita de sus supuestos epistemológicos y metodológicos, bien prescindiendo de ella, se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo derecho posible, entonces estamos ante una verdadera filosofía del Derecho *sui generis* que no quiere reconocerse como tal...»²⁰.

Dicha *ontologización* de los problemas lógico-formales del Derecho conduciría entonces a la elaboración de unos «conceptos jurídicos puros» de carácter *apriorístico* como propugnara la filosofía neokantiana, o a la elaboración del concepto universal del Derecho como propugnara el formalismo fenomenológico. De esta forma —como señala RECASÉNS SICHES—, se pretendería elaborar unos «conceptos jurídicos puros, necesarios, que no expresan realidades creadas contingentemente por los hombres en determinada situación histórica, sino que, por el contrario, pertenecen a la esencia de lo jurídico pura y simplemente y, por eso, son comunes a todas las regulaciones del Derecho y a todo conocimiento científico de éstas»²¹.

17. AUSTIN, JOHN, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, Londres, Ed. R. Campbell, 2 vols., 1911; BIERLING, *Juristische Principienlehre*, 5 vols., Tübingen, Mohr Verlag (existe una nueva edición en Scientia Aalen, 1961); *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877/1883, Scientia Aalen, 1961; SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2. Aufl., Leipzig, 1927.

18. MONTORO BALLESTEROS, A., *Significado y función de la teoría fundamental del Derecho*, cit., pp. 241-242.

19. GONZALEZ VICÉN, FELIPE, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, cit., p. 67.

20. DELGADO PINTO, J., *Los problemas de la filosofía del Derecho*, cit., p. 33.

21. RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 6.ª ed., 1978, p. 12.

Ahora bien –como acertadamente ha señalado DELGADO PINO–, «a la altura de nuestro tiempo no parece posible mantenerse en el neokantismo como base sobre la cual el filósofo del Derecho pudiera apoyar su propia reflexión teórica»²². A la teoría general del Derecho se le abren hoy día nuevos caminos. No obstante, existen tendencias que pretenden reivindicar, junto al análisis lógico-formal del derecho, su significación ético-material, reivindicando de nuevo una visión totalizadora del fenómeno jurídico. Así, desde el ámbito jurídico anglosajón, recientemente, RONALD DWORKIN ha caracterizado a la teoría general del Derecho con el doble sentido de ser, a la vez, «conceptual y normativa», lo cual implica la reivindicación de su carácter filosófico y el reconocimiento de que «dependencias recíprocas de las diversas partes de una teoría general del Derecho son... complejas». De la misma manera –prosigue DWORKIN–, «una teoría general del Derecho tendrá múltiples conexiones con otros dominios de la filosofía. La teoría normativa vendría incorporada en una filosofía moral y política más general, que, a su vez, pueda depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad. La parte conceptual se inspirará en la filosofía del lenguaje y, por ende, en la lógica y en la metafísica. El problema de qué es lo que significan las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas, por ejemplo, establece inmediatamente conexiones con difícilísimas y muy controvertidas cuestiones de lógica filosófica. Por tanto, una teoría general del Derecho debe asumir constantemente una u otra posición –discutida– sobre problemas de la filosofía que no son estrictamente jurídicos»²³.

A la vista de ésta y otras posturas similares, parece que se ha producido en la actualidad una ruptura entre el positivismo jurídico y el ámbito de lo que hoy en día se ha de entender por teoría general del Derecho. Así, en esta línea de pensamiento tienen que ser entendidas las palabras de PECES-BARBA cuando sitúa la teoría general del Derecho en el ámbito de la filosofía del Derecho «y no en el de la ciencia jurídica, porque ésta es una ciencia empírica que tiene su misión de informar, de elaborar y de ordenar los ordenamientos positivos, mientras que la teoría del Derecho o teoría general del Derecho pretende establecer el concepto y el significado del Derecho basado, por supuesto, en la información que proporciona la ciencia, pero con un nivel de abstracción y de generalidad en el marco de la historia y de la cultura jurídica...»²⁴. Sin duda, también, en este marco de ruptura entre positivismo jurídico y teoría general del Derecho han de considerarse las opiniones de CARLOS SANTIAGO NINO, para quien «... la teoría general del Derecho aparece como un vano ejercicio conceptual cuando se la pretende encarar en forma pura»; sin embargo, este autor considera que

22. DELGADO PINTO, J., *Los problemas de la filosofía del Derecho*, cit., p. 34.

23. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, traducción castellana de MARTA GUSTAVO, Barcelona, Ed. Ariel, 1.ª ed., 1984, pp. 32-33.

24. PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1984, p. 185.

«ella se convierte en una empresa intelectual considerablemente fructífera cuando se la desarrolla en conexión con preocupaciones explicatorias y justificatorias acerca del Derecho». En base a ello, NINO cree que «el rumbo de la teoría general del Derecho está marcado por sus conexiones tanto con teorías descriptivas como con teorías valorativas acerca del Derecho que ponen de manifiesto propiedades relevantes que el esquema conceptual debe recoger y problemas que debe ayudar a esclarecer»²⁵.

Ahora bien, tras todo este tipo de posturas actuales subyace, en mi opinión, lo que podría denominarse la crisis epistemológica del positivismo jurídico y, con ella, la crisis epistemológica de la filosofía del Derecho positivo en cuanto reflexión filosófica específica desarrollada en el ámbito del positivismo jurídico. Todo esto supone también —como señala ROBLES MORCHON— una crisis de «las concepciones meramente descriptivas»²⁶ y unitarias del Derecho²⁷, a la par que una crisis de la teoría general del Derecho en cuanto estudio meramente formal del Derecho. De las causas y consecuencias de dicha «crisis» me ocuparé más detenidamente en el epígrafe siguiente.

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO «VERSUS» TEORÍA DEL DERECHO

Según lo dicho hasta ahora, partimos de la idea de que las características epistemológicas del positivismo jurídico y de la reflexión filosófica que le es propia han entrado actualmente en «crisis»²⁸. Sin embargo, esto no quiere decir que se vuelva de nuevo a la teoría del Derecho natural ni a la metafísica ni al positivismo ortodoxo, puesto que —como ha señalado KAUFMANN— en la actualidad «han quedado bloqueados tanto el camino de vuelta al Derecho natural... como el de retroceso al positivismo legal. Sabemos que la vieja contienda entre Derecho natural y positivismo ha encajado hace tiempo en un banco de arena»²⁹.

Por tanto, la actual reflexión filosófico-jurídica ha de discurrir —según terminología de WELZEL— «más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico»³⁰, pero teniendo en cuenta al positivismo o, mejor dicho, al «talante» positivista que ha marcado —y aún sigue marcando— todo el pen-

25. NINO, CARLOS S., «La nulidad jurídica y el papel de la teoría general del Derecho», en *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, pp. 197-207 (la referencia se encuentra en p. 197).

26. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 75.

27. Sobre la superación de las concepciones meramente descriptivas del Derecho véase NINO, CARLOS, S., «El enfoque esencialista del concepto de Derecho», en *La validez del Derecho*, cit., pp. 175-195.

28. Cfr. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 75 y ss.

29. KAUFMANN, ARTHUR, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, traducción castellana a cargo de ANDRÉS OLLERO bajo el título de *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 17, 1977, pp. 351-362 (la referencia se encuentra en p. 351).

30. WELZEL, HANS, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Argentina), 1962.

samiento moderno contemporáneo. Por tanto, se trata —como señala ROBLES— de «profundizar por nuevas veredas cuestiones sólo comprensibles en el marco de discusión acotado por el positivismo, ya que dicha "corriente decimonónica" ha marcado a la especulación de nuestro siglo el ámbito de discusión: la realidad existencial, no ideal o metafísica»; y además, «el propio positivismo evolucionado (el positivismo lógico) ha llevado a la filosofía a un punto de confluencia con otras tradiciones epistemológicas: a la plataforma común del *lenguaje*»³¹.

Esto no es obstáculo para reconocer que algunos de los postulados epistemológicos básicos del positivismo jurídico fueron puestos en cuestión en las últimas décadas y hoy en día han sido totalmente superados, lo cual ha producido también un cambio en la reflexión teórico-filosófica sobre el Derecho. Por ejemplo, tras la Segunda Guerra Mundial se pone en cuestión la concepción *descriptiva* de la realidad y, por lo que a nosotros respecta, del Derecho; según dicha concepción se había relegado al plano de la «ideología» toda la problemática relacionada con la racionalidad práctica, con la dimensión axiológica o con la decisión «correcta» o «justa» del Derecho. Se rechaza también el dualismo metódico kantiano de la tajante separación entre *deber ser* y *ser*, sobre el cual reposa el positivismo jurídico como doctrina filosófica³². Ejemplos de superación de este dualismo los podemos encontrar en la teoría jurídica marxista (BLOCH), en el neohegelismo (BINDER, LARENZ), en los defensores de la teoría de la «naturaleza de la cosa» (*Natur der Sache*), como HELMUT COING y GUSTAV RADBRUCH; en los neotomistas (VERDROSS, MARCIC) o en la teoría de las «estructuras lógico-objetivas» desarrollada por HANS WELZEL³³.

Como consecuencia de tal rechazo el Derecho ya no se considera como un sistema coherente de normas y, lo que es más importante, el Derecho ya no se identifica solamente con la «ley». Esta última sólo es un paso más en el proceso de realización del Derecho. La ley —como señala KAUFMANN— «ha de concretizarse siempre en la respectiva situación histórica; sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que "piensa" la ley»³⁴. A su vez, esta superación de la identificación entre Derecho y ley pone de manifiesto el problema de la *argumentación y de la decisión jurídicas* que había sido marginado por el positivismo. El Derecho, pues, no se «acaba» en la ley, en el «texto escrito»; y de poco sirve pensar que es suficiente con una mera aplicación y que —como ha señalado OLLERO— «sólo su "imperfección" le llevaría a tener que ser interpretada»³⁵. Antes al contrario, la

31. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 133-134 y 136.

32. Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., pp. 352 y ss.

33. Una panorámica de todas estas corrientes filosóficas se puede encontrar en KAUFMANN, A., y HASSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, München, 1977.

34. KAUFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 358; y, también, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt a.m., Athenäum Verlag, 1972, pp. 135-171.

35. OLLERO TARRASA, A., *Una filosofía jurídica posible*, cit., p. 257.

«corrección» del Derecho no puede ser nunca segura, sino siempre aporética. «Precisamente —como ha señalado KAUFFMANN— en este punto de vista de que no hay nunca decisiones incuestionablemente correctas, se aparta la actual filosofía jurídica tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico dado que ambos, cada uno a su manera, establecen apodícticamente la validez de las normas jurídicas y prohíben con ello una crítica que trascienda al sistema. Así, recientemente la hermenéutica jurídica... ha llegado a la convicción de que la "corrección" del derecho no puede tener su sitio en las normas jurídicas, sino que se encierra también en los contenidos materiales de la vida social —más exactamente en la *dialéctica* de contenido material vivo y norma, de ser y deber ser—. Esto quiere decir, pues, que el "derecho correcto" *no se da* como una entidad o como un *estado* que quepa encontrar acabado, sino que más bien *acaece históricamente* en un *proceso* que no llega nunca a su fin»³⁶.

Aparece, pues, en este horizonte una vía superadora a través de la *hermenéutica-analítica*³⁷ que ha puesto de relieve en el ámbito filosófico-jurídico la necesidad de comprender el Derecho mediante la interpretación lingüística y tomando como base, además, la *hermenéutica de la acción*³⁸. Esto implica, por una parte, que el texto legal es siempre ambiguo e incompleto, lo cual quiere decir que —como señala RUIZ MANERO comentando la obra de AARNIO— sobre el «texto normativo... aparece como posible semántica y/o jurídicamente más de una interpretación...»³⁹. Por otra parte, que el Derecho no sólo se encuentra y por lo tanto no se identifica solamente con los textos escritos, sino también —como señala ROBLES— con los «textos de la realidad social». Esto, a su vez, implica que «el texto casi nunca es un texto completo, sino que su comprensión integral sólo suele ser posible si se le conecta con *su* parte no escrita. Una regla jurídica escrita no puede ser entendida si no se le conecta *hermenéuticamente* con la realidad social a la que va dirigida, integrando dicha realidad como parte del texto completo de la regla en cuestión»⁴⁰. La consecuencia directa que a

36. KAUFFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 354; y más extensamente en *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, 1969, recogido posteriormente en su obra *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit., pp. 338-368; en el mismo sentido, LEICHT, ROBERT, «Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie», en *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, hrsg. von A. KAUFFMANN, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1971, pp. 71-79, y HASSEMER, W., *Hermenéutica y Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 25, 1985, pp. 63 y ss.

37. Cfr. GADAMER, H. G., *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl., Tübingen, Mohr Verlag, 1975; existe también traducción castellana a cargo de A. AGUD APARICIO y R. AGAPITO bajo el título de *Verdad y método*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1977.

38. Véase al respecto ALWARTH, H., *Recht und Handlung*, cit., quien fundamenta la actual reflexión filosófica-jurídica en la «hermenéutica de la acción» como vía superadora tanto de la fundamentación iusnaturalista como de las fundamentaciones sociologistas y de las lógico-jurídicas, propias del positivismo jurídico.

39. RUIZ MANERO, J., *Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica (en torno a algunos trabajos de A. AARNIO)*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 2, 1985, pp. 209-222 (la referencia se encuentra en la p. 211).

40. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 161.

su vez se deriva de este nuevo planteamiento es el ya aludido rechazo al «descriptivismo» positivista.

Esta brevísima e incompleta reflexión sobre la panorámica actual deja vislumbrar la referida «crisis» del positivismo jurídico. Consecuentemente, el concepto de ciencia defendido por el positivismo ha sido puesto en cuestión desde distintas perspectivas teóricas, entre otras, por la «hermenéutica filosófica» (HEIDEGGER, GADAMER, BOLLNOW), por el «racionalismo crítico» (POPPER, ALBERT), por la «teoría crítica» de la Escuela de Frankfurt (HORKHEIMER, ADORNO, MARCUSE, HABERMAS), por la «nueva retórica» (PERELMAN, VIEHWEG), por las «teorías de la argumentación jurídica» (ALEXY, AARNIO, PECZENIK), por la «filosofía analítico-lingüística» y por la «epistemología constructivista» (GLASERSFELD).

Todo ello ha conducido actualmente a un *pluralismo metódico*⁴¹ que evidencia la ausencia de un modelo o «paradigma» epistemológico dominante. Quizá la vía superadora frente a la actual «dispersión epistemológica» la podemos encontrar —como recientemente ha apuntado ROBLES MORCHON— en el *linguistic turn* del pensamiento contemporáneo, el cual posibilita que la filosofía deje de ser teoría de la ciencia (al modo positivista) para convertirse en reflexión epistemológica analítica del lenguaje»⁴².

En el ámbito jurídico la superación de la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico encuentra también su camino en ese nuevo planteamiento de la *hermenéutica-analítica* del lenguaje jurídico. La reflexión filosófico-jurídica ha encontrado, pues, el camino hacia un nuevo planteamiento teórico y metodológico: «No se trataría ya de cómo *deducir lógicamente* el derecho a partir de unas normas rígidas —señala KAUFMANN—, sino que el planteamiento de la cuestión consistiría más bien en cómo puede el derecho ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo del lenguaje histórico vivo»⁴³.

Todo lo dicho demuestra que la filosofía del Derecho en cuanto reflexión filosófica sobre el Derecho positivo, desarrollada en base al positivismo jurídico, ha entrado en «crisis». Actualmente ha surgido una nueva forma de hacer filosofía del Derecho o un nuevo tipo de reflexión filosófico-jurídica denominada *teoría del Derecho*, cuyo fundamento epistemológico gira en torno a la *hermenéutica analítica del lenguaje de los juristas* y que, necesariamente, ha de contar «con las aportaciones de la filosofía analíti-

41. Sobre el pluralismo metódico existente en la actualidad véase la clasificación realizada por WUCHTERL, K., *Methoden der Gegenwartsphilosophie*, cit., p. 7.

42. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 154.

43. KAUFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 357; y más específicamente en *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, cit., pp. 338 y ss.

ca, de la filosofía empírica-positivista, de la hermenéutica y de la autopoietica o teoría de los sistemas sociales»⁴⁴.

Ante este nuevo planteamiento epistemológico, el término de *filosofía del Derecho*⁴⁵ ha caído también en desuso y en su lugar ha surgido la nueva denominación de *teoría del Derecho* (*Rechtstheorie*), en el ámbito germano, y *Legal Theory*, en el ámbito anglosajón⁴⁶. Así, ya en 1975 RALF DREIER escribía: «La filosofía del Derecho ha muerto, ¡viva la teoría del Derecho! (*Die Rechtsphilosophie ist tot, es lebe die Rechtstheorie!*)»⁴⁷. Y este cambio de denominación (al igual que ocurrió con la desaparición del término teoría del Derecho natural, a favor de la entonces nueva expresión filosofía del Derecho) implica naturalmente —como ya he señalado— un cambio en las estructuras epistemológicas que sustentan la actual reflexión teórico-filosófica del Derecho.

A la vista de lo dicho hasta ahora, quedaría por resolver la cuestión, en ningún modo baladí, de qué ha de entenderse por *teoría del Derecho* o, mejor dicho, cuáles son los ámbitos de desarrollo de la misma. Esta es una cuestión sobre la que todavía no parece existir una total unanimidad. Su contenido es en cierto sentido «cabalístico». Así, por ejemplo, en 1970 empezó a publicarse en Alemania una prestigiosa revista bajo el título de *Rechtstheorie* que acumula una considerable diversidad de enfoques; baste recordar tan solo su subtítulo, que reza así: *Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts* («Revista de Lógica, Metodología, Cibernética y Sociología del Derecho»). También en Alemania desde 1970 se publica otra revista cuyo título es *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* («Anuario de Sociología Jurídica y Teoría del Derecho»), cuyo número 2, publicado en 1972, llevaba por título «*Rechtstheorie*» als *Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* («La teoría del Derecho como fundamentación científica de la ciencia jurídica»), recogiendo bajo dicho título trabajos sobre materias tan dispares como: *Erkenntnistheorie des Rechts* (Teoría del conocimiento del Derecho), *Logik des Rechts* (Lógica jurídica),

44. GALINDO, FERNANDO, *Autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método de la construcción de una teoría del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», tomo V, 1988, pp. 307-348 (la referencia se encuentra en la p. 308). Asimismo RODRIGUEZ MOLINERO, M., *Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la filosofía del Derecho*, en «Anuario de Derechos Humanos», núm. 4, Madrid, 1986-87, pp. 339-357, señala como causas de la aparición de la actual *teoría del Derecho* «... tres importantes corrientes de pensamiento: en primer lugar, la formada por la conjunción del neopositivismo lógico y la filosofía analítica, por una parte; en segundo lugar, la "teoría crítica" o "kritische theorie" de la Escuela de Frankfurt; en tercer lugar, la influencia todavía más reciente de la teoría del sistema y sus temas (la referencia en pp. 341-342).

45. Término que tiene su origen a principios del siglo XIX, señalándose como «hito» más importante la aparición en 1921 de la obra de HEGEL titulada *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, así como las seis lecciones de J. AUSTIN, tituladas *The Province of Jurisprudence Determined*, que a su vez llevan el subtítulo de *A Philosophy of Positive Law*, publicado en 1832.

46. Ya en el año 1975 ANDRÉS OLLERO, *Una filosofía jurídica posible*, cit., p. 248, escribía que: «Lo que resulta incuestionable es que en el área alemana, viejo filón de la reflexión filosófico-jurídica europea, hablar hoy de *Rechtsphilosophie* suena a capricho de anticuario».

47. DREIER, R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, cit., p. 17.

Begriffs-und Systemtheorie des Rechts (Teoría conceptual y sistémica del Derecho), *Entscheidungs-und Informationstheorie des Rechts* (Teoría de la decisión y de la información jurídicas) y *Sprach- und Argumentationstheorie des Rechts* (Teoría del lenguaje y de la argumentación del Derecho)⁴⁸.

En primer lugar, es preciso puntualizar que no ha de confundirse la «teoría general del Derecho» (*Allgemeine Rechtslehre*) con la «teoría del Derecho» (*Rechtstheorie*). Aquélla se constituiría hoy día como una parte de la teoría del Derecho, en concreto la parte más general de las partes generales de la dogmática jurídica. En este sentido la entiende, por ejemplo, RALF DREIER, para quien «la teoría del Derecho (*Rechtstheorie*) se viene desdoblado crecientemente en disciplinas particulares (*Teildisziplinen*) y teorías parciales (*Teilttheorien*). Como ejemplos de estas disciplinas particulares pueden citarse, junto a las en cierto modo ya clásicas, como la teoría general del Derecho (*Allgemeine Rechtstheorie*) y la teoría del método jurídico (*Juristische Methodenlehre*), la antropología jurídica, la lógica deóntica, la lingüística jurídica y la informática jurídica. La expresión «teoría general del Derecho», por consiguiente, significa hoy, si se quiere, una «Parte General» (*Allgemeine Teil*) de la teoría del Derecho en su conjunto»⁴⁹. Más recientemente ha indicado este mismo autor que una exposición completa de la «teoría del Derecho» tendría las siguientes partes: «—después de una introducción al concepto, la historia y la metodología de la teoría del Derecho— son: primero, una teoría general del Derecho (con los capítulos «Concepto del Derecho», «La norma jurídica», «El orden jurídico»), y segundo, una teoría de la ciencia del Derecho (con los capítulos «Concepto de la ciencia del Derecho», «Dogmática jurídica, metodología jurídica»)»⁵⁰.

Para otros autores, como, por ejemplo, ALEXANDER PECZENIK, ante la pregunta qué es la *teoría del Derecho*, responde que contiene «una mezcla de filosofía del derecho, metodología del derecho, sociología jurídica, análisis lógico de los conceptos normativos, derecho comparado y algunos estudios de derecho positivo nacional»⁵¹. Para ARTHUR KAUFMANN, en la teoría del Derecho se incluye en la actualidad, por ejemplo, «la lógica de la norma, la teoría del lenguaje jurídico, la crítica de la dogmática, la teoría de la ciencia, la teoría del conocimiento, la teoría de la decisión, la teoría sistemática de la ciencia jurídica, la tópica jurídica, la teoría de la legislación e incluso algo más...»⁵². PODLECH, por su parte, ha propuesto un amplio y completo esquema programático de lo que ha de ser la actual *Te-*

48. DREIER, R., *op. cit.*, p. 18, nota 9.

49. DREIER, R., *op. cit.*, p. 25.

50. DREIER, R., *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, traducción castellana de ERNESTO GALZON VALDÉS, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 1, 1984, p. 77.

51. PECZENIK, ALEXANDER, *Principles of Law. The Search for Legal Theory*, en «Rechtstheorie», vol. 2/1, 1971, pp. 17-35 (la referencia en la p. 17); cfr. también, del mismo autor, *Towards the juristic Theory of Law*, en «Osterreichische Zeitschrift für öffentlichen Recht», 21, 1971, pp. 167-182.

52. KAUFFMANN, A., *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, cit., p. 19.

*oría del Derecho*⁵³, que estaría compuesta –según este autor– de una parte preliminar o introducción donde se tratarían los problemas epistemológicos de la teoría del Derecho, así como su delimitación respecto de otras disciplinas como la dogmática jurídica y la sociología del Derecho. Posteriormente, la teoría del Derecho se desglosaría en dos extensas partes dedicadas, la primera, al estudio de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos, y la segunda, a la teoría de la decisión jurídica, a la teoría de la argumentación y a la teoría de la dogmática jurídica, así como a la relación entre derecho y moral. Finalmente, podría citarse también la propuesta de ROBLES MORCHON, según el cual la actual *teoría del Derecho* estaría formada por tres grandes partes, precedidas de una Introducción donde se establecerían los caracteres epistemológicos de la teoría del Derecho, entendida como análisis del lenguaje de los juristas. Las tres partes siguientes harían referencia: la primera, a la teoría de la estructura formal del Derecho; la segunda, a la teoría de la dogmática jurídica, y la tercera, a la teoría de la decisión jurídica⁵⁴.

En mi opinión, ante esta nueva perspectiva habría que distinguir y clasificar, por una parte, aquellas *ciencias jurídicas* que surgieron al amparo del positivismo jurídico y se fueron desgranando del tronco común de la filosofía del Derecho y que en la actualidad se encuentran todavía en un proceso de especialización, y por otra parte, la *teoría del Derecho* como una forma de reflexión filosófica sobre el Derecho que tiene como base epistemológica el *análisis hermenéutico del lenguaje jurídico* en su sentido más amplio. Por ello, estoy de acuerdo con RALF DREIER cuando señala que la situación actual de la filosofía y la teoría del derecho está caracterizada por dos tendencias opuestas pero mutuamente complementarias: «por un proceso de especialización interdisciplinaria, por una parte, y por un esfuerzo de teorizaciones reintegrantes, por otra. Ambas tendencias proporcionan conjuntamente la imagen de un pluralismo de teorías, metodologías y terminologías que impiden que un solo individuo pueda ser experto en todos estos ámbitos...»⁵⁵. En efecto, ese «esfuerzo reintegrante» lo cumple, a mi juicio, la denominada *teoría del Derecho*.

Entre las *ciencias jurídicas* que se fueron separando del tronco común de la filosofía del Derecho se pueden citar hoy día –sin entrar en sus diferentes *estatus científicos*– las siguientes: la sociología del Derecho, la antropología jurídica, la psicología jurídica, la informática jurídica, la lógica jurídica, la lingüística jurídica... Por lo que respecta a la actual reflexión filosófica sobre el Derecho, la *teoría del Derecho*, en cuanto representa ese «esfuerzo de teorización integradora», debería constar, a mi juicio, de las siguientes teorías parciales:

53. PODLECH, A., *Architektur einer möglichen Rechtstheorie*, en «Rechtstheorie», vol. 7, 1976, pp. 1-21.

54. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 156-169.

55. DREIER, R., *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, cit., p. 77.

1. La *teoría general del Derecho*, que en cuanto parte más general de la reflexión teórico-filosófica se ha de ocupar fundamentalmente de los siguientes temas: el concepto de derecho; el derecho como forma de organización social; la relación entre derecho y fuerza; la tipología de los sistemas normativos; la teoría de la norma; la teoría del ordenamiento jurídico; los conceptos jurídicos fundamentales; la relación entre órdenes jurídicos distintos; los criterios de la interpretación y de la aplicación jurídicas.

2. La *teoría del conocimiento jurídico* o *epistemología jurídica*, que se ocuparía de estudiar principalmente la diferencia entre ciencia y filosofía; los presupuestos epistemológicos de la teoría del Derecho natural y de la filosofía del Derecho, entendiéndolas ambas como distintas formas de reflexiones filosóficas sobre el Derecho; la filosofía de la ciencia, desde NEWTON hasta el actual pluralismo metódico; la teoría de la ciencia jurídica y los diferentes tipos de conocimiento científico acerca del Derecho.

3. La *Teoría de la decisión jurídica* y la *Teoría del método interpretativo*. Se analizan en esta parte los procesos de creación y aplicación del derecho, que se concretan, a su vez, en las denominadas *Teoría de la decisión legislativa* o *Teoría de la legislación* y *Teoría de la decisión judicial*. Por lo que se refiere a la *Teoría de la legislación*, que tiene por objeto todo el proceso de elaboración de las normas legislativas por el órgano legislativo, está particularmente presente en la literatura germánica⁵⁶ y ha sido reivindicada recientemente en España por autores tales como ATIENZA, CALSAMIGLIA, GIL CREMADES y RUIZ MANERO⁵⁷. La actual discusión científica en el seno de la teoría de la legislación está en relación —según indica BÜLLESBACH— «con la cuestión referida a la ignorancia de la realidad por parte del legislador, así como con la referida al modo en que la investigación de los he-

56. Cfr. NOLL, PETER, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg, Reimbeck, 1973; RÖDIG, J. (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlín, Springer Verlag, 1976; REISINGER, L., *Entscheidungstabellen und legistik*, en «Rechtstheorie», núm. 12/1, 1981, pp. 116-126; KINDERMANN, H. (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlín, Springer Verlag, 1982; HILL, H., *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heilderberg, C.F. Müller Verlag, 1982; SCHNEIDER, H., *Gesetzgebung*, Heilderberg, C.F. Müller Verlag, 1982; GRIMM, D., y MAIHOFER, W. (Hrsg.) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 1988.

57. En España recientemente se ha reivindicado la necesidad de una teoría de la legislación; véase, por ejemplo, en «Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 1, 1984, monográfico sobre los «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», las respuestas dadas por MANUEL ATIENZA (p. 33); A. CALSAMIGLIA (p. 45), que destaca cómo el «campo de la teoría de la legislación... ha sido infravalorado desde las perspectivas normativistas dominantes»; J. J. GIL CREMADES (p. 106) reivindica la «elaboración entre nosotros de una ausente ciencia de la legislación»; J. RUIZ MANERO (p. 213), para el cual «uno de los campos de investigación de más interés para el próximo futuro reside en la progresiva elaboración de una teoría de la legislación... que dé cuenta del peso relativo que sobre la labor legislativa ejercen tanto los condicionantes externos como los propósitos y creencias del propio legislador. Una teoría de la legislación así entendida... vendría a encontrarse, frente a la política jurídica, en una relación semejante a la que se da entre la teoría general del derecho y la dogmática jurídica: la teoría de la legislación habría de suministrar a la política jurídica su instrumental conceptual central, al tiempo que este propio *corpus* teórico habría de recibir constantemente el efecto de *feed-back* de las concretas propuestas e investigaciones de política jurídica».

chos jurídicos puede ser útil para la actividad legislativa»⁵⁸. La teoría de la legislación se ocupa también de estudiar las técnicas y métodos de la actividad legislativa y, lo que es más importante, de analizar analítica y críticamente «las reacciones, iniciativas, manejos e impedimentos sociales y políticos de la actividad legislativa»⁵⁹.

Por lo que concierne a la *Teoría de la decisión judicial*, ésta implicará un análisis de la lógica de la aplicación del derecho y de la lógica del razonamiento jurídico, conectándose también con la teoría de la argumentación jurídica y con la teoría de la racionalidad práctica.

4. La *Teoría de la justicia*, que, en primer lugar, comporta un recorrido histórico por las diferentes concepciones de la «justicia». Junto a esta dimensión histórica se ha de elaborar, desde un punto de vista sistemático, una teoría de los valores jurídicos y una teoría de los derechos humanos. Por otra parte, la teoría de la justicia ha de centrarse también en el problema de las «decisiones correctas» o, lo que es lo mismo, en la «justicia» de las diferentes decisiones jurídicas, lo cual implica, a su vez, el desarrollo de una teoría de los principios en cuanto criterios materiales presentes en toda decisión jurídica. En efecto, si reflexionamos sobre la «justicia» es precisamente porque pretendemos que las diferentes decisiones jurídicas (constitucionales, legislativas y judiciales) sean «justas». Por ello el desarrollo de una teoría de los principios, así como de una teoría de los valores, implica un análisis de los fines del derecho y, con ellos, del modelo jurídico que se considere que permite de la mejor manera la consecución del objetivo de «justicia» en la sociedad. Con ello se recuperaría también el tema de la *racionalidad práctica*, tan olvidado y marginado por el positivismo, lo cual permitiría —como ha señalado ALEXY— incluso una «vinculación entre la argumentación jurídica y la moral»⁶⁰, planteando así, desde esta perspectiva, el problema de la relación entre derecho y moral. «Ciertamente que no son posibles —señala ALEXY— teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional»⁶¹.

58. BÜLLESBACH, A., *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, cit., pp. 392-420 (la referencia en la p. 407).

59. BÜLLESBACH, A., *op. cit.*, p. 408.

60. ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en «Doxa», núm. 5, Alicante, 1988, pp. 139-151 (la referencia en la p. 144).

61. ALEXY, R., *op. cit.*, p. 140. Véase también del mismo autor, más ampliamente, su obra titulada *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción castellana a cargo de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, edit. CEC, 1989.

Por último, en el desarrollo de una teoría de los valores y de una teoría de los principios debería plantearse también el tema referido a los «valores superiores» —tan de actualidad en España hoy día por su incorporación a la Constitución de 1978—, en cuanto representan —como ha señalado PECES-BARBA— «la positivización de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno»⁶².

En resumen, la *Teoría del Derecho* en cuanto «esfuerzo de teorización reintegrante» reorienta todos los problemas a los que intentaban enfrentarse tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico e incluye además otros problemas que habían sido marginados o rechazados por aquellas corrientes filosóficas. Se podría decir que la polémica iusnaturalismo/positivismo jurídico se reduce hoy día a un problema epistemológico y los temas que ambas corrientes filosóficas pretendían afrontar se «reintegran» en la *Teoría del Derecho*, dando cabida también a temas y problemas tradicionalmente marginados u olvidados por aquéllas. Y ello porque ya no se trata de realizar una mera reflexión teórica sobre el derecho, alejada de la realidad y de la práctica jurídicas. Por eso la actual *Teoría del Derecho* tiene que ser planteada como una teoría dirigida no sólo a los juristas teóricos o científicos, sino, lo que es más importante, a los juristas prácticos, es decir, a los «operadores jurídicos» o «juristas profesionales» que participan, de una forma directa o indirecta, en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación del derecho o, lo que es lo mismo, en el proceso de desarrollo general del derecho⁶³.

62. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, en «Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución», Madrid, Ministerio de Justicia, p. 9; posteriormente reproducido y ampliado en *Los valores superiores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

63. A este respecto son interesantes las observaciones que realiza L. PRIETO SANCHIS, *Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. IV, 1982, pp. 591-617, tales como «que la labor del jurista, incluso del teórico, versa sobre el Derecho, pero al mismo tiempo forma parte del propio Derecho» (p. 594).

Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer

Por TERESA PICONTO NOVALES

Zaragoza

1. PRESUPUESTOS HERMENÉUTICOS GENERALES

1.1. *Proceso general del entender*

Para E. BETTI, el proceso interpretativo, en general, responde al problema epistemológico del entender («*intendere*»). Esto es así, porque el resultado útil de la interpretación, entendida esta como acción, es precisamente el entender. A su vez, el fenómeno del entender se opera mediante el lenguaje. BETTI en este punto sigue a HUMBOLDT, para quien el lenguaje adoptado por los demás opera como un «vocare», como una exigencia de aprehender por dentro y de volver a expresar con nuestras estructuras mentales la idea que sugiere y representa. BETTI extiende las características que HUMBOLDT predica del proceso del entender al propio proceso interpretativo afirmando con ello que éste es un proceso único e idéntico en sus elementos fundamentales, a pesar de las diferencias que van a darse en sus diversas aplicaciones¹. En el proceso del entender la forma que va a apelar a nuestra inteligencia y nos va a exigir participar en ese proceso cognoscitivo va a ser la forma representativa en que la voluntad se ha manifestado. La categoría de la forma representativa le va a permitir constituir una *teoría general de la interpretación* porque parte de la hi-

1. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed. rev, a cargo de G. CRIFO, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 55-57, 72-74, 95; vid. también del mismo autor: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, Ed. R. D. P., 1975, p. 29. Respecto a la visión que el autor tiene de la interpretación como acción cuyo resultado es un entender, vid. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoría di E. Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, 1988, p. 96-97. Sobre la comprensión lingüística como fenómeno central del proceso hermenéutico general, vid. *ibidem*, p. 97-98 y M. BRETORE, «Il paradosso di una polemica» en *Quaderni Fiorentini* 7 (1978), p. 114.

pótesis de que «no puede darse interpretación sino es en presencia de una forma representativa»².

Según lo anterior el proceso del entender responde a una «exigencia que solicita la espontaneidad espiritual de quien es llamado a entender, y que no puede ser satisfecha sin su activa colaboración». Exigencia que, como hemos apuntado, deriva de las formas representativas, «en las cuales el espíritu ya objetivado aparece ante el sujeto, que es el espíritu actual vivo y pensante del intérprete»³. El proceso cognoscitivo asume en BETTI un carácter triádico, al estar constituido por tres términos: por un lado, se encuentra «el espíritu viviente y pensante del intérprete», por otro; «una espiritualidad que se ha objetivado en una forma representativa y, en último término, las formas representativas que son, además, las mediadoras entre el intérprete y el espíritu que se ha manifestado en la forma representativa. Por tanto, recurriendo a los propios términos de BETTI: «el conocer es un reconocer o un reconstruir el espíritu que, a través de la forma de su objetivación, habla al espíritu pensante, el cual se siente por ello afín en la común humanidad»⁴.

Por tanto, no puede darse interpretación alguna si no estamos en presencia de una forma representativa. BETTI en un intento de clarificar el concepto de «forma representativa» hace hincapié en la diferenciación que existe entre ella y el soporte material perceptible de la objetivación del espíritu. El instrumento material pertenece al mundo físico mientras que «la dotación espiritual de la que se halla provisto» pertenece a una dimensión que nada tiene que ver con el mundo físico⁵. Parece oportuno ad-

2. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 62. Pueden consultarse también las páginas 40, 41, 50-55, 59, 62 y 63. En concreto, manifiesta que «(...) sólo por el trámite de las formas representativas, dadas en la percepción o revocables en el recuerdo, (...), los hombres están destinados a entenderse entre ellos, a constituir comuniones de espiritualidad», vid. p. 63. En el mismo sentido, también EMILIO BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 25. Así pues, el concepto de forma representativa constituye el pilar básico de su concepción teórica de la interpretación, en este sentido vid. F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», en *Quaderni Fiorentini* 7 (1978), p. 26. F. Bianco además defiende que la forma representativa bettiana tiene su antecedente inmediato en la concepción crociana del 'espíritu'; vid. ibídem, p.26.

3. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 62-65. Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 71-72.

4. La necesidad de una relación triádica en el fenómeno del entender es destacada por el autor al señalar que: «(...) la posición es siempre aquella en que un espíritu al que le llega un mensaje, una incitación de la objetivación de un otro espíritu, sea personal (...), sea impersonal o supraindividual. La relación entre uno y otro espíritu tiene siempre carácter triádico (...). La comunicación entre los dos nunca es directa, sino que esta siempre mediada por este término intermedio (la forma representativa)», EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 70-71; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 30. Sobre este punto véase, P. COSTA, «Dogmatica, Politica, Storiografia», en *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 319.

5. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 70: «(...) que la objetivación del espíritu haya impreso su impronta sobre una materia perenne en la que es conservada, o que sobreviva solo en el recuerdo o en la tradición no comporta ninguna diferencia importante: en ambas hipótesis el intérprete se encuentra siempre ante formas representativas directas o indirectas, inmediatas o mediatas, de primer o de segundo grado»; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 25. La razón de esta diferenciación obedece en BETTI al presupuesto de que el pasado, la tradición, puede llegar al presente de dos formas, una directa, de generación en generación por el solo hecho de la transmisión cultural, y otra indirecta, que tendrá lugar cuando esas objetivaciones manifestadas en formas representativas se materialicen en un soporte físico, incitando así a nuestro espíritu a conocerlas. Cfr., T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 67, 81 y 82.

vertir que la conservación de los valores que se han objetivado en formas representativas depende precisamente de la subsistencia del soporte material donde se han manifestado⁶.

1.2. *La inversión del proceso cognoscitivo*

El conocer, tal y como lo presenta BETTI, como proceso distinto del mero conocer físico, está relacionado con un volver a construir el espíritu, que habla al intérprete a través de la forma representativa en que se ha manifestado. Este volver a construir es también un reconducir, un interiorizar esas formas «transponiendo en todo caso el contenido en una subjetividad diversa de la originaria». Así, se produce la inversión del proceso genético de creación en el proceso de interpretación: «una inversión por la que, en el iter hermenéutico, el intérprete debe volver a desandar el iter genético y repasándolo dentro de sí mismo». Como consecuencia de esta transposición en una subjetividad distinta de la originaria nacerá en esta «conversión interpretativa» la antinomia de dos exigencias a las que toda interpretación debe responder: por un lado, la exigencia de subordinación en cuanto reproducción y, por otro lado, el hecho de que esta reproducción tiene que actuarse a través de la propia subjetividad del intérprete. De esta antinomia nace toda dialéctica del proceso interpretativo, sobre ella construye BETTI su *teoría general de la interpretación*⁷.

Como se ha indicado, la «conversión interpretativa» se propone extraer un valor expresivo a la forma representativa que se trata de entender, un sentido que se supone será distinto del valor expresivo originario. Ello dará lugar a problemas y «malentendidos» en cuanto que es producto del arbitrio. Malentendidos que van a ser contrarrestados por la obligación que tiene el intérprete de atenerse a unos *cánones hermenéu-*

6. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 68 y 69.

7. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 137 y 138: «(...) La vida del espíritu no se detiene en la forma dada (...), sino que posee un inestable anhelo de transición, a través del cual el pensamiento objetivado aspira a incluirse de nuevo en el círculo y en la viva actualidad del espíritu (...). Por tanto lo que en su origen, es un producto de la libertad inventiva y de la autónoma espontaneidad del espíritu, en su destino se convierte en lo contrario, esto es, en un impedimento que se opone a tal libertad y espontaneidad. (...). De aquí, pues, surge una lucha entre el espíritu actual y la objetivación, (...) que llega a influir sobre el mismo proceso interpretativo, desviando su curso y modificando sus resultados»; cfr. también *ibidem*, p. 136, 139, 142, 151, 153, 297, 298, 304, 338; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 30-31, 70 y 72. En opinión de F. BIANCO los presupuestos de que parte E. BETTI en la construcción teórica del entender y, en especial, el recorrido del iter genético que debe realizar el sujeto intérprete en todo proceso hermenéutico es consecuencia de la orientación de la hermenéutica romántica. En concreto, F. BIANCO se está refiriendo a AST, SCHLEIERMACHER, HUMBOLDT, BOECK, DROYSEN y DILTHEY, cfr. F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», en *Quaderni Fiorentini* 7(1978), p. 48-49.

ticos⁸. El canon de la adecuación del entender, que más adelante analizaremos con detenimiento, permite precisamente armonizar los dos términos de cualquier proceso interpretativo: en la interpretación jurídica, por ejemplo, el objeto o norma jurídica y el sujeto, en este caso el intérprete, no agota su labor cuando ha extraído la idea originaria, debe, además, incardinarla en la viva actualidad⁹.

A pesar de esta antinomia, BETTI cree que existe una única y verdadera interpretación válida, susceptible de ser alcanzada por el hecho de existir una estructura mental común o un logos que permite la interrelación de los dos términos de la interpretación. Esta estructura común, a su vez, tiene incidencia directa en los cánones interpretativos, que fueron descritos por primera vez como categorías civilísticas del derecho y posteriormente van a ser admitidos como «idóneos para gobernar la interpretación en otras ramas distintas»¹⁰. Algunos de estos criterios se refieren al objeto y otros al sujeto. Pero, antes de analizar cuáles son y cuál es el contenido de estos cánones interpretativos, quizá sea conveniente aclarar qué sentido tiene ese *a priori* de la estructura mental común o totalidad espiritual que permite superar la dialéctica entre los dos términos del proceso interpretativo¹¹.

La estructura mental común de la que habla BETTI es el resultado de la mediación entre la objetividad ideal de los valores y la subjetividad de

8. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., p. 154-155; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p.87. En cuanto a la naturaleza y características de los cánones interpretativos puede consultarse también EMILIO BETTI, «Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 533-534. En opinión de T. GRIFFERO la conversión interpretativa constituye en la hermenéutica bettiana un entendimiento voluntario y arbitrario que hace necesario el sometimiento a unos cánones hermenéuticos, pero destinado a un resultado productivo en el ámbito de la interpretación normativa, ya que el resultado responde a las exigencias de la convivencia social, cfr. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoría di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 69-70. También F. BIANCO subraya el encuentro de objeto y sujeto que tiene lugar en el proceso hermenéutico descrito por E. BETTI. Así, el proceso interpretativo se configura como el encuentro de un sujeto con un objeto, en el que el objeto es representado por una realidad sensible en la que se ha objetivado un modo de ser del espíritu humano. El sujeto deberá reconocer el pensamiento que se le ha revelado en esa realidad sensible, cfr. F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 31.

9. BETTI, en el marco de la interpretación jurídica de un ordenamiento en vigor, indica que «el jurista no se puede quedar en la evocación del sentido originario de la norma (...). Aquí el intérprete no ha acabado de cumplir su tarea, (...) sino que debe, después de esto poner de acuerdo aquella idea con la presente actualidad, infundiéndole la vida de ésta, porque es precisamente a ésta a la que debe ser referida la valoración normativa»; vid. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 109-110.

10. Acerca de los dos aspectos del concepto de estructura mental común, el gnoseológico y el histórico-evolutivo, puede verse, EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., pp. 26-32 y 47 ss. Es propio de esta estructura mental común el hacer posible «un círculo discursivo y un recíproco control de los resultados de las indagaciones individuales, de esta forma permite que el trabajo del conocimiento científico no sea como el esfuerzo de Sísifo, (...), sino una sucesión coherente (...), una serie de grados sucesivos sobre los que apoyarse para (...) ascender a lo alto del horizonte de la verdad»; *ibidem*, p. 48; consultar además las páginas: 142, 144, 145, 146. Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 31.

11. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 1: «Una teoría general de la interpretación, antes de afrontar su cuestión central, concerniente a la posición del sujeto intérprete respecto al objeto a interpretar, debe proponerse el problema más general que concierne a la posición del espíritu respecto de la objetividad: máxime respecto a la objetividad ideal de los valores, que la interpretación busca extraer de la forma representativa que constituye su objeto. En efecto, del modo de plantear y resolver este problema más general depende esencialmente el modo de concebir la interpretación y de situar lo que constituyen sus problemas específicos».

la conciencia. Mediación que va a ser posible porque «el sujeto pensante crece a través de un proceso de comunicación con otros sujetos»¹².

Cuando BETTI alude a la objetividad ideal de los valores se está refiriendo a aquella objetividad que la interpretación va a extraer de la forma representativa. Antes de llegar a este punto, el autor hace una clara diferenciación entre la objetividad real, o los datos fenoménicos de la experiencia y la objetividad ideal, que va a ser el presupuesto de toda experiencia¹³. La posición del espíritu pensante respecto de los datos de la experiencia es la de la relación situación-respuesta (así, por ejemplo, el espíritu con la conducta práctica traduce en objetividad real las propias intenciones). Por tanto, cada tipo de actividad espiritual tiene un carácter constructivo con respecto al dato de la experiencia. Más difícil le resulta al autor determinar cuál es la posición del espíritu pensante con relación a la objetividad ideal o presupuestos de toda experiencia. Partiendo de la teoría kantiana, considera que los valores del espíritu están en correlación con determinada entidad del mundo real, ya que son «presupuesto fenomenológico de su exteriorizarse». Pues bien, estos valores éticos o estéticos que están en correlación con los distintos términos del mundo real (sujeto, contraparte, situación, ambiente histórico) pertenecen a una segunda dimensión de la objetividad, que no es aquella meramente fenoménica pero que, a su vez, se distingue de la subjetividad de la conciencia. Una objetividad que califica con el término «ideal», que en consecuencia no es una creación arbitraria del particular «yo pensante» sino que obedece a una propia ley. Por otra parte, esos valores éticos y estéticos que constituyen la objetividad ideal aparecen ligados a la conciencia mediante un nexo íntimo que es la explicación de la actitud que tiene la conciencia para descubrirlos. El mismo reconocimiento de los valores por la conciencia presupone en el sujeto, como *a priori* de su sensibilidad, una apertura y una sensibilidad adecuada, es más postula una estructura mental común que trasciende aquél yo empírico que sentimos en cada uno de nosotros¹⁴. Te-

12. Cfr., E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 31. La objetividad interpretativa de la que habla BETTI no tiene carácter definitivo, por supuesto. En opinión de T. GRIFFERO, BETTI lo que se propone es elaborar una metódica que garantice una relativa objetividad de la interpretación, vid. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoría di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 92. L. MENGONI, por su parte, considera que en BETTI, al igual que en la concepción romántica, el problema hermenéutico es esencialmente un problema epistemológico de análisis de las condiciones de validez de los procesos cognoscitivos propios de las ciencias del espíritu, en contraposición a las ciencias de la naturaleza basadas en procedimientos de explicación causal. Cfr. L. MENGONI, «La polemica di Betti con Gadamer», en *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 128.

13. Sobre las cuestiones que abordamos en este punto, Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 1-11.

14. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 14. F. BIANCO considera que BETTI a lo largo de su construcción hermenéutica se esfuerza en clarificar la posición del espíritu con respecto a la objetividad. Para ello, con base en la ontología crítica de N. HARTMANN, formula la distinción entre objetividad real y objetividad ideal. La cual le permite separar los presupuestos de la experiencia del plano de la objetividad real. Pero en BETTI el apriorismo de las condiciones trascendentales de la experiencia no significa todavía que se las deba considerar como carácter «subjetivo», con lo que constituyen una subjetividad transcendental en la línea de la filosofía kantiana. F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 20-21.

nemos, pues, que según esto para BETTI la síntesis de la objetividad ideal de los valores y de la subjetividad de la conciencia en cada concreción supone por un lado, «la existenciación fenoménica» de esos valores y su actualización y, por otro, permite una comunicación espiritual que posibilita el propio proceso del entender¹⁵.

La estructura mental común que permite la superación de la antinomia¹⁶ entre los dos términos de todo proceso interpretativo determina unos criterios hermenéuticos a los que el intérprete deberá, en todo caso, atenerse. Con ello, su apreciación interpretativa no será una apreciación arbitraria sino vinculada. Tales cánones hermenéuticos se refieren, por un lado, al objeto y, por otro, al sujeto del proceso interpretativo¹⁷. Y ello es consecuencia directa de la distinción que realiza el autor cuando define al proceso interpretativo como la conversión o inversión del iter genético y formativo. Esto es, si el intérprete debe introducirse, a partir de su propia realidad, en el proceso interpretativo tendremos entonces dos esferas distintas en esta conversión interpretativa: la esfera que incluye el objeto a interpretar (según su propia autonomía), y la esfera que incumbe a las categorías hermenéuticas del sujeto (según su viva actualidad)¹⁸. El primer canon directivo de toda interpretación se refiere al objeto de la interpretación y puede calificarse como *criterio de autonomía hermenéutica* y supone que la forma representativa debe ser entendida según su propia ley de formación, de acuerdo

15. BETTI afirma, más concretamente, que: «a medida que descubre el cosmos de los valores, el sujeto pensante viene creciendo a través de un proceso comunicativo con otros sujetos en la intuición, en el gusto ético, estético, etc, en la capacidad de comprensión y de juicio axiológico, y, descubriendo los valores, coopera a elaborar la noción que se le hace presente en su propia sensibilidad. En suma, los valores, como la conciencia, se encuentran en un desarrollo continuo, y por ser esencialmente una relación entre dos términos correlativos, el progresivo desarrollo de uno de ellos alumbra nuevos aspectos del otro», EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 25. Según GRIFFERO, BETTI concibe el comprender desde la perspectiva de ampliar el horizonte de la vida individual, lo cual es posible si se parte de la existencia de una común humanidad. Concepción que reclama a HEGEL y que le va a llevar, en la línea diltheyana, a la necesidad de demostrar cómo cada parte de una totalidad histórica se entiende únicamente sobre la base de un horizonte común, como pacto de la espiritualidad de esa época, cfr., T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, cit., p.92.

16. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 28-29: «no, por tanto, en el yo empírico, sino en una estructura mental común (...), que lo trasciende como condición de posibilidad de la experiencia, y que históricamente se despliega como genio de la humanidad, se encuentra el término de mediación entre la subjetividad de la conciencia y la objetividad ideal de los valores. Gracias a aquella estructura mental, los dos términos autonómicos, conciencia y valores, pueden ser reconducidos a una unidad y destinados a constituir una única totalidad mediante un proceso dialéctico (...)».

17. Estos cánones interpretativos constituyen, en definitiva, el método que va a permitir al intérprete realizar una comprensión racional y objetiva, no arbitraria. Estos cánones no son sino manifestación directa de la estructura mental común o logos que informa cada época y cada cultura. La relación intrínseca entre la mentalidad común y los cánones interpretativos quizá, aparezca con una mayor intensidad en el criterio hermenéutico de la totalidad, cfr, EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 31, 32, 100, 101, 102, 144, 145, 154, 155, 156. Indica el autor que «el curso y los resultados de la interpretación propiamente dicha son controlados en cuanto a su exactitud observando distintos criterios hermenéuticos; (...), la observancia de ciertos criterios metódicos, (...) garantiza el control, es decir, una relativa objetividad del entender», *ibidem*, p. 102. Sobre este tema resulta sugerente consultar la visión de FR. PETRILLO, «L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti», *Riv. Internaz. di Filo. del Diritto* (R.I.F.D.) LXVIII (1991), p. 349-351.

18. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 152.

con su «interior necesidad, coherencia y racionalidad». Otro canon referente al objeto de la interpretación es el de *la totalidad y coherencia de la consideración hermenéutica*, con el que se quiere poner de manifiesto la interrelación que existe entre las partes constitutivas del discurso y su referencia al todo: «correlación que hace posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y los elementos constitutivos»¹⁹. Por otro lado, están los cánones referentes al sujeto del proceso interpretativo, uno de los cuales es el criterio de *la actualidad del entender*, que exige al sujeto intérprete una efectiva colaboración, para hacer posible la «propia» interpretación. Y, por último, también referido al sujeto, está el *criterio de la adecuación del entender* o de la correspondencia hermenéutica, que supone un límite a la espontaneidad del intérprete, al no poder este sobreponerse al objeto de la interpretación. Según este canon «el intérprete debe esforzarse en poner su propia actualidad en íntima adhesión y armonía con la incitación que le llega del objeto de modo que una y otro vibren en perfecto unísono»²⁰.

2. FUNCIONES DE INTERPRETACIÓN

2.1. *Función reproductiva o representativa*

BETTI separa las distintas funciones que puede realizar la interpretación²¹. Esto le permite estructurar las diversas clases de interpretación que pueden darse. Al respecto, se hace necesario matizar que para el autor la teoría de la interpretación es unitaria, lo que ocurre es que se escinde por razones prácticas, dependiendo de la actividad expresiva del que pretende estudiarla. En una primera aproximación podemos señalar que, por un lado, las hermenéuticas filológica, la histórica y la técnica en función histórica «analizan una interpretación que viene orientada en un sentido cerrado en sí mismo»; mientras que las hermenéuticas jurídica, teológica y psicológica «reflejan una interpretación que va dirigida a una finalidad normativa o práctica, tendente a recabar un criterio de decisión o una máxima para la acción». Un último tipo de interpretación lo constituye la interpretación representativa o reproductiva, caracterizada por la existencia de un intermediario que, además, de realizar una interpretación meramente cognoscitiva, orientada en sí misma, comunicará con otras personas a través de la sustitución de una forma representativa por otra equivalente, permitiendo con ello la participación de esas personas

19. Vid., EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 304-308, 314. Id., *Interpretación de la ley de los actos jurídicos*, cit., p. 34-35. Más adelante retomaremos este canon de la totalidad en relación con el círculo de la reciprocidad hermenéutica.

20. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 314-317, 319-321; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 31-41. En este sentido vid: F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 51-60.

21. Al no excluirse unos tipos interpretativos respecto de los otros, la explicación bettiana resulta, a veces, poco diáfana. Por ello, con el fin de evitar alguna que otra confusión no se ha reproducido literalmente la parte de su pensamiento referente a las funciones de la interpretación.

en ese mismo proceso cognoscitivo. A pesar de todo, BETTI insiste en la necesidad de una construcción hermenéutica unitaria que permita a las distintas ciencias del espíritu ampliar sus puntos de mira mediante «una profundización metodológica» y evite que caigan en una «sórdida y mezquina especialización»²².

En la interpretación representativa el intérprete realiza una función reconocitiva; pero ese reproducir no se agota en un representarse a sí mismo, no se queda en el interior del sujeto, sino que pretende reproducir en el exterior el valor expresivo extraído de la forma representativa originaria, es un «recrear transitivo o social, en cuanto supone un público al que dirigirse». Con lo cual el intérprete termina por sustituir una forma por otra forma comprensible que sea equivalente y subordinada a la anterior. Esta equivalencia se traduce en una exigencia de fidelidad que, a su vez, chocará con la exigencia de renovación por parte del sujeto intérprete. Surgiendo así la antinomia de toda interpretación, que BETTI resolverá aplicando los cánones hermenéuticos de autonomía y totalidad. Dentro del marco de la interpretación en función representativa sitúa el autor: la interpretación que se realiza en orden a la dicción o a la traducción de un texto a otra lengua diferente de la original; la interpretación dramática y, por último, la interpretación musical²³. Las otras categorías de la interpretación se distinguen de la interpretación representativa en que la meramente reconocitiva realiza una interpretación encerrada en sí misma, y la normativa consiste en recabar una máxima de decisión para la acción, es decir, se trata de una interpretación con una función práctica.

2.2. *Función meramente reconocitiva de la interpretación*

La función reconocitiva es la que caracteriza a la interpretación filológica, cuyo objeto es un texto donde aparece fijado un pensamiento que deberá evocar el intérprete. Ahora bien, el filólogo no debe limitar su tarea a conservar el contenido espiritual tal y como aparece en el texto, por el contrario deberá ordenarlo y reconstruirlo. La interpretación histórica también desempeña una función reconocitiva cuando verse sobre las

22. Sobre todo lo anterior, vid. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit. p. 74-75 y 93. F. BIANCO en su análisis de la interpretación se fija en como a cada uno de los tipos de interpretación Betti adjudica características peculiares y fines propios. A estos tipos ha llegado a partir de la distinción de la diversidad de momentos o funciones que se dan en toda interpretación; olvidando como algunos de esos momentos, en concreto el filológico, el psicológico y el técnico, están presentes en cada proceso hermenéutico. En consecuencia, la pluralidad de tipos interpretativos no se excluyen necesariamente. Cfr., F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 61.

23. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 347, 348, 638, 639, 650, 651; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 73-75 y 93. «El proceso interpretativo que ahora consideramos (representativo) se caracteriza por el hecho de que el reproducir no es puramente interior, contemplativo o intransitivo (...), por contra, es un reproducir y recrear exterior, es decir, transitivo y social, en cuanto presupone como destinatario un público al que dirigirse: un recrear tal que representa el sentido recavado en una dimensión diversa de aquella que era el texto, (...), que se concreta y objetiva en una nueva forma representativa (...); Id., *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 636-637.

fuentes de la tradición histórica, o cuando su objeto esté constituido por los comportamientos de los individuos o de la propia comunidad social dotados de un interés histórico. A su vez el objeto de la interpretación histórica puede ser captado bien únicamente con las categorías psicológicas y prácticas, éticas y políticas (así, por ejemplo en las biografías, en las historias políticas) o bien en función de una mayor complejidad, dando lugar a una problemática superior²⁴. Esta interpretación histórica más compleja no es otra que una interpretación técnica de la materia histórica. BETTI caracteriza a la interpretación técnica como aquella «tendente a divisar en las diversas configuraciones de la civilización la solución de un problema morfológico o técnico»²⁵. Lo que debe plantearse aquí el historiador cuando su objeto sea, por ejemplo, la historia del derecho, es hasta qué punto los cambios de las instituciones y de las estructuras obedecen a unas tendencias evolutivas. Al hacerlo se dará cuenta de que el hecho histórico no es un simple hecho individual sino que tiene en sí mismo un contenido espiritual. El desarrollo de esa espiritualidad objetiva presenta, a su vez, analogías con el desarrollo del espíritu subjetivo del intérprete. Además, entre un desarrollo y otro no hay una relación recíproca de dependencia e influencia. De ahí que el canon hermenéutico que debe guiar su interpretación sea el de la correspondencia o adecuación. BETTI al estudiar la interpretación técnica en materia histórica o en cualquier otra materia (derecho, arte, literatura, ciencia) es consciente de la problemática superior que plantea en relación con la interpretación histórica en general.

2.3. Función normativa de la interpretación

Resta hacer referencia, aunque se analizará en profundidad más adelante, a la función normativa para la acción que cumple la interpretación. Dentro de esta función normativa u orientativa para la práctica incluye BETTI, en primer lugar, la *interpretación jurídica* consistente en recabar los criterios de decisión de los preceptos de un ordenamiento jurídico vigente, para orientar la práctica; en segundo lugar, la interpretación teológica, que tie-

24. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 47, 345-347, 635, 636; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 54-55. Para una comprensión más global vid. también: A. GENNARO, «E. Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica», *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 95 y 96.

25. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 345-346: «Podemos distinguir una técnica artística, una técnica de composición literaria, una técnica del pensamiento científico, una técnica jurídica, una técnica de organización social, (...). Las cuales normalmente tienen por objeto materias de interés histórico, pero a éstas no les sirven las comunes categorías psicológicas o éticas (...). Una interpretación técnico-jurídica (dogmática) de ordenamientos ya no vigentes: a la que se le asigna, (...), una integración de la representación conceptual: integración, por tanto, meramente cognoscitiva, y no ya normativa (...) que es competencia de una interpretación del derecho vigente»; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 55, 57, 59. Respecto de la interpretación técnica en materia histórica puede consultarse, Id., «Storia e Dogmatica del diritto», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cit., p. 557. La diferencia entre las diversas interpretaciones técnicas en materia histórica reside en la teoría bettiana, según A. DE GENNARO, en los propios conceptos elaborados por las propias disciplinas. Así, por ejemplo, la historia del pensamiento jurídico opera con instrumentos conceptuales de la dogmática, cfr. A. DE GENNARO, «E. Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica», cit., p. 95-96.

ne como presupuesto la vinculación del intérprete a un credo religioso determinado y cuyo objeto van a ser los textos sagrados de los que extraer las directrices para la acción; y, por último, la interpretación que cumple una «función genéricamente práctica de la interpretación psicotípica, que tiene como objeto las situaciones psicológicas y valoraciones morales a deducir de la acción de aquellos que tiene una misión de gobierno»²⁶.

Antes de pasar al siguiente apartado me parece oportuno comentar cómo entiende BETTI que opera la función normativa u orientativa en la interpretación jurídica. Baste señalar ahora que la interpretación en función normativa no se agota con extraer la *ratio iuris* de las normas, sino que es necesaria una armonización, una adecuación al entender. Esta adecuación no va a consistir en una mera operación mecánica sino que será el resultado de un sopesar los intereses en juego en el plano interpretativo²⁷. Con lo cual, desde un punto de vista general, la actividad jurídica interpretativa en función normativa contiene en sí tanto un momento meramente reconocitivo como un momento reproductivo, sin que con ello agote su misión. Todo lo contrario, el intérprete debe «imaginarse las reacciones o repercusiones prácticas y en este sentido representarse el éxito de la interpretación que está por proponer o mantener». Por lo que al aspecto concreto se refiere, BETTI señala como posible objeto de la misma a las leyes, entendidas en un sentido amplio: comprensivo también de la costumbre y de los reglamentos, actos jurídicos heteronormativos o provisiones, actos de autonomía entre los que se encuentran los negocios jurídicos y, por último, los comportamientos relevantes para el Derecho, en cuanto puedan ser calificados de lícito o ilícitos. Por lo tema el intérprete, con respecto a la ley, no debe actuar como un autómeta, operando una rígida operación de subsunción silogística, sino que debe sopesar cuál es la valoración de intereses que efectúa la norma. Tampoco debe quedarse en un fijar lo que la ley dice, sino que debe considerar inmanente a ella un momento teleológico e incardinar todo ello en la coherencia del sistema jurídico considerado en su totalidad²⁸.

²⁶. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 789, 793, 799-802. En concreto, en la p. 791 se expresa en los siguientes términos: «cuando se trata de poner en práctica preceptos jurídicos, máximas éticas o doctrinas religiosas a la 'revelación' del significado debe seguir la aplicación (...). Así pues, la jurisprudencia como la teología se encuentran ante textos interpretativos vinculantes: textos, cuya enunciación tiene no sólo una común exigencia teórica de ser (...), sino también una exigencia práctica de ser observados: la que confiere a la interpretación jurídica y a la teológica una función normativa. De los textos legales y de los sacros emana no únicamente una llamada a la inteligencia, (...) sino también una llamada a la observancia»; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 56.

²⁷. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 797: «Las normas no son puras enunciaciones de 'juicios' tendentes a comunicar un saber (...) sino que son instrumentos de convivencia social. Le incumbe, pues, al jurista intérprete identificar los tipos de intereses objeto de la disciplina legislativa, y después colocarlos en la vida de una sociedad (...)»; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 85-90. En opinión de F. Bianco, los textos sometidos a la interpretación normativa presentan un carácter vinculante, lo que supone que esta interpretación asume el carácter de una verdadera aplicación del comprender a la situación concreta del intérprete, cfr. F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 71 y 72.

²⁸. Vid. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 97, 233-234, 257-259.

3. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

3.1. Diferencias con la interpretación histórica

Mientras la interpretación histórica trata de integrar, de reconstruir en su sentido originario la forma representativa y con ello el pensamiento que expresa; la *interpretación jurídica* da un paso más, el intérprete, una vez reconstruido el sentido originario de la norma, pone en relación el pensamiento evocado de la fórmula legislativa con la presente y viva actualidad²⁹. Al explicar las funciones que cumple la interpretación, nos dimos cuenta cómo la interpretación jurídica, en relación con la histórica, opera en dos momentos distintos: un primer momento cognoscitivo del pensamiento de la fórmula legislativa y un segundo momento normativo en el que obtendrá del pensamiento reconstruido una máxima de decisión y de acción práctica en relación a los conflictos de intereses en la norma previsible. Con ello la interpretación jurídica consigue que la ley y otras fuentes jurídicas permanezcan vivas.

La interpretación histórica, realiza únicamente el primer momento estudiado, es decir, una función meramente recognoscitiva³⁰. Como consecuencia BETTI destaca, con gran brillantez, cómo no pueden defenderse aquellos planteamientos que postulan el uso de la dogmática únicamente para el estudio jurídico del derecho en vigor, rechazando la validez de la dogmática en el estudio de un derecho histórico no vigente, para el que sería suficiente con una perspectiva histórica. BETTI añade que su afirmación no supone que la dogmática desempeñe en ambos casos un cometido semejante. Todo lo contrario, existe una diferencia de grado entre ambas perspectivas: una esencialmente *recognoscitiva* y la otra, esencialmente *práctica*³¹.

BETTI ilustra la diferencia entre estos dos tipos de interpretación mediante la observación del diverso modo de proceder en la integración de lagunas que tienen historiador y jurista. El historiador ante una narración

29. Vid. *ibídem*, p. 43: en la interpretación jurídica se trata, «no sólo y no tanto de hacer mover el sujeto contra el objeto, manteniendo este fijo en su puesto (...) sino sobre todo de hacer mover el objeto hacia el sujeto, haciéndole partícipe de la viva actualidad de éste y vinculado a la perenne dinámica de la vida histórica del derecho»; Id., *Teoria generale della interpretazione*, 2.ª ed., cit., p. 81, 817.

30. En la línea de lo expresado parece oportuno hacer notar cómo la función normativa de la interpretación no sólo está precedida por un momento recognoscitivo de reconstrucción del sentido originario de la fórmula sino que también lo está de un momento reproductivo, ya que el intérprete debe 'representar en su mente' las repercusiones prácticas de la acción que está por realizar, en concreto E. Betti indica: «en esta función genéricamente normativa a la que es destinada, (...), la actividad interpretativa contiene en sí tanto un momento meramente recognoscitivo como un momento reproductivo o representativo (...). El intérprete debe imaginarse las reacciones y repercusiones prácticas, (...), el éxito de la interpretación que está a punto de proponer (...), vid, EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.ª ed., cit., p. 803, 804. Una vez producidos estos dos momentos tendrá lugar la 'aplicación' de ese valor expresivo extraído de la forma representativa a la vida social concreta, cfr., .T. GRIFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 182-183.

31. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.ª ed., cit., p. 813; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 77. Vid. también: A. DE GENNARO, «E. Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica», cit., p. 82-83 y P. COSTA, «Dogmatica, politica, storiografia», cit., p. 329 y 330.

con lagunas realiza una «interpretación pragmática», es decir, trata de reconstruir como un todo los testimonios, combinándolos entre sí, hasta que ya no exista contradicción. Una vez superada esta fase crítica procederá a integrar la narración y a reconstruir la lógica de los acontecimientos concatenándolos. Por su parte, el jurista deberá partir de la «dinamicidad» del ordenamiento jurídico para «autointegrarlo». La «dinamicidad» del ordenamiento jurídico permite al intérprete encontrar la *ratio iuris* de las normas explicitadas. La *ratio iuris* así hallada, le servirá de base para hacer explícita la máxima necesaria, que aplicará al caso concreto mediante una interpretación analógica³².

3.2. Fases esenciales del proceso de interpretación jurídica

En la interpretación jurídica se encuentran en íntima relación una función teórica y una función práctica, que realiza el jurista con relación al Derecho vigente, para su aplicación. Además, no podemos dejar de lado el papel que la *dogmática* cumple en el estudio del Derecho, ya que los juristas para captar el fenómeno jurídico necesitan de instrumentos conceptuales, tenga su estudio como objeto ordenamientos remotos u ordenamientos vigentes³³.

Si la interpretación meramente reconocitiva se caracteriza por la posibilidad de realizar un libre exámen interpretativo histórico o, en su caso, filológico, la función jurídico-normativa, dada la importancia práctica de la interpretación, viene delimitada por la necesidad de reducir al mínimo la incertidumbre, bien reservando a determinados órganos jurisdiccionales la competencia para una interpretación vinculante, bien sometiendo a reglas legales la actividad interpretativa. Con estas dos medidas y con la regulación legal de las reglas interpretativas se elimina la posibilidad de una pluralidad de interpretaciones dispares y divergentes entre sí de una misma norma jurídica. Para BETTI, destinatarios de estas normas preceptivas que regulan la interpretación van a ser los interesados

32. Respecto a la integración de lagunas que realiza el historiador destaca E. BETTI: «ante un texto con lagunas transmitido por la tradición, (...) se trata de integrar en cuanto sea posible la narración y reconstruir el proceso, la concatenación objetiva de los eventos, según la lógica que lo gobierna. (...), lógica que es máximamente una lógica y psicología de la acción. Bajo este aspecto Droysen la califica de interpretación 'pragmática'. Éste le asigna la competencia de reconocer las concatenaciones y las conexiones de las señales conservadas en las fuentes, de reconstruirlas e integrarlas en la directiva de tales improntas, (...). El criterio parece, pues, informado por el canon de la totalidad y puede calificarse como un criterio de interpretación integrativa», *Teoria generale della interpretazione*, 2.ª ed., cit., p. 402-403; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 44-48.

33. «La 'dogmática' -para Betti- no es el derecho con todas las implicaciones filosóficas que esta identificación comporta; pero, constituye un 'esquema general de análisis' y medida de los hechos y de las relaciones jurídicas'(...). Aceptada esta definición, la presencia constante de 'este sistema de unidad de medida' será un hecho obvio en cualquier investigación histórica». Vid. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 93; Id., «Storia e dogmatica del diritto», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cit., p. 573, 575. Si bien es cierto que en BETTI la dogmática tiene como finalidad conectar al aparato jurídico-normativo con los valores e intereses sociales, no podemos olvidarnos del hecho de que éstos son entidades sociales históricamente determinadas, dándose una vez más una relación dialéctica entre 'dogma' e 'historia'. Vid., P. COSTA, «Dogmatica, politica, storiografia», cit., p. 329-330.

o partes de las relaciones jurídicas controvertidas, porque tienen la carga de «darse cuenta exacta de los vínculos asumidos, para saber cómo deben ser regulados» y también los jueces «cuando vienen llamados a fijar el significado y el alcance de los preceptos jurídicos a aplicar y a verificar los supuestos hechos a discusión en el caso sometido a su decisión»³⁴. Estas normas que disciplinan la interpretación se encuentran situadas en un plano distinto y superior al que ocupan las normas que regulan las instituciones y de aquí precisamente les viene su carácter preceptivo, es decir, de la correlación teleológica que les vincula a las normas reguladoras de las instituciones.

Reconocido el carácter prescriptivo de las normas de interpretación parece adecuado explicar como presupuesto lógico de la interpretación que sus destinatarios hayan entendido el significado y el alcance de su contenido regulativo. Si la correcta aplicación de una norma determinada precisa de la correcta comprensión de la misma por parte de los destinatarios, ello será consecuencia de que entre interpretación y aplicación existe una correlación teleológica o instrumental. La recta interpretación por parte de los destinatarios del precepto jurídico necesitará que los destinatarios hayan observado las reglas jurídicas sobre interpretación tanto en la determinación del alcance como en la configuración del supuesto de hecho de la norma. Por tanto, estas normas sobre interpretación concurren en la determinación de la máxima a la que el juez acomodará la decisión del caso concreto. Pero no debemos olvidar que la aplicación no sólo se da en el caso de la apreciación vinculante del órgano jurisdiccional competente para actuar la individualización normativa del precepto jurídico, sino que también la operación apreciativa del interesado para verificar si se da el supuesto de hecho de la norma jurídica y su posterior individualización en el caso concreto es aplicación³⁵. Como vemos la aplicación así entendida supone no sólo una recto entendimiento de la ley sino previamente una confrontación del caso concreto con el supuesto legal previsto, esto es, un momento lógico de calificación jurídica.

3.3. Superación del dogma de la voluntad del legislador

El objeto de cualquier interpretación es la *forma representativa* en la que la *voluntad* se ha manifestado. La *voluntad* es, una vez recabada del aspecto práctico mediante la interpretación, el resultado del proceso hermenéutico. BETTI rechaza aquellas teorías que conciben la voluntad como una pura entidad psicológica interna. No hay interpretación si no es en presencia de una forma representativa, directa o indirecta, según que el espíritu se haya objetivado en un soporte duradero o únicamen-

34. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 807; Id., *Interpretación de la ley de los actos jurídicos*, cit., p. 216-224. En este sentido de que un tercero imparcial -el órgano jurisdiccional- entre en la dinámica del proceso hermenéutico, vid., T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 184.

35. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 810.

te se conserve vivo en la tradición o en el recuerdo. No se puede aproximar la tarea del juez al oficio del psicólogo³⁶. No es una entidad psicológica interna la que tiene que hallar el intérprete. De esta forma cuando el jurista opera, por ejemplo, con ordenamientos jurídicos remotos no podrá sobrepasar las instituciones estudiadas, tendrá que salir al encuentro de las mismas y que sean ellas las que hablen. Si se ha producido con respecto a ese ordenamiento jurídico histórico una continuidad histórica o una recepción del mismo por nuestro propio sistema, el texto literal del código funciona como una estructura o armazón que únicamente se reanima en contacto con la viva actualidad. Pero en cualquier caso esta recepción operará siempre dentro del entramado que forma el texto. A la vista de los ejemplos apuntados, cuando el intérprete rebase la fórmula legislativa contenida en la norma lo hará no para alcanzar el significado psicológico de la misma sino para armonizarla con el conjunto del Derecho vigente. Implícita en esta perspectiva se encuentra una concepción dinámica del ordenamiento jurídico, en la que se concibe al ordenamiento jurídico como una realidad viva, en perenne movimiento, capaz de autointegrarse de acuerdo con los cambios de la realidad social actual siempre que se puedan considerar en él contemplados³⁷.

Queda pues con esta perspectiva superada la visión estática e inmovilizante del ordenamiento jurídico. Una concepción así llevaba a rechazar aquellos casos concretos que no encajan en ningún supuesto legal mediante una sencilla operación de subsunción. Y consecuentemente no reconocía la existencia de ningún tipo de lagunas en el ordenamiento jurídico, ni siquiera las que dependen del defecto total o parcial de la regulación legal, ni las lagunas de colisión que son consecuencia de la con-

36. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 69, 808, 818, 819. En concreto, en la pg. 808 se expresa en los siguientes términos: «(...) ni el jurista intérprete ni el mismo juez deben pensar nunca en 'identificarse' con un mítico legislador (...). Un 'identificarse' en el sentido de revivir por dentro la función normativa existe, quizá, únicamente en la celebración de un sacramento, realizado por un ministro de la fe o del culto. Distinta dirección tiene la interpretación psicológica que, en la encarnación de un personaje, empuja a revivir desde dentro el carácter del autor. Pero, por el contrario, la ejecución de la ley tiene lugar sobre un plano de legalidad (...). No se trata de reproducir en sí el acto normativo como criterio o principio para desplegar la misma actividad normativa desplegada por el legislador»; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 45. En la línea de considerar a la voluntad como resultado del proceso hermenéutico: A. de Gennaro da relevancia a este aspecto central cuando indica cómo para Betti el presupuesto central iuspositivista de la plenitud del ordenamiento jurídico no tiene nada que ver con la coherencia del ordenamiento, que es precisamente la que permite considerar a este presupuesto de la plenitud como meta de la interpretación jurídica Vid., A. DE GENNARO, «E. Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica», cit., p. 94.

37. En este sentido, BETTI se propone con una concepción dinámica de la experiencia jurídica superar el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, permitiendo con ello dejar atrás la valoración del proceso jurídico-hermenéutico como una interpretación únicamente lógica, sugiriendo una concepción teleológica y axiológica del derecho, vid., EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 804-806, 822-828, 831, 833; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 80-90 y 243; Id., «Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cit., p. 526-529, 532, 538.

tradicción entre normas discrepantes³⁸. Todas ellas eran valoradas como problemas de política legislativa. Para BETTI, por el contrario, el intérprete ante los casos dudosos debe buscar una afinidad de los mismos con los regulados en el ordenamiento jurídico, recurriendo incluso a los principios generales del ordenamiento. No pudiendo, por tanto, variarlos como faltos de relevancia jurídica y consecuentemente rechazarlos³⁹.

Otra forma de expresar la concepción dinámica del ordenamiento jurídico es aquella que exige al intérprete la necesidad de reconocer en la norma jurídica, junto al contenido lógico, un sucesivo contenido teleológico. Porque, como hemos constatado antes, la norma jurídica no tiene un fin en sí misma considerada sino que es un instrumento para regular la realidad social, instrumento que se verá cumplido con la aplicación de esa norma a la vida de relación. De la misma forma que concebimos a la norma jurídica formada por el contenido lógico de su enunciación, en el que a su vez está ínsito un elemento histórico y teleológico, debemos entender que la interpretación tiene que hacerse empezando por un momento lógico y un concomitante elemento teleológico. Estos correlativos momentos de la interpretación deben tenerlos presentes el intérprete en las distintas fases del proceso interpretativo de la ley. Así, en la fase preliminar que constituye la interpretación cognitiva tendrá presente la lógica de la lengua, objeto de una interpretación filológica y la lógica de la materia disciplinada, objeto de interpretación histórica y técnica. Y en la fase de la interpretación en función normativa deber orientarse a entender la lógica del Derecho en su doble momento sistemático y teleológico. Sin olvidar, que estas fases constituyen sucesivos momentos de un proceso inescindible⁴⁰.

Como conclusión podemos señalar que BETTI, a lo largo de toda su exposición, está rechazando el dogma de «la voluntad del legislador». Esta

38. BETTI en su concepción de la interpretación analógica rechaza, siendo coherente con lo anterior, el dogma de la «voluntad del legislador». Según esta doctrina el caso no previsto por el legislador o bien, sería objeto de una voluntad opuesta obtenida por el argumento «a contrario», o bien sería una «falta de voluntad». Una de las mayores dificultades de esta concepción es que al contemplar el ordenamiento jurídico como lógicamente completo se presupone que este contiene una voluntad única exclusiva, expresada de una vez para siempre, o lo que es lo mismo, se valora como ordenamiento estático, agotado en sí mismo, sin posibilidad de modificación alguna. La «laguna» no es más que un problema sistemático que debe resolverse mediante el canon de la totalidad hermenéutica. Detrás de esta visión hay una concepción que valora al ordenamiento como unidad orgánica, totalidad coherente. Será la jurisprudencia con ayuda de la dogmática la que reconstruirá el sistema. No es, por tanto, en la «voluntad» sino en la racionalidad hermenéutica donde debemos situar el fundamento de la analogía. Para ilustrar todo esto pueden consultarse, entre otros, los siguientes textos: E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 839-864; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 135-140, 155, 158, 159, 280, 281, 287, 288; Id., «Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cit., p. 529-545.

39. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 820, 821; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 46-47 y 277-281. En la línea del rechazo del autor de la visión estática del ordenamiento jurídico puede verse: G. CRIFÒ, «Note pr una ricerca», *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 279-283.

40. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 798; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 248-259.

crítica constituye el marco general de toda su visión de la interpretación jurídica⁴¹. Para BETTI, toda teoría de la interpretación que parte de la voluntad del legislador es reduccionista, dado que concibe a la interpretación como una simple operación de subsunción silogística, olvidando que en la norma se incorpora una elección valorativa de los intereses en juego como elemento teleológico de la misma, que debe reconstruir el intérprete, ya que constituye una de las operaciones esenciales del proceso interpretativo. La operación interpretativa no puede colocar al intérprete en la tesitura de realizar una simple operación aritmética, por el contrario, lo sitúa ante la exigencia de realizar una valoración axiológica de la ley. El oficio esencial del intérprete no puede variar en función de que deba aplicar leyes «claras» o leyes «ambiguas», sino que tendrá en ambos casos la misma función. La concepción teórica del método de la subsunción⁴² olvida por completo el canon hermenéutico de la totalidad, criterio orientado a considerar el enunciado lógico de una norma jurídica como instrumento dirigido a regular la realidad social, todo ello a su vez encuadrado en el marco de la totalidad del ordenamiento jurídico.

4. CONFRONTACIÓN ENTRE BETTI Y GADAMER

4.1. *La concepción hermenéutica de H. G. Gadamer*

Si bien la antigua hermenéutica era una disciplina auxiliar práctica de la actividad del comprender e interpretar textos difíciles. Posteriormente, como consecuencia del desarrollo de la disciplina hermenéutica en los textos difíciles, surge una reflexión acerca de esa misma actividad hermenéutica. Esto ocurrió en los campos de la teología y de la jurisprudencia. En esta reflexión del propio quehacer hermenéutico podemos situar la «nueva hermenéutica», intuita posiblemente por BETTI, en su «teoría generale della interpretazione» y consagrada por la obra gadameriana. Así, para GADAMER, la hermenéutica de la tradición presupone no sólo su reconocimiento, sino además que se siga elaborando la transmisión de sus obras⁴³. Para que esta transmisión sea operativa será necesario renovar su lenguaje y estar «familiarizado con los textos», con los temas de los que nos hablan

41. Vid. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 246, 251-253, 257-262. Puede verse también P. COSTA, «Dogmatica, politica, storiografia», cit., p. 337 y 338.

42. El método de la subsunción considera suficiente por sí misma la declaración de la norma jurídica como juicio lógico, porque su presupuesto es el de: «in claris non fit interpretatio». Olvidan estos autores que el calificativo de «clara» dado a una enunciación normativa, no puede ser un dato preexistente y presupuesto, todo lo contrario: esa valoración de claridad va a ser, en todo caso, resultado de un proceso interpretativo, vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 340; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 258; Id., «Interpretazione della lege e sua efficienza evolutiva», en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cit., p. 546-548.

43. Cfr. H. G. GADAMER, *La Razón en la época de la Ciencia*, trad. E. GARZÓN VALDÉS, Barcelona, Alfa, 1981, p.63-81; Id.: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4.^a ed., trad. ANA AGUD y R. AGAPITO, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 646 y ss.

los textos. En la nueva hermenéutica todo enunciado es valorado como la respuesta a una determinada pregunta, que debe ser hallada recurriendo a otros contextos de sentido. Esta exigencia de remontarse a las «preguntas motivantes» es un hecho, en absoluto extraño, que se da en la praxis general. Para encontrar los presupuestos de las preguntas habrá que elaborar una «conciencia de la situación» hermenéutica, en concreto, qué implicaciones hay en la pregunta. Además, como la aplicación de esa obra de la tradición a la actualidad del intérprete es un momento de la comprensión misma, la hermenéutica constituye una auténtica filosofía de la praxis⁴⁴. Por eso, cuando se habla de hermenéutica se está pensando en una actitud teórica determinada con respecto a la praxis o interpretación de textos.

La realización de la interpretación comprensiva presenta una estructura circular⁴⁵. Lo que equivale a decir que el intérprete de un texto realiza siempre un proyectar. Esto no supone valorar peyorativamente el proceso mismo de la comprensión. Únicamente se le pide al intérprete que constate esas anticipaciones de sentido, hacerlas conscientes de forma que le permita alejarse de su ceguera abriéndose a lo que el texto quiera decirle. Pero esta apertura o receptividad que tiene que lograr no le exige autocancelarse, lo único que propone es que sea consciente de sus anticipaciones de sentido para poder tenerlas controladas. Debe ponerse en situación de «conocer» desde la cosa misma porque es la tradición la que le está hablando.

Me parece oportuno introducir aquí una precisión con respecto al concepto de «prejuicio». Prejuicio es un juicio que «se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes»⁴⁶. No tiene nada que ver con un juicio falso porque puede ser valorado no sólo de una forma negativa sino también positiva. Lo que ocurre es que a partir de la Ilustración adquiere la connotación negativa que hoy tiene, porque los ilustrados al ser un «juicio no fundamentado» no le daban ningún valor de certeza. La Ilustración tiene como cuestión central el problema hermenéutico, porque pretende comprender la tradición racionalmente, sin ningún tipo de prejuicio. La fuente última de la autoridad ya no es la tradición sino la razón. Pero, esta exigencia de supe-

44. Vid. H. G. GADAMER, *La Razón en la época de la Ciencia*, cit., p. 79 y 80.

45. En lo que al presupuesto de anticipación de sentido en la comprensión se refiere puede verse: W. HASSEMER, «Hermenéutica y Derecho», en *Anales de La Cátedra de Francisco Suárez*, n.º 25 (1985), p. 79-80. Parece oportuno subrayar que el círculo hermenéutico no sólo está implícito en GADAMER sino que también lo está en BETTI. Así, este último explica lo que el denomina «círculo de la reciprocidad hermenéutica» al describir cómo opera el canon de la totalidad en el proceso de la interpretación. Por su parte, GADAMER construye su teoría hermenéutica sobre la base de la estructura circular del conocimiento porque éste le permite describir la comprensión del texto como interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2º ed., cit., p. 33, 34, 36, 307-310; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 34, y H. G. GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4.ª ed., trad. ANA AGUD y R. AGAPITO, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 363. Vid. también: L. MENGONI, «La polemica di Betti con Gadamer», *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 132.

46. Cfr. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 337.

rar todo prejuicio, piensa GADAMER, ignora que la razón sólo existe como real e histórica, está siempre referida a lo dado, no es dueña de sí misma. La Ilustración al colocar a la razón como única fuente de conocimiento posible había excluido a la autoridad. Pero lo cierto es que junto a prejuicios precipitados y erróneos existen también prejuicios justificados que pueden ser productivos para el conocimiento. Fue precisamente la crítica romántica a la Ilustración la que salvó una forma de autoridad: la tradición, como una de las condiciones posibles de la comprensión⁴⁷.

Una de las conclusiones lógicas que podemos extraer de lo hasta ahora examinado es que hay que reconocer el momento de la tradición y valorar su productividad hermenéutica. Una vez elucidado esto, debemos tener presente que en el comprender los efectos de la tradición y los propios efectos de la investigación forman una unidad «efectual». De ahí que el comprender se configura como «un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación»⁴⁸.

En consecuencia, la conciencia de la historia «efectual» en la comprensión es la conciencia de la propia situación en que estamos inmersos frente a la tradición que queremos comprender. El concepto de situación así entendida se conoce con el término de «horizonte». Comprender la tradición supone la existencia de un presunto horizonte histórico y el propio horizonte del que conoce. Estos horizontes están en continuo movimiento, por ello no son horizontes cerrados sino abiertos. La comprensión va a tener lugar precisamente por la fusión de estos presuntos horizontes, dado que la conciencia hermenéutica tiene que ser receptiva a la tradición de la que le habla el texto⁴⁹.

Para GADAMER comprender es siempre interpretar. La interpretación es siempre un momento estructural interno de la comprensión. Pero aún hay más, y es que el propio fenómeno de la aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete es otro momento del proceso unitario de la comprensión. Esta forma de entender el fenómeno de la aplicación nos va a permitir que un mismo texto sea comprendido en cada situación concreta de una manera nueva y distinta⁵⁰. Constatamos,

47. GADAMER indica que lo consagrado por el pasado tiene una autoridad que ha devenido anónima, porque nuestra acción y nuestro conocimiento está condicionado por la autoridad de lo transmitido, cfr., H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 348. Una imagen plástica que puede ayudarnos a comprender mejor el concepto de la precomprensión es la del autor cuando nos indica que la pertenencia de un intérprete a su texto es «como la del ojo a la perspectiva de un cuadro (...). El que comprende no elige arbitrariamente su punto de mira sino que su lugar le está dado con anterioridad», *Ibidem*, p. 401.

48. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 351 y 360.

49. *Ibidem*, p. 370-378 y 433-439. Cfr. también: M. BRETONE, «Il paradosso di una polemica», *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), p. 116 y L. MENGONI, «La polemica di Betti con Gadamer», cit., p. 137.

50. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 378-382y 394-396. Cfr. también G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1984, p.73-74; Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, p. 100-102.

pues, que el fenómeno de la aplicación es un momento de la estructura íntima de la comprensión, elemento que será además determinante de la misma.

La hermenéutica valora los enunciados que el intérprete tiene frente a sí en el proceso de la comprensión como respuesta a una pregunta. Lo cual supone que la única vía para entender un enunciado determinado es la de obtener la pregunta para la que el enunciado es una respuesta. A diferencia de la hermenéutica tradicional, a la nueva hermenéutica le interesan más las preguntas que las respuestas. Obtener esa pregunta supone comprender el texto, lo cual tendrá lugar cuando hayamos ganado el horizonte hermenéutico. Pero, únicamente podremos reconstruir la pregunta a partir del texto mismo⁵¹. Una vez reconstruida no podemos quedarnos en su horizonte originario, debemos dar un paso más allá operando de esta forma la fusión de horizontes para ganar la comprensión, esto es, se trata de recuperar el presunto horizonte histórico de manera que contenga nuestro presunto horizonte presente.

Descubierto que el fenómeno hermenéutico posee la estructura de pregunta y respuesta, es decir, que contiene en sí mismo el modelo de la conversación. Nos queda por comprobar otro aspecto fundamental que subyace en la pregunta como un momento hermenéutico. Nos estamos refiriendo, por supuesto, a la «lingüística». Para que sea posible la comprensión de la cosa misma deber existir un lenguaje común. La comprensión hermenéutica, al igual que la conversación común, tendrá que elaborar un lenguaje común, el cual formará parte del propio proceso unitario del comprender: «el lenguaje es el medio universal de la comprensión»⁵².

A diferencia de BETTI, para quien la combinación de las diversas funciones de la interpretación daba lugar a nueve tipos interpretativos distintos. Según GADAMER, la interpretación es una unidad y distinguir entre una función normativa y otra cognitiva es una falsa contraposición. Y es que en todo proceso hermenéutico opera no la «congenialidad» que une al creador y al intérprete de una obra, como piensa BETTI. Por el contrario el propio proceso del comprender se somete a la pretensión de un texto determinado. No obstante, para GADAMER, tratamiento aparte merecen la hermenéutica jurídica y la teológica, que por su alto grado de elaboración pueden considerarse modelos del proceso hermenéutico⁵³.

51. Vid. H. G. GADAMER, *La Razón en la época de la Ciencia*, cit., p.75; Id. *Verdad y método*, cit., p. 439-453. Cfr. también L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 136.

52. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 467. Para resaltar la trascendencia del lenguaje en el proceso hermenéutico, indica que la fusión de horizontes es precisamente el rendimiento genuino del lenguaje, *ibídem*, p. 456.

53. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 382-383.

Podemos considerar a la hermenéutica jurídica como un auténtico paradigma porque en ella encontramos el modelo de relación entre pasado y presente. Y es que tiene que adecuar la ley transmitida a la praxis jurídica actual y luego, realizar la concreción al caso concreto. Concreción que es aplicación. El carácter de modelo que tiene la hermenéutica jurídica podemos atribuirse también de la hermenéutica teológica. Aquí la aplicación de la revelación se produce en la predicación. Lo que ocurre es que, a diferencia de otros procesos hermenéuticos, la predicación no añade contenido alguno a la revelación. Ello no impide que se de el presupuesto de la precomprensión, que en este caso sería una relación vital del intérprete con el texto. Por supuesto, el sentido hermenéutica de la precomprensión teológica sólo se dará en quien esté afectado por la verdad de la Escritura. Presupuesto que podríamos encontrar en el dato de que uno es movido por Dios y ello supone la pretensión de conocerlo a él y a su revelación⁵⁴.

4.2. *Algunas diferencias entre las teorías hermenéuticas de Betti y Gadamer*

La polémica que entre estos dos autores se suscitó, como consecuencia de las sugerencias que la teoría hermenéutica de BETTI pareció despertar en GADAMER, no concluye en el cambio ni de la actitud ni de la posición que cada uno mantenga, por pertenecer ambos a corrientes filosóficas distintas, que en un momento determinado confluyeron en un punto; pero que, salvado este momento, cada uno continúa su propio camino. No sólo sus antecedentes filosóficos son distintos, también lo es el proyecto que cada uno se propone al construir una teoría general de la interpretación⁵⁵. BETTI quiere encontrar los presupuestos de la racionalidad del entender, en la que cree firmemente, y para la que lo único que debe tener presente el intérprete es la observancia de unos criterios metódicos, es decir, lo que él llama cánones fundamentales del entender, que son los idóneos para dirigir el proceso de interpretar, entendido como proceso de entender. El intérprete que en su actuación se deje dirigir por el dictamen de esos criterios hermenéuticos conseguirá controlar el curso y el resultado de su interpretación. Según BETTI es posible alcanzar una racionalidad u objetividad en el entender, creencia que le lleva a proponer consecuentemente un método para conseguirlo. GADAMER, por su parte, rechaza esta posibilidad porque considera que no es otra cosa que la de pretender reducir la hermenéutica a un

54. Cfr. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 396-405. En concreto, para GADAMER la hermenéutica jurídica y la teológica tienen de común que «el sentido que se trata de comprender sólo se concreta y se completa en la interpretación, pero que al mismo tiempo esta acción interpretativa se mantiene enteramente atada al sentido del texto. Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto».

55. En opinión de L. MENGONI la discusión suscitada entre estos dos autores más que parecer una verdadera polémica recuerda a un «diálogo de sordos», situación que no impide que se tengan un profundo respeto y reconocimiento, Cf., L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 133. También puede verse: G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, cit., p. 76-77.

método. La filosofía de la hermenéutica no es una metodología. Con la herramienta del método no se consigue garantizar la «verdad»⁵⁶.

Como se recordará, BETTI al analizar las distintas funciones que puede realizar la interpretación hablaba de que en la práctica, estas funciones y sus posibles combinaciones daban lugar a distintos tipos de interpretación, en concreto, distinguir la función reconocitiva, la representativa y la normativa. Concretamente, las diversas articulaciones entre estas tres funciones posibilitaban la existencia de nueve tipos interpretativos distintos: la filológica, la histórica, la técnica en materia histórica, la dramática, la musical, la jurídica y la teológica, entre otras. A todas ellas las coloca a un mismo nivel, en el sentido de reconocer que en todas ellas se trata siempre de «entender la objetivización de una espiritualidad» por nosotros mismos o por otros. Ya se ha señalado antes que, frente a él, GADAMER piensa que existe un único proceso de interpretación, no pudiendo distinguir entre interpretación reconocitiva, reproductiva y normativa. Porque ninguna de ellas es una forma autónoma de interpretación. Lo que sí hace GADAMER es tomar como modelo a la jurídica y a la teológica, porque realizan el procedimiento hermenéutico con mayor claridad y plenitud. Es decir, en ellas se da con más nitidez la vinculación del intérprete al texto en el momento de su aplicación.

A pesar de la diferencia de planteamiento entre los dos autores, sería poco riguroso por nuestra parte, olvidarnos del hecho de que para ambos se puede obtener una determinada interpretación válida, pero nunca definitiva porque el proceso interpretativo permanece siempre abierto. En BETTI por el mismo requisito de la actualidad del entender; mientras que en GADAMER está implícito en el propio concepto de «fusión de horizontes»⁵⁷. En consecuencia parten de dos premisas radicalmente distintas: en BETTI la firme creencia de poder obtener una única interpretación racional y la negación de esta posibilidad por GADAMER, para quien únicamente puede llegarse a una interpretación correcta si el sujeto que está conociendo se halla abierto al texto que le habla, para lo que deber haber conseguido hacer conscientes sus propias anticipaciones de sentido y así tenerlas controladas.

56. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 417 ss.; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 31, 39, 65, 66, 70, 73 y H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 585, 606 y 607. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, cit., p. 74-76, comenta la diferente perspectiva metodológica y filosófica de la que, en principio, parten estos dos autores. En lo que a la tensión que se da en la hermenéutica entre reducirse a un método o constituirse en teoría general de las ciencias del espíritu puede verse: J. J. GIL CREMADES, «Derecho e Ideología», *Rev. de Estudios Políticos*, n.º 157 (1968), p. 114. Es imprescindible conocer la matización que en este aspecto de la confrontación realizan algunos autores. así, L. MENGONI asegura que el antimetodologismo de GADAMER no es absoluto, lo que realmente hace es subordinar las preocupaciones metodológicas al problema esencial del conocimiento, vid, L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 131. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, cit., p. 202-203, 208, 210, opina que la teoría hermenéutica de BETTI no es sólo una metodología, ya que es también un intento de refundir «la hermenéutica con la tradición idealístico-romántica».

57. Vid. EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2.^a ed., cit., p. 49, 314, 317, 318, 321; Id., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 53-65, 73 y H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 381 y 382, 397-405.

Es ineludible e insuperable la tensión que existe entre el intérprete y el texto, lo que tenemos que hacer es no ocultar su existencia, sino reconocerlo y a partir de allí llegar a una «fusión horizontal» entre el presunto horizonte presente y el pasado, que no son, dirá GADAMER, sino distintos momentos de esa fusión.

Según BETTI en la interpretación jurídica, por ser una interpretación normativa destinada al obrar, la aplicación al caso concreto se configura como un momento esencial del proceso hermenéutico⁵⁸. La actividad interpretativa, primero, obtendrá de la norma su recto sentido; después, determinará la apreciación del interesado para ver si se encuentra dentro de ese sentido y, por último, el intérprete aplicará la norma al caso concreto. La aplicación así entendida tiene como premisa a la interpretación porque «la recta inteligencia de la norma garantiza su recta aplicación». La función normativa que la interpretación jurídica cumple no necesita de una inmediata apreciación práctica. Por el contrario, la idea de aplicación tenemos que entenderla en el sentido amplio de suministrar una orientación «a los conciudadanos a la luz de aquellas directrices, lo que constituye la más noble tarea de la jurisprudencia técnica y práctica». El comienzo de este momento de aplicación viene determinado por haberse producido con anterioridad la calificación jurídica del supuesto de hecho ya interpretado o lo que es lo mismo la verificación del caso concreto con el supuesto previsto en la norma⁵⁹. Según GADAMER no sólo la interpretación constituye un elemento esencial del comprender, también la aplicación es un momento esencial del proceso cognoscitivo. Porque en la comprensión tiene lugar la aplicación del texto que se está conociendo a la propia actualidad del intérprete. Y es que es precisamente la aplicación la que posibilita que un mismo texto sea comprendido en cada situación concreta de una manera distinta⁶⁰. El diferente planteamiento de ambos autores viene determinado, precisamente, porque el concepto de aplicación que manejan uno y otro autor es distinto⁶¹.

58. Cfr. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 95- 100. Para algunos autores en la teoría hermenéutica de BETTI la aplicación va circunscrita únicamente a la interpretación normativa, F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 71 y 72; también J. J. GIL CREMADES, «Derecho e Ideología», cit., p. 116.

59. Sobre todo lo anterior, cfr. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 102-104 y 224.

60. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p.378 y también, M. BRETONE, *Il paradosso di una polemica*, cit.,p. 117.

61. Vid. M. SAAVEDRA, *Interpretación del Derecho e Ideología*, Granada, Universidad de Granada, 1978, p. 73-74, nota 66. Concretamente, para éste autor: «el carácter de la aplicación llamada normativa nos parece distinto de un conocimiento histórico en todo caso aplicado. Pues si bien el historiador y el jurista quedan sometidos a los mismos mecanismos en su operación de conocimiento, hay que dar una explicación teórica satisfactoria del hecho de la divergencia de resultados a que pueden llegar el historiador que intenta averiguar el 'sentido originario' de un texto vigente y el jurista que, partiendo del caso dado, adapta y desarrolla aquel texto con la intención de encontrar el derecho 'ade-cuado a las circunstancias actuales'».

En opinión de varios autores hay un punto de convergencia entre BETTI y GADAMER, el cual no sirve para disminuir la distancia teórica entre ambos. Así, la objetividad en la que cree firmemente BETTI se basa en el presupuesto de que en todas las obras de una misma cultura y época hay implícito un *logos*, al que denomina totalidad espiritual o mentalidad común. BETTI postula la necesidad de que una determinada interpretación esté en consonancia con esa mentalidad común, para lo que el intérprete debe cumplir a lo largo del proceso cognoscitivo los cánones que él mismo le indica. GADAMER, por su parte, atribuye un significado claramente autoritario y conservador a la «tradición», constituyendo el presupuesto objetivo frente a toda subjetividad. A pesar de todo, como se ha dicho, ninguno de los dos realiza una reflexión crítica sobre estos presupuestos⁶². Desde una determinada óptica marxista, esta falta de reflexión sobre los presupuestos de la hermenéutica la convierte en una teoría que desconoce la realidad de la lucha de clases y la primacía determinante de lo económico, es decir, de la práctica material sobre la práctica teórica. Si bien, no puede negarle el valor positivo de explicar de una forma plausible el mecanismo interpretativo⁶³.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS

A lo largo de esta exposición hemos constatado como para BETTI el proceso interpretativo responde al problema epistemológico del entender, que tiene como carácter fundamental la operatividad del lenguaje. El lenguaje de la forma representativa en la que el espíritu se ha objetivado ape-la al espíritu del intérprete para que primero, reconozca y después reconstruya con sus propias categorías mentales el espíritu que se ha manifestado en la forma representativa. Tenemos con ello, una necesaria relación triádica en todo proceso hermenéutico: el intérprete, la espiritualidad que se ha manifestado en la forma representativa, y la propia forma representativa que opera como intermediaria entre los dos polos de todo fenómeno cognoscitivo.

El intérprete al reconocer y reconstruir por dentro las ideas que la forma representativa le sugiere está operando una conversión del proceso cognoscitivo originario. De esta «inversión interpretativa» surge la antinomia entre las dos exigencias que toda interpretación debe cumplir, a saber, la exigencia de subordinación en cuanto reproducción y la necesidad de que está reproducción se incardine en la viva actualidad del intérprete. Como método para superar tal antinomia BETTI propone al intérprete el seguimiento de unos cánones hermenéuticos que le permitirán obtener una in-

62. Vid. J. J. GIL CREMADES, «Derecho e Ideología», *cit.*, p.116-117. La relevancia que GADAMER da a la tradición, especialmente a la recogida por escrito, otorgándole no sólo un carácter de «plenitud formal-semántica», sino que además al texto le reconoce el valor de «verdad», puede verse, T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di E. Betti e il suo contesto*, *cit.*, p. 206.

63. Vid. M. SAAVEDRA, *Interpretación del Derecho e Ideología*, *cit.*, p. 117, 153, 154, 156, 158.

interpretación válida y única, aunque no definitiva. Esto es posible porque estos cánones son consecuencia directa de la estructura merita común que informa cada época y cada cultura. Esta estructura mental común es, a su vez, producto de la mediación entre la objetividad ideal de los valores y la subjetividad de la conciencia.

Para BETTI, la interpretación puede cumplir diversas funciones: una función meramente cognoscitiva, caracterizada por ser un proceso cerrado en sí mismo; una función normativa, tendente a obtener un criterio de decisión para la práctica; y una función reproductiva o representativa, caracterizada por la existencia de un intermediario que primero, realiza una operación reconocitiva y, a continuación, reproduce a otras personas el valor expresivo extraído de la forma representativa originaria, sustituyendo esta por otra equivalente. La combinación de estas funciones da lugar a nueve tipos distintos de interpretación. En este sentido, cabría apuntar como dato negativo que la distinción entre varios tipos de interpretación con base en la combinación de funciones o momentos que puede cumplir la interpretación resulta, muchas veces, insostenible. BETTI olvida que alguno de esos momentos, como el filológico, el psicológico y el técnico, están presentes en todo proceso hermenéutico. Por lo tanto, los distintos tipos de interpretación no se excluyen forzosamente. Es más tal separación no tiene valor de principio porque el proceso hermenéutico es en sí un fenómeno unitario⁶⁴.

La interpretación jurídica, como interpretación normativa que es, opera en dos momentos distintos: el momento meramente reconocitivo de la fórmula legislativa y el momento normativo o de obtención de un criterio de decisión para la acción. BETTI busca apartarse en su construcción teórica del dogma de la «voluntad del legislador», porque la operación interpretativa no debe colocar al intérprete ante un mero mecanismo de subsunción silogística. Todo lo contrario, éste debe realizar una valoración axiológica de la ley. La razón de ello está en que la norma incorpora, además, de un elemento lógico, una elección valorativa de los intereses en juego como elemento teleológico. Sin embargo, en nuestro estudio hemos podido comprobar que la teoría hermenéutica de BETTI no rompe con el reduccionismo psicológico. Y ello, porque una teoría hermenéutica general, cuyo principal soporte es la conversión interpretativa no logra romper la tensión existente entre «psicología» y hermenéutica⁶⁵. Por lo demás, BETTI tampoco consigue superar el método lógico-deductivo, al concebir la interpretación jurídica como el proceso formado por tres momentos correlativos (interpretación, calificación jurídica y aplicación) entre los que existe una necesaria relación de procedencia lógica. Así, por ejemplo, hasta que no se haya producido la calificación del hecho interpretado no co-

64. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 382.

65. Vid. H. G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., p. 605-608; F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», cit., p. 41-43 y 75-76, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, cit. p. 79-80.

menzará el proceso ideal de aplicación de las normas sustanciales. Este planteamiento coincide en lo esencial con el método de subsunción o deductivo por lo que tampoco supera totalmente el dogma de la «plenitud del ordenamiento jurídico».

Por otro lado, también se ha señalado que para BETTI el ordenamiento jurídico, al recibir coherencia por la acción de unos principios generales concebidos como «clave de bóveda» del sistema jurídico, sigue conservando las notas de unidad coherencia y deducibilidad del mismo. De ahí que, la funcionalidad del sistema siga siendo un presupuesto y no «algo a lo que se llega» como defendía BETTI. Además, la coherencia, al igual que en el dogma de la «voluntad del legislador», sigue siendo predicado del ordenamiento jurídico, siempre que consideremos a éste desde la perspectiva de su totalidad⁶⁶. En este punto, las viejas tareas de la dogmática jurídica vuelven a jugar un papel importante. BETTI sitúa a la dogmática en un lugar privilegiado para el conocimiento y aplicación del derecho. Como para muchos juristas, para él esta dogmática está formada por conceptos abstractos que actúan como «unidad de medida», permitiendo conocer el derecho en un caso concreto. Esta visión bettiana ha sido criticada de miope. Lo cual es cierto si tenemos presente la limitación que comporta de cara a aprehender la riqueza del derecho *vivo*, esto es, la riqueza de las manifestaciones concretas del derecho⁶⁷.

También nos hemos ocupado en este trabajo, aunque brevemente, del pensamiento hermenéutico de GADAMER con la intención de contrastarlo con la construcción bettiana. GADAMER considera requisito indispensable de todo proceso hermenéutico que el intérprete este «familiarizado con los textos». Este proceso presenta una estructura circular, en el que el intérprete parte siempre de un proyectar. Estas anticipaciones de sentido del intérprete no son necesariamente negativas, porque algunos de estos prejuicios resultan productivos para el conocimiento. Lo que debe hacer el intérprete es constatar la existencia de estos prejuicios y controlarlos, abriéndose de esta forma a lo que los textos quieran decirle. Con ello, en el comprender tiene lugar una mediación entre los efectos de la tradición y los propios efectos del investigador, lo que es lo mismo una fusión horizontal. GADAMER considera a los enunciados que el intérprete tiene frente a sí como respuesta a una pregunta y para comprenderlos deber encontrar esa pregunta. Esto significa que, el fenómeno hermenéutico contiene en sí la estructura de la conversación y, al igual que toda conversación, el proceso hermenéutico debe elaborar un lenguaje común. En relación con todo ello, la comprensión no sólo va a contener el momento estructural de la interpretación;

66. M. SAAVEDRA, *Interpretación del Derecho e Ideología*, cit., p. 58-65.

67. Frente a la posición de BETTI, SAAVEDRA, apoyándose en IHERING, defiende una actitud contrapuesta «que lleva a postular una permanente atención a la vida, a las consecuencias sociales de su empleo o a las valoraciones y fines del derecho para compensar el 'vaciamiento de sentido que supone la abstracción'», cfr. *ibidem*, p. 54.

sino también el de la aplicación, entendida esta como aplicación del texto de la tradición a la situación actual del intérprete. De esta forma, el proceso hermenéutico constituye una unidad, no pudiendo distinguir, como hace BETTI, entre distintas funciones.

El encuentro intelectual entre estos dos autores fue sólo puntual, dado que cada uno de ellos pertenece a corrientes filosóficas distintas. Así, mientras BETTI se propone encontrar los presupuestos de racionalidad del proceso hermenéutico; GADAMER, por el contrario, proyecta únicamente describir «lo que hay». Esta posición, en principio radicalmente distinta es una de las claves que nos permite captar las importantes diferencias entre ambos.

Por último, entrando en una valoración global de la teoría hermenéutica de BETTI, resta decir que falta en la misma una reflexión crítica sobre el *a priori* de la mentalidad común o totalidad espiritual, que es el que le permite construir toda su teoría hermenéutica. Esta estructura mental común es producto de la mediación que tiene lugar entre la objetividad de los valores y la subjetividad de la conciencia. Por lo que, es una totalidad que informa todas las obras de cada época, constituyendo el *a priori* objetivo frente a toda subjetividad, puesto que BETTI valora una interpretación como correcta desde el momento en que está en consonancia con esta totalidad espiritual⁶⁸. En definitiva, pues, la teoría hermenéutica general de BETTI representa una monumental obra de recapitulación y sistematización de la hermenéutica clásica, de la cual BETTI puede incluso ser considerado como uno de los últimos herederos. Sin embargo, a pesar de no poder romper con la tradición hermenéutica histórica y romántica y formar parte de la hermenéutica como filosofía, contribuye a destacar los límites del proceso cognoscitivo y, también hizo ver a sus contemporáneos la urgencia de establecer unos mecanismos que permitieran un conocimiento objetivo⁶⁹. Además, en lo que a la hermenéutica jurídica se refiere, consiguió perfeccionar el método deductivo en un intento por desentrañar la objetividad del texto. Contribuyendo de esta forma a sentar los antecedentes que luego permitirán reconocer los límites del método deductivo en la aplicación de la ley y trasladar todo el peso de la decisión jurídica a la propia argumentación del jurista, dando entrada así a las teorías de la argumentación racional en la interpretación de la ley⁷⁰.

68. Vid. J. J. GIL CREMADES, «Derecho e Ideología», *cit.*, p. 116. Cfr. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, *cit.*, p. 303.

69. Vid. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, *cit.*, p. 77-78; Id. *L'arte dell'interpretación. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, *cit.*, p. 46. También vid., F. BIANCO, «Oggettività dell'interpretazione e dimensione del comprendere», *cit.*, p. 74.

70. Sobre las teorías de la argumentación racional, vid. CH. PERELMAN y L. OLBRECHT-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. J. SEVILLA MUÑOZ, Madrid, Gredos, 1989; R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e ISABEL ESPEJO, Madrid, C.E.C., 1989. Para una visión de conjunto, vid. M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, C.E.C., 1991.

Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

La discusión en torno a la jurisprudencia como fuente del Derecho no es algo reciente. Desde hace ya algunas décadas se ha defendido y justificado, desde diversas posturas e instancias, la necesidad de considerar a la jurisprudencia como verdadera fuente del Derecho. El debate, lejos de apagarse, ha ido cobrando fuerza progresivamente al compás del incremento de la importancia que en los últimos años ha cobrado el Derecho judicial. Ciertamente, mucho se ha escrito sobre este tema, pero muchos problemas y cuestiones quedan aún por tratar. El presente trabajo no pretende aportar planteamientos ni soluciones originales. Mi intención es la de exponer someramente el *status quaestionis* del problema, al tiempo que contribuir al panorama actual con una pequeña reflexión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho en la organización jurídica española.

I. PRELIMINARES

Es evidente que el Derecho nace con el objeto de ser aplicado. Carece de sentido un conjunto normativo cuya finalidad no sea su aplicación. Pero la norma se nos muestra con carácter general y abstracto, mientras que la realidad a la cual debe ser aplicada está constituida por hechos concretos y particulares. Es necesario un procedimiento, una actividad, que conecte la norma general con el hecho acaecido y que tenga como resultado su aplicación. Esta operación la efectúa el Juez, constituyéndose en el intermediario entre la norma y la realidad, entre el hecho y el Derecho. Al resultado de esta labor se le suele denominar jurisprudencia.

La palabra «jurisprudencia», en su acepción original derivada de los términos *prudencia* y *iuris*, significó para los romanos «conocimiento del Derecho», saber proyectado a la realización de lo justo. En las fuentes romanas se definía como «noticia de las cosas divinas y humanas, ciencia de

lo justo y de lo injusto» (D. 1.1.10.2). Sin embargo, el término ha llegado hasta nuestros días con un contenido distinto. Tradicionalmente, al menos en España, se han venido distinguiendo dos acepciones de la palabra «jurisprudencia», según ésta fuera entendida en sentido amplio o estricto. Desde un punto de vista amplio sería jurisprudencia la doctrina que emana de cualquier Tribunal, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Por el contrario, según una acepción estricta y siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código civil español, se trataría de «... la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». En la actualidad y tras la promulgación de la Constitución de 1978 nos hallamos ante un tipo nuevo y especial de jurisprudencia, la que emana del Tribunal Constitucional.

Históricamente, la jurisprudencia ha tenido una gran importancia, siendo reconocida en muchos casos como verdadera fuente del Derecho. Así en la época romana (130 a.C.-230 d.C.) el Derecho consistió fundamentalmente en los escritos de los *iuris prudentes* o conocedores del Derecho. Sus interpretaciones poseían verdadero valor de fuente, aun por encima del órgano legislativo¹. Como señala LOMBARDI², la jurisprudencia llegó a ser, en rigor, la única fuente de conocimiento y producción del Derecho a nivel de norma general. Las respuestas de los jurisprudentes, ya fueran orales o escritas, ocupaban claramente el lugar de la ley.

Este sistema, sin embargo, no pervivió. La época postclásica se caracterizó en este punto por una supremacía de la voluntad del legislador y, con ella, la progresiva eliminación de la libertad de la que anteriormente había disfrutado la jurisprudencia.

Sobre todo tras la Revolución francesa, y con ella, bajo la influencia de MONTESQUIEU, la implantación del principio de primacía de la Ley, la jurisprudencia sufrió, en los países de tradición romanística, un importante retroceso en su papel de fuente jurídica. La doctrina revolucionaria, de acuerdo con el dogma de la separación de poderes, distinguía claramente la creación de la norma encargada al órgano legislativo, de su mera aplicación, encomendada al judicial. De acuerdo con este esquema, es evidente que la jurisprudencia quedaba despojada de todo carácter de fuente del Derecho.

Pero frente a esta evolución de la jurisprudencia en las naciones latinas y germánicas, el Derecho de tradición anglo-americana creó y mantiene una institución de características distintas. En estos países el Derecho se consolida en torno a precedentes judiciales, de modo que se atribuye una fuerza vinculante al criterio con que el mismo u otro Tribunal han resuelto previamente casos semejantes al que es objeto de deliberación. Esta re-

1. Vid. LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos* (trad. A. RUIZ MIGUEL), Madrid, Debate, 1982, pp. 53 y ss.

2. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 67.

gla, conocida como *stare decisis*, ha determinado que, en buena medida, el Derecho de estos países haya sido creado judicialmente. El principio opera vertical y horizontalmente. Por un lado, exige que los Tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por los de rango superior, mientras que horizontalmente vincula a los propios Tribunales en el sentido de sus decisiones anteriores. Este sistema, sin embargo, y al menos en Inglaterra, tiende en los últimos decenios a hacerse más flexible.

Volviendo a los países de tradición romanística, debemos preguntarnos cuál es el valor que en ellos posee la jurisprudencia o, lo que es lo mismo, si en la actualidad tiene el carácter de fuente del Derecho. Precisamente uno de los temas más controvertidos de la teoría del Derecho contemporánea se refiere a la determinación del alcance y del contenido de esta labor judicial. En este sentido, y como señala RUIZ MIGUEL³, la polémica gira en torno «al lugar que ocupa la actividad judicial en ese conjunto específico de normas que viene denominándose ordenamiento jurídico».

En la actualidad, mientras que algunos juristas afirman enfáticamente que los jueces realmente crean derecho, existen otros que, con igual énfasis, sostienen que no es así. Para los primeros, la creación del Derecho por los jueces sería algo esencial en el tipo de actividad judicial, a lo que los segundos contestan que no cabe desconocer una distinción tan elemental como la que separa el plano de la creación del Derecho del de su aplicación⁴.

II. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN MECANICISTA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Parece conveniente abordar el problema que nos ocupa comenzando por referirnos al contenido básico de su punto de partida, la tradicional teoría de la subsunción. El modelo de interpretación que surge de la Revolución francesa y que, como es sabido, debe atribuirse al esfuerzo teórico de MONTESQUIEU, aún se halla vigente, al menos en sus caracteres más esenciales, en la mente de muchos juristas.

La teoría clásica de la subsunción parte de la estricta separación entre creación y aplicación del Derecho. Dentro de los poderes atribuidos al Estado, al legislativo le corresponde la creación de las normas, mientras que al judicial sólo se le atribuye su estricta aplicación, entendiendo como tal la extracción para el caso concreto de lo que en la disposición se contiene de modo general y abstracto. La aplicación del Derecho quedaba así concebida como una «subsunción», ya que el Juez tan sólo tenía que subsu-
mir el supuesto de hecho en la norma a aplicar, quedando excluida toda posible actividad creadora. Este esquema, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, poseía una evidente función política e ideológica. El sis-

3. RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la creación judicial del Derecho», en *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, p. 47.

4. Vid. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, pp. 79 y ss.

tema, lejos de defender un modelo de Juez neutral y apolítico, lo comprometía radicalmente con el proyecto revolucionario en la lucha contra el absolutismo real y en la defensa de los valores propugnados por el Estado liberal de Derecho⁵.

De acuerdo con esta concepción, el Juez, al aplicar el Derecho, debía seguir un esquema mecánico lógico-deductivo que constaba fundamentalmente de tres operaciones: 1) Comprobar el supuesto de hecho. 2) Determinar la norma jurídica aplicable: *a)* constatar su existencia; *b)* interpretarla; *c)* decidir sobre su aplicabilidad. 3) Dictar sentencia.

Este sistema partía necesariamente del principio de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico. La Ley se concibe como carente de lagunas, siempre completa, de modo que nunca se planteen problemas cuya solución suponga atribuir facultades creadoras al Juez. Precisamente el proyecto de Código francés pretendía acabar con la práctica denominada del *référé* legislativo. De acuerdo con ella, en los casos de insuficiencia u oscuridad el Juez suspendía el procedimiento y solicitaba del Parlamento una directriz legislativa⁶. De acuerdo con el artículo 9 del proyecto, en los casos de silencio de la ley se abría el paso a la vía del juicio de equidad. El citado artículo establecía que «a falta de leyes precisas en materias civiles el Juez es un ministro de equidad. La equidad es el retorno a las leyes naturales y a los usos vigentes en caso de silencio de la ley positiva».

La supresión de este artículo del proyecto dio lugar a la consagración del principio de plenitud del ordenamiento jurídico y a la más estricta sumisión del Juez a las palabras de la ley⁷. Este, de acuerdo con el artículo 4, no podía dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la norma, ya que, en ese caso, podría ser perseguido como culpable de denegación de justicia. Como señala J. DE LUCAS⁸, el deseo de acabar con la arbitrariedad judicial dejó solo al citado artículo 4, el cual se convertirá en el punto de referencia obligado en la defensa del dogma de la certeza de la ley. En este sentido, subraya BOBBIO⁹ que la proclamación del principio de plenitud del ordenamiento jurídico está ligada a la concepción del Juez como aplicador y no creador del Derecho y a la ideología que intenta mantenerlo atado en el proceso de toma de decisiones desde una presunción de racionalidad absoluta de la ley y una incondicional legitimidad del legislador.

5. Vid. VIDAL, E., y C. GARCIA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

6. Vid. RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1973, pp. 191 y ss.

7. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, CLUT, 1960-61, pp. 79 y ss.

8. DE LUCAS, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del "Code" Napoleón», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 134.

9. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 79.

Por su parte, la interpretación se concebía como la indagación del exacto sentido de la norma, de su único significado, extraíble directamente o a través de un proceso de interpretación más profundo. En esta dirección, MONTESQUIEU señalaba que el Juez debe ser «la boca muda que pronuncia las palabras de la ley», y que los jueces eran «seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»¹⁰. Asimismo en otro lugar afirmaba que:

«No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el Juez sería legislador»¹¹.

En realidad MONTESQUIEU estaba diseñando un poder judicial absolutamente nulo e invisible. El mismo llegará a sostener que «de los tres poderes..., el de juzgar es en cierto modo nulo»¹².

A su vez, el acto de dictar sentencia se concebía a modo de un silogismo: la premisa mayor sería la norma general; la premisa menor, el hecho probado y concreto, y la conclusión, el fallo. De este modo el Juez tan solo ejecutaba una labor cognoscitiva, meramente aplicativa al Derecho, sin ejercer ningún acto creador. Quedaba así reducido a un mero autómatas que se limitaba a traducir el fallo previsto en la norma cuando las circunstancias o hechos analizados coincidían con los previstos en la Ley.

En definitiva, toda esta teoría trataba de afirmar el valor supremo de la seguridad jurídica y de la neutralidad, coherentemente con la función garantista-represiva del Derecho propia de la sociedad liberal-burguesa. El sistema, como destaca DE OTTO, revela un «horror a la jurisprudencia» que se pone de manifiesto en las palabras de ROBESPIERRE: «El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley»¹³.

No debemos omitir que cuando estas líneas parecían ya abandonadas por la filosofía jurídica, han vuelto algunos de sus rasgos fundamentales en teorías que se presentan en ruptura con lo que poco antes parecía nuevo. En esta línea se hallarían, entre otras, las tesis de ALCHOURRON y BULYGIN¹⁴, y asimismo la de DWORKIN¹⁵.

10. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Du Seuil, L'Integrale, 1964, p. 589.

11. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, op. cit., p. 586.

12. También en otro lugar MONTESQUIEU insistirá en esta idea al afirmar que «de esta manera el poder de juzgar tan temible para los hombres se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado acto o profesión...»

13. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 293.

14. ALCHOURRON, C. E., y B. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea de Rodolfo de Palma, 1974.

15. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (trad. M. GUASTAVINO), Barcelona, Ariel, 1977.

ALCHOURRON y BULYGIN se muestran partidarios de una teoría de la interpretación jurídica que, en definitiva, se ajusta a los presupuestos básicos de la teoría de la subsunción. Para ellos la interpretación del Derecho no supone una labor creativa, sino cognoscitiva, lógico-deductiva. También DWORKIN niega tajantemente la capacidad de crear Derecho de los jueces. El positivismo hartiano había sostenido la existencia de los denominados «casos difíciles» que carecen de respuesta correcta previa a la decisión del Juez. En su obra *The Concept of Law*¹⁶, HART había defendido que, por ello, la actividad de estos operadores jurídicos debe necesariamente ser discrecional. DWORKIN atacará directamente esta doctrina que defiende la función creadora de los jueces. Para ello expondrá su tesis de la respuesta correcta.

Para DWORKIN es evidente que pueden existir casos en los que no sea posible aplicar ninguna norma concreta. Pero el ordenamiento jurídico no se compone exclusivamente de normas, sino también de principios y de directrices. Un modelo estrictamente normativo es unilateral porque no tiene en cuenta la existencia de estos elementos. Para este autor las directrices serían los objetivos sociales a alcanzar por un ordenamiento jurídico, mientras que los principios harían referencia a la justicia y la equidad¹⁷. DWORKIN entiende que el material compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial¹⁸.

El autor reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia americana y muestra así que su teoría explica mejor la realidad que la que atribuye una función discrecional al Juez. Además, entiende que frente a un caso difícil no es una solución aceptable dejar en libertad al Juez, ya que éste no se halla capacitado para dictar normas, y menos hacerlo de un modo retroactivo. Al Juez se le debe exigir que, lejos de crear un nuevo Derecho, acuda a los principios que se hallan en el seno del ordenamiento jurídico. Esta tesis está fundada en tres tipos de argumentos:

- a) Cualquier norma se fundamenta en un principio.
- b) Los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del Derecho.
- c) Si se admite la discreción judicial, los derechos de los individuos se hallan a merced de los jueces.

16. HART, *El concepto de Derecho* (trad. G. CARRIO), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

17. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit.

18. CALSAMIGLIA, A., «Ensayo sobre Dworkin», en R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (trad. M. GUASTAVINO), Barcelona, Ariel, 1977, p. 13.

Esta teoría, expuesta en sus rasgos más esenciales, ha sido más atacada que aceptada. Así, para PRIETO SANCHIS¹⁹, lo que DWORKIN pretende es dotar de objetividad y racionalidad a los criterios ajenos a la ley que el Juez tiene que aplicar a la hora de dirimir un supuesto. Por ello los eleva a la categoría de Derecho con el fin de preservar la figura del Juez como órgano no discrecional. Se trataría de un Juez omnisciente, un «Hércules», que ante un caso difícil podría distinguir la pauta más justa dentro del conjunto de normas. Ello supondría crear un Juez irreal, con facultades casi divinas²⁰.

Pero a pesar de estas excepciones, lo bien cierto es que a partir de fines del siglo XIX comenzó a abrirse camino la idea de la insuficiencia de la concepción que entendía la actividad de los jueces como un acto mecánico. Parece que en los inicios de lo que conocemos como «reacción antiformalista» debe situarse a IHERING con sus *Cartas sobre la jurisprudencia actual*²¹. Asimismo, y como afirma LOMBARDI²², debe considerarse a F. GENY, con su *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*²³, como uno de los padres del movimiento. También la posición moderada de HECK se impondrá con fuerza en los estudios realizados en las primeras décadas del siglo XX.

Esta crítica antiformalista se efectuó desde distintos frentes, distando de ser una escuela o movimiento unitario. En definitiva, se trataba de poner de manifiesto que el acto de aplicación del Derecho contiene en sí una verdadera actividad creativa y que en absoluto puede reducirse a una mera acción mecánica. La teoría jurídica moderna ha destacado la enorme complejidad que encierra la actividad aplicativa del Derecho no sólo en cuanto a la determinación del supuesto de hecho, sino también en cuanto a la fijación de la premisa mayor. La ley, en muchos casos, no posee en absoluto un sentido único y por ello no se trata de encontrar un solo significado, sino de elegir entre varios distintos. Frente a la citada concepción tradicional de la interpretación entendida como un procedimiento auxiliar al que sólo se recurre en aquellos supuestos en los que la comprensión del texto resulta dificultosa, en la actualidad las modernas teorías han puesto de relieve que ésta concurre siempre y necesariamente, de tal modo que la sola comprensión del contenido de la norma ya presupone una actividad interpretativa. Siguiendo a PÉREZ LUÑO²⁴, el significado de la norma es

19. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 69.

20. Vid. VIDAL, E., y C. GARCIA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

21. Esta obra fue posteriormente recogida en *La jurisprudencia en broma y en serio*. Existe versión castellana traducida por T. BANZHAF, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1974.

22. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 210. Este autor califica al movimiento antiformalista con el rótulo de «giusliberismo».

23. GENY, *Methodes d'interpretation et sources en Droit privé positif*, 1.^a edición, 1 vol., Paris, Chevalier Marescq et Cie., 1899; 2.^a edición, 2 vols., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1919; reeditado en 1954.

24. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 254.

así concebido no como algo previo a su interpretación, sino como el resultado de la actividad interpretativa. Por otro lado, y como ha defendido HART, la ley en la actualidad no puede concebirse como un proceso cerrado, completo. Por el contrario, toda norma es una estructura abierta, susceptible de asumir muy distintos significados. Además, no puede olvidarse que la presencia de lagunas en el Derecho impide dar solución a todos los problemas que se plantean.

Tales concepciones, en muchos casos, han ido tan lejos que han pretendido incluso desvincular totalmente al Juez de su sujeción al Derecho. Serán los defensores del llamado «Derecho libre» los que por primera vez cuestionen, y en algunos casos rechacen, la vinculación del Juez a la norma e incluso al Derecho. En este sentido es famoso el apasionado manifiesto de KANTOROWITZ *La lucha por la ciencia del Derecho*²⁵. Este autor sostenía la existencia de ciertos casos sin solución jurídica, por lo que la decisión judicial, en determinadas circunstancias, sería necesariamente arbitraria²⁶. También en este sentido, REICHEL llegó a manifestar que un Juez que en determinadas circunstancias falla contra ley.

«ha obrado no sólo subjetivamente con arreglo a la buena conciencia, sino también objetivamente según el Derecho»²⁷.

Por otro lado y como señala CARRIO²⁸, el grito de batalla del realismo jurídico norteamericano no es «los jueces crean derecho», sino la expresión, mucho más fuerte, «sólo los jueces crean derecho» o «todo el derecho es creado por los jueces»²⁹. ROSS, representante del realismo escandinavo, llegará a decir que el Derecho sólo está vigente porque es aplicado³⁰.

25. KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho* (trad. W. GOLDSCHMITH), en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949. El original es de 1906.

26. KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho*, op. cit.

27. REICHEL, H., *La ley y la sentencia* (trad. E. MIÑANA VILLAGRASA), Madrid, Reus, 1921 (el original es de 1914), p. 141.

28. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 86.

29. HOLMES, precursor de esta corriente, se expresaba en estos términos:

«Consideremos, por ejemplo, el problema fundamental del concepto de Derecho. Algunos autores os dirán que es cosa distinta de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, una deducción de los principios de la época, de axiomas aceptados u otras fórmulas que pueden coincidir o no con las sentencias. Pero si nos situamos desde el punto de vista de nuestro delincuente, encontraremos que le importan poco los axiomas y las deducciones y quiere saber cómo se comportarán de hecho los tribunales de Massachusetts y de Inglaterra. Yo soy bastante de esa opinión. Las profecías de lo que efectivamente harán los tribunales, y no nada más pretencioso, son lo que yo entiendo por Derecho».

HOLMES, O. W., *The Path of the Law* (discurso pronunciado el 8 de enero de 1897 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston), publicado en *Harvar Law Review*, 1897, pp. 457-478. La cita pertenece a la edición italiana de HOLMES, *Opinioni dissidenti*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 259-260.

30. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. G. CARRIO), Buenos Aires, Eudeba, 1963, 2.ª edición, 1970.

Desde otro frente, el enfoque marxista del llamado «uso alternativo del Derecho»³¹ ha llamado la atención sobre la falacia de la racionalidad y la justicia de los sistemas jurídicos criticando el dogma del apoliticismo de los jueces. Los partidarios de esta tesis han llevado a cabo una crítica de las supuestas virtudes tradicionales atribuidas a los jueces, de su pretendida objetividad, neutralidad y apoliticismo. Todo el Derecho es político y se halla lejos de ser neutral. De lo que se trata es de no enmascarar la verdad y de ponerla al servicio del débil. Ello les conduce a valorar el Derecho como instrumento de progreso que puede ser usado alternativamente en beneficio de los intereses de la clase trabajadora³².

Resumiendo, tradicionalmente el resultado de esta polémica ha sido una confrontación entre dos posturas. Por un lado (I), los defensores del Derecho positivo como sistema cerrado, compuesto de normas abstractas y generales, y partidarios del predominio de la ley como fuente del Derecho que el Juez aplica al caso concreto. En esta doctrina, como señala PECES BARBA³³, el Juez no es un órgano creador de Derecho, sólo de ejecución del mismo, al que, como mucho, se le reconoce en su aplicación una capacidad interpretativa. Por otro lado (II), los partidarios de la libre creación del Derecho por los jueces. Este segundo planteamiento, surgido como reacción al anterior, defiende el papel del Juez como creador del Derecho y rechaza, en sus posturas más extremas, la vinculación de éste al Derecho del poder soberano del Estado.

III. LA NATURALEZA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Para acotar la discusión, y siguiendo a RUIZ MIGUEL³⁴, se trata de saber lo que los jueces hacen realmente al plasmar su decisión, con independencia de lo que crean hacer o de lo que se piense que deben hacer. El plano de los hechos debe, en este punto, distinguirse de las posturas personales ante la cuestión. No podemos pretender aportar soluciones al, en palabras de CARRIO, «desacuerdo de actitud»³⁵ subyacente al problema de la creación judicial del Derecho y a las diversas posturas sobre lo que los jueces deben hacer. Por el contrario, y en un plano meramente descripti-

31. Vid. BARCELONA, P. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973; asimismo LOPEZ CALERA, N., y otros, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1978.

32. Ello, como señala PECES-BARBA, ha supuesto que determinados sectores escolásticos leninistas acusen a esa doctrina de pequeño burguesa (PECES-BARBA, G., «La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983, núm. 6, p. 20).

33. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., p. 17.

34. RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación de la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 9-10.

35. CARRIO, siguiendo a STEVENSON, utiliza estos términos para mostrar cuál es el verdadero problema de fondo de la controversia sobre la creación judicial del Derecho (CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, op. cit., p. 85).

vo, tan sólo pretendemos plantear la cuestión de hecho: ¿Podemos admitir que en determinadas ocasiones los jueces aportan a los sistemas jurídicos elementos que antes de su actuación no existían? ¿Estos elementos pueden llegar a poseer el carácter de norma de aplicación general?³⁶

Respondiendo a la cuestión, podemos partir de un punto al menos mayoritariamente aceptado: la aplicación del Derecho es mucho más que un simple silogismo, el Juez no es tan sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley. Como destaca LOMBARDI, «... la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto é sempre creativa...»³⁷. Partimos de considerar que los jueces producen Derecho, al menos en los supuestos de antinomias y lagunas. De cualquier modo, la actividad judicial se expresa mediante una serie de operaciones complejas que en muchos casos suponen la utilización de criterios y decisiones no extraíbles lógicamente de las normas. De igual modo que el artista crea cuando a la materia prima añade su propia actividad, el Juez ejerce también una función creadora. En suma, las sentencias judiciales, en muchos casos, no son puras deducciones mecánicas a partir de un texto legal. Ello nos conduce a admitir una premisa previa: no existe una única forma de producción de Derecho. Aunque la ley posee un predominio jerárquico, el ordenamiento jurídico se halla formado por una pluralidad de elementos de diverso tipo. Si lo consideramos como una estructura gradual, la norma básica sería la Constitución, mientras que las sentencias judiciales hallarían también su lugar en la estructura escalonada. En este sentido, PECES BARBA³⁸ ha destacado que la creación judicial del Derecho debe integrarse en el sistema de producción normativa del ordenamiento, no planteándose en oposición antagónica con la ley, sino en armonía con ésta y con los restantes tipos de normas que se integran en la unidad del ordenamiento.

En esta línea, HART defenderá la «textura abierta del ordenamiento» y la existencia de «zonas de penumbra». Ello supone reconocer que la ley no es un proceso cerrado, completo, que prevé y tiene soluciones para todos los casos concretos, sino que la creación judicial es una realidad. Sostiene HART: «La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los Tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso... en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los Tribunales desempeñan una función productora

36. No estamos con ello limitando el concepto de fuente del Derecho tan sólo a los actos normativos de carácter general. Seguimos a KELSEN cuando señala que «... el prejuicio de que el Derecho sólo está constituido por normas generales, el ignorar las normas jurídicas individuales ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial es la continuación del proceso de producción de Derecho (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. R. V. VERNENGO, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 248).

37. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 372.

38. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., pp. 20 y ss.

de reglas»³⁹. En suma, y como defiende BOBBIO, «la creazione di diritto da parte del giudice... è una realtà...»⁴⁰.

Cuestión diferente es el estudio de los cauces mediante los cuales el Juez crea realmente Derecho. La mayoría de los últimos análisis realizados en Francia, Alemania o España coinciden en insistir en el creciente papel que progresivamente va desempeñando el Juez en la creación de Derecho. En la actualidad se avierte un progresivo acercamiento entre el *common law* angloamericano y el *civil law* continental. Como destaca LOSANO⁴¹, el *common law* está conociendo una expansión del Derecho legislado en detrimento del creado íntegramente por los jueces. A su vez, la jurisprudencia va asumiendo una importancia creciente en los sistemas jurídicos continentales.

Siguiendo a PECES-BARBA⁴², podemos distinguir tres cauces principales a través de los cuales se va realizando este progresivo proceso de acercamiento entre el sistema jurídico continental y el anglosajón:

1. A través de la interpretación de las normas generales y ambiguas. Con respecto a las primeras, su imposibilidad de contemplar las inmensas variantes que ofrece la realidad obligan a desempeñar al Juez una labor que va más allá de la mera aplicación. La existencia en los sistemas jurídicos de cláusulas generales abre, sin duda, un gran margen para el arbitrio judicial. En concreto, el carácter de norma directamente aplicable por los Tribunales que en la actualidad poseen las modernas Constituciones y el principio de interpretación de las leyes «desde» la Constitución admitido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴³ determina que la creación judicial del Derecho sea una realidad indiscutible. También en el caso de las normas de difícil interpretación el órgano judicial debe optar por uno de los posibles significados, lo que, en definitiva, supone algo más que un acto mecánico. Como señala CARRIO:

«Esas normas no determinan toda la conducta, pues tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descrita como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir»⁴⁴.

39. HART, *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 168-169.

40. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 120.

41. LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos*, op. cit., p. 185.

42. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., pp. 21-22.

43. Este principio ha sido reiteradamente manifestado por nuestro máximo Tribunal y se halla asimismo consagrado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». En este sentido, por ejemplo, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, se advierte que la legalidad ordinaria, en su aplicación, deberá acomodarse al texto constitucional.

44. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, op. cit., p. 62.

2. Por otro lado, el dogma de la plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, la concepción de la ley como carente de lagunas, siempre completa, de modo que nunca se planteen problemas cuya solución suponga atribuir facultades creadoras al Juez, es en la actualidad insostenible. Las lagunas existen inevitablemente y el Juez crea Derecho a través de esta vía. La plenitud sólo se produce mediante una colaboración entre el Derecho legal y el Derecho judicial en el seno de un ordenamiento.

En esta línea, sabemos que HART había defendido la existencia, en un ordenamiento jurídico, de zonas de penumbra, de lagunas que obligan a replantearse seriamente el dogma de la plenitud de la ley. Su postura obedece a un planteamiento según el cual sólo pertenecen a un sistema jurídico concreto aquellas normas admitidas por la regla de reconocimiento, aquellas reglas identificadas como tales por derivar de una fuente de autoridad reconocida. Recientemente, NINO⁴⁵ ha criticado este punto de vista de HART en el sentido de admitir que un sistema jurídico podría estar integrado por normas y principios que los jueces no tienen obligación de aplicar según la regla de reconocimiento del sistema, pero que de hecho aplican. Ello supone, en definitiva, que el criterio de pertenencia de una norma o de un principio a un sistema jurídico no puede estar basado sólo en reglas de reconocimiento. Los jueces aplicarían principios morales que no tienen por qué considerarse excluidos del ordenamiento jurídico. Esta postura de NINO limita las facultades propiamente creadoras del Juez porque, siguiendo a DWORKIN, en el caso de lagunas de reglas el Juez puede acudir a los principios, que también forman parte del ordenamiento jurídico.

3. En tercer lugar, debe admitirse la creación de Derecho a través del control de la legalidad de los actos administrativos por medio de los Tribunales contencioso-administrativos y el control de constitucionalidad del legislativo. Ambos son cauces mediante los cuales, históricamente, los jueces han creado Derecho. En este sentido, KELSEN calificará el control constitucional de las leyes como creación normativa negativa y como «repartición del poder legislativo entre dos órganos». Los Tribunales constitucionales crean, evidentemente, Derecho y no sólo en sentido negativo al actuar, en palabras de I. DE OTTO⁴⁶, como «destructores de leyes».

Con respecto a nuestro país, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las leyes, según el artículo 164 de la Constitución, tendrán un efecto *erga omnes* o, lo que es lo mismo, plenos efectos frente a todos. De este modo nuestro máximo Tribunal, al imponer una única interpretación posible de la ley, fuera de la cual ésta debe considerarse inconstitucional, penetra en vías antes reservadas exclusivamente al legislador. Incluso, como destaca PÉREZ ROYO⁴⁷, cabría entender que las disposiciones conte-

45. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 125-126.

46. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., p. 286.

47. PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 48-49.

nidas en estas sentencias poseen un rango jerárquico superior al resto del sistema de fuentes.

Este nuevo punto de vista con respecto a la verdadera actividad de los jueces no sólo ha tenido repercusiones en el campo teórico. Por el contrario, sus consecuencias pueden ser apreciadas en muchos de los ordenamientos jurídicos continentales. Como señala PECES-BARBA⁴⁸, la creación judicial del Derecho irá conquistando poco a poco parcelas, desde un reconocimiento implícito de su realidad hasta reconocimientos parciales en normas legislativas.

IV. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

Debemos partir de que el sistema español ha sido un claro heredero del sistema francés y de la imposibilidad de negar que en nuestro Derecho aún perviven algunos de los rasgos más esenciales de esta teoría. Un claro ejemplo de ello se halla en las disposiciones que contienen nuestras leyes procesales en relación a las formalidades que deben cumplirse para redactar correctamente una sentencia. En la actualidad éstas deben respetar una fórmula silogística que, en definitiva, vendría a coincidir con el modelo anteriormente diseñado: a) Hechos probados o resultandos; b) Fundamentos de Derecho o considerandos; c) Sentencia o fallo. La estructura, al menos formalmente, parece que pretende alejar al Juez de toda actividad creadora al ceñirle exclusivamente al esquema establecido.

Por otro lado, históricamente, parte de la doctrina española ha venido negando el carácter normativo de la jurisprudencia. Tal negativa se expresó excluyendo a la jurisprudencia de las fuentes del Derecho enumeradas en el título preliminar del Código civil. Asimismo, y como recuerdan E. VIDAL y C. GARCIA⁴⁹, cuando el artículo 117 de nuestra Constitución habla de jueces y magistrados independientes, inamovibles y únicamente sometidos al imperio de la ley, aunque con distinto significado⁵⁰, está enumerando las características que debía tener el Juez en la teoría de la subsunción.

No debemos tampoco desconocer que un gran número de jueces españoles preguntados sobre el contenido de su actividad, no dudan en responder que posee un carácter meramente aplicativo, que no crean nuevas normas. Su actitud incluso revela rechazo hacia un modelo de magistrado creador de Derecho⁵¹.

48. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, *op. cit.*, p. 22.

49. Vid. VIDAL, E., y C. GARCIA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

50. Vid. DIAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

51. Esta opinión reflejada por algunos magistrados no viene sino a confirmar la tesis de CARRIO en el sentido de que la expresión «los jueces crean Derecho» posee una gran carga emotiva.

Pero en la actualidad también en nuestro ámbito jurídico se advierten importantes signos de evolución. Así, alejándose de sus precedentes históricos, el Código civil español, en su reforma de 1974 concedió un cierto valor a la jurisprudencia al asignarle un papel «complementador» del ordenamiento jurídico. En la misma línea se admite el recurso a la analogía (art. 4.1) y a la equidad (art. 3.2), y se postula una interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1)⁵².

Esta transformación también parece quedar corroborada tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada en el año 1984. El artículo 1.692.5 de la citada ley establece en la actualidad que el recurso de casación podrá fundarse en la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia». Es evidente que sólo si a la jurisprudencia se le reconoce valor normativo cabe admitir la existencia de un recurso de casación por su infracción. Una sentencia tan sólo puede anularse en el supuesto de que infrinja el propio ordenamiento jurídico. Esto nos conduce a la lógica conclusión de que la jurisprudencia, al menos la del Tribunal Supremo, es parte del ordenamiento jurídico⁵³ y vincula, incluso, con carácter general.

Todos estos razonamientos nos demuestran que en España existe un relativo acercamiento al sistema del precedente judicial vinculatorio anglosajón. Incluso no podemos sino admitir que la realidad jurídica ha acabado por erigir a la doctrina del Tribunal Supremo en pieza clave del Derecho español⁵⁴.

También el propio Tribunal Constitucional, y a partir del reconocimiento del principio de igualdad en la Constitución, ha elaborado una doctrina que supone la introducción en nuestro sistema del modelo del precedente, aunque si bien de una forma mucho más débil⁵⁵. En sus sentencias el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando una decisión se aleja de lo dispuesto en otra dictada en un caso igual, el Juez deberá justificar tal fallo, ya que de otro modo se lesionaría el principio de igualdad ante la Ley contenido en el artículo 14 de la Constitución. Se suele sostener que fue la STC 8/1881 de 30 de marzo de 1981, de la que fue ponente TOMAS y VALIENTE, la precursora de esta doctrina. En su fundamento jurídico 6.º se afirmaba que «en la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las

52. Vid. DE LUCAS, J., y E. VIDAL, «Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales», en *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 18 y ss.

53. Vid. LALAGUNA DOMINGUEZ, *Introducción al Derecho civil español*, Valencia, Nomos, 1990, pp. 245 y ss.

54. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 139.

55. OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución»⁵⁶. Conviene, sin embargo, matizar que en esta doctrina no han faltado vacilaciones y matizaciones. Así, por ejemplo, nuestro máximo Tribunal en Sentencia 58/1986, de 13 de junio, ha manifestado que el principio de igualdad es «predominantemente formal», ya que lo que él mismo exige no es que la Ley se interprete siempre en el mismo sentido, sino que la diferencia entre las resoluciones esté justificada «en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal», sin que el propio Tribunal pueda entrar a valorar estas razones.

En definitiva, todo ello viene a demostrar que nuestro ordenamiento ha sido sensible a la crisis del formalismo jurídico y que los principios que sostienen la plenitud de la ley a ultranza ya no pueden ser sostenidos. Podemos advertir que la función que desempeñan los jueces no es meramente mecánica y lógico-deductiva; por el contrario, la jurisprudencia actúa realmente como fuente del Derecho a pesar de ciertas reticencias en admitirlo. Como ha afirmado PECES-BARBA:

«... todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un ordenamiento jurídico. Esta afirmación supone que antes de la sentencia no existe en el ordenamiento un mandato establecido por la misma, es decir, que una sentencia es una norma singular que desarrolla y prolonga el ordenamiento jurídico que no está sólo formado por normas generales»⁵⁷.

Pero reconocer que el Juez goza de un amplio margen de libertad y que realmente crea Derecho no implica atribuirle un poder desvinculado de todo límite. Es cierto que en el caso de la jurisprudencia constitucional los márgenes resultan realmente amplios, pero no parece correcto mantener que en el resto de las decisiones jurisdiccionales los órganos judiciales no deban atenerse a ciertos presupuestos. Siguiendo a OLLERO, «el Juez no puede ser un ciudadano con el privilegio de convertir en ley sus opiniones personales»⁵⁸. En este sentido debemos distinguir dos conceptos distintos: discrecionalidad y arbitrariedad⁵⁹. La actividad del Juez, y aun reconociéndole un cierto margen de discrecionalidad, no es absolutamente arbitraria porque se halla sometida a ciertos límites, entre los que podemos destacar el propio Derecho y las reglas de su interpretación. Como señala

56. En el mismo sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1984, de 21 de mayo, sostiene que: «... la igualdad consagrada en el artículo 14 obliga a que un mismo órgano judicial no pueda modificar el sentido de sus resoluciones sin ofrecer una fundamentación suficiente y razonable...».

57. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983, núm. 6, p. 20.

58. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 140.

59. Vid. en este sentido GARCIA PASCUAL, C., «La función del Juez en la creación y protección de los derechos humanos», en BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 213, 222.

L. PRIETO, «la jurisprudencia se ajusta, por regla general, a las orientaciones legales (...); junto al Derecho objetivo toda una cultura jurídica hace previsible la mayor parte de las decisiones judiciales»⁶⁰. También BOBBIO se referirá a «l'obbligo di decidere in conformità di regole poste precedentemente»⁶¹.

Así, al comparar la actividad legislativa con la jurisdiccional se observa que en la primera se argumenta a partir de los fines que se persiguen, se pretende un determinado fin y para ello se crea la norma⁶². Sin embargo, en el caso de la actividad jurisdiccional el argumento no es el mismo. Se parte de unas determinadas premisas, de modo que el Juez no se nos presenta absolutamente libre. Como he señalado, la primera de ellas sería la sumisión a la norma. Aunque ya se ha criticado la concepción que sitúa al Juez como intérprete mudo de la Ley, lo bien cierto es que no puede desvincularse totalmente de ella. En segundo lugar, el Juez deberá apoyarse en lo que podríamos denominar reglas de aplicación, dentro de las cuales podríamos incluir:

a) Las reglas de interpretación que establece el artículo 3.1 del Código civil. Este precepto dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Pues bien, un Juez no puede desvincularse absolutamente de este mandato. De cualquier modo, también es cierto, como recuerdan J. DE LUCAS y E. VIDAL⁶³, que la alusión a la «realidad social» puede asimismo interpretarse como un argumento en favor de la atribución de facultades creadoras al órgano jurisdiccional.

También en esta línea ha sostenido OLLERO⁶⁴ que cuando una norma concreta atribuya al Juez un amplio margen de libertad éste deberá entenderse sometido al control de la equidad a la que hace referencia el artículo 3.2 del Código civil. La equidad que deberá ponderar el Juez deberá entenderse como «sensibilidad a las particularidades del caso», como justicia del caso concreto. Ello implicaría, en opinión de este autor, un manejo lo más racional posible de todos los instrumentos extralegales a los que el Juez ha de recurrir para obtener una solución jurídica adecuada.

60. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 109.

61. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 120.

62. Seguimos en este punto a DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., pp. 289-290.

63. DE LUCAS, J., y E. VIDAL, «Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales», en *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 18 y ss.

64. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 141-142.

b) En segundo lugar, el Juez deberá entenderse vinculado por aquellos precedentes o jurisprudencia que el ordenamiento jurídico entienda vinculante. En este sentido, y de acuerdo con DE OTTO⁶⁵, podríamos señalar:

1. Principio de seguridad jurídica. El Juez no debe disponer de tanta libertad que haga totalmente imprevisible el contenido de la resolución judicial.
2. Principio de igualdad. Este principio, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, determina la imposibilidad de que, sin ningún tipo de justificación, un Juez resuelva casos iguales en distinto sentido. El no respeto de este principio en la práctica supondría la no igualdad de todos ante la Ley.
3. Principio de unidad del Derecho. La libertad del Juez no debe permitir que el Derecho sea aplicado de un modo diferente en las distintas demarcaciones judiciales.

De este modo y con respecto a nuestro país, podemos concluir que el juez *de facto* crea Derecho. Estos actos normativos, incluso en determinadas circunstancias pueden llegar a estar revestidos de las notas que tradicionalmente han caracterizado a las fuentes formales del Derecho, la generalidad y la permanencia. Hoy la aplicación del Derecho no puede concebirse tan sólo como la intervención del Juez o funcionario para trasladar la ley al supuesto concreto o al conflicto. El Juez actúa en campos en los que antes sólo intervenían los legisladores.

Pero lo que «de hecho» es incontestable no halla en estos momentos respuesta legal adecuada en nuestros textos vigentes. Anacrónicamente el Código civil alude a una jurisprudencia que «complementa» el ordenamiento jurídico concebido como algo ajeno y distinto a ésta. La reforma del 74 demostró hasta qué punto el peso de una tradición teórica puede imponerse a una realidad innegable. Por ello, quizá no sea aventurado plantear la necesidad de adecuar la regulación legal, y especialmente las normas contenidas en el título preliminar del Código civil, a la reciente evolución jurídica de nuestro sistema, eliminando así uno de los obstáculos que podrían frenarla.

65. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

2. VALORES JURIDICOS

El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser

Por JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Comenzaré anticipando sintéticamente el contenido del tema que voy a examinar. Versa, como indica el título, sobre los principios jurídicos, los *principios generales del Derecho*, según la terminología con que los acoge nuestra legislación. Concretamente, versa sobre el problema de su fundamento de validez o, más precisamente, de vigencia o existencia como verdaderos elementos del Derecho¹. En otras palabras, examinaremos el problema de qué criterio o criterios nos permiten decidir sobre la pertenencia de un principio a un orden jurídico determinado.

Se han aportado respuestas muy diversas a esa cuestión. Aquí procuraremos no ya reconstruir rigurosamente la evolución histórica del pensamiento jurídico en relación a nuestro tema, sino únicamente sistematizar de forma esquemática las principales actitudes doctrinales.

Como veremos, básicamente pueden reconducirse a dos: la del iusnaturalismo, que sitúa el fundamento de la pertenencia de los principios al orden jurídico en su intrínseca justicia o moralidad, de tal manera que cualquier principio de justicia, por el solo hecho de serlo, formaría parte automáticamente del Derecho vigente; y la del positivismo jurídico, que sitúa el fundamento de pertenencia en el hecho de que los principios hayan sido establecidos o introducidos en el Derecho, explícita o implícitamente, por el legislador.

Entre ambas actitudes se abre un amplio abanico de posturas intermedias, resultado muchas de ellas, especialmente las más recientes, del pun-

1. La noción de validez no parece aplicable con propiedad a los principios. En puridad, sólo sería aplicable a aquellas normas cuya pertenencia a un determinado sistema normativo dependiera de lo dispuesto en alguna regla superior del sistema. Sobre el tema es especialmente instructivo el artículo de J. DELGADO PINTO, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, vol. 7, 1990, pp. 101-167.

to de vista que desde hace ya algunos años intentan adoptar diversos autores colocándose más allá de la que actualmente parece estéril disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

Entre quienes adoptan esta perspectiva, dos autores merecen especial estudio. Me refiero a J. ESSER y R. DWORKIN, cuyas obras seguramente constituyan las aportaciones más importantes al tema de los principios jurídicos, al menos en la segunda mitad de nuestro siglo. Además de por eso, es interesante confrontar con alguna atención las respuestas que ofrecen a nuestro problema porque, contra lo que tiende a suponerse, no son equivalentes, sino sustancialmente distintas. Curiosamente, cada una de ellas parece no poder eludir terminar precipitándose, o bien en la Escila del iusnaturalismo, o bien en la Caribdis del iuspositivismo, sin acertar ninguna a encontrar el ansiado paso intermedio del ingenioso Odiseo.

En cualquier caso, creemos que sería posible aproximarse más a esa vía media y, en general, a una respuesta más satisfactoria al problema planteado introduciendo ciertas correcciones en la doctrina de DWORKIN, tarea esta que simplemente apuntaremos y con la que finalizaremos nuestra exposición.

Antes de abordar el tema propuesto, la determinación de los criterios de pertenencia de los principios al orden jurídico, parece conveniente aludir a otras cuestiones, como la de la naturaleza de esos mismos principios y su función; cuestiones estas que, además de ser lógicamente previas, pueden condicionar la respuesta al problema que nos interesa por estar estrechamente relacionadas con él. Por lo demás, una breve incursión en los dos grandes temas mencionados (el de la naturaleza y función de los principios) nos permitirá disponer de un marco de referencia adecuado para evitar la excesiva abstracción que supondría hablar sobre el fundamento del vigor jurídico o de la pertenencia al Derecho de algo de lo que no se dice ni qué es ni para qué sirve.

En cuanto al tema de la naturaleza de los principios, la cuestión recurrente de mayor relieve es la de si poseen o no carácter normativo. Ciertos autores, entre los que cabría mencionar a BETTI, SPIROPOULOS o CARNELUTTI, han negado más o menos rotundamente no sólo que los principios sean equiparables a las reglas, sino incluso que tengan sentido normativo alguno. En esta línea, los principios del Derecho han sido concebidos como construcciones doctrinales generales, como ideales de política legislativa, como presupuestos remotos o fines de las normas o intereses por ellas tutelados, como ideas jurídicas de validez universal, intuiciones generales del Derecho positivo, proposiciones lógicas, etc.².

2. Cfr. N. BOBBIO, «Principi generali di diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966, pp. 889-890, que atribuye alguna de estas tesis a BETTI, MAFFEZZONI y SPIROPOULOS; V. CRISAFULLI, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», en *Riv. Int. di F.º del Diritto*, vol. 21, 1941, pp. 168-175, se las atribuye a CARNELUTTI, CAMMEO, CHECCHINI, RASSELLI y PERASSI.

Todos estos puntos de vista adolecen de cierta unilateralidad, posiblemente por haberse construido a partir de la contemplación de únicamente alguna o algunas clases de principios de entre las muchas existentes. Cuando se evita ese peligro y se contemplan los principios en su globalidad, resulta difícil negarles toda dimensión normativa; sobre todo si se advierte cómo en la práctica jurídica los jueces los aplican para resolver litigios. Quiere esto decir que funcionan como las normas en cuanto que guían, en ciertos casos, las decisiones judiciales. De hecho, siempre ha prevalecido entre los estudiosos la opinión de que los principios son, si no propiamente normas o, mejor, reglas en sentido estricto, sí al menos «orientaciones» o «directrices» de carácter general y fundamental.

¿Qué los diferencia de las reglas en cuanto a su naturaleza? A juicio de R. DWORKIN, que recientemente ha tratado de precisar la distinción (distinción que, por cierto, ya había sido insistentemente apuntada por muchos otros autores anteriores)³, principios y reglas tienen diferente naturaleza lógica. Las reglas, a diferencia de los principios, operan del modo «todo o nada»; es decir, siempre que concurren las condiciones previstas para su aplicación, la respuesta o consecuencia jurídica programada en la regla se sigue casi automáticamente; si, por el contrario, tales condiciones no se presentan, la regla no se aplica en absoluto. Los principios, por su parte, se limitan a apuntar hacia una solución, que puede verse matizada o excluida si entra en conflicto con la apuntada por otro principio o establecida por una regla. Lo anterior implica que los principios tienen una dimensión «de peso» o importancia relativa de la que carecen las normas; de modo que cuando concurren a la solución de un caso varios principios discrepantes, el juez debe sopesarlos y apoyarse en los más relevantes, desechando los otros, que no por eso dejarán de ser principios vigentes del Derecho. Eso no ocurre con las normas. Ellas no tienen tal dimensión de peso; de manera que si dos o más se contradicen sólo una acabará siendo válida, quedando la otra u otras, antes o después, derogadas⁴.

La caracterización de los principios jurídicos no puede ser completa si no se explican además sus funciones y los criterios de su pertenencia al orden jurídico (de ahí que afirmáramos antes que las tres cuestiones aludidas estaban estrechamente relacionadas).

La doctrina atribuye a los principios jurídicos, en su calidad de pilares básicos del edificio del Derecho, una serie de funciones altamente rele-

3. N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 889, observa en este sentido que es común entre los juristas la opinión de que los principios generales del Derecho no son normas, sino entidades cualitativamente distintas.

4. Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 (cito por la traducción de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 74-80). Sobre el tema de la distinción entre reglas y principios, y especialmente sobre el punto de vista de R. DWORKIN sintetizado en el texto, vid. R. ALEXI, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, pp. 59-87; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 25, 1985; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, vol. 5, 1989, pp. 139-151; F. PUIGPELAT MARTI, «Principios y normas», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 6, 1990, pp. 231-247.

vantes, lo cual deja fuera de toda duda su ineludible necesidad para el buen funcionamiento del orden jurídico y pone de relieve, por otra parte, la inadecuación de las teorías que los conciben como elementos ajenos a este mismo orden. La mayoría de los autores asigna a los principios tres grandes funciones: la integradora, la interpretativa y la programática o directiva. La primera consiste en propiciar o disciplinar la resolución de aquellas controversias no encuadrables en ninguna de las normas jurídicas válidas. Serían éstos los que se han dado en llamar «casos difíciles», es decir, casos no previstos por el Derecho formulado explícitamente; y fue precisamente la necesidad de resolverlos lo que determinó la inclusión en los códigos de la referencia a los principios. Con ellos se trata, pues, en terminología más tradicional, de colmar las lagunas del Derecho.

La función interpretativa consiste en orientar la explicación o correcta comprensión de las normas cuyo sentido resulta más o menos oscuro (o más o menos insatisfactorio); y la función directiva, también llamada informadora, consistiría en apuntar el rumbo que habrá de seguir el orden jurídico en su desarrollo. Esta última función correspondería prioritariamente, aunque no sólo, a un tipo específico de principios: los llamados principios constitucionales, valores superiores o directivas programáticas, que vinculan especialmente a los legisladores inspirando y orientando su obra.

Algunos autores mencionan otras funciones adicionales, entre las que merece especial consideración la que podríamos denominar función unificadora. En efecto, se dice, los principios, en la medida en que conforman un universo básicamente coherente de valores y objetivos, dotarían a la masa ingente de las normas jurídicas de una cierta unidad material o sustancial, es decir, de una cierta sistematicidad por virtud del contenido, que serviría de complemento a la sistematicidad formal propiciada por las reglas que establecen las fuentes del Derecho. Esa unidad permitiría en sede dogmática (y en otras sedes) organizar el material normativo presentándolo como una totalidad coherente, con un sentido y unos propósitos bien definidos⁵.

Tras esta referencia, sin duda esquemática y sólo aproximativa a la naturaleza y función de los principios del Derecho, podemos ya internarnos en el difícil problema de la determinación de los criterios de su pertenencia al orden jurídico. Se trata de conocer, en otras palabras, cuándo puede tenerse la seguridad de que un cierto principio es Derecho vigente o, lo que es lo mismo, cuál es la fuente del vigor jurídico de los principios.

5. Entre los autores que admiten esta función unificadora o sistematizadora de los principios cabe mencionar a R. GUASTINI, «Sui principi del diritto», en *Soggetto e principi generali del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 83; A. TOZZI, «I principi generali del diritto e il positivismo giuridico», en *Riv. Int. di F. del Diritto*, vol. 34, 1957, p. 760; F. SORRENTINO, «Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 90; G. MARINI, «Principi generali del diritto nel sistema politico», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 112; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Cívitas, 1984, p. 39: «... sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y en perpetuo "fieri" agregado de normas, el Derecho administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni consecuentemente como ciencia, sería posible».

La tesis que prevaleció como respuesta a esta cuestión antes de que en el siglo XIX llegara a imponerse el positivismo jurídico fue la de que los principios tenían la fuente de su vigor en el Derecho natural. Es decir, pertenecerían al orden jurídico por constituir Derecho natural condensado, por constituir preceptos jurídicos de validez objetiva y universal y carácter perenne. Esta sería, por ejemplo, la opinión del mallorquín RAMÓN LLULL (o RAIMUNDO LULIO), que pasa por ser el primer autor en cuya obra se habla expresamente de principios jurídicos⁶. El reduce los *principia iuris* o *principia generalia scientiae iuris*, como también los denomina, a los siguientes grandes preceptos: se debe amar a Dios, vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo, y afirma que todos los derechos particulares deben ser reconducidos a los tres principios universales, de tal manera que no los contradigan, del mismo modo que el particular no puede contradecir a su universal.

Como digo, la concepción iusnaturalista de los principios comenzó a declinar a lo largo del siglo XIX a medida que iba cediendo el propio iusnaturalismo en favor de una nueva concepción sobre el Derecho: la positivista. Curiosamente, el tránsito de la concepción iusnaturalista de los principios a la concepción iuspositivista se ve reflejado incluso legislativamente en las sucesivas menciones que de los principios hacen los códigos civiles europeos en el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, el código civil austriaco de 1811, elaborado en un ambiente todavía favorable al iusnaturalismo (baste decir que sus redactores fueron profesores de Derecho natural) resolvía el problema de las lagunas del Derecho mediante el recurso a los *natürliche Rechtsgrundsätze* (principios jurídicos naturales). Un recurso semejante, aunque finalmente descartado por «excesivamente filosófico», se había propuesto ya en el Proyecto del Título Preliminar del Código de Napoleón, que se remitía, a falta de ley precisa, a la ley natural. Sin embargo, ya se advierte un giro notable en el Código civil de los Estados sardos (el llamado Código civil albertino de 1837) y el Código civil italiano de 1865, los cuales, aunque influidos por el austriaco, utilizan una fórmula distinta que después sería adoptada por nuestro propio Código civil y por muchos Códigos iberoamerica-

6. Así lo afirman, entre otros, A. MONTSERRAT QUINTANA, *La visión luliana del mundo del Derecho*, Palma de Mallorca, 1987, pp. 180 y ss.; F. CERRILLO Y QUILEZ, «Principios de Derecho», en *Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Barcelona, 1967, p. 3111; R. PIÑA HOMS, *Alfonso el Sabio y Ramón Llull. Su concepción de la justicia y del orden social*, Palma de Mallorca, 1984, pp. 68-69; S. T. AZUA REYES, *Los principios generales del Derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 4. Naturalmente, aunque la expresión *principia iuris* tenga su origen en la obra luliana (cfr. entre otros lugares, pues la utiliza repetidamente, *Ars de Iure*, II, B, 3n. 437, 18 ub, 17), la noción a que alude era ya conocida, o al menos claramente intuida, desde mucho tiempo atrás. E. PATTARO, «Alle origini della nozione 'principi generali del diritto'», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., pp. 25-65, sitúa el origen del concepto que nos ocupa en los principios aristotélicos de la ciencia. De ahí lo habría tomado la ciencia jurídica romana para formular definiciones que después adquirirían sentido normativo (Labeon habría sido el primero en usar la noción de *regulae iuris* en este sentido).

nos; hablan concretamente de «principios generales del Derecho»⁷. Es una fórmula ambigua, pues aunque conserva cierta resonancia iusnaturalista, ya evita aludir expresamente a los principios del Derecho natural y admite todo tipo de interpretaciones. No ocurre lo mismo con la mención que de los principios hace el proyecto de Código civil italiano de 1936, que habla de «principios generales del Derecho vigente». Como se ve, aquí parece expresamente negada la posibilidad de que los principios jurídicos mencionados en el Código pudieran ser los del Derecho natural⁸. Finalmente, por si aún cabía alguna duda sobre el tipo de fundamento o fuente que el legislador italiano quería otorgar a los principios, el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil de 1942, todavía vigente, utiliza la fórmula inequívoca y algo redundante de «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». Queda así consagrada legislativamente la concepción positivista de los principios según la cual el fundamento de la vigencia de los mismos radica en el hecho de haber sido puestos y establecidos, bien explícitamente o bien de manera implícita, por el legislador.

En realidad, esa no es la única concepción positivista sobre los criterios de vigencia o pertenencia al Derecho de los principios. El positivismo jurídico, que como se sabe no es una corriente de pensamiento unitaria, ha mantenido al menos dos puntos de vista claramente diferenciados. Ambos tienen en común, sin embargo, que son fuertemente restrictivos en cuanto comparten una cierta reticencia o recelo respecto a a estos elementos del Derecho, los principios, que procedentes de la doctrina iusnaturalista parecen amenazar con introducir subrepticamente en el Derecho positivo

7. En realidad el Código de 1837 hablaba de «*principi generali del diritto*», mientras que el de 1865 lo hacía de «*principi generali di diritto*». M. JORI, «I principi nel diritto italiano», en *Sociologia del Diritto*, vol. X/2, 1983, p. 11, cree descubrir en ese cambio de redacción casi imperceptible la intención del legislador de excluir cualquier pretensión de universalidad y carácter natural de los principios, más allá del concreto orden jurídico positivo.

8. Vid. las protestas de G. DEL VECCHIO, «Riforma del Codice civile e principi generali di diritto», en *Riv. Int. di F. del Diritto*, vol. 17, 1937, pp. 53-58, contra la nueva fórmula que, en su opinión si se interpretara como equivalente a la de «principios generales del Derecho positivo» impediría en todos los casos, y también en los no previstos por la ley, «adoptar un criterio más alto y más justo, deduciéndolo de las razones intrínsecas del Derecho, tal como las siente la conciencia social de nuestro tiempo». Más adelante se consuela advirtiendo que la expresión «Derecho vigente» podría interpretarse latamente de modo tal que incluyese las normas «idealmente vigentes» en cuanto fundadas en la naturaleza, aunque no establecidas expresamente por el legislador. Esta interpretación, concluye DEL VECCHIO, haría coincidir la nueva fórmula con la antigua. Quizá alertado por las «maquinaciones interpretativas» del ilustre iusfilósofo, el legislador italiano introdujo poco después otra fórmula inmune a interpretaciones de ese tipo.

9. Así lo reconoce, por ejemplo, M. JORI, «I principi nel diritto italiano», *op. cit.*, p. 10: el positivismo jurídico «es indudablemente poco favorable a los principios». Ya F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 453, había apuntado, en una línea semejante, que al decaer el prestigio del iusnaturalismo individualista decayó también el prestigio de los principios generales del Derecho. «El predominio del positivismo jurídico vendrá a unir en igual condena el Derecho natural y toda regla no legislada». Sin embargo, J. IGARTUA SALAVERRIA, «Sobre "principios" y "positivismo legalista"», en *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 14, 1986, pp. 30 y ss., parece considerar un tópico infundado el «tan aireado recelo de los positivistas ante los principios».

elementos normativos ajenos al mismo y ajenos, por tanto, a la voluntad del poder político⁹.

La primera de estas dos concepciones positivistas podría adscribirse al positivismo jurídico de corte anglosajón, a la llamada Jurisprudencia analítica, y se caracterizaría por negar a los principios carácter de verdadero Derecho. Los principios, desde este punto de vista, no pertenecen al ordenamiento jurídico, sino que están situados más allá de las fronteras del mismo. Con todo, se les reconoce una influencia nada despreciable en la vida jurídica, en primer lugar porque los legisladores, a la hora de desarrollar el Derecho, pueden servirse de ellos como de «materia prima» o puntos de referencia orientadores, y en segundo lugar, porque los jueces, a la hora de colmar las lagunas del Derecho, suelen hacerlo orientando sus decisiones a partir de principios. Ahora bien, tanto los legisladores como los jueces cuando operan de ese modo apoyados en principios actúan dentro de su competencia discrecional. Es decir, los principios no les vinculan, no les obligan. Les ofrecen unos puntos de referencia normativa que ellos suelen aceptar pero que no están obligados a hacerlo. No lo están porque los principios, repito una vez más, no formarían parte del Derecho vigente, sino de otras esferas normativas como la moral social, por ejemplo, ajenas al Derecho y en relación a las cuales el Derecho es independiente.

Precisamente a este punto de vista se va a enfrentar, como veremos más adelante, R. DWORKIN, profesor de origen norteamericano, actualmente catedrático de Jurisprudencia en Oxford y cuya obra, que, por cierto, ha provocado un enorme revuelo de fervientes adhesiones y feroces críticas, ha sido considerada con razón como la contribución más valiosa a la Teoría del Derecho en los últimos años¹⁰.

La segunda concepción positivista en relación a nuestro tema es la que vendría a defender el llamado positivismo legalista o continental. A diferencia de la primera, esta concepción no niega a los principios carácter de verdadero Derecho. Ciertamente, para cualquier autor adscrito al positivismo legalista sería inadmisibile negar la pertenencia de los principios al orden jurídico, habida cuenta de que aparecen expresamente reconocidos como fuentes del Derecho en códigos, constituciones y estatutos de Derecho internacional. Así pues, la segunda concepción positivista reconoce la pertenencia de los principios al Derecho, pero intenta reconducirlos a la categoría de preceptos jurídico-positivos, implícitos en las leyes y demás

10. M. PORRAS DEL CORRAL, *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1989, da cuenta en el primer capítulo de su libro de algunos de los juicios más significativos que ha merecido la obra del pensador norteamericano.

normas jurídicas e inducibles única y exclusivamente de ellas. En otras palabras, se consideran pertenecientes al orden jurídico vigente aquellos principios que puedan identificarse como tales a partir del propio Derecho positivo expreso, sin necesidad de recurrir a instancias normativas ajenas al mismo, tales como el Derecho natural, la moral social o las convicciones políticas dominantes.

Sentado lo anterior, restaba precisar qué procedimiento concreto podía considerarse idóneo para identificar a partir exclusivamente de un cierto Derecho positivo los principios jurídicos en él vigentes. Como ya hemos apuntado, el procedimiento que se propone a estos efectos es el de la abstracción lógica o inducción generalizante a partir de las normas jurídicas válidas en las que los principios estarían latentes o implícitos¹¹.

Resulta claro, entonces, que para la corriente de pensamiento a que nos referimos los principios jurídicos vendrían a constituir una especie de resumen del Derecho positivo a través de directivas generales. Siendo así, es comprensible que en algún momento (especialmente en Italia) se llegara a intentar una completa codificación de los principios, es decir, una enumeración legislativa formal y solemne de los mismos¹². Por desgracia para quienes se empeñaron en esa tarea, su esfuerzo nunca se vio recompensado con el éxito.

Al igual que, según anticipamos, a la primera concepción positivista sobre los principios se enfrentaría R. DWORKIN, podemos también anticipar que a ésta segunda se enfrentará J. ESSER, aunque, como intentaremos demostrar, su doctrina, al menos en lo que se refiere al tema que nos ocupa, no logra salir de la órbita del positivismo jurídico. Para ser más precisos, parece terminar acercándose de algún modo a la primera concepción positivista o, mejor, a una posición que parece combinar elementos de las dos concepciones positivistas sobre los principios

11. Ya la Escuela de la Exégesis confiaba en poder resolver todos los casos no previstos por el conjunto de las normas jurídicas explícitamente formuladas recurriendo a la capacidad nomogénica del propio ordenamiento (solución autointegradora por inducción). Cfr. F. TODESCAN, «A proposito dei principi generali del diritto nel sistema politico», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 121. Entre los muchos autores que defienden la tesis a que nos referimos cabría citar a SCIALOJA, GROPALLI, CARNELUTTI, COVIELLO, FADDA, BENZA, CLEMENTE DE DIEGO, etc. Hay otros que, aun manteniéndose en esta misma corriente positivista, proponen procedimientos diferentes para la identificación de los principios vigentes, como, por ejemplo, el de la deducción a partir de los principios expresamente enunciados por el legislador (DEGNI) o el de la reconstrucción histórica (CHECCHINI).

12. Cfr. V. CRISAFULLI, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», *op. cit.*, p. 46, donde afirma querer contribuir con su artículo al fervor, entonces creciente (1941), de esos esfuerzos codificadores. En España aboga por la codificación de los principios, entre otros, F. PUIG PEÑA, «Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1956, vol. 40, p. 1050.

aquí mencionadas (concepciones que, dicho sea de paso, no son incompatibles)¹³.

Como es sabido, el pensamiento de J. ESSER sobre los principios jurídicos se expresa, con minuciosidad germánica, en un libro publicado en 1956 que lleva por título *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*¹⁴. Se trata de una obra amplia, muy densa y también algo embrollada, que tuvo un eco notable al menos en la doctrina europea continental. Hasta el punto de que algunos comentaristas, como FIKENTSCHER o ZACCARIA, la han elevado a la categoría de *Epomachendes Buch*¹⁵ («libro que hace época»). La respuesta que en él se ofrece a la cuestión del fundamento del vigor jurídico de los principios o de la pertenencia de un principio a un orden jurídico determinado difiere notablemente, como podremos comprobar, de la que alrededor de dos décadas más tarde adoptará R. DWOR-KIN, último gran tratadista de la problemática que nos ocupa y cuyo pensamiento sobre el tema tiende, a pesar de todo, a ser identificado con el de

13. Hay que advertir, en todo caso, que ya en la primera mitad de nuestro siglo algunos autores, principalmente italianos y españoles, habían criticado agudamente la concepción positivista de los principios jurídicos. Muchos de sus puntos de vista coinciden sorprendentemente con los que después veremos desarrollados por J. ESSER y R. DWOR-KIN. Cabe recordar, entre los más destacados, a G. DEL VECCHIO, «Sui principi generali del diritto», en *Archivio Giuridico*, vol. LXXXV, 1921, fasc. I, pp. 39-90 (hay trad. de J. OSSORIO MORALES, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, 3.ª ed.), que concibe los principios como aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho identificables por la razón humana investigando en sí misma y no incongruentes con las normas del Derecho positivo; a S. ROMANO en sus muchas veces reeditados *Corso di diritto internazionale* y *Corso di diritto costituzionale*, y A. LEVI, *Istituzioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1934, pp. 163 y ss., para quienes los principios jurídicos no pueden abstraerse del conjunto de las normas jurídicas positivas, sino de las actitudes, finalidad y estructura esencial de las instituciones del Derecho, consideradas en sí mismas y al margen de las normas concretas que las articulan jurídicamente; lo cual es tanto como colocar el fundamento de la vigencia de los principios no únicamente en el propio Derecho, sino además en la vida social en que las instituciones están enraizadas y encuentran su sentido y propósito. En cuanto a los españoles, destaca D. DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 320-325; *Las normas jurídicas y la función judicial*, Madrid, Reus, 1917, pp. 77 y ss., que sitúa el fundamento del vigor jurídico de los principios en la moral social o en las valoraciones políticas. En efecto, convencido de que el Derecho no puede autoalimentarse, como pretendía cierto tipo de positivismo, sino que ha de participar de las orientaciones y estímulos de todas las esferas sociales, reconoce vigencia jurídica a los principios que resulten de los imperativos de la conciencia social y admite, cuando examina las razones que determinarían dicha vigencia, que los principios «pueden imponerse por su misma evidencia». Cabe citar también, entre otros, a F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 460 y ss., que concibe los principios jurídicos como el Derecho natural asumido por cada comunidad o grupo social y no cristalizado en reglas. Vendrían a ser, pues, a su juicio, las convicciones jurídicas de cada pueblo; o a J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1975 (11 ed.), t. I, vol. I, p. 473, que conecta a los principios (al menos a muchos de ellos) con la ideología política dominante en cada grupo social.

14. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1956 (hay trad. de E. VALENTI FIOLE, Barcelona, Bosch, 1961). Si hemos de creer a F. DE CASTRO, nota crítica al libro de J. ESSER antes citado, que titula «Fuentes del Derecho e interpretación jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 242, hasta la segunda guerra mundial el problema de los principios generales del Derecho sólo fue abordado cuidadosamente por las doctrinas española e italiana.

15. Cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 94 (n.). Como recuerda el propio ZACCARIA (p. 74), el «monumental libro» de ESSER, que él considera un clásico de la literatura jurídica, fue muy altamente valorado por la doctrina. F. WIEACKER, por ejemplo, lo calificó de «genial y extraordinario», y P. SCHWERDTNER como «el más importante fenómeno de la postguerra en la literatura jurídica».

ESSER¹⁶. Seguramente, la identificación se debe al hecho, ya antes apuntado, de que ambos autores, al mismo tiempo que expresamente afirman distanciarse de las concepciones iusnaturalistas, presentan sus doctrinas como sendas críticas al positivismo jurídico. Sin embargo, como ya sabemos, no se dirigen contra la misma versión de la concepción positivista. La de DWORKIN se enfrenta a la versión del positivismo jurídico anglosajón o Jurisprudencia analítica, y más concretamente a la doctrina de H. HART, que representa un positivismo jurídico ya muy evolucionado y matizado, mientras que la de J. ESSER hace objeto de su crítica a la versión del positivismo legalista continental, que representa una postura algo más primitiva o rígida. Eso explica que, tras su crítica, acabe ESSER colocado en una actitud que, a mi juicio, no es incompatible con la positivista de HART.

Pero entremos ya sin más preámbulos a examinar la doctrina del profesor alemán. ESSER, que se considera autor realista en cuanto pretende dar cuenta fielmente de la práctica jurídica real, no podía aceptar la concepción artificiosa en su simplicidad que del Derecho ofrecía el positivismo legalista¹⁷. Una concepción que proclamaba la autosuficiencia de las leyes y demás reglas válidas de Derecho para resolver todos los conflictos jurídicos sin necesidad de recurrir a valoraciones político-morales externas al propio sistema, consagrando así en realidad el monopolio del Estado sobre las fuentes del Derecho. Esa concepción cerrada del orden jurídico reflejaría mal, a juicio de ESSER, la vida real del Derecho moderno, enfrentado a la necesidad de resolver problemas ético-jurídicos mediante el uso de principios valorativos; principios en los que, por cierto, se fundamenta un número cada vez mayor de sentencias judiciales. Tales principios no tendrían su origen en el propio sistema jurídico positivo como pretendería cierta táctica positivista que ESSER califica de «miope»¹⁸, sino en el orden o escala de valores ético-políticos de cada época, en las energías configuradoras de la conciencia social, en la naturaleza y finalidad de las instituciones, en la lógica de las cosas, en el sentido común, en las necesidades sociales y económicas que contribuyen a determinar las tareas que el orden jurídico debe realizar en cada caso, etc. En definitiva, los principios jurídicos enraizarían o se hallarían implícitos en el ambiente social valorativo que envuelve al Derecho. La pregunta que surge de inmediato es la de si podría reconocérseles carácter jurídico, habida cuenta de que son efectivamente aplicados por los jueces para resolver litigios. Si la respuesta fuera

16. Cfr., por ejemplo, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, op. cit., p. 80, que halla «singulares analogías» por virtud de sus respectivas concepciones sobre los principios entre las doctrinas de ESSER y DWORKIN.

17. Tiende a ser aceptado por los estudiosos del tema el carácter antipositivista de la obra de ESSER. Así, por ejemplo, J. A. GARCIA AMADO, «Derecho y racionalidad. La teoría del Derecho de J. Esser», en *Colección de Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Doctor Don José Pérez Montero*, Oviedo, 1988, p. 549, que considera el libro de ESSER antes citado como «un decisivo ataque al positivismo legalista». Más rotundo, y a mi juicio menos preciso, es G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza...*, op. cit., p. 73, al considerar «radicalmente antipositivista» el edificio teórico de ESSER.

18. Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, op. cit., p. 13.

afirmativa, se estaría reconociendo al mismo tiempo que no existe una frontera clara entre el Derecho y los otros elementos normativos de la vida social, fundamentalmente el orden normativo moral; y tal es la idea anti-positivista por excelencia. Pues bien, ESSER resuelve la cuestión negando que esos principios o postulados éticos que tan decisivo papel representan en la vida del Derecho tengan *per se*, gracias a la evidencia de su buen sentido o a la pertinencia de su contenido, verdadero vigor jurídico y sean en consecuencia directamente aplicables por sí mismos a la resolución de conflictos¹⁹. Sólo podrían adquirir auténtico carácter o vigor jurídico, es decir, sólo gozarían de vigencia indiscutible como Derecho positivo cuando recibieran el espaldarazo o sanción formal de alguna instancia autorizada para crear Derecho, bien fuera ésta el legislador al plasmarlos en sus leyes o la sociedad en general al reflejarlos en la costumbre, o especialmente los jueces y tribunales al asentarlos en los precedentes judiciales²⁰.

Así las cosas, los principios que operan en la vida del Derecho podrían clasificarse en dos grandes categorías: la de aquéllos que indiscutiblemente constituyen Derecho positivo por estar incorporados expresa o implícitamente en el sistema jurídico, y la de aquéllos otros (prepositivos) que, aunque potencialmente son tan utilizables como los primeros para resolver conflictos, no han sido dotados todavía de autoridad formal de Derecho y deambulan extramuros del sistema jurídico esperando cristalizar en la sentencia de algún juez obligado a realizar valoraciones ético-políticas para resolver nuevos problemas jurídicos. Tal como presenta ESSER su concepción y contra lo que a primera vista pudiera parecer, esta segunda clase de principios tiende a prevalecer sobre la primera e, incluso, sobre la ley. Efectivamente, cuando la judicatura comprueba que las necesidades de la vida jurídica no se satisfacen adecuadamente mediante las leyes y los principios ya vigentes (que por el hecho mismo de estar expresamente formulados corren el peligro de esclerotizarse, impidiendo el remozamiento de las instituciones), se ve obligada a extraer otros nuevos del magma social de valores que envuelve al Derecho positivo. Se trata de una labor ardua, porque el juez ha de comprobar la coherencia del nuevo principio con el todo social valorativo; ha de formularlo, dotándolo así de su *vera efigie*; ha de fijar su alcance y jerarquía; ha de desarrollarlo y moldearlo adaptándolo a las necesidades cambiantes a través de sucesivos precedentes; etc.²¹.

Si añadimos a lo anterior que esos principios, mientras todavía sean elementos externos al ordenamiento, no vinculan jurídicamente al juez, advertiremos que ESSER los concibe como productos de la discrecionalidad judicial, es decir, como manifestaciones claras de la creación judicial de Derecho. Los principios nacerían, pues, en cuanto elementos del orden

19. *Ibid.*, p. 340. En otro lugar (p. 154) afirma que «declarar que incluso los principios no reconocidos son ya parte del sistema "existente" es un gesto supersticioso comparable al altar erigido *Deo ignoto*».

20. *Ibid.*, pp. 169-170.

21. *Ibid.*, pp. 190, 354.

jurídico, de la práctica judicial de resolución de conflictos, y a través de ella penetrarían en el Derecho²². Dicha práctica, expresada en precedentes vinculantes, sería el verdadero fundamento de la autoridad jurídica, esto es, de la vigencia de los principios del Derecho. Dicho en palabras del propio ESSER, «el precedente no es sólo el medio a través del cual se hace visible un principio hasta ahora mal comprendido. No, el principio no existiría sin el precedente»²³. Lo que aquí afirma implícita pero indudablemente es que verdadera fuente del Derecho son más bien los precedentes judiciales que los principios, puesto que al penetrar en el ineludible terreno de la valoración social y política (o sea, metajurídica) el juez no cuenta, se dice, con la asistencia de técnica alguna y queda convertido en árbitro²⁴. Se atribuye, por tanto, a los jueces cierta capacidad para crear Derecho, puesto que se deja en sus manos un amplio poder de control sobre la comunicación entre el orden jurídico y el orden social de valores ético-políticos. El propio ESSER plantea la objeción de si realmente puede considerarse a los jueces competentes para asumir esa función; porque parece claro que, al menos en el sistema europeo continental, no se reconoce a los jueces autoridad jurídica para producir Derecho nuevo. Lo que les autoriza es, en opinión de ESSER, el hecho de que legitimen su creación apoyándose en principios fundados objetivamente que ellos habrían «descubierto»²⁵. Ahora bien, sabemos que esos principios no poseen autoridad jurídica *per se*. Si tampoco los jueces la poseen, ¿cómo es entonces que el juez aplicando principios que no forman parte del Derecho positivo (puesto que está creando Derecho) pueda aparecer automáticamente investido de esa autoridad? Dicho de otro modo, ESSER afirma, por una parte, que los principios no valen *per se*, sino por haber sido incorporados en algún precedente judicial; y, sin embargo, sostiene, por otra, que los precedentes no obligan por su propia autoridad formal, sino por los principios que contienen²⁶. Este es un claro argumento circular tendente a ocultar el hecho de que se está atribuyendo a los jueces una facultad que no les compete: la de crear Derecho.

De todo lo anterior puede deducirse que si bien nuestro autor advierte la importancia de los principios en la vida jurídica, no parece capaz de

22. *Ibid.*, pp. 316, 325, 340, 342, 363, 441. Reconoce también ESSER que la doctrina contribuye a dotar de forma jurídica (que no de vida) a esos principios, extrayéndolos de la casuística judicial y estructurándolos sistemáticamente. De hecho, los principios vendrían a ser para él sistematizaciones de la casuística judicial (p. 348).

23. *Ibid.*, p. 361.

24. *Ibid.*, pp. 159-160. En otro lugar (p. 172) se afirma expresamente que los principios no son fuentes del Derecho en el sentido de verdades existentes en potencia que deben ser descubiertas o valoradas fuera de lo que ha recibido una realización institucional. Las verdaderas fuentes del Derecho serían el poder legislativo y la jurisprudencia, puesto que no se limitan a operar con materiales dotados de autoridad. Son ellos lo que acogiendo y conformando ciertos materiales les otorgan autoridad jurídica.

25. *Ibid.*, p. 12 (las comillas son de ESSER). Cfr. también p. 365. En las pp. 175-176 se declara abiertamente que los principios no son en sí mismos fuentes de Derecho. Son los elementos que convierten en fuentes, por el hecho de orientarlos, a los actos judiciales creadores de Derecho.

26. *Ibid.*, pp. 349-350.

hallarles el lugar específico que les corresponde en el sistema de fuentes del Derecho y termina así devaluándolos en alguna medida. En el fondo, sólo los considera expresión de las convicciones o de las voliciones que manifiestan los jueces en su labor de resolución de problemas jurídicos concretos. Voliciones ciertamente no arbitrarias, sino dependientes de su comprensión de los fines del ordenamiento y de las necesidades del tráfico jurídico²⁷. Si ESSER otorga, aunque sólo aparentemente, tanta importancia a los principios generales del Derecho es porque cree necesario apelar a ellos para que resulte admisible la creación judicial de Derecho bajo la apariencia de no ser tal creación, sino aplicación de ciertos elementos de indiscutible raigambre jurídica. Pero, como ya sabemos, los principios, según la opinión de ESSER, no valen por sí mismos y en consecuencia no son vinculantes para los jueces ni tienen vigor jurídico alguno mientras los propios jueces no los hayan adoptado; de manera que su uso no puede considerarse coherentemente una aplicación o hallazgo de Derecho, sino una creación o invención del mismo²⁸. En suma, ESSER concibe de un modo puramente instrumental los principios generales del Derecho. Le sirven para dar cobertura a su verdadero ideal: un Derecho de juristas, un Derecho en el que el factor decisivo no sean las reglas ni los principios, sino la voluntad de los jueces, auxiliados por la doctrina, de resolver los litigios apoyados en sus propias convicciones valorativas rectamente orientadas, y en su consciencia de los objetivos ordenadores del sistema jurídico (de sus normas e instituciones) y de las necesidades del tráfico.

En todo caso, la concepción del orden jurídico que se desprende del pensamiento de ESSER²⁹ se ajusta sin demasiadas dificultades a cierta con-

27. De ahí que descalifique (*ibid.*, p. 2) como mito basado en el platonismo que impregna la teoría jurídica la idea de que exista tras el Derecho positivo un cuerpo de principios jurídicos. En otro lugar (p. 9) afirma que los principios son «invenciones» de los jueces.

28. *Ibid.*, pp. 105-106, donde se reconoce que los jueces crean Derecho cuando aplican un principio (no lo descubren).

29. La interpretación que hemos presentado hasta ahora de la concepción de ESSER sobre los principios se basa en su obra principal sobre el tema: *Principio y norma...*, op. cit. Es necesario recordar, sin embargo, que el pensamiento de nuestro autor se reformula en obras posteriores en sintonía con la hermenéutica existencial. Concretamente, en su libro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum V., 1970, se manifiesta claramente la nueva actitud. Cabe preguntarse si en esta obra aparece alterada la concepción sobre los principios jurídicos correspondiente a su libro principal y que hemos sintetizado en el texto. En realidad, la obra por la que ahora nos preguntamos no se dedica al tema específico de los principios jurídicos, aunque su autor alude a ellos lo bastante frecuentemente como para poner en evidencia que su pensamiento de fondo no ha variado sustancialmente en el punto que nos interesa. Ciertamente, algunas de sus ideas se presentan más matizadas. En ocasiones parece insinuar, por ejemplo, que los jueces al introducir principios o valoraciones se mantienen dentro del sentido del Derecho y por lo tanto no lo estarían creando, sino aplicando. Cfr., por ejemplo, pp. 191 y 212. Sin embargo, junto a concesiones de ese tipo pueden encontrarse también afirmaciones que reproducen la concepción expuesta en *Principio y norma...* Así, por ejemplo, aunque admite que el Derecho se apoya en el orden social de valores, insiste en que sólo sobre la base del orden de valores no se pueden adoptar decisiones jurídicas positivas (p. 166). Afirma también que cuando los jueces se apoyan en principios prepositivos y especialmente morales lo que están haciendo es salir fuera del Derecho positivo para perfeccionarlo (pp. 183-184). En definitiva, parece seguir apoyando la autoridad de los principios en las competencias que corresponden a los jueces (p. 188).

cepción positivista³⁰. Según esa concepción, que, como digo, sería común a nuestro autor y a una cierta versión del positivismo jurídico, el Derecho estaría integrado por un conjunto de normas y principios positivos perfectamente identificables. Como no podrían ofrecer respuesta adecuada para todos los casos, sería necesario hacer uso de otras instancias normativas, básicamente la moral social, cuyos elementos, sin embargo, no serían jurídicamente vinculantes ni formarían parte del Derecho de no mediar un acto formal de adopción por parte de los jueces al plasmarlos en sus sentencias. Quedaría así descartada toda posible conexión necesaria directa entre el Derecho y la moral, puesto que se colocan fuera del sistema jurídico los principios que, de no haber sido desterrados de la órbita del ordenamiento, probarían la existencia de un *continuum* entre el Derecho y esas otras esferas normativas de la vida social.

Podemos, en fin, afirmar que si bien la tesis de ESSER sobre los principios supuso una dura crítica al positivismo legalista, corriente que negaba la existencia de lagunas en el Derecho considerándolo completo en sí mismo y excluía, congruentemente con lo anterior, la discrecionalidad judicial, es perfectamente conciliable con la concepción de H. HART, principal representante de una versión más refinada del positivismo jurídico a la que aludimos más atrás. HART, siguiendo la tradición del positivismo jurídico anglosajón, ya clara en la obra de J. AUSTIN, que en esto se aparta del positivismo legalista continental, no tiene inconveniente alguno en reconocer la discrecionalidad o capacidad de crear Derecho de que gozan los jueces cuando el conjunto de las normas jurídicas válidas no ofrece una respuesta clara para el caso ante ellos planteado. Esto último ocurriría, en su opinión, con bastante frecuencia, debido a que las reglas, por su generalidad, adolecen de una consustancial indeterminación o «textura abierta», en tanto que son incapaces de prever una respuesta particularizada para cada uno de los infinitos casos problemáticos que la vida real futura se encarga de urdir. Cuando el juez se enfrenta a uno de tales casos dudosos en los que el Derecho positivo calla, o al menos balbucea, ha de traspasar las fronteras de lo jurídico y crear Derecho para el caso. No significa eso que goce automáticamente de una soberana prerrogativa de elección y pueda, prescindiendo incluso de la «fuerza gravitacional» del Derecho, resolver la cuestión según sus preferencias personales o al azar. Tendrá que hacer uso de valores, convicciones e intereses sociales, propósitos u objetivos políticos, principios de moralidad y justicia o cualesquiera otros elementos que pudieran considerarse «buenas razones» para una decisión. En cualquier caso, todas esas pautas, que encajarían perfectamente en lo que HART denomina «fuentes jurídicas permisivas», no vincularían jurídica-

30. Ya F. DE CASTRO, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, op. cit., p. 255, considera la concepción de ESSER como una vuelta al positivismo, calificándola de «positivismo judicialista» (p. 240) y de «neopositivismo jurisprudencialista» (p. 255). Y ello porque excluye del Derecho a la moral y al Derecho natural, dimensiones normativas cuya aplicación no considera obligatoria sino discrecional para los jueces.

mente al juez a decidir conforme a ellas; entre otras cosas porque no podrían eximirle de hacer uso de su discrecionalidad, puesto que se vería obligado a elegir, según su criterio de lo que es mejor, entre las numerosas pautas, a veces contradictorias, hipotéticamente aplicables³¹. No es necesario insistir en la compatibilidad, salvando todas las distancias, de esta actitud doctrinal con la de ESSER antes sintetizada. Por esa razón muchas de las críticas que dirige DWORKIN contra la doctrina de HART son, en gran medida, aplicables a la de ESSER.

La principal crítica de DWORKIN contra las tesis del positivismo hartiano es la que se enfrenta al reconocimiento de la discrecionalidad judicial. Es decir, se enfrenta a la creencia de que los jueces, para decidir los llamados «casos difíciles», los casos no previstos por el Derecho, gozan, a semejanza de los legisladores, de una cierta discrecionalidad o competencia para crear Derecho. DWORKIN, en una de sus distinciones más afortunadas, diferencia dos tipos de discrecionalidad o dos sentidos en que esta expresión puede usarse. A veces se hablaría de discrecionalidad en un sentido débil o impropio, expresando la idea de que las normas que alguien debe emplear no pueden aplicarse de forma mecánica o automática, sino que le obligan a hacer uso, en mayor o menor medida, de sus propias facultades de apreciación o discernimiento. Sería el tipo de discrecionalidad que tendría un sargento, por poner el mismo ejemplo de DWORKIN, al que cierto teniente le hubiera ordenado formar una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. No gozaría de libertad de elección, porque estaría obligado a seleccionar a quienes en mayor grado poseyeran la cualidad mencionada. Pero presumiblemente no siempre será fácil descubrir quiénes son los cinco soldados más experimentados, de manera que si el sargento quiere cumplir escrupulosamente la orden tendrá que hacer uso de su juicio y reflexionar sobre qué implica tener experiencia en el oficio de las armas, extrayendo de esa reflexión los criterios dignos de tenerse en cuenta para poder determinar que unos soldados tienen más experiencia que otros. En este sentido débil o impropio, nadie puede dudar de que los jueces gozan de una amplia discrecionalidad a la hora de aplicar el Derecho. Lo que DWORKIN niega es que gocen de discrecionalidad en sentido fuerte o estricto. Gozaría de tal discrecionalidad, que es la auténtica, quien no está vinculado por pauta alguna a la hora de adoptar una decisión. Retomando el ejemplo anterior, el sargento tendría discrecionalidad si se le hubiera ordenado simplemente que seleccionara un puñado de hombres para formar una patrulla. En tal caso, sería libre para decidir los criterios que habrían de guiar su elección. En el ámbito del Derecho, los jueces gozarían de discrecionalidad fuerte o auténtica si ante un determinado con-

31. Cfr. H. L. A. HART, «Problems of the Philosophy of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 106-107; «Introduction» a los *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., p. 7. Sobre las «fuentes jurídicas permisivas» cfr. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 246-247 (hay trad. de G. R. CARRIO, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 312).

flicto jurídico no previsto por el Derecho explícitamente formulado pudieran adoptar decisiones que, aunque no fueran completamente arbitrarias y caprichosas, sino sensatas y justificadas de algún modo, no dependieran de pautas jurídicamente obligatorias³².

Como hemos anticipado, DWORKIN niega rotundamente que los jueces dispongan de esa discrecionalidad fuerte, lo cual es tanto como negar que tengan competencia para crear Derecho *ex novo*. Las principales razones que esgrime son las siguientes: cada vez que un juez decidiera un caso discrecionalmente legislaría *ex post facto*, es decir, de forma retroactiva, conculcando el derecho de los litigantes a que se les aplique el Derecho existente (el mismo que se aplica a los otros ciudadanos) y no uno improvisado o creado *ad hoc*. En efecto, cuando un juez decide discrecionalmente, «la parte perdedora resultaría castigada no por haber incumplido algún deber que ya tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho»³³, lo cual parece injusto. Por otra parte, decidiendo discrecionalmente, los jueces estarían invadiendo la prerrogativa de crear Derecho, prerrogativa o función que en una sociedad democrática debe quedar reservada para los hombres y mujeres elegidos a esos efectos por la mayoría de la población y responsables ante ella; es decir, para los legisladores y no para los jueces. Finalmente, si se examina el lenguaje de los jueces se advertirá que siempre presentan sus decisiones en los casos difíciles como emanadas del Derecho convenientemente escudriñado y no como invenciones de su ingenio salomónico ni, mucho menos, como productos de su libre arbitrio o deseos y preferencias subjetivas. Podrá argüirse que tal lenguaje tiene mucho de mera retórica³⁴, pero lo que se descalifica aquí como mera retórica es en realidad la expresión de una idea sin la cual los procesos judiciales y, en general, la vida jurídica difícilmente podrían justificarse ante los ojos de los ciudadanos: la idea, exigida por la propia naturaleza de lo jurídico, de que existe una auténtica obligación de los jueces de fundar siempre sus decisiones en el Derecho, aunque muchas veces ello no sea posible sin hacer uso de lo que antes denominamos discrecionalidad débil o impropia.

La negativa de DWORKIN a reconocer a los jueces discrecionalidad fuerte o auténtica sería vana si ante el caso difícil el Derecho realmente enmudeciera por completo; porque dado que el juez está obligado a resolverlo a pesar de todo en la mayor parte de los órdenes jurídicos vigentes, no tendría otro remedio que proceder discrecionalmente, por muy injusto, antidemocrático y hasta antijurídico que ello fuera. Pero ocurre que el Derecho nunca deja de ser elocuente cuando se plantean conflictos jurídicos aunque sean difíciles. En estos últimos casos, simplemente cambia de tono y donde las reglas jurídicas no alcanzan operan, según DWORKIN, otras voces más sutiles: las de los principios.

32. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 84 y ss.

33. *Ibid.*, p. 150.

34. Cfr. H. L. A. HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en «Sistema», vol. 36, 1980, p. 10.

Pocos dudan de la presencia de multitud de principios subyacentes a las normas e instituciones de cualquier orden jurídico. Como dice DWOR- KIN, los profesores de Derecho los enseñan, los textos jurídicos los citan, los historiadores del Derecho los celebran y los jueces hacen uso de ellos, entre otras cosas, para resolver los casos difíciles³⁵. Ciertamente, si, como ha quedado afirmado, los jueces carecen de discrecionalidad fuerte o auténtica, los casos difíciles, los casos no previstos explícitamente por el ordenamiento sólo podrán resolverse conforme a Derecho a partir de los principios jurídicos, principios que en consecuencia no constituirán pautas que el juez sea libre de aplicar o no aplicar, sino pautas jurídicamente obligatorias. DWOR- KIN se esfuerza en recalcar esta tesis aportando argumentos adicionales que, a decir verdad, a veces parecen más ingeniosos que convincentes. Comienza afirmando que en la naturaleza de los principios no hay nada que los incapacite para obligar a los jueces³⁶. La existencia de esa obligación se constata al evidenciar que los litigantes creen, con razón, tener derecho a que los principios jurídicos vigentes se apliquen a sus casos en cuanto son elementos constitutivos del orden jurídico, de modo que si el juez no los aplica a pesar de su pertinencia, los litigantes y sus abogados le criticarán por haber cometido un error. Más adelante sostiene DWOR- KIN que si no se reconociera la obligatoriedad de los principios tampoco podrían considerarse obligatorias las normas. En efecto, la experiencia enseña que, en ocasiones, los jueces rehusan aplicar ciertas reglas sustituyéndolas por determinados principios. También ocurre frecuentemente que los jueces, sin llegar a anularlas, alteran ciertas reglas al interpretarlas a partir de un proceso argumentativo basado en principios. De estos hechos cabe ofrecer dos interpretaciones distintas: o bien se considera que los principios son obligatorios y determinan cuándo pueden los jueces anular o alterar una regla de Derecho vigente, o bien se interpreta que los principios no son obligatorios; de modo que si a pesar de todo prevalecen sobre las reglas anulándolas o alterando su interpretación, será porque las reglas tampoco obligan jurídicamente a los jueces. Naturalmente, la segunda interpretación es inadmisibles; luego, si se quiere evitar, habrá de reconocerse carácter jurídicamente vinculante a los principios.

También se ocupa nuestro autor de refutar algunas posibles objeciones que pudieran lanzarse contra esa tesis. Podría argumentarse, por ejemplo, y de hecho se ha argumentado frecuentemente, que los principios no pueden considerarse estrictamente obligatorios porque no proporcionan por sí solos un resultado único a cada litigio y porque su autoridad y peso es discutible. Es cierto que los principios por su propia naturaleza, replica DWOR- KIN, no operan de igual modo que las normas: no imponen de manera casi mecánica un cierto resultado siempre que concurren determinadas circunstancias, sino que se limitan a orientar la decisión en algún sen-

35. Cfr. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 80.

36. *Ibid.*, pp. 88 y ss.

tido, «aunque no en forma concluyente». Eso obligará al juez a sopesar y evaluar los diversos principios aplicables a cada caso y, en general, a ejercer ampliamente su propio discernimiento, lo cual no significa, como ya explicamos antes, que sea libre para decidir a voluntad: está obligado a seguir la línea trazada por los principios pertinentes debidamente confrontados y sopesados. Obligación que no puede considerarse disuelta por el mero hecho de que algún otro juez, tras realizar las mismas operaciones, pudiera acceder a decisiones distintas.

Una vez sentado que los jueces carecen de verdadera discrecionalidad y que los principios jurídicos les vinculan, resta determinar cuáles son en concreto tales principios. Es el problema de los criterios de pertenencia de los principios al Derecho, tema central de este trabajo. DWORKIN viene a sostener que la vigencia de los principios no se basa ni en la ley ni en los precedentes judiciales, «sino en un cierto sentido de conveniencia u oportunidad que se desarrolla con el tiempo»³⁷. De forma más explícita, afirma en otro lugar que los principios se consideran observables porque contienen «una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»³⁸. ¿Quiere esto decir que cualquier principio moral valdría automáticamente como Derecho? La respuesta afirmativa supondría, como es obvio, una completa fusión entre Derecho y moral; pero no es esa la tesis de DWORKIN. El añade otro requisito que modifica las cosas notablemente: ningún principio, por muy alto que sea su valor moral, puede considerarse vigente en un determinado orden jurídico si no es coherente con dicho orden jurídico. Para poder afirmar que un principio determinado forma parte de un cierto orden jurídico será necesario hallarle, en palabras de DWORKIN, algún «apoyo institucional» o, lo que es lo mismo, habría que hallar sentencias judiciales en que el principio hubiera sido citado, leyes que lo ejemplificaran, etc. Cuanto más grande fuera su presencia o apoyo institucional, «tanto más peso podríamos reclamar para el principio»³⁹. En otro lugar expresa nuestro autor más claramente su tesis proponiendo lo que, a su juicio, sería el modelo o manera ideal para la determinación de los principios provistos de verdadero vigor jurídico. Se requeriría previamente proceder a la identificación de todo el entramado de instituciones jurídicas y normas válidas del Derecho de que se trate. Logrado lo anterior, habría que preguntarse qué sistema de principios y en qué orden de preferencia sería necesario traer a colación para explicar y justificar del mejor modo posible

37. *Ibid.*, pp. 94-95.

38. *Ibid.*, p. 72. Todavía en *Law's Empire*, Cambridge (Mas.)-London, Harvard Univ. Press, 1986 (citamos por la trad. de C. FERRARI, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 93) afirma que «los principios pueden ser parte del Derecho... sólo porque son atractivos desde el punto de vista moral».

39. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 95. En otros lugares de su obra, DWORKIN parece hacer depender el peso relativo del principio no tanto de su mayor o menor coherencia con las prácticas jurídicas existentes, sino de su mayor o menor capacidad para justificarlas, presentándolas «en su mejor luz» (o lo que sería casi equivalente, lo hace depender de su jerarquía en el esquema de principios capaz de ofrecer esa justificación).

la existencia de todo ese material de Derecho positivo antes identificado. Cada uno de los elementos pertenecientes a dicha estructura de principios podría considerarse indudablemente un principio vigente del Derecho⁴⁰. DWORKIN reconoce que llevar a cabo satisfactoriamente este procedimiento de identificación de principios exigiría de los jueces un esfuerzo y una capacidad verdaderamente sobrehumanos, hercúleos, que difícilmente poseerán de hecho. Pero este inconveniente no debe inducirnos a excluir dicho procedimiento. Nada impide que constituya una especie de idea regulativa. Algo difícilmente alcanzable pero capaz de justificar la práctica real de los jueces que se oriente hacia ella.

Conviene ahora profundizar en el tipo de justificación que los principios deben ofrecer del resto del material jurídico-positivo para que puedan considerarse principios vigentes del Derecho. Según la opinión de DWORKIN, no podría ser, por ejemplo, una justificación o explicación de tipo histórico o sociológico que respondiera a la pregunta por los motivos o intereses sanos o malsanos de quienes lo crearon, sino que habría de ser una justificación o fundamentación de tipo moral, capaz de mostrar el material jurídico positivo como una construcción coherente basada en «las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad»⁴¹. Parece lógico, en efecto, que haya de ser una justificación moral, porque todo orden jurídico constituye en esencia un entramado de derechos y deberes de los miembros de una comunidad política y algo así sólo puede justificarse mediante razones de carácter moral⁴². De hecho, el orden jurídico no es un sistema normativo completamente autónomo, sino un subsistema del político-moral que le da sentido.

En definitiva, DWORKIN combina dos criterios distintos para determinar la vigencia de los principios: el criterio de la coherencia, según el cual no podrían considerarse principios jurídicos aquellos que no sobrepasaran ni siquiera el umbral mínimo de adecuación al Derecho explícitamente formulado, y el criterio, complementario del anterior, de la justificación, según el cual sólo serían principios jurídicos aquellos que además de adecuarse al Derecho explícito fueran capaces de «presentarlo en su mejor luz», es decir, de ofrecerle el enfoque moral más esclarecido o convincente. Puede pensarse que el primero de estos criterios se asemeja al propuesto por el positivismo legalista, aunque el positivismo legalista no exigía sólo cierta adecuación entre cada principio y el Derecho explícitamente formulado, sino que cada principio pudiera inferirse inductivamente del

40. *Ibid.*, p. 128: «Un principio es un principio de Derecho si figura en la teoría del Derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión».

41. *Ibid.*, p. 129.

42. En opinión de DWORKIN, los derechos, sean del tipo que sean, son siempre «criaturas de la moralidad». Cfr. «A Reply by Ronald Dworkin», en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, p. 256.

Derecho explícito. Naturalmente, la coincidencia queda definitivamente disuelta cuando se añade el segundo criterio, por cuya virtud la identificación de los principios vigentes y su «peso» o autoridad respectiva depende de argumentos morales. Remite, en fin, a otra esfera normativa, la de la moral, que queda así conectada estrechamente con la del Derecho. Es más, DWORKIN afirma expresamente que «todos los principios de moralidad política que tienen vigencia en la comunidad en cuestión, por lo menos son principios jurídicos»⁴³. Y, a la inversa, añade que todos los principios jurídicos «son siempre principios morales por su forma»⁴⁴, lo cual no significa que sean siempre buenos o correctos, sino simplemente que sirven de base para decidir quién tiene derechos y quién tiene deberes. Como se ve, los principios funcionarían en el pensamiento de DWORKIN como portillos libremente abiertos en las murallas tan trabajosamente levantadas por el positivismo jurídico entre la moral y el Derecho. Aún más: puede afirmarse que, en último término, en el pensamiento de DWORKIN el Derecho viene a disolverse casi completamente en la moral social y política, en cuanto los principios, que como sabemos vienen a condensar la moralidad apta para justificar la práctica jurídica (la moral en la que se inspira la historia institucional: la moralidad política), se configuran como las auténticas fuentes del Derecho. Literalmente afirma nuestro autor en su última obra que «las proposiciones de Derecho son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad»⁴⁵. O en otro lugar, que «nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas»⁴⁶. Según se desprende de estas afirmaciones, de claro sabor iusnaturalista, parece que DWORKIN acaba considerando que una norma es válida si y sólo si se ajusta a la moralidad que inspira la vida jurídica. Naturalmente, el Derecho queda así configurado como algo que nada se parece a un sistema cerrado de reglas y que difiere también de un sistema de reglas abierto a la penetración de principios que las complementen. «No hay nada a lo que se pueda llamar "el Derecho" en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica»⁴⁷, dice textualmente el propio DWORKIN. Es, en definitiva, la moralidad política lo que en última instancia determina qué derechos y deberes tienen los ciudadanos. Se

43. Cfr. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 470. En la p. 468 había sostenido que «el problema de si un determinado principio cuenta (en la decisión de lo que es el Derecho)... incluye un juicio sobre la bondad del principio en la moralidad política».

44. *Ibid.*, p. 469.

45. Cfr. R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 164.

46. *Ibid.*, pp. 177-178.

47. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 470. En *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 289-290, se afirma que el Derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios porque es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Una actitud que otorga a cada ciudadano la responsabilidad de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad y qué requieren en circunstancias nuevas.

lograría así, según cree nuestro autor, el objetivo de progresar hacia un futuro mejor sin dejar de respetar el pasado.

Así como afirmamos que el tratamiento que daba ESSER a los principios implicaba una cierta devaluación de los mismos, puede, por el contrario, sostenerse que DWORKIN les otorga una estimación tan alta que prácticamente acaba viendo en ellos el verdadero Derecho. Este extremo tampoco nos parece satisfactorio, entre otras cosas porque olvida que los principios, por muy importante que sea su función en la vida del Derecho, son siempre elementos que operan en los intersticios que deja abiertos inevitablemente la insuficiencia connatural a las reglas jurídicas y su necesidad de interpretación. Algo que opera sólo intersticialmente, algo en gran medida dependiente de otros elementos jurídicos, no puede constituir el criterio básico de determinación del Derecho. Así lo pone en evidencia la práctica jurídica real, en la cual la referencia primera de jueces, abogados y ciudadanos son siempre las reglas válidas. Sólo cuando su interpretación suscita dudas o cuando se constata su insuficiencia para resolver ciertos problemas se hace preciso volver la vista hacia los principios. Este modo de operar resulta mejor descrito mediante el modelo, expresamente rechazado por DWORKIN, del sistema de reglas y principios. Modelo que, por lo demás, no es menos atractivo desde el punto de vista de «lo que debería ser» que el algo solipsista adoptado por aquél; porque, entre otras cosas, permite alcanzar amplios grados de acuerdo en la comprensión de lo que exige el Derecho en cada caso, puesto que al menos sobre las reglas no hay gran dificultad en determinar cuáles son válidas. Esta amplia posibilidad de acuerdo es, sin duda, un bien valioso. Sin ella difícilmente podría aspirarse a uno de los valores jurídicos básicos: el de la seguridad. Por su parte, el modelo propuesto por DWORKIN, en el que probablemente cada sujeto y también cada juez llegaría en muchos casos a resultados distintos a la hora de identificar las exigencias del Derecho, convierte al orden jurídico en un laberinto de desencuentros⁴⁸.

Por lo demás, si se reconduce el papel de los principios a sus justos cauces, creemos que la doctrina de DWORKIN es, en general, acertada. Acierta al negar la discrecionalidad judicial en sentido estricto⁴⁹; acierta al insistir en el carácter jurídicamente vinculante de los principios, y acierta al ofrecer un método plausible para identificar los principios vigentes. Un método que sin prescindir ilusamente de la realidad positiva del Derecho

48. Cfr. G. POSTEMA, «"Protestant" Interpretation and Social Practices», en *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, p. 301, que considera la propuesta de DWORKIN, calificada por su mismo autor de «protestante», porque permite la libre búsqueda individual de la verdad jurídica, como insuficientemente intersubjetiva o interactiva y por eso insuficientemente política.

49. Como bien apunta F. DE CASTRO, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, op. cit., p. 251, la idea de la discrecionalidad judicial en sentido estricto ha repugnado a la conciencia jurídica ya incluso en épocas en las que los jueces gozaban de más amplios márgenes de libertad de acción que en la nuestra. Así, por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política de corregidores*, cap. X, libro II, esp. par. 9 ss. y 18, tacha de inicuos, perjuros y tiranos a los jueces que no juzgan por las leyes sino por su albedrío.

pone en contacto al orden jurídico con la moral social y política. Se pone así de manifiesto la comunicación existente entre ambos órdenes normativos. Una comunicación que ha de considerarse no contingente sino necesaria, pues viene exigida por la propia naturaleza de los principios, en cuanto procedentes de aquella zona situada más allá del Derecho positivo explícito en la que se encuentran sus propósitos y sentido; sentido y propósitos que, inevitablemente, participarán de los valores, convicciones y objetivos de la vida social o sistema social del que el Derecho es un subsistema. En suma, los principios jurídicos, aunque plasmados en las normas e instituciones jurídico-positivas y coherentes con ellas, tienen su raíz (y su desarrollo) en el ámbito de las valoraciones ético-políticas; es decir, son partículas del ambiente moral de cada sociedad. Por esa razón, cuando el operador jurídico hace uso de ellos, el Derecho se «autointegra» y se «heterointegra» al mismo tiempo. Se autointegra porque aplica elementos implícitos en el Derecho positivo, y se heterointegra porque la correcta aplicación de tales elementos presentes en germen en el Derecho no sería posible sin indagar su auténtico sentido, cosa que exige reconstruir el conjunto del que forman parte: el conjunto de valoraciones ético-políticas imperantes en la sociedad de que se trate.

Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos?

Por JOSÉ MARÍA ROSALES

Málaga

La historia reciente de la ciudadanía describe la transformación estructural de la sociedad civil a raíz del surgimiento de nuevos actores colectivos y, por ende, de nuevas formas de intermediación política. La delimitación originaria de la sociedad civil liberal en el ámbito de las relaciones privadas, frente a la esfera de poder confinada al Estado, ha ido debilitándose progresivamente en favor de una cierta imbricación entre las agencias corporativas de la sociedad postindustrial y las instancias reguladoras del Estado social, definidas en la actualidad ambas esferas por la articulación de una serie de procesos de reajuste. Así, mientras la dinámica expansiva del Estado social se ha traducido en una poderosa intervención regulativa en las distintas transacciones sociales, económicas y políticas de la sociedad, la creciente estatalización o corporatización (GINER) de ésta ha motivado una reasignación de funciones en el seno de la sociedad civil que reproduce en menor escala la dinámica de producción y asignación de bienes y servicios.

La sociedad civil, escribe SALVADOR GINER, comprende «aquella esfera históricamente constituida de derechos individuales, libertades y asociaciones voluntarias, cuya autonomía y competición mutua en la persecución de sus intereses e intenciones privados quedan garantizadas por una institución pública, llamada estado, la cual se abstiene de intervenir políticamente en la vida interna de dicho ámbito de actividades humanas»¹. En el universo institucional liberal el ámbito del Estado se circunscribe al cometido de garante, no regulador, de las actividades generadas en la sociedad civil. La ampliación de los derechos políticos hacia consideraciones de carácter económico y social había provocado, sin embargo, en la transi-

1. SALVADOR GINER, «Avatares de la sociedad civil», en *Idem, Ensayos civiles*, Barcelona, Península, 1987, p. 56.

ción al Estado social de Derecho la asignación al Estado de la función promotora del bienestar social. De esta forma, sobre la estructura original de la sociedad civil, configurada, también en expresión de SALVADOR GINER, por las dimensiones de individualismo, privacidad, mercado, pluralismo y diferenciación clasista², la burocratización administrativa en la gestión de los poderes públicos, junto a los fenómenos de corporatización y mediación tecnológica en la producción y difusión del conocimiento, han generado una serie de procesos de desgaste o erosión de la «red de autonomías» que constituye la sociedad civil³ y que vienen, en definitiva, a coincidir con el momento presente de reestructuración institucional en su seno.

Como recuerda OFFE⁴, la agenda política de las democracias occidentales en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial había estado configurada desde la atención primordial a las cuestiones del desarrollo y la consolidación económicos, definidos en el marco de estabilidad social que proveía la mediación del Estado del bienestar. Se había generado, en efecto, un amplio consenso social en torno a la estrategia institucional para la gestión de los problemas que planteaba el proceso de reconstrucción económica y, de igual modo, se había aceptado la intervención estatal en sectores anteriormente integrados en la sociedad civil. Sin embargo, a raíz de la pronta recuperación económica, las líneas directrices del Estado social fueron paulatinamente traducidas en clave de economía liberal, esto es, con otros términos, la preocupación por el desarrollo fue subsumida por el fomento del consumo. Pero esta suerte de mixtura socioeconómica entre elementos de la economía del bienestar y los procesos del mercado capitalista, que esbozaba los rasgos de un Estado social-liberal, precisaba de una permanente confirmación de legitimidad política.

Así, no era de extrañar que los agentes políticos dominantes fueran organizaciones de intereses y partidos políticos «altamente institucionalizados» (OFFE), hasta el punto de que los circuitos de participación política se encontraban administrados, o mejor, monopolizados, por dicho tipo de agencias autorizadas. En cualquier caso, la amortiguación del conflicto generaría, no obstante, una notable reducción de las vías del pluralismo social, así como una estandarización de los problemas abordados en la agenda política.

La cultura cívica que caracterizó este período potenciaba no tanto los valores de la solidaridad o la cooperación cívica, que respondían a los presupuestos originarios del Estado social, como los valores del individualismo y la privacidad liberales, en consonancia con la dinamización capitalista de la política económica. Pero si bien la adopción plena del libre mer-

2. *Ibidem*, pp. 56-62.

3. *Ibidem*, pp. 63-68.

4. CLAUS OFFE, «Challenging the boundaries of institutional politics: social movements since the 1960s», en Charles S. Maier (ed.), *Changing boundaries of the political: Essays on the evolving balance between the state and society, public and private in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 66-68.

cado vino como consecuencia del colapso gestor de la administración estatal tras la concentración de atribuciones en virtud de una fuerte política fiscal redistributiva y el consiguiente reconocimiento de la inviable continuidad de las medidas de carácter social que legitimaron en su inicio las bases del consenso, el mantenimiento de la política institucional, por su parte, no respondía sino a una estratégica tergiversación de los argumentos de la estabilidad política, que difícilmente podía justificar la tenue vinculación social del elitismo democrático.

En este sentido, la quiebra de legitimidad de lo que OFFE ha llamado el «viejo paradigma» significaba la puesta en cuestión desde la propia sociedad civil de los mecanismos institucionales de la democracia representativa —hecho éste que propició la apertura de un intenso debate social nucleado en torno a la construcción de posibles salidas a la crisis y que marca de modo inconfundible la transición hacia el «nuevo paradigma», avanzado por la reacción de la ciudadanía—⁵. La propuesta de alternativas trajo consigo la entrada en liza de problemáticas como el pacifismo, la ecología, las reivindicaciones feministas y de nivelación de derechos o el reconocimiento legal de minorías, por destacar los más representativos, incorporados en la discusión pública por una pluralidad de movimientos no institucionales aglutinados desde la propuesta de una ampliación de los límites de la democracia liberal.

La articulación de los nuevos movimientos sociales significaba, por ello mismo, una apuesta cívica plural para redefinir los términos y los criterios de un nuevo diálogo social no restringido a la representación política canalizada a través del sistema de partidos. Pero dicha opción provocaba una dilemática tensión normativa en la lógica procedimental de la democracia liberal, pues si bien los déficits de legitimidad del modelo competitivo de partidos ya no lograban ser cubiertos por los recursos institucionales, el reconocimiento de las demandas esgrimidas por los nuevos movimientos sociales constituía un fuerte desmentido a los argumentos de la política vigente y, por ende, una quiebra definitiva de legitimidad del modelo demoliberal. La solución más prudente aconsejaba una incorporación de las demandas al debate institucional a cambio de salvaguardar la estructura representativa que mediaba entre la sociedad civil y el Estado. Sin embargo, los términos de esta tercera vía de síntesis iban a verse progresivamente suplantados e imbricados con estrategias de defensa corporativa de intereses organizados, un factor decisivo que determinará la complejidad y la estructuración de lo que ELIAS DIAZ ha llamado el «nuevo contrato social», en referencia al macrodiálogo social en las sociedades democráticas actuales desarrollado por los distintos pactos sectoriales que coordinan de forma multidireccional los grupos corporativos, las organizaciones políticas y sindicales, los poderes fácticos tradicionales y los nuevos movimientos sociales⁶.

5. *Ibidem*, pp. 68 ss.

6. ELIAS DIAZ, *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Madrid, C.E.C., 1990, pp. 102-127.

Semejante transformación cuantitativa y cualitativa del marco de decisión de la política evidenciaba la reducida capacidad de gestión y de receptividad democrática del sistema competitivo de partidos. A la pérdida de poder real, distribuido entre el conjunto de los interlocutores sociales, se acompañaba una pérdida de legitimidad que arrancaba, no obstante, de la propia formulación inicial del modelo representativo. Este último asignaba prioridad al sistema de partidos en la función de administrar la representación política, subestimando la desigual distribución de influencia y poder que operaba como premisa fáctica en el mercado electoral. Es más, admitía sin cuestión el resultado de la competencia política como signo inequívoco de pluralismo. Por lo demás, y desafortunadamente, los procesos de constitucionalización de los partidos en los ordenamientos jurídicos del siglo XX no han ido reforzados por una pareja democratización de sus estructuras internas de funcionamiento. Este doble flanco de pluralismo exterior y constitucionalidad interna ha sustentado, en suma, la defensa del modelo frente a formas autoritarias de poder, así como frente a las clásicas formulaciones de la democracia directa.

LA QUIEBRA DE LA POLÍTICA INSTITUCIONAL. ¿ES POSIBLE DEMOCRATIZAR EL SISTEMA REPRESENTATIVO?

La apelación avanzada por los nuevos movimientos sociales advertía que la salida de la crisis institucional no podría venir de un atrinchamiento de la política en vigor, sino mediante la estrategia, en principio vaga, de democratizar las categorías teóricas y normativas y los procedimientos convencionales de la vida pública democrática. La traducción demoliberal del equilibrio constitucional de poderes había conseguido minimizar la expresión plural del debate político en razón de los previsibles riesgos de inestabilidad que generaría una opinión pública independiente y crítica. La disciplinada pacificación del legislativo en las democracias occidentales garantizaba la linealidad de la política aplicada por el ejecutivo y que se remitía, en realidad, al diseño impuesto por los aparatos de partido y centros de poder extraparlamentario. El Parlamento se convertía de este modo en una mera instancia formal distorsionante del debate público que vehiculaba decisiones ya previamente adoptadas⁷. Su función se reducía a proporcionar el ritual del simbolismo legitimante a una práctica desligada del referente democrático de la deliberación pública.

La identificación entre grupos parlamentarios y partidos, que parecía asegurar la fluidez de un diálogo entre la sociedad y las instancias políticas, permitió a estas últimas ejercer de hecho las funciones jurídico-constitucionales

7. Puede consultarse en la línea de trabajo abierta por WEBER el comentario de EDWARD C. PAGE acerca del papel del Parlamento como instancia moldeable por los imperativos de la dirección política y la administración burocrática: *Political authority and bureaucratic power: A comparative analysis*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1985, pp. 65-90.

de los primeros: una suplantación estratégica que desvirtuaba la imparcialidad procedimental del régimen parlamentario al consagrar el control partidista de la actividad legislativa, fenómeno éste que se anticipa, por ejemplo, en el texto del Anteproyecto de la Constitución española de 1978⁸. En efecto, desde el surgimiento del concepto de *Estado de partidos* (la alianza entre el sistema jurídico-político del Estado y el modelo de partidos) en la República de Weimar durante el período de entreguerras la recepción constitucional del modelo ha significado el reconocimiento institucional definitivo de la democracia liberal pluralista⁹.

Sin embargo, resultaba democráticamente fraudulenta, aunque políticamente eficaz, la equiparación entre democracia representativa y democracia avanzada, o en otros términos, entre el Estado de partidos y el Estado (social y) democrático de Derecho, pues si bien el modelo representativo de partidos constituye una de las condiciones formales básicas para el desarrollo de la vida democrática, y de ahí su valor como instrumento para la canalización de una de las dimensiones del debate político, la democracia avanzada implica una profunda democratización de las estructuras funcionales de la sociedad, de los mecanismos de intermediación política y representación de intereses, así como de la dinámica institucional del debate público. Pero es más, el desarrollo efectivo del Estado social y democrático de Derecho exige una actualización en la práctica de los principios normativos de carácter social y económico que inspiran la fórmula del Estado social. Por otra parte, mientras la democracia representativa constituye un momento de transición, de provisión de infraestructura para el desarrollo del pluralismo político, la democracia avanzada o participativa (no asimilable a la democracia directa, pues compagina formas de representación con formas de democracia directa en los centros de toma de decisiones) configura el momento posterior de redefinición de la esfera pública desde los presupuestos de la participación cívica de los agentes individuales y colectivos en el proceso de construcción de las normas e instituciones que orientan el curso de la vida política.

Pero la transición entre ambos momentos, exigida en el proceso de reconstrucción normativa de la democracia, se ve ralentizada por la lógica del modelo representativo, que tiende a concentrar en el sistema de partidos las vías autorizadas de expresión de las demandas políticas. La transición, por de pronto, no supone una anulación de la infraestructura anterior, aunque sí una transformación gradual de sus criterios de funcionamiento. En este sentido, las prácticas de participación sólo pueden contrastarse al suplementar los mecanismos existentes de representación.

8. ENRIQUE ALVAREZ CONDE, «El peligro partidocrático en el futuro funcionamiento de la Constitución española», en MANUEL RAMIREZ (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, Labor, 1978, pp. 215-230.

9. Cf. MANUEL GARCIA-PELAYO, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 29 ss., 49-52 y 89-91.

Se tratará, en efecto, de una participación selectiva que optimice en la gestión cívica los recursos materiales y de información disponibles. Así, el período de complementación de ambas estrategias y de aprendizaje de los individuos en el ejercicio de la participación puede permitir, en función de la capacidad operativa y del grado de legitimidad de las mismas, reasignar el conjunto de funciones que definen la práctica política comunitaria. Dicha acción, sin embargo, implica forzar la dinámica endógena de la democracia liberal, que aun en estado de crisis se muestra hermética a las iniciativas de transformación.

Buena prueba de la resistencia institucional al cambio ha sido la evolución experimentada por el sistema representativo, de modo paralelo al desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. La alianza que ha configurado el modelo de la democracia liberal integraba coherentemente las directrices del sistema representativo de partidos con los principios del parlamentarismo democrático. En el plano formal la conexión quedaba garantizada, pero en la práctica se producían ciertas disyunciones desde dos flancos. En primer lugar, el modelo competitivo de partidos no recogía de hecho la pluralidad de demandas generadas en la sociedad civil. Constituía un mecanismo no tanto para la discusión ordenada de los problemas de la vida democrática, como para la selección de las élites gobernantes, estrategia que reducía la esfera pública a un mero mercado político. Así, en realidad, el sistema representativo no servía para representar sino los intereses perfilados en los centros de poder, inmunizados procedimental y legalmente del control de la ciudadanía, puesto que, en segundo lugar, las vías de control parlamentario al ejercicio del poder político quedaban reducidas a simples entelequias jurídicas, dado el influjo determinante de los aparatos de partido y los grupos de presión sobre la actividad legislativa y de ahí, además, que el principio de la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento se tradujera en un *formalismo ritual* y no en la práctica que identificaba el carácter democrático del parlamentarismo¹⁰.

La aludida resistencia al cambio se esgrimía en razón de los riesgos de inestabilidad que podía plantear la introducción de mecanismos de democracia directa, asociados a prácticas plebiscitarias incapaces de vertebrar eficazmente el pluralismo social, y de forma dramática al auge de los fascismos en Europa y la quiebra institucional de los regímenes democráticos. Dicha experiencia, hábilmente rentabilizada para la reafirmación de la democracia elitista, ha perdurado hasta nuestros días en los procesos de consolidación de las nuevas democracias del Sur y Este europeos, de América Latina y del continente africano.

Y es que si bien los períodos de transición a la democracia se caracterizan por la generación de un clima de consenso social que favorece el desarrollo de prácticas participativas y la apertura del debate político (de la

10. Puede verse sobre este último punto el comentario de JOSÉ RAMON MONTERO GIBERT y JOAQUIN GARCIA MORILLO, *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 143-148.

res publica) en todos los niveles de la sociedad, los períodos de consolidación se han definido por un cierre o debilitamiento del debate político. La dicotomía no es accidental. Mientras en estos últimos casos se trata prioritariamente de procesos de recuperación económica que exigen precisión técnica y rapidez en la aplicación de las medidas, los primeros son procesos de reconstrucción política y, por tanto, también de regeneración del tejido social que conllevan una dinámica de diversificación de estrategias cívicas¹¹, aunque en el marco de un amplio acuerdo social en torno a los objetivos trazados. Con todo, la fase de estabilidad que sigue a la consolidación refleja una acentuada tendencia a reforzar el entramado institucional de la fase inmediata anterior (el desarrollo del modelo representativo y la tecnificación de las decisiones políticas) y no, en cambio, de las bases establecidas durante la transición, que aportaría las claves para una profundización democrática.

En definitiva, el resultado del afianzamiento de la política democrática no ha sido sino la estabilización de la democracia representativa y, por tanto, del entramado procedimental del modelo competitivo de partidos y del sistema de representación parlamentaria. Pero sobre estas coordenadas la dinámica institucional se muestra en realidad como un proceso de transacciones políticas cerrado que recicla permanentemente los mismos resortes de legitimidad que en su día respaldaron la opción democrática frente a regímenes autoritarios o totalitarios. La democracia se reduce de hecho, a un mecanismo de provisión de élites gobernantes, o más en concreto, de la legitimidad mínima para el funcionamiento del sistema político. Y en este sentido, no es un falso dilema, como pretende eliminar RODRIGUEZ DIAZ, el integrado por el tándem Estado de partidos-representación frente al binomio democracia avanzada-participación¹².

En los términos actuales el Estado representativo de partidos constituye una de las condiciones formales básicas de la democracia: a saber, la existencia de procedimientos legales para la recepción del pluralismo político. Pero al mismo tiempo se muestra como un factor paralizante de la dinámica democratizadora del sistema político, que permitiría desarrollar los presupuestos normativos de una democracia política avanzada en torno a la experiencia de la participación ciudadana. Por supuesto, no se trataría de un dilema si se entiende que el cauce propio y casi exclusivo de la participación son los partidos¹³. Pero dado su carácter manifiestamente oligárquico (se estructuran como organizaciones jerarquizadas) resulta

11. Aún así, las transiciones a la democracia sólo se completan cuando se nivelan los procesos de recuperación económica (sobre los mínimos de bienestar social) y política (sobre los mínimos de derechos y libertades políticas). Ambos procesos, que adquieren distinta relevancia según las etapas de la transformación institucional y social, se exigen mutua y contemporáneamente.

12. ANGEL RODRIGUEZ DIAZ, *Transición política y consolidación constitucional*, Madrid, C.E.C., 1989, p. 171.

13. *Ibidem*, p. 172.

inexacto mantener que el sistema de partidos funciona de hecho como un instrumento para la formación democrática de la voluntad política¹⁴.

En cualquier caso, su utilidad radica en actuar como instancia mediadora entre la esfera de la sociedad civil y los órganos políticos del Estado. Pero su relevancia democrática se reduce al citado componente formal, a menos que se democratice su estructura interna —un intento prometeico a tenor de los resultados obtenidos en experiencias con partidos consolidados y de nueva creación, incluso entre estos últimos los presentados ante la opinión pública como asociaciones anti-sistema— (caso de los partidos ecologistas)¹⁵. O, por otro lado, a menos que en el entramado de instituciones del Estado se articule el régimen parlamentario con los mecanismos de democracia participativa¹⁶, opción que habría de conducir a una primera racionalización de las funciones de representación y defensa de intereses, ampliable tras la inclusión de las asociaciones corporativas y de los movimientos cívicos no institucionales. En un segundo momento el desarrollo democrático del pluralismo, fortalecidas las diversas instancias de participación y, por consiguiente, de control ciudadano sobre el ejercicio del poder, contribuiría a la recuperación de la independencia del Parlamento frente a las directrices fijadas por los partidos (listas cerradas de candidatos, disciplina de voto y predeterminación de la agenda política), hecho éste que convertiría el principio de responsabilidad del gobierno ante la Cámara de representantes en una prueba de contraste efectiva y de equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo.

Los mecanismos de participación directa en la elaboración de la agenda política pueden agruparse en dos estrategias, dirigidas, respectivamente, a la formación discursiva de la voluntad política y a la legitimación directa de decisiones que por su trascendencia o especial problematicidad desbordan la capacidad gestora de los órganos convencionales de representación.

La primera estrategia responde a lo que en la práctica comunitaria suiza, también contemplada en otros ordenamientos constitucionales, se entiende por *iniciativa*, esto es, aquellos procedimientos de deliberación pública de carácter legislativo abiertos a la participación directa de los ciudadanos. En principio ante esta opción se plantean las cuestiones de la infraestructura material para la participación directa y de la competencia legislativa de los ciudadanos, problemas que apuntan a la necesidad de con-

14. Como da a entender RODRIGUEZ DIAZ (*op. cit.*, pp. 245 ss.) y también, de un modo incondicional y acético, JOSÉ LUIS GARCIA GUERRERO en su trabajo «Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos», *Revista de Estudios Políticos*, 70 (1990), pp. 147-148.

15. Cf. ALAN WARE, «Political parties», en DAVID HELD y CHRISTOPHER POLLITT (eds.), *New forms of democracy*, London, Sage, 1986, pp. 110-134.

16. Como proponen, por ejemplo, LUIS AGUIAR de LUQUE, «Referéndum y régimen parlamentario en las democracias de masas: sus posibilidades de compatibilización» (en MANUEL RAMÍREZ (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, *op. cit.*, pp. 408-419), o JOSÉ RUBIO CARRACEDO, *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau* (Madrid, C.E.C., 1990, pp. 224-239).

figurar una opinión pública *mediada* en el marco de la sociedad compleja y a la necesidad de proveer de las medidas subsidiarias de información y educación cívica sin las cuales el propio concepto de opinión pública pierde su carácter político. El desarrollo de las iniciativas supone la puesta en práctica del compromiso cívico en el propio terreno de la formación de la política y constituye por ello mismo una garantía actualizada de legitimidad.

La segunda estrategia, el *referéndum*, permite la participación ciudadana en el momento de la ratificación final de la agenda política, es decir, se lleva a cabo sobre decisiones o medidas previamente elaboradas. En este punto se plantea la cuestión del posible juego político entre los poderes establecidos y la práctica de la convocatoria de participación directa, pues si bien el referéndum permite a los gobiernos y a los Parlamentos aliviar su carga de responsabilidad, en no menor medida puede suponer una inyección de legitimidad en circunstancias de ineptitud o fracaso en la gestión¹⁷. No obstante, la práctica del referéndum, en su modalidad de iniciativa popular (asimilable a la estrategia ya comentada) mediante la recogida de firmas de electores permite traer a consideración pública problemas, así como demandas de colectivos sociales, no incluidos en la agenda política institucional.

El ejemplo de la Constitución española de 1978 es esclarecedor a propósito de la tensión no resuelta como coordinación de los mecanismos representativos y de la participación directa. Y lo es más dada la profusa referencia a la idea de participación en las instituciones del Estado que contempla el texto constitucional¹⁸, nucleada desde el derecho de los ciudadanos a «participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal» (artículo 23.1). Los poderes públicos, establece el artículo 9.2, tienen como uno de sus cometidos esenciales «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» en condiciones de libertad e igualdad extendibles a los propios colectivos en que estos se integren¹⁹.

Como destaca MARTIN-RETORTILLO, el desarrollo constitucional de la idea de participación se desglosa en buena medida desde el reconocimiento de los partidos políticos en el artículo sexto como «instrumento fundamental para la participación política», y «a partir de ahí», comenta este

17. Debo la advertencia sobre el carácter ambivalente de las prácticas de democracia directa a HANS-PETER KRIESI, Profesor de Ciencia Política en la Universidad de Ginebra.

18. Cf. sobre la variedad de referencias LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER, «La participación en la administración pública. Principios y límites», *Anuari de la Facultat de Dret* (Estudi General de Lleida), 3 (1985), esp. pp. 72-75.

19. Nótese la divergencia entre el contenido del texto constitucional en este punto y el funcionamiento real de los aparatos de partido, ajenos a los preceptos de democracia interna y uno de cuyos aspectos cruciales, por citar un caso ilustrativo, el sistema de listas cerradas, que implica mediatizar el propio derecho de sufragio, es reconocido en el artículo 163.1.e de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

autor, «se comprende la amplitud reservada al derecho de asociación (artículo 22), genéricamente considerado, pero también el protagonismo atribuido a sindicatos (artículos 7 y 28), y asociaciones empresariales (artículo 7), a los colegios profesionales (artículo 36) o a las organizaciones profesionales (artículo 52)»²⁰, en síntesis, oportunidades cívicas que median la distancia entre la administración estatal y la sociedad civil, y que perfilan en aquélla una vertebración institucional descentralizadora.

No obstante, el capítulo de opciones reservadas a la participación política directa se reduce a la consideración de la iniciativa popular legislativa (artículo 87.3), considerablemente menguada sobre la propuesta del Anteproyecto de la Constitución y marcada en su remisión a la ley por una «clara y confesadamente dilatoria» intención, por lo demás también reflejada en el segundo supuesto de participación directa, la institución del referéndum (artículo 92.2), desprovisto de su originario carácter vinculante y definido como referéndum consultivo (artículo 92.1)²¹. En esta tesitura contrasta la formulación en el artículo 1.1 de España como un «Estado social y democrático de Derecho», que ha de entenderse como el *telos* normativo hacia el que ha de orientarse la política democrática en la tarea transformadora del orden social, económico y político existente²².

LA ACCIÓN TRANSFORMADORA DE LOS MOVIMIENTOS CÍVICOS

La experiencia de las democracias liberales muestra la lenta capacidad, cuando no resistencia, para desarrollar en el Estado constitucional los presupuestos de la democracia avanzada. En efecto, la profundización de la vida democrática ha tenido que proceder desde la iniciativa ciudadana coordinada en el seno de la sociedad civil como acción no institucional, aunque inspirada, o mejor, identificada con los principios constitucionales de la democracia avanzada. La estrategia de los movimientos cívicos, aquellos movimientos sociales con proyección política, se ordena hacia el proyecto de construir la democracia desde la base, desde la misma ciudadanía (concebida tanto en los términos de agentes individuales como de actores co-

20. LORENZO MARTIN-RETORTILLO, art. cit., p. 73.

21. ANTONIO TORRES DEL MORAL, «La participación política a través de las instituciones de democracia directa», *Anuari de la Facultat de Dret* (Estudi General de Lleida), 3 (1985), esp. pp. 25-29.

Puede consultarse además el artículo de MANUEL RAMIREZ «Democracia directa y Constitución: Problemática y desarrollo legislativo» (en *Idem* (ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1982, pp. 15-39), un comentario revelador sobre los debates parlamentarios previos a la presentación en referéndum del texto de la Constitución en torno a la viabilidad del desarrollo legislativo de formas de democracia directa y semidirecta, defendida por Alianza Popular (Manuel Fraga) y Esquerra Republicana de Cataluña (Heribert Barrera), y derrotada en las votaciones por la UCD y grupos de izquierda como PCE y PSOE.

22. Cf. en este sentido ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 236-237, así como ANGEL GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 217-242.23.1

lectivos) en un proceso de transformación gradual²³ de las estructuras organizativas de la sociedad civil, como requisito básico para la creación de una cultura cívica alternativa sobre las bases del asociacionismo democrático. Este, en definitiva, implica la puesta en práctica del compromiso cívico solidario en la tarea de configurar una opinión pública plural y crítica que actúe como referente inmediato de la política institucional.

La vertebración de los movimientos en la sociedad civil confirma el tránsito del concepto de ciudadano individual al de ciudadano colectivo, posibilitado en realidad por la evolución previa en la noción de ciudadanía, originalmente vinculada a la categoría de propiedad, hacia la extensión universal de los derechos y libertades civiles reconocida en los ordenamientos constitucionales democráticos²⁴. La política de los movimientos sociales no es sólo un revulsivo para las formas normadas de la política institucional. Se trata fundamentalmente de una acción democratizadora de las estructuras intermedias entre los centros de toma de decisiones y las instancias de la sociedad civil²⁵. Así, en efecto, la primera identidad anti-sistema llegaría a convertirse en el resorte del proyecto constructivo de una nueva sociedad democrática.

Como reconoce OFFE, su localización en la esfera pública dista de ser marginal, dada la pluralidad de demandas de los distintos sectores sociales que se integran en sus plataformas reivindicativas, y de ahí que el apoyo derive no ya de grupos marginales, sino de una amplia base social. Pero además la protesta, continúa OFFE, no se realiza en nombre de valores sociales tradicionales o premodernos; antes al contrario, constituye una crítica moderna a los procesos de modernización en clave de racionalidad estratégica e instrumental que acaban por obstruir la capacidad de aprendizaje y apertura del sistema político hacia los problemas no considerados técnicos, aunque relevantes, de la sociedad compleja²⁶.

Su acción, en definitiva, se dirige a incrementar la transparencia de los mecanismos procedimentales adoptados por la democracia liberal y, junto a ello, complementar las formas de representación con las diversas moda-

23. Paulatinamente desde los años 60 a nuestros días los componentes sociales han neutralizado el componente revolucionario en favor de la crítica racional, bien que el recurso a la violencia ha sido sustituido por una búsqueda de eficacia vía institucional.

24. Puede verse al respecto BRYAN S. TURNER, *Citizenship and capitalism: The debate over reformism*, London, Allen & Unwin, 1986, pp. 85-105.

25. El efecto democratizador en la sociedad civil ha sido destacado, entre otros autores, por JEAN COHEN y ANDREW ARATO, «Politics and the reconstruction of the concept of civil society» (en AXEL HONNETH et alii (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, esp. pp. 501-503), ANTON PELINKA, «Plebiscitarian tendencies and citizens' participation in Western industrialized societies» (en HANS KÖCHLER (ed.), *The crisis of representative democracy*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987, pp. 231-242), o por ROBERT STEIGERWALD, *Protestbewegung: Streitfragen und Gemeinsamkeiten* (Frankfurt am Main, Marxistische Blätter, 1982, pp. 54-77).

26. Entrevista concedida por CLAUD OFFE a DAVID HELD y JOHN KEANE, «Reflections on the welfare State and the future of socialism. An interview», en CLAUD OFFE, *Contradictions of the welfare State*, edited by John Keane, London, Hutchinson, 1984, pp. 292-294.

lidades de participación ciudadana directa, un reactivo, eso sí, de la opinión pública, catalogada en los sondeos recientes, y desde hace cuatro décadas, como una opinión pública desinteresada por lo general de las cuestiones que conciernen a la vida pública. En este sentido, el surgimiento de organizaciones corporativas de representación de intereses y de los nuevos movimientos sociales, expresión de nuevas formas de racionalidad colectiva, pone de manifiesto la indigencia operativa de una política institucional aferrada al modelo empresarial de partidos como el cauce político priorizado para el desarrollo de la ciudadanía.

De entre los rasgos compartidos por los nuevos movimientos sociales destacan por su relevancia política al menos tres orientaciones que definen su articulación en la esfera pública, en cierta medida, por lo demás, realizada a la vez que diferenciada sobre las huellas de los movimientos sociales decimonónicos y de principios de siglo, que se coordinaban en torno a reivindicaciones de justicia económica y social²⁷.

Pero ya su primera característica supone un salto cualitativo sobre las viejas filiaciones, pues de entrada responden al sentido emancipador que trae consigo la moralización de la actividad política y, en concreto, la recuperación en dicha dinámica del contenido normativo de la idea de democracia, esto es, la exigencia de traducir en la práctica comunitaria los presupuestos de la igualdad, la libertad y la solidaridad en el desarrollo de la participación ciudadana. El peso del componente moral ha determinado que, al menos por lo que se refiere a su identidad social, aparezcan como organizaciones flexiblemente estructuradas, receptoras de demandas no siempre homogéneas y desde luego carentes de la vertebración estratégica interna de los partidos y organizaciones sindicales. Aun así, reproducen comportamientos tipo de cualquier colectivo político, como la diferenciación entre líderes y activistas, aunque programáticamente se definan como movimientos de práctica asamblearia o de democracia plena, o la racionalización de recursos, aspectos este último que ha marcado la diferencia entre los grupos de inspiración revolucionaria y los movimientos cívicos orientados al establecimiento de nuevas pautas para el dialogo social.

En segundo lugar, los movimientos cívicos comparten el objetivo de desprivatizar la política²⁸, esto es, de recuperar el escenario del ámbito público para el desenvolvimiento de las actividades cívicas comunitarias, y de ahí su fuerte apelación al desenclaustramiento de los ciudadanos desde la esfera privada. Pero justo la tarea de reactivar el ámbito público, de potenciar el entramado transaccional e interactivo de la opinión pública, aun a pesar de llevarse a cabo desde iniciativas no institucionales, plantea la pre-

27. Aspecto señalado por ANDRÉ GUNDER FRANK y MARTA FUENTES, «Social movements», *Socialism in the World*, 66 (1988), pp. 62-65.

28. JOSÉ MARIA MARDONES, «La nueva cultura política de los nuevos movimientos sociales», comunicación presentada a la V Semana de Ética: *Ética y Filosofía Política*, actas mecanografiadas, Madrid, Instituto de Filosofía (C.S.I.C.), 1988, pp. 74-75.

gunta sobre la continuidad de la acción emprendida por los movimientos sociales, pues el proyecto de moralizar y repolitizar la esfera pública se desarrolla en referencia, aunque negativa, al modelo de la política institucional. La estrategia de los movimientos cívicos no persigue en última instancia una desinstitucionalización del Estado. Al contrario, se trata de proveer los recursos suficientes, alternativos y complementarios, para construir los parámetros de gestión de un espacio público democrático. No obstante, la propuesta común (al menos ampliamente admitida) de desarrollar la democracia como forma de vida dista de ser una apelación abstracta y arraiga en la dimensión institucional del *Lebenswelt*, donde las prácticas socializadoras se contextualizan en las instituciones concretas de cada sociedad.

Así, en tercer lugar, los movimientos sociales activos en la arena política se definen por la tensión entre la autonomía y la adopción de las estrategias sistémicas, que si bien implican una confluencia con los mecanismos del poder del Estado, permiten optimizar el rendimiento de la acción social. ¿Pasa entonces la supervivencia de los movimientos cívicos por su incorporación al engranaje de la política institucional? En buena medida sí, y en esta línea avanzaba OFFE la posibilidad de alianzas entre los nuevos movimientos sociales y las diferentes fuerzas políticas de la sociedad, dejando entrever la oportunidad de coordinar en un futuro los planteamientos de aquéllos con los de partidos y organizaciones tradicionales de izquierda²⁹. Efectivamente, el propósito de transformación social que alberga la política de movimientos tiene una traducción en el ámbito de la política institucional, inoperante de mantenerse la apelación en el plano estricto de la crítica. La política de movimientos, concebida como actividad cívica, va encaminada a mediar en el diálogo o en la negociación desarrollados en las instituciones, y, por tanto, la crítica anti-sistema, que autores como AMIN o WALLERSTEIN consideran inamovible³⁰, deberá ir complementada inteligentemente con la estrategia de activación de las propuestas en el nivel institucional.

Puede que la búsqueda de influencia los lleve a asimilarse a los instrumentos convencionales de transacción política³¹, algo que sucedió con la conversión del Movimiento Verde en el Partido Verde de la República Federal de Alemania, donde si en un principio catalizaba una amplia inten-

29. CLAUS OFFE, «Challenging the boundaries of institutional politics: social movements since the 1960s», *art. cit.*, pp. 95-102.

30. Posición mantenida en términos maximalistas por ambos autores, una actitud criticada por GUNDER FRANK y FUENTES, *art. cit.*, pp. 74-76.

31. «Aunque parezca algo paradójico y sorprendente», escribe JUAN JOSÉ GARCIA DE LA CRUZ en referencia al caso español, «actúan con cierto espíritu empresarial y financiero. Se comportan como empresas, hacen estudios de mercado sobre el grado de sensibilidad hacia su tema en una zona determinada y la transforman en presión política [...] han aprendido las reglas del contexto actual: seducir, manipular e integrar. Y utilizan todos sus medios para crear las necesidades que a ellos les preocupa de su entorno, es decir, seducen y manipulan para convencer o «despertar» a la gente integrándola a la sensibilidad del movimiento» («Los nuevos movimientos sociales», en SALVADOR GINER (dir.), *España: Sociedad y política*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, pp. 605-606), constatación que nos recuerda una vez más el riesgo de ambivalencia de la crítica social, al tiempo que también nos recuerda, por otro lado, la difícil tarea de conjugar el legitimismo con la práctica real de la política.

ción de voto, los comicios recientes (consumada su adaptación al régimen parlamentario) han evidenciado una considerable pérdida de lealtad social. Sin embargo, el lugar de equilibrio entre la política institucionalizada y la política marginal puede seguir siendo el lugar para el desarrollo de determinadas formas de asociacionismo democrático desde donde se articule la defensa de problemas sociales no incorporados, o contemplados de modo deficiente, a la gestión pública, y donde los ciudadanos, como formas alternativas y críticas a los partidos, sindicatos y asociaciones de intereses puedan ejercer el derecho de participación en la actividad cívica común de construcción de la vida democrática, acción que llega a ser eficiente en la medida en que el diálogo social se haya ampliado desde los estrechos límites del sistema representativo para incorporar las aportaciones de los nuevos movimientos sociales.

Habíamos visto que la democratización interna del sistema representativo realizada de forma autónoma constituía una aspiración por de pronto nada realista y que el intento de apertura democrática podía provenir, en cambio, de un acercamiento o compaginación con estrategias de democracia directa como un primer paso no sólo para la creación de nuevas mediaciones y controles en el proceso de representación, sino también para la transición seleccionada hacia fórmulas de participación directa. Un segundo paso nos ha llevado a constatar la utilidad de la acción crítica pero solidaria de los nuevos movimientos sociales en el proyecto de construcción de una esfera pública ampliamente democrática. Aún en esta tarea queda por dilucidar el papel que los grupos organizados de intereses pueden jugar como instrumentos de defensa de preferencias sociales en el complejo marco de elaboración hoy en día crecientemente corporativa de la política institucional, donde puede apreciarse el solapamiento o la continuidad entre el desarrollo del pluralismo, que ha caracterizado de modo nuclear a la democracia liberal, y la creciente expansión de las estrategias políticas corporativas, transición que configura un rostro de la democracia liberal bien distinto al que tradicionalmente ha mostrado.

El derecho a una vivienda digna y adecuada

Por ESPERANZA FERRANDO NICOLAU

Valencia

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tratará el derecho a una vivienda digna y adecuada, y a la necesidad de su existencia más allá de una pura formulación teórica, de sus repercusiones en la sociedad actual, y de la influencia que, las nuevas ideas que provienen del pensamiento ecológico, propugnan sobre «un nuevo modo de habitar». Puesto que el punto de vista de esta investigación es el de la Filosofía del Derecho y no el del Derecho Administrativo, por ejemplo, temas como si el derecho a una vivienda digna puede o no ser considerado como un servicio público, la planificación urbanística y la ordenación del territorio no serán tratados específicamente.

El derecho a una vivienda digna es de una amplitud mucho mayor de lo que podría parecer en una primera aproximación; conforme se profundiza en los diversos aspectos con él relacionados van surgiendo otras facetas y posibilidades no descubiertas en un primer momento. Es por esto por lo que se renuncia a profundizar en todos y cada uno de los aspectos del tema que han ido surgiendo. Uno de estos enfoques ha sido el de la vivienda en el Tercer Mundo. Aquí la problemática de la vivienda es tan amplia, que no puede ser analizada sin desbordar con mucho la amplitud de este trabajo, ya que se trata de una parte del mundo donde gran parte de construcciones no llega ni siquiera a merecer el nombre de «casa»¹. Estos temas, sin embargo, pueden ser objeto, de futuros trabajos.

1. Las construcciones son denominadas «pies de casa» en México, «sitio y servicio» en Venezuela. «mediagua» en Chile...o «núcleo básico» según el Banco Mundial. Datos extraídos del Boletín del Servicio de Noticias «INTERMON». Marzo, 1991.

II. APROXIMACION AL CONCEPTO DE DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

El hecho de que el derecho a una vivienda digna exista recogido en distintas declaraciones de derechos y en nuestra Constitución de 1978 art. 47 que expresamente dice que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA», bastaría para que el objeto de este trabajo estuviera justificado.

Partiendo pues de su existencia a nivel normativo el problema que aquí se plantea es el de la definición de este derecho. Para ello trataré por este orden:

- qué es vivienda,
- qué supone que sea digna,
- qué supone que sea adecuada.

Por vivienda, en términos generales se entiende el refugio natural, o construido por la mano del hombre, en el que éste habita de modo temporal o permanente.

En cuanto a que signifique que sea digna podría entenderse que es digna aquella vivienda que da cumplimiento a las más básicas necesidades del hombre, como pueden ser una cierta privacidad –intimidad– y un elemental equipamiento.

Mientras que el sentido de «digna» parece orientarse más al plano personal, el sentido de «adecuado» podría relacionarse con el entorno en el que dicha vivienda se sitúa. Es decir, sería adecuada aquella vivienda adaptada al ambiente físico, social, cultural e histórico en el que surge (así tan adecuada sería un «igloo» esquimal, o un «tipos» indio, como una casa occidental). En realidad como afirma B. CHECINSKA, a pesar de que en todos los Convenios Internacionales de Derechos económicos, sociales y culturales se nombra repetidamente el concepto «adecuado», relativo a vivienda, educación, alimentación, etc., en ningún sitio aparece una explicación clara de qué signifique dicho término. En opinión de este autor «adecuado» significaría «legal y razonablemente suficiente desde el punto de vista de una persona individual que, además de ser independiente, realiza un papel rol) social en un grupo más amplio de acuerdo con el derecho local el cual no es contrario al Derecho Internacional»². Parece que esta definición no resuelve el problema, puesto que sustituye la duda acerca del concepto «adecuado» por la de qué signifique «razonable». Además que la referencia a lo que sea «legalmente» suficiente puede implicar una restricción del concepto al fijarse más en la ley que en el sentido ético y específicamente humano que se le pretende dar.

2. CHECINSKA, B., «Educational Development as a Means of Realization of the Right to Living». *Revue de Droit International de Sciences diplomatiques et politiques*, 1987, n.3, p. 181 y ss.

En relación con este sentido «ético», al realizar un análisis etimológico, si bien no es el más importante, de la palabra «ética» (ethnos), éste nos ofrece una sugerente riqueza semántica: «costumbre», «morada», «residencia» y también «carácter», «modo de ser»³, que se proyecta clarificando más la idea del objeto de este estudio. Otros autores coinciden en que la interpretación del término «vivienda» no puede ser restringida a mero techo, habitáculo, piso, etc. Como afirma, por ejemplo, BALLISTA, «la buena vivienda no es aquella que, careciendo de taras negativas, constituye una especie de higiénico establo para humanos, sino aquella que constituye positivamente un marco adecuado y creador del bienestar físico, social y psicológico de la familia y las personas que la integran»⁴. Otra definición en este sentido que subraya el carácter de «valor humano» que posee la vivienda es la que entiende que «morada viene a ser la unidad de espacio destinada a ser utilizada privativamente por una persona, familia o grupo de personas con poder de disposición sobre la misma y en forma tal que dicho lugar venga a constituir como una extensión de la personalidad de sus ocupantes y donde ésta se manifieste libremente en cualquiera de sus diferentes aspectos: familiar, profesional, cultural, etc.»⁵. Desde otra perspectiva, ciñéndonos a la vivienda urbana, el concepto vivienda puede ser ampliado. Es según BALLESTER-OLMOS sobre el sentido del art. 47 de nuestra Constitución, habría que primar una «interpretación humanista» que permita entender por «vivienda» un «marco de vida, entorno urbano de la vida del hombre y su familia». Con esta modificación dimensional se convertiría a cada hogar en una unidad urbanística, puesto que no sólo está en la ciudad, sino que 'es ciudad'⁶.

a) *Derecho a una vivienda digna y DERECHO AL HOGAR*

Cabría diferenciar entre derecho al hogar y derecho a la vivienda. Así mientras el primero sería «el derecho a disponer de un mínimo territorial, en el que vivir junto a los propios familiares, suficiente desde el punto de vista patrimonial, y seguro desde el punto de vista espiritual»⁷, el segundo derecho a la vivienda-sería sólo un elemento del derecho al hogar. Realmente si el derecho que se trata, es el de tener, no sólo una vivienda en el sentido de un «techo», sino una vivienda «digna y adecuada», no parece que haya diferencia entre estos dos conceptos.

3. BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del Derecho*. Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 93.

4. BALLISTA, J., *Aspectos humanos de la vivienda*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1965, p. 11.

5. BALLISTA, *op. cit.*, p. 19

6. BALLESTER-OLMOS J. F., *El medio ambiente urbano y la vegetación. Estudio de la situación de la ciudad de Valencia*. I Curso de paisajismo y diseño en jardinería. Departamento de Producción Vegetal. Escuela Universitaria Técnica Agrícola de Valencia Servicio de Publicaciones. Universidad Politécnica de Valencia, 1990. (Esta obra, al ser una recopilación de estudios, carece de paginación, por lo que será citada siempre en general.)

7. PUY, F., *Derechos Humanos*, I, Imp. Paredes, Santiago de Compostela, 1983, p. 183.

b) *Derecho a una vivienda digna e INTIMIDAD*

También el concepto de intimidad es necesario al tratar la vivienda puesto que «el motivo de que los hombres construyan casas no es sólo defenderse del clima o de los animales: el hombre construye casas porque necesita proyectar especialmente su intimidad...»⁸. Esta necesidad de intimidad personal y familiar supone además «una concreción de la dignidad humana⁹, puesto que la morada es «prolongación y condición espacial de la seguridad personal y de la dignidad de la persona humana, que exige el respeto del lugar donde se desarrolla la mayor parte de la vida y de la intimidad personal y familiar»¹⁰.

c) *Derecho a una vivienda digna, DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A VIVIR*

El derecho a la vivienda puede también analizarse en relación con el derecho a la vida. Si el derecho a la vida se plantea no sólo como el derecho a o ser privado de la mera existencia física, sino en el sentido más amplio de garantizar un mínimo económico existencial, esto es, de dar cumplimiento a las llamadas «necesidades básicas»¹¹, alimentación, agua, cobijo, y vestido, el derecho a la vivienda pasaría a ser un elemento integrante de ese otro derecho, con todo lo que esto representaría en cuanto a su protección y su carácter de irrenunciabilidad.

Esta no es, sin embargo una cuestión pacífica. Algunos autores, por ejemplo PRZETA CZNIK¹² opinan que debe diferenciarse entre *the right to life* en sentido estricto, según lo recoge el art. 6 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y *the right to living*, que se situaría dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos. Aunque esta postura puede tener su fundamentación espe-

8. CHOZA AUMENTA, J., *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo*, Madrid, 1973.

9. La intimidad personal y familiar está reconocida y protegida incluso a nivel constitucional. Cfr. art. 18. Por su parte, la dignidad de la persona se encuentra proclamada en el art. 10 de la Constitución española, 1978. Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (CEC: *Constitución española. Edición comentada*. Madrid, 1979, p. 59.

En relación con la dignidad humana, puede verse, entre otros los trabajos» de FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E., «El principio de igualdad como exigencia de la justicia» inédito y ROJO, J. M., «Il riconoscimento della dignità del uomo nel nuovo ordinamento giuridico spagnolo», en *Diritto. Morale e Consenso Sociale, Mocelliana*, Brescia, pp. 237-256.

10. CEC. *cit.*, p. 60.

11. Cfr. MEYERS, DIANA T.: *Los derechos inalienables*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, 190 pp. V.t. sobre distintas interpretaciones del término «necesidades» en relación con los derechos humanos: LUCAS, J. y AÑON, M. J., «Necesidades, razones y derechos», *Doxa*, 7, pp. 55-83, y ROJO, J. M., «Los derechos morales en el pensamiento angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-89, sobre todo pp. 245 y ss.

12. PRZETACNIK, *The Right to Life in International Law*. International Studies in Human Rights. B.G.Ramcharan editor. Martin Nijhoff Publishers. The Netherlands, 1985, p. 4.

cialmente en el art. 11 de este último Pacto citado¹³, no resulta útil la diferenciación que presenta, ya que supone la posibilidad de una interpretación restrictiva del derecho a la vida. En este último sentido GROS ESPIELL afirma que el derecho a la vida y el derecho a vivir no son —o no debería ser— término de diferente significado y contenido legal; «en el estado actual del desarrollo político y legal de la Humanidad deberían ser considerados como equivalentes, interdependientes e interrelacionados»¹⁴. «El derecho a la vida no sólo es el fundamento legal para todos los otros derechos, sino también una parte integrante de todos los otros derechos que son esenciales para garantizar el acceso de todo humano viviente a todos los bienes y servicios requeridos para el desarrollo de su existencia material, moral, espiritual y mental, manteniendo la dignidad inherente de la Humanidad»¹⁵. En este mismo sentido son significativas las palabras de Y. KHUSHALANI: *to live is more than barely to exist*. Para este autor, vivir supone hacerlo con dignidad y ello implica la necesidad de que las condiciones de vida se creen mediante el disfrute de tres tipos de derechos: «derechos de vida» «life rights», que coincidirían con lo que he denominado necesidades básicas, «derechos de trabajo» (*work rights*) y «derechos sociales y políticos»¹⁶.

En resumen: no parece que tenga sentido hablar de dos tipos distintos de derechos, especialmente cuando esta diferenciación puede llevar a dejar escasamente protegido uno de ellos. A lo largo de este trabajo se verá que además de la relación entre los derechos de los que acabamos de hablar —el derecho a la vida y el derecho a la vivienda— están además íntimamente relacionados con otros, aparentemente más alejados como el derecho al desarrollo o al medio ambiente. Evidentemente no se puede discutir que hay millones de personas que «viven», «existen» y sin embargo carecen de las condiciones básicas de dignidad lo cual es motivo suficiente, para no reconocer que la situación debe cambiar.

Por todo lo anterior, el derecho a la vivienda digna y adecuada podría definirse como el derecho de toda persona a tener un espacio íntimo, adaptado al entorno y a la sociedad en que se encuentra, donde puedan verse satisfechas las necesidades básicas de una vida digna.

Tras esta primera aproximación, el derecho a una vivienda digna y adecuada, se irá completando y definiendo al ir analizando la conexión de este derecho con otros derechos o circunstancias del mundo actual.

13. Art. 11 «Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia»

14. GROS ESPIELL, *Essays on the concept of a right to live* Premont Daniel Association de consultants internationaux en droits de l'homme. Bruxelles, 1988, p. 43

15. *Ibid.*, p. 44.

16. PREMONT, D., (Asociation de consultants internationaux en droits de l'homme): *Essais sur le concept de 'Droit de vivre'. Essays on the concept of a 'right to live', in memory of Yougindra Khushalani*. Bruxelles, 1988, p. 282 y ss.

III. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ENTORNO ADECUADO

El tema de la adecuación del entorno hace referencia a unos servicios y unas condiciones ambientales que hagan posible el derecho a la vida y al desarrollo del hombre, de forma más amplia que la mera existencia.

En cuanto a los servicios puede entenderse como «mínimo» la existencia de agua corriente, de servicios sanitarios, transportes y de facilidades educativas.

Más difícil aún es el tema de las condiciones ambientales, puesto que aquí surge toda la problemática actual sobre la crisis ecológica, el derecho al medio ambiente, etc.

Las condiciones ambientales básicas podrían resumirse en la necesidad de un medio ambiente «sano, puro y decente»¹⁷.

El tema del entorno adecuado nos introduce en el campo de la Ecología. El termino «ecología» fue acuñado a mediados del siglo pasado, por el biólogo ERNST HAEKEL, para designar la ciencia del hábitat dirigida al estudio de las relaciones de los animales con el ambiente inorgánico y orgánico que condiciona sus modos de existencia»¹⁸. En la actualidad junto a la importancia concedida a la Ecología entendida en este sentido, destaca su vertiente de Ecología humana o social porque ésta es, precisamente, la encargada de tratar «las relaciones del hombre con el medio del que forma parte, y, en tanto elementos integrantes de ese medio, del hombre con los demás hombres»¹⁹.

El plantearse el tema ecológico de este modo permite superar el mero «ambientalismo» y pasar a analizar cómo inciden las distintas formas de vida y de desarrollo en la dinámica y equilibrio del medio humano y natural.

Además, no es posible olvidar que, en rigor, la Ecología es la ciencia que estudia el hábitat del ser humano²⁰; con esto puede observarse que las interrelaciones entre todos los conceptos que aquí se utilizan se clarifican aún más. El hombre es un ser social que habita en una vivienda, que forma parte de un medio determinado, con el que ha de mantener necesariamente una interacción.

Por tanto, queda claro que la vivienda se inserta en un marco humano y natural que afectará directamente a lo que se ha entendido por el derecho a una vivienda digna y adecuada.

17. GAMELLA, P., *Human rights an environment. The need for international cooperation*. The Netherlands, AW Sijthoff International Publishing Company B. J., 1976, p. 87.

18. Cfr. *Generelle Morphologie der Organismen*, Berlín, 1866; v.t., PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 443.

19. SOSA N. M., *Ética ecológica*. España. Ed. Universidad libertarias, año 1990.

20. Su morada en sentido amplio.

IV. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y CRISIS ECOLÓGICA

Hablar del medio natural supone casi necesariamente hacerlo de su crisis. Aunque a veces estos temas se hayan convertido en un tópico, resulta necesario volver continuamente sobre ellos para resaltar que todos los problemas que afectan al medio natural (contaminación, deforestación, amenazas a la fauna, sino, desertización, basuras, lluvia ácida... influyen directamente en el causante de los mismos —el hombre— y dificulta cualquier posibilidad, ya no sólo de vivienda digna, sino de mera vida humana.

En general la vivienda adecuada sigue relacionándose con vivienda confortable «de puertas adentro», con despreocupación del bienestar extrahogareño. Esta posición reductiva e insolidaria «tiene el grave inconveniente de que a medio plazo hasta la casa se deteriora si el paisaje que se ve desde las ventanas es feo o anodino, si el ambiente está poluto y es insano»²¹; y se podría añadir muchas otras condiciones que harían que la pretendida confortabilidad interior quedara muy disminuida.

Existen multitud de estudios científicos²² que demuestran como la contaminación ambiental, los ruidos contaminación acústica, el exceso de pavimento y de asfalto, etc. comportan «la aparición de situaciones molestas y nocivas para los habitantes de las urbes, lo cual podría ser paliado en buena parte por la existencia de vegetación, dado que ésta influye en los parámetros que mejoran el grado de bienestar del hombre en la ciudad. Para la cuantificación del bienestar recibido en un lugar se emplea el llamado índice de discomfort» (ID) en el que intervienen la temperatura, humedad y viento principalmente, y cuyo valor es tanto mayor cuanto menos agradable es el lugar para las personas, pudiéndose relacionar con la estabilidad emocional de los ciudadanos. De hecho, a partir de un valor del ID en torno a 82 o mayores comienza a poderse relacionar con el nivel de desórdenes delictivos, criminalidad, mortalidad de los ancianos, etc.²³.

Sin entrar en datos estadísticos sobre niveles de contaminación, que plantas en concreto favorecen más al medio, qué proporciones deben tener las zonas verdes o similares; parece que ha de superarse el mero ambientalismo, para centrarse más en el propio hombre. Como afirma BONNEFOUS²⁴ «la patología de la ciudad es también la de sus habitantes»; en este sentido —de relación del hombre con los demás hombres, además de con la Naturaleza— la crisis ecológica puede entenderse también en el sentido de que las relaciones, y las situaciones de las personas están «deteriorándose» a la vez que el medio. «Una separación profunda con la Naturaleza, un espacio urbano extraño, enemigo, la multiplicación de las agresio-

21. BALLESTER-OLMOS, *op. cit.*

22. *Ibid.*, *Passim.*

23. *Ibid.*

24. BONNEFOUS, E., *¿El hombre o la naturaleza?* Trad. RUFINO BORQUEZ. Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 108.

nes contra las que el hombre debe defenderse y las condiciones de trabajo y de transporte impuestas por la ciudad, inducen de modo creciente las enfermedades de la vida en la ciudad»²⁵.

Diversos estudios han demostrado la relación existente en el medio urbano, entre la violencia, en general, y el de las viviendas insalubres; no hay duda, de que la influencia del ambiente, y en especial del ambiente doméstico, es de vital importancia en el carácter y comportamiento de una persona. Evidentemente, no es sólo el «tugurio», como lo denomina BALLISTA, la causa de la violencia, o de la delincuencia, sino el ambiente del que forma parte, la posición marginal en la sociedad que representa.

De nuevo el tema de la vivienda surge si se piensa como BALLISTA que el hombre, además de defenderse contra los posibles enemigos que atentan contra su salud física y psíquica, debe encontrar en su casa refugio contra la «disparatada civilización industrial» (LEWIS MUMFORD), que ha acabado convirtiéndose en enemiga de la salud humana²⁶.

V. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y CALIDAD DE VIDA

La Declaración sobre el Medio Humano surgida en la Conferencia de Estocolmo de 1972 comienza con el reconocimiento del derecho a vivir en un medio con calidad de vida digna, y de la obligación de protegerlo y mejorarlo.

COMMONER afirma que el hecho de que «la calidad de vida depende de la calidad del ambiente —sosten necesario para la vida— es una vieja idea»²⁷.

Así pues parece claro que, no solo existe una relación entre la calidad de vida y el derecho a una vivienda digna, sino que se podría afirmar que el primero es uno de los elementos constitutivos del segundo.

La calidad de vida según PHILIPPE SAIN-MARC resulta de la suma de tres componentes: nivel de vida, condiciones de vida y medio ambiente. Por *nivel de vida* podría entenderse la renta «per cápita» del ciudadano. Las *condiciones de vida* harían referencia al tiempo libre, la calidad de la enseñanza, la seguridad ciudadana, etc.; mientras que medio ambiente sería el sistema biológico y físico en el que el hombre vive inmerso²⁸.

Así pues la calidad de vida no hace referencia únicamente al medio natural, y por tanto a aspectos ambientales o relacionados con los recursos, sino al medio humano, como ya se comentó al citar la definición de Eco-

25. *Ibíd.*

26. Cfr. BALLISTA, J.: *op. cit.*, pp. 20 y ss.

27. COMMONER, B., *Energías alternativas*. Trad. M. VAZQUEZ RIAL. Ed. Gedisa, S.A., Barcelona, 1980, p.157. El origen exacto del término «calidad de vida», no se conoce con exactitud, «Al parecer fue empleado inicialmente por los economistas liberales para adquirir en los últimos años un significado abiertamente progresista». Citado por PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p.443.

28. Cfr. ALMENAR MARTI, S.: «Jardines Públicos Rurales», en *I Curso de Paisajismo...*, cit.

logía, dada por SOSA. A este respecto, PASSMORE afirma: «Pocas cosas resumen mejor la calidad de vida de una comunidad dada, que el grado de desconfianza con que cada cual mira a su vecino»²⁹. Esta idea, se retomará más adelante al tratar del «nuevo pensamiento ecológico», junto con estas otras citadas por SOSA («la comunidad es el mecanismo adaptativo esencial» y «este sesgo 'comunitario'... elimina por principio toda suerte de individualismo»³⁰, nos recuerda que el tema de la vivienda no puede ser considerado aisladamente, sino que ha de analizarse en el seno de los grupos humanos (ciudades, pueblos, barrios....

Desde esta perspectiva necesaria, los problemas antes vistos se agravan si cabe —especialmente en las ciudades— puesto que la inexistencia, prácticamente total, de contacto con la Naturaleza, hay que unir el hecho de que, tal como afirma SCHUMACHER³¹, el hombre en las modernas ciudades ha alcanzado un grado de anonimato, atomización social y aislamiento espiritual que no tiene ningún precedente en la historia humana. «La vida metropolitana se está destruyendo psicológica, económica y biológicamente»³²

El hombre actual conoce el sentido profundo de palabras como «respeto», «solidaridad», «paz», etc. pero no o no se esfuerza por ponerlas en práctica, o bien las utiliza tanto que acaban convirtiéndose en tópicos, vacíos de contenido. Generalmente la búsqueda del propio bienestar —cuyo contenido suele venir impuesto exteriormente, según modas—, es la meta de cualquier persona; SOSA habla de una desertización ética³³. Para SCHUMACHER «la vida, trabajo y felicidad de todas las sociedades dependen de ciertas 'estructuras psicológicas', que son infinitamente preciosas y altamente vulnerables. La cohesión social, la cooperación, el mutuo respeto y sobre todo, el respeto a sí mismo, el coraje frente a la adversidad y la capacidad para sobrellevar privaciones, todo esto y mucho más se desintegra y desaparece cuando esas estructuras psicológicas se dañan gravemente»³⁴.

Desde luego, en la actualidad es evidente que esas «estructuras psicológicas» están bastante deformadas por el consumismo, por la búsqueda de la felicidad a través de una más amplia e inmediata satisfacción de los deseos»³⁵. COMMONER al hablar del empeoramiento de la calidad de vida urbana afirma que lo peor «es la pérdida de la esperanza: la esperanza ha sido superada por la desconcertante complejidad urbana. Cada intento de tratar una parte de la crisis se da de bruces con otro»³⁶.

29. PASSMORE, J., *La responsabilidad del hombre frente la Naturaleza*. Trad. A. DELGADO. Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1978, p. 70

30. SOSA, *op. cit.*, p. 25.

31. SCHUMACHER, E. F., *Lo pequeño es hermoso*. Trad. OSCAR MARGENET, Barcelona, 1983, p. 97.

32. *Ibíd.*

33. SOSA, *op. cit.*, p. 80

34. SCHUMACHER, E. F.: *op.cit.*, p. 97.

35. DERRICK, CH., *La creación delicada*, Trad. P. LABALÍA. Ed. Encuentro, Madrid, 1987, p. 139.

36. COMMONER, *op. cit.*, p. 129

Por otra parte el gran problema con el que choca el tema de la calidad de vida, está muy relacionado con lo que se verá en el epígrafe siguiente: el rapidísimo crecimiento demográfico. Aquí parecen chocar el derecho a una vivienda con el derecho a que sea digna y adecuada. ¿Qué debe prevalecer: el seguir creando ciudades gigantes que permitan «un techo» a millones de personas, aunque la calidad de vida, medida en el sentido que hemos visto, sea inexistente, o se sitúe en un nivel muy por debajo de lo deseable; o, crear ciudades con amplios espacios libres, zonas verdes, parques, paseos, etc. mientras quienes no pueden acceder a ellas «habitan» en los suburbios que las rodean? En este último caso ¿cómo hablar de un derecho humano universal y eficaz a una vivienda digna? Podría ser que el problema radicara en que el modelo de la ciudad que ha prevalecido hasta ahora ya no puede hacer frente a las nuevas necesidades y, por tanto, que lo que hiciese falta fuese pensar en un nuevo modelo de comunidad adaptada a éstas.

Pero con esto el problema parece agrandarse en lugar de solucionarse; así pues, trataré de ver si la solución puede encontrarse de otro modo. El reto no parece estar en conseguir suprimir las ciudades y el sistema social del «bienestar» sino en intentar llevarlo a todos o al menos al mayor número de personas posible. Y esto es lo que propone el nuevo «pensamiento ecológico», como se verá más adelante.

Por otra parte, el aumento demográfico es fundamental en el análisis del derecho a una vivienda digna. Influye en los dos aspectos antes vistos: el medio natural y el medio humano.

Respecto al primero el aumento de la población ha traído consigo mayores necesidades de recursos lo cual, a su vez, ha acelerado su consumo indiscriminado sin distinguir, en palabras de SCHUMACHER, entre los que son «renta» y los que son «capital»³⁷, y de espacio, lo cual influye muy directamente en el tema de la vivienda.

En cuanto al medio humano, PASSMORE afirma que el rápido crecimiento de la población «no ha supuesto una disminución en el nivel de vida tal y como se entiende convencionalmente. Son otros los efectos: escuelas abarrotadas, desintegración urbana, empobrecimiento de la corte-sía pública, criminalidad en ascenso y la desconfianza colectiva»³⁸.

Un aumento desmesurado de la población obliga a un despojo más rápido de la Naturaleza para poder habilitar «viviendas», pero el hacina-miento al que se llega eliminando cualquier posibilidad de hablar de «dignidad» de las mismas. A la vez, la rápida desertización de amplias zonas contribuye a la concentración en las ciudades. Se calculaba –según datos de BONNEFOUS³⁹– que en 1985, el 80% de la población europea esta-

37. SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 19.

38. PASSMORE, *op. cit.*, p. 150. A propósito de esto mismo conviene recordar la frase de este mismo autor sobre la calidad de vida. Vid. *supra* p. 17.

39. BONNEFOUS, *op. cit.*, pp.86-87.

ría ya viviendo en ciudades. La causa podría situarse, en la mecanización de la agricultura, la mejor remuneración del trabajo, las mayores oportunidades de encontrarlo, las facilidades educativas, las de cultura y de diversión, y las de participar en la vida política y asociativa; la intensificación de las relaciones y de los intercambios tanto comerciales como intelectuales, la multiplicación de tareas de gestión de administración y de formación y, en general, en el crecimiento de las comunicaciones entre los hombres. A la vista de las razones anteriores podría destacarse, que la mayoría de éstas vienen a ser los principales valores en los que se fundamenta la civilización actual: «maximización de los medios de satisfacer la ambición individual, y la conquista progresiva de poder y recursos para el aumento, el control y la defensa de aquellos medios. Como ya destacaron F. TÖNNIES y G. SIMMEL, los primeros sociólogos que se ocuparon de estas cuestiones, el centro de esta problemática reside en la progresiva sustitución de la forma comunitaria de vida por la forma social»⁴⁰.

En un sentido similar, pero desde otra perspectiva ROSZAK entiende que la migración a las ciudades es un hecho de política, no un hecho de población; la fuerza que empuja hacia a las ciudades no es la necesidad demográfica sino la presión de la gran tecnología agrícola. Por tanto, no es que la tierra se ha agotado sino que «ha sido comprada». «No se ha desvanecido bajo densidades de población excesivas, sino que simplemente ha pasado a ser propiedad de cada vez menos gente»⁴¹.

Por otra parte, paralelamente al crecimiento vertiginoso de las ciudades ha empezado a producirse un fenómeno de signo opuesto: el intento de vivir en las afueras de la ciudad, huyendo de la aglomeración y del tráfico, el ruido, la soledad, la falta de aire puro, de espacio para jugar los niños... acudiendo a las ciudades únicamente como lugar de trabajo. Esto ha originado un movimiento continuado de grandes masas de gente que, a diario, han de desplazarse contribuyendo, ya no sólo al colapso de las redes viarias, sino a la sensación de agobio y «stress» que afecta a la mayor parte de los habitantes de las ciudades.

VI. LA INFLUENCIA DEL NUEVO PENSAMIENTO ECOLÓGICO

A pesar de que el panorama de la sociedad actual sea poco alentador, el nuevo pensamiento ecológico, surgido especialmente a partir de 1972 Conferencia de Estocolmo, ha planteado nuevas posibilidades. En la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente se exigió la aparición de un nuevo «humanismo ecológico y solidario», y se llamó especialmente la atención sobre la calidad de vida, la limitación de los recursos no renova-

40. *Introducción a la sociología*, dirigida por MARSAL, J. F. y OJTR, B. Ed. Vicens Universidad, Barcelona, 1980, p. 114.

41. ROSZAK, *Persona/Planeta*. Trad. JORDI FIBLAS. Ed. Kairos, Barcelona, 1985, p. 333.

bles, su justa distribución, el consumismo dominante en la sociedad, sobre el concepto de solidaridad universal y sobre la sobriedad. En resumen, se trataba de demostrar que la catástrofe ambiental y social hacia la que parece encaminado el planeta no es una cuestión técnica o científica que pueda resolverse con un nuevo invento, sino que se trata de una cuestión esencialmente humana cuya solución radica en un cambio de mentalidad.

A la luz de esta nueva forma de pensar propugnada, es posible reinterpretar el sentido de algunos derechos —entre ellos el derecho a una vivienda digna y adecuada—, así como buscar nuevas posibilidades para su reconocimiento y defensa.

Según afirma BALLESTEROS⁴² la nota específica de los derechos, derivada del nuevo paradigma de la calidad de vida, sería el carácter de *inalienabilidad* de los derechos. ¿Qué supone esta inalienabilidad? MEYERS diferencia entre «derechos absolutos» y «derechos inalienables». Mientras que los primeros serían aquellos que nadie puede restringir justificadamente; inalienables serían aquellos que no se pueden enajenar. Entre estos últimos es donde la autora sitúa el derecho a la vivienda digna⁴³. Si entendemos que el derecho a una vivienda digna y adecuada posee la nota de inalienabilidad, tiene que abandonarse inmediatamente la idea de la vivienda como «mercancía». Los derechos a adquirir la propiedad y a disfrutarla, sólo deberían ser protegidos como un medio de respetar el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas por tanto no podría hablarse de un derecho inalienable a la propiedad. Así pues, la superación del patrimonialismo es requisito imprescindible para conseguir una mejor protección para el derecho de la vivienda, como en general, para entender los postulados del pensamiento ecológico, ya que éste propugna con especial énfasis, la imposibilidad de hablar de Ecología desde una posición dominocéntrica, desde el «primado del poder de disposición»⁴⁴

Una vez vistas algunas de las ideas que el nuevo pensamiento ecológico propugna en relación con estos derechos, parece necesario al menos intentar perfilar las posibles repercusiones prácticas que este pueda conllevar. En principio, queda claro que la ciudad tal y como existe en la actualidad no da cumplimiento a las exigencias de vivienda digna y adecuada. ROSZAK plantea la necesidad de que se produzca una rebelión contra la masificación y a favor de la persona⁴⁵. Su idea, absolutamente coincidente con el nuevo pensamiento ecológico, radica en que lo que se ha de poner de relieve es que la persona es «un acontecimiento especial e importante en el Universo, un

42. BALLESTEROS, «Postmodernidad: Decadencia o Resistencia», p. 148.

43. Cfr. MEYERS, D, *op. cit.*, p. 12. Esta autora considera como inalienables, además del derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, los derechos a la vida, a la libertad personal, y el derecho a un buen trato. Vid. *supra*, p. 8.

44. BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 152.

45. ROSZAK, *op. cit.*, p. 31

centro de sensibilidad delicada y de radical originalidad». La aportación que esto supone en relación al tema de la vivienda es que, si como afirma ROSZAK, hay que dejar de pensar en término de «ficciones colectivas» —nación, clase, movimiento social, etc., el nuevo diseño del espacio para vivir habrá de tener en cuenta, ya no a la colectividad de modo abstracto— lo cual no significa olvidar el carácter social del hombre, y lo que se ha dicho antes de su entorno, sino a cada una de las personas. Se hace, pues necesario diseñar las viviendas como aquellos espacios que las personas necesitan para encontrar «su estilo peculiar»⁴⁶. Es evidente pues, que un factor decisivo, es la aparición de un nuevo modo de habitar. Estas nuevas ideas se reflejan en todas las disciplinas humanas y por lo que aquí interesa, hay que destacar que la arquitectura también se ha visto influenciada por ella. Así, desde los años setenta aproximadamente, parece haber surgido un estilo de arquitectura, que frente al funcionalismo dominante también denominado, «estilo internacional», por su desconexión del entorno en el que se situaba trato de recuperar lo cualitativo y de arraigarse en su entorno, llevado por inquietudes ecológicas⁴⁷.

Si bien es cierto que pensar en crear un nuevo estilo de comunidad que permitiese dar cumplimiento al derecho de toda persona a una vivienda digna y adecuada excede los límites de este trabajo, por lo menos parece quedar claro lo que hay que evitar, se demuestra que no resulta aceptable el «insensible colosalismo de los sistemas actuales», que convierten a la gente en «amasijo estadístico para el mercado»⁴⁸. Es decir, para una gran cantidad de autores como ROSZAK o SCHUMACHER, tanto la persona como el planeta, están amenazados por el excesivo tamaño de las cosas⁴⁹.

Y, por otra parte, algo que sí hay que tener en cuenta es la idea de la recuperación del ámbito rural, es decir el evitar la tendencia a separar lo urbano de lo rural «como si constituyeran épocas históricas, una la rural perteneciente al pasado moribundo, y otra la urbana representando la modernidad en su máxima extensión». Hay que desechar la idea de que el único sitio «con futuro» está en la ciudad. Por supuesto, esto conlleva la necesidad/obligación de «habilitar» el medio rural, de «re-crearlo», de enfrentarse a los problemas políticos de la tierra: su propiedad, su control y su uso. La tierra es el contexto total de todos los problemas urbanos; contiene todas nuestras alternativas posibles al imperio de las ciudades. Todo plan de acción urbano, toda planificación de la ciudad que no empiece con la política de reforma agraria despista o engaña. Desurbanizar el mundo significa libe-

46. *Ibid.*, p. 31

47. Cfr. BALLESTEROS, *op. cit.*, pp.108 y ss.

48. ROSZAK, *op. cit.*, p. 63

49. También hay quien, como PAOLO SOLERI —el cual hace treinta y cinco años que acuño el término «arcología» de arquitectura y ecología—, opina que el tamaño desmesurado no es el problema. Para este arquitecto-filósofo, el pensamiento ecológico no puede ignorar el milagro de la vida multitudinaria; la ciudad, producto de la mente, es un fenómeno multitudinario datos extraídos del artículo «Arcosanti, utopía ecotecnológica». *INTEGRAL*, n.º 16, 1991, p. 416).

rar a la gente de las ciudades en las que no desean a vivir. Pero eso, a su vez, significa liberar la tierra como una opción económica y cultural verdadera⁵⁰.

No deber dejarse oportunidad a pensar que son mejores los suburbios urbanos que el ámbito rural. Hay que permitir a quien quiera abandonar la ciudad que pueda hacerlo, pero ofreciéndole una alternativa realista; sólo de esta forma se podrá librar a la ciudad de sus «tendencias suicidas»⁵¹.

VII. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

a) *Protección a nivel nacional*

El derecho a una vivienda digna y adecuada *individualizado frente al Estado*, no existe, a pesar de su reconocimiento en diversas constituciones, y de que ha existido un importante esfuerzo legislativo para resolver el problema de la vivienda, así la creación de unos instrumentos jurídicos que han tratado de fomentar tanto la propiedad como el alquiler y dirigirse a los diferentes grados de ingresos existentes en la población⁵²

Por todo lo visto hasta ahora es evidente la necesidad de configurar el derecho a una vivienda digna y adecuada, como un derecho humano fundamental de la persona⁵³. Puesto que este derecho posee como uno de sus componentes básicos la calidad de vida, tomando un razonamiento de PUY, podría afirmarse que «el hecho de que incluya la misma expresión 'de vida', ya está indiciando que estamos en los aledaños de un derecho fundamental»⁵⁴.

Su carácter de derecho fundamental «social», como lo califica GARCIA MACHO, supone que es uno de los que tienen como objetivo esencial el crear las condiciones previas para el desarrollo libre de la personalidad⁵⁵.

El derecho a una vivienda está recogido en el art. 47 de nuestra Constitución⁵⁶. Este artículo establece el derecho y lo concreta al emplear la

50. Cfr. ROSZAK, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

51. *Ibíd.*

52. Cfr. GARCIA MACHO R., *Las aporcas de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda digna*. Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1982. p. 164.

53. Derecho fundamental de la persona: «Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, la libertad, la igualdad humanas que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional». PÉREZ LUÑO: *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad, Sevilla, 1979

54. PUY, *op. cit.*, p. 57.

55. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 81.

56. «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

expresión «digna y adecuada», pues el uso de tal declaración, consecuentemente, conlleva que cada vivienda «ha de tener unas condiciones mínimas establecidas. Además el p. 2 del art. 47 se dirige a evitar la especulación del suelo, que es causa determinante del precio final de la vivienda»⁵⁷. Los antecedentes de este artículo son el art. 28, párrafo 2, del Borrador. Art. 40 del Anteproyecto, que simplifica su redacción. El Informe de la Ponencia lo reelaboró al aceptar las enmiendas núm. 35, 140 y 693. Dicho texto es asumido por el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso y por el Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso. El Senado introdujo ligeros matices gramaticales y dividir el primitivo párrafo único en dos, que fueron ratificados por la Comisión Mixta⁵⁸. Habría que destacar dos cosas: por una parte, la falta de discusión acerca de su posición sistemática, y esto a pesar de que decididamente se está reconociendo un «derecho» cuando no corresponde al Cap. III, Título I de la Constitución, reconocer derechos, sino fijar principios de política social. Y, en segundo lugar, que toda la discusión se centrará en el tema de la utilización del suelo y de las plusvalías generadas por la acción urbanística, siendo que no correspondería a la Constitución el fijar medias concretas de política económica⁵⁹.

Sin embargo lo primero que llama la atención es la situación de este derecho dentro del Cap. III, Título I dedicado a los Principios Rectores en lugar de estar situado dentro del Cap. II dedicado a los Derechos y Libertades Fundamentales; porque, a pesar de que como afirma GARCIA MACHO, este artículo destaca por los términos categóricos en los que está redactado según este autor el poder constituyente ha querido resaltar la trascendencia de que cada ciudadano posea una vivienda, «lo cual se acomoda a la tesis...de que la garantía de una vivienda es un derecho fundamental de prestación de los llamados existenciales»⁶⁰. Al parecer la Constitución de 1978 es capaz de pensar una «vida» art. 15 y la consecución de una digna calidad de vida Preámbulo sin que sea imperiosamente necesaria una vivienda. En cualquier caso, a la vista de su contenido y su relación con otros derechos, puede afirmarse, para reagrupar las ideas que han ido surgiendo que han surgido a lo largo de este estudio, que la vivienda es espacio de la intimidad personal y familiar art. 18.1 ; soporte de la seguridad personal art. 18.2 ; condición para el libre desarrollo de la personalidad art. 10.1 ; lugar donde la persona puede dedicarse al descanso y a la adecuada utilización del ocio art. 43.3, y con un valor especial para los ancianos a los que el art. 50 promete «vivienda, cultura y ocio»⁶¹. Si el tema se

57. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 165.

58. ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*. Madrid, Ed. del Foro, 1978, p. 330.

59. *Ibid.*, pp.325 y ss.

60. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 165.

61. CEC, *op. cit.*, p. 166.

limitara a una mera cuestión de posición sistemática, en realidad no habría problema. El problema está en lo que supone dicha situación: el derecho a una vivienda digna y adecuada del art. 47 no es directamente intocable ante los Tribunales, no es recurrible en amparo, como ha manifestado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ⁶². El art.47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo...sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos...».

El grado de vinculación para los poderes públicos del derecho a una vivienda está determinado por el art. 53 CE. Según éste, el art. 47 no está garantizado como derecho subjetivo. Sin embargo, este derecho vincula a los poderes públicos a su desarrollo; obliga al legislador a realizar el objetivo propuesto por el art. 47 y, además los Tribunales han de reconocer y proteger la existencia del derecho a una vivienda, «pudiendo considerar inconstitucional la omisión del legislador por producir efectos que no se hubieran producido sin esa omisión.» ⁶³.

A la vista de todo lo anterior podría afirmarse que hubiese sido más adecuado configurar el derecho a una vivienda digna como un derecho fundamental.

Por último tan sólo mencionar que en España puede destacarse la siguiente legislación:

- Leyes de Casas Baratas, de 1911 y 1921.
- Ley de Viviendas protegidas, de 1939.
- Ley sobre viviendas de renta limitada, de 1954.
- Texto refundido de 1963 y Reglamento de 1968 sobre viviendas de protección oficial.
- Texto refundido de legislación de viviendas de protección oficial: RD 2969/76 de 12 de noviembre.
- Real Decreto ley 1981/83 de construcción de viviendas de protección oficial.

Por otra parte, no hay que olvidar que, según se desprende del art. 148.1.3, la competencia sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, puede ser asumida por las Comunidades Autónomas.

Además, la Ley de Bases de Régimen Local Ley 7/85 de 2 de abril concede competencias al Municipio en la «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas, parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales» art. 25.2 d.

62. Cfr. vgr.: Sentencias 35/83 f.3, 53/35 f.6, 152/88 f. 2. Autos: 130/81, 356/83, 552/83...

63. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 166.

b) *Protección a nivel internacional*

El derecho a una vivienda digna y adecuada se encuentra recogido en la mayoría de las declaraciones internacionales de Derechos. Entre otras pueden citarse:

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: El art. 23.3 afirma que «toda persona tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social». Por su parte el art. 25.1 reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...»
- Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966, art. 11⁶⁴. Sin negar que este Pacto constituya un avance en la protección de los derechos humanos sociales, el problema que sigue planteándose es el de la escasa protección jurídica que les proporciona.
- Convenio de la OIT número 117 relativo a las normas y objetivos básicos de la política social, de 1962: art. 5⁶⁵.
- Carta Social Europea, 1961: art. 16⁶⁶. Los derechos humanos exigidos en la Carta suponen una exigencia de acción positiva por parte del Estado. En base a esta nueva dimensión de los derechos fundamentales debe serle asegurado al individuo por el Estado prestaciones positivas que le sirvan como garantía de la existencia en las vicisitudes de la vida»⁶⁷.

64. Art. 11.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

65. Art. 5.1: «Se deberán adoptar medidas para asegurar a los productores independientes y a los asalariados condiciones que les permitan mejorar su nivel de vida por sus propios esfuerzos y que les garanticen el mantenimiento de un nivel mínimo de vida, determinado por medio de investigaciones oficiales, realizadas de acuerdo con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

2. Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación».

66. Art.16: «A fin de realizar las condiciones indispensables de vida para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular por medio de prestaciones sociales y familiares, de disposiciones fiscales, de apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, de ayuda a los matrimonios jóvenes, o de cualquier otra medida adecuada».

67. GARCIA MACHO, *op. cit.*, p. 54.

VIII. CONCLUSIONES

El «vivir» supone un hecho más amplio que el mero existir o subsistir, puesto que la dignidad de la persona –noción central de los derechos humanos– así lo exige. De aquí la importancia de todos los elementos que conforman la «vida» –vida digna– y entre los que se encuentra la VIVIENDA.

La necesidad de protección de este elemento, que ocupa una posición básica en la vida humana, lo convierte en objeto indiscutible de un derecho humano fundamental.

Así pues, a este derecho humano fundamental hay que encontrarle su pleno significado, y un camino para ello puede ser el señalado por el nuevo modo de pensar ecológico. Con esta guía el derecho a la vivienda digna pasa a estar en relación, con el medio ambiente natural, con la ecología, con el medio humano –el nuevo modo de habitar–, con la calidad de vida –situándola por encima del mero «nivel» de vida– y con la solidaridad. Se produce también una superación del patrimonialismo, y se abandona la idea de la vivienda como «mercancía».

Pero, por otra parte, el principal problema que lo anterior plantea es la falta de adecuación entre el Derecho y la realidad. Este derecho que aquí se trata no puede quedar limitado a las declaraciones de derechos, sino que han de tomarse las medidas necesarias para llevarlos a la realidad. Y por supuesto, si bien la Filosofía del Derecho puede dar las ideas, tendrán que ser medidas políticas y económicas las que las pongan en práctica.

La existencia de «ciudades ecológicas» –por ejemplo, Davis en Estados Unidos– demuestran que su posibilidad de ser una realidad es algo más que pura utopía. Por lo tanto, se trata de potenciar una toma de conciencia social del problema –más allá de los tópicos– y de crear lugares habitables dignamente. Si esto se consiguiera el camino hacia la universalización del disfrute de una vivienda digna y adecuada se habría ya acertado.

3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO

De la facultad moral a la cualidad moral: El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS
Cádiz

SUMARIO 1. Introducción 2. Luis de Molina 3. Leonardo Lessius
4. Francisco Suárez 5. Hugo Grocio 6. Conclusiones.

1. El objeto de este estudio no es realizar un análisis pormenorizado de la historia del derecho subjetivo. Se trata más bien de ver hasta qué punto se puede decir que autores como MOLINA, LESSIUS y SUAREZ —en principio dependientes de la doctrina tomista, según entiende la mentalidad más extendida— son los consolidadores de la idea del derecho subjetivo como la manifestación primaria y fundamental del Derecho, que es la tesis típicamente moderna, esto es, de los siglos XVI y XVII.

Las opiniones sobre su origen son muy variadas.¹ Desde los que sostienen que fueron los juristas romanos los artífices hasta los que mantienen que no se puede hablar de derecho subjetivo propiamente hasta el siglo XIX se han producido todo tipo de aseveraciones; pero por lo general se coincide como momento de arraigo de esta tesis en el siglo XVII con la figura de GROCIO.

Con respecto a los juristas romanos, ha puesto de manifiesto VILLEY que no utilizaron el término *ius* con el sentido que atribuimos al derecho subjetivo.² El *ius* romano venía a designar el estatuto jurídico en el que

1. Vid., entre otros, FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. Ed. Pax Juris, San Lorenzo de El Escorial, 1960; y ORESTANO, R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, en *Azzione, diritti soggettivi e persone giuridiche. Scienza del Diritto e Storia*. II Mulino, Bologna, 1978.

2. Cfr. VILLEY, M., *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, págs. 32-34; idem, *Suum ius cuique tribuens*, en la misma obra, págs. 62-66; idem, *Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*, en la misma obra, pág. 80; idem, *Acercas del sentido de la expresión "ius in re" en el derecho romano clásico*, en la misma obra, págs. 100-123; idem, *"Ius in re" del derecho romano clásico al derecho moderno*, en la misma obra, págs. 125-148. En este último artículo afirma que "el derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea del derecho subjetivo" (pág. 128).

se encuentra la persona, que precisamente por encontrarse en esa situación gozaba de ciertas facultades o competencias.³

Será más bien GUILLERMO DE OCCAM el que ponga las bases y comience a atribuir una relevancia mayor al sujeto de derechos. Con su empeño en concebir el derecho como una obra arbitraria de la voluntad humana o divina, suprimiendo el papel que pueda jugar la inteligencia,⁴ consigue que se pierda de vista la posibilidad de un derecho natural objetivo. El empeño se centrará en los derechos naturales del individuo, es decir, en sustituir el derecho natural por las libertades naturales.⁵

Esta idea de OCCAM será seguida por algunos escolásticos como GERSON, DIEDRO, MAYR, etc..., que realizarán los primeros análisis del derecho subjetivo,⁶ pero serán los modernos los que consagren definitivamente esta idea en el mundo jurídico.⁷

La causa lejana del origen del derecho subjetivo es el individualismo que comienza a abrirse paso en la Edad Media y que se acentúa en mayor medida en el siglo XVI; las vías por las que se introduce son la desvirtuación de la Moral objetiva y el crecimiento del interés particular en detrimento del interés común.⁸ En definitiva, “proviene de una concepción del mundo muy diferente (...): cesa de considerar al Hombre, objetivamente, como una simple pieza de un todo organizado, y pasa a reconocerlo como dotado de libertades naturales, que los juristas tienen la misión de restringir y estudiar. Concebir la noción general de poder del individuo –derecho subjetivo, base de un nuevo Arte jurídico– nos parece haber sido la obra particular de la Filosofía moderna”.⁹

3. Cfr. *ibidem*. En sentido contrario se pronuncia DABIN, J., *El derecho subjetivo*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 64 (nota 147). Admite que si no conocieron netamente la noción de derecho subjetivo, al menos practicaron la idea que entraña esta noción. Cfr. también, FOLGADO, A., op. cit., págs. 83-93.

4. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 52 y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, en *Estudios en torno...*, cit., págs. 169-190. Cfr. también, SOSA, B., *La noción del derecho en “Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho” de Luis de Molina*. Eunsa, Pamplona, 1985, págs. 195-204; y Folgado, op. cit., págs. 96-146.

5. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 51-52 y *Suum ius cuique...*, cit., págs. 66-67.

6. Cfr. VILLEY. *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 46-47 y FOLGADO, op. cit., págs. 147-173.

7. Cfr. VILLEY, op. ult. cit., págs. 49-50, donde afirma que con Grocio el derecho subjetivo ocupa un lugar de honor, pero serán sus comentaristas (Pufendorf, Feltmann, Thomasius,...) los que explotan la idea; cfr. también *Las Instituciones de Gayo...*, cit., pág. 99, *Suum ius cuique...*, cit., págs. 66-67 e “*Ius in re*” del derecho romano..., cit., págs. 144-145.

8. Cfr. VILLEY, *La génesis del derecho subjetivo...*, cit., págs. 151-152 y *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 45. Montoro recoge en su libro *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico* (Universidad de Murcia, 1983), págs. 29-32, un resumen completo del pensamiento de VILLEY.

9. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 56. Cfr. DABIN, J., op. cit., págs. 47 y ss. En este sentido vid. CARPINTERO, F., *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1987), págs. 477-479.

El derecho subjetivo es concebido como un derecho que se extrae del mismo ser del sujeto, de su esencia, es un poder del sujeto individual, una cualidad de la persona.¹⁰ Como manifiesta GUZMAN BRITO, implica un poder del sujeto que “entraña, en su seno, una ventaja, un provecho y jamás una carga”.¹¹

2. En ocasiones se ha pretendido ver a LUIS DE MOLINA como creador del derecho subjetivo¹² o de ser el primero en entender el derecho como facultad. Es cierto que MOLINA trata el derecho subjetivo y que utiliza, en ocasiones, indistintamente los términos derecho y facultad para designar lo mismo. Pero, en mi opinión, no es sostenible que este escolástico utilizara la noción de derecho subjetivo tal y como lo entendemos hoy día o con la significación que le dieron los modernos.¹³

Al igual que el resto de los escolásticos anteriores a él, comienza su obra tratando de delimitar o aclarar el concepto de Derecho, en un intento de deshacer el “equivoco” que puede producir este vocablo. El significado real de Derecho es *lo justo*, y de este significado derivaron los demás significados, como ley y como arte.¹⁴ A su vez, *lo justo* puede tener dos acepciones, bien como “lo legítimo” (conforme a la razón y la ley), bien como “lo equitativo” y opuesto a lo injusto o inicuo. Sólo en esta segunda acepción se puede entender el Derecho como objeto de la justicia.¹⁵

De igual modo que el Derecho entendido como ley y entendido como arte derivan de la concepción del Derecho en su sentido objetivo, también el derecho subjetivo derivará de él, pero de forma distinta. Los pri-

10. Sobre el concepto y contenido, vid., por ejemplo, DABIN, op. cit., págs. 70 ss.

11. GUZMAN BRITO, A., Presentación a *Estudios en torno...*, cit., pág. 15.

12. Vid. el artículo de FERNANDO N. ARTURO CUEVILLAS, *Luis de Molina: el creador de la idea del derecho como facultad*, en *Revista de Estudios Políticos* 75 (1954), págs. 103-116. Las opiniones que vierte Cuevillas en este artículo han sido sometidas a una dura crítica, entre otros, por A. FOLGADO, op. cit., págs. 66-67. Molina no es el primero en equiparar derecho y facultad y tampoco es creador del derecho subjetivo, como intentaremos desarrollar.

13. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 51-54.

14. *De Iustitia et Iure opera omnia*. Edición de Venecia de 1614. Las citas de Molina las haremos por la traducción de M. FRAGA del *De iustitia et iure* con el título *Los seis libros de la Justicia y el Derecho del P. Luis de Molina*. Facultad de Derecho, Madrid, 1941-1944. Las páginas que aparecen entre paréntesis corresponden a esta traducción. En el trat. II, disp. 2, 1 (págs. 133-134) expone: “El vocablo Drecho es equivoco. En primer lugar, significa lo mismo que *lo justo*, en los dos sentidos que explicamos en la disputación precedente. De aquí pasó a significar las leyes en que se contiene, ya sean naturales, ya escritas; y también el arte porque lo conocemos... El vocablo Derecho primero se impuso para significar lo justo..., y después fue acomodado a significar las leyes en que se contiene, y el arte y la pericia por medio de la cual se conoce”.

15. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. I, disp. 2,3 (págs. 135-136): “El Derecho, tomado en el sentido de lo justo, puede tener las dos acepciones de esta palabra: una, más lata, en cuanto significa lo mismo que legítimo y conforme con la razón y la ley; otra, más estricta, en cuanto equivale a equitativo, que se opone a lo inicuo (que envuelve injuria); en esta última acepción consiste el término medio, según la naturaleza de la cosa, entre el más y el menos o entre el lucro y el daño... Es, pues, evidente que en la primera acepción el derecho no es el objeto de la justicia, virtud cardinal; no hay duda, en cambio, que lo es el derecho en las segunda acepción”. Cfr., a este respecto, SOSA, B., op. cit., págs. 119-122 y 146-158.

meros se llegan a denominar o a entender como derecho por cierta analogía o relación. En cambio el derecho subjetivo deriva materialmente del derecho objetivo, ya sea entendido éste como objeto de la justicia, como la justo, o como ley.¹⁶

La definición que ofrece del derecho en este sentido subjetivo es la siguiente: “facultad de hacer, obtener, insistir o, en general, actuar de cierto modo sobre alguna cosa, que si se contraviene sin causa legítima, se causa una injuria al investido de dicha facultad”.¹⁷ Le resulta difícil a MOLINA establecer lo que es realmente el derecho subjetivo, si es que lo podemos llamar así. Por un lado no dice que es la “facultad” (o potestad), pero cuando trata de explicarlo, establece una relación entre titular del derecho y el objeto sobre el que recae el derecho, y es precisamente esa relación la que él considera como derecho subjetivo.¹⁸

Para convencernos de que no está en su intención elaborar una doctrina estricta sobre el derecho subjetivo y que lo único que hace es adoptar una terminología consolidada ya en su época, tendremos que destacar una incongruencia con respecto a lo anterior. Efectivamente, hemos visto cómo concibe en primer lugar el Derecho como *lo justo o equitativo* y como ley. De éste derivan las facultades de hacer, obtener, etc..., que deben recaer sobre cosas y objetos concretos, y la relación es lo que denomina propiamente derecho. Si tomáramos literalmente sus manifestaciones resultaría que cabrían derechos sobre los derechos subjetivos. Me explico. Las cosas concretas sobre las que recaen los derechos pueden ser corporales o incorpóreas. Las primeras son las cosas tangibles. En cuanto a las segundas, “se llaman incorpóreas los derechos subjetivos porque si bien los derechos, en general, tienen por objeto algo corporal, de suyo son algo que no puede tocarse y que sólo se percibe de un modo intelectual, por lo cual se les llama incorpóreas”¹⁹ (propone como ejemplo el derecho del heredero). Entendemos que lo que pretende es resaltar el carácter de intangibilidad (sólo se percibe de un modo intelectual, manifiesta) de estos derechos subjetivos, de estas facultades, pero no que esté en su intención la afirmación de la existencia de derechos sobre derechos. Por esto comenta VILLEY que la equiparación entre *iura* y cosas incorpóreas no responde a la realidad en la doctrina medieval. Es simplemente un modo

16. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. I, disp. 2,4 (pág. 136): “De esta primera acepción del Derecho “como lo justo” se derivaron las demás. Así, el derecho como facultad o potestad que el hombre tiene para alguna cosa: en cuyo sentido se dice que alguien usa de *su derecho*”.

17. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1,1 (pág. 189). Sobre el alcance de esta definición, vid. FOLGADO, op. cit., págs. 201-202. Manifiesta CUEVILLAS, op. cit., pág. 112, que “así nació este invento moderno en el mundo éticojurídico casi veinte años antes que Suárez lo repitiera en su *De Legibus*”.

18. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 192): “Si se nos pregunta qué cosa es el derecho o facultad que venimos explicando, responderemos que no es otra cosa que el hábito o relación de la persona que lo tiene con el objeto a que tiende el derecho o facultad”. Cfr. FOLGADO, op. cit., p. 231; sobre el derecho como facultad en Molina, cfr. SOSA, op. cit., págs. 228-238.

19. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 4 (pág. 199).

de hablar o de decir que utilizaron ya los juristas romanos y que fue seguido por sus comentadores y la doctrina bajomedieval.²⁰

Esta falta de intencionalidad en establecer concretamente lo que sea el derecho subjetivo es lo que le lleva a utilizar indistintamente los términos facultad, derecho, dominio, poder o potestad en algunas ocasiones. Pero si leemos detenidamente su obra nos daremos cuenta de que no todos tienen idéntico significado.

Poder, potestad y facultad quedan equiparados por el jesuita, y así lo expone, por ejemplo, cuando se refiere al dominio de jurisdicción del rey, al que el pueblo le concede su poder y facultades (sin distinción) para conseguir el bien común.²¹

En cambio la identificación entre derecho y facultad no aparece tan clara. En ocasiones establece la identificación: “si se nos pregunta qué cosa es el derecho o facultad que venimos explicando”;²² cuando se refiere a la controversia de la pobreza franciscana expone: “tienen, por tanto, una facultad o derecho a usarlas”;²³ en relación al dominio se pregunta si es “algo anterior a la facultad o derecho de disponer”;²⁴ etcétera. Pero sería un error entender que tal identificación se produce siempre en la doctrina molinista. En absoluto. La única facultad equiparada al derecho será aquella que esté legitimada por alguna razón, de modo que si no es respetada se causa una injuria a su titular.²⁵ Se podría decir que Molina concibe unas facultades de hecho, no garantizadas jurídicamente y sin sustento jurídico, y unas facultades de derecho a las que no se puede atacar, sin causa legítima, por constituir ellas mismas un derecho.²⁶ Lo mismo se podría decir del término “poder”.

La equiparación que pueda realizar, por tanto, entre dominio y facultad proviene de la naturaleza jurídica del dominio. Si éste constituye un derecho legítimo quedaría identificado con facultad y como tal se le podría definir. De este modo, decir dominio es lo mismo que decir “facultad de usar conforme a la propia voluntad” sin más límites que los que

20. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 36-39 y *Las Instituciones de Gayo...*, cit., págs. 85-95. la cosa, entre el más y el menos o entre el lucro y el daño... Es, pues, evidente que en la primera acepción el Derecho no es el objeto de la justicia, virtud cardinal; no hay duda, en cambio, que lo es el Derecho en la segunda acepción”. Cfr., a este respecto, SOSA, B., op. cit., págs. 119-122 y 146-158.

21. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 25, 1 (pág. 397).

22. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 192).

23. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 6, 4 (pág. 235).

24. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 3, 5 (pág. 210).

25. “Esta última parte de la definición excluye del concepto de derecho todas las facultades que pueden ser contravenidas con cualquier motivo, y sin que se cause injuria a sus titulares”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 191).

26. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 1 (pág. 189), trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190), trat. II, disp. 18, 2 (pág. 332) etc. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 227-230.

marquen la naturaleza y las leyes.²⁷ Pero para que esto se pueda producir es necesario que primero exista el dominio, y después existirá la facultad, siendo ésta efecto de aquel.²⁸

Estos derechos o facultades, llamados subjetivos, necesitan para su existencia una razón objetiva y externa al individuo que los haga nacer. Unas veces será la naturaleza de las cosas²⁹ y en otras ocasiones serán facultades obtenidas conforme a las disposiciones legales.³⁰ Si no se cumplen los requisitos, no puede nacer el derecho. Así, en el caso de la propiedad, por ejemplo, no basta con que exista la cosa, el título y la aptitud para la transmisión, sino que se necesita, porque así lo exige la ley, la tradición.³¹ Es de advertir que MOLINA engloba dentro de su derecho subjetivo tanto los derechos reales como los personales: “el derecho subjetivo se divide en derecho real y derecho a una cosa...”.³² Más adelante habrá autores, como es el caso de HUBER, que recriminen la inclusión de la propiedad o *ius in re* en el concepto de derecho subjetivo, aunque no a MOLINA, sino a GROCIO y FELTMANN.³³

Sin pretender exponer una lista completa de los derechos subjetivos o facultades que MOLINA recoge como derechos, podemos enunciar los siguientes, todos en el Tratado II: en la disposición 1, 2 recoge las de usar lo que nos pertenece, comer la propia comida, ponernos nuestros vestidos, coger la fruta de nuestros árboles, pasear en el interior de nues-

27. “Para que exista el dominio es suficiente la facultad de usar conforme a la propia voluntad, pero del modo que exige la naturaleza y no esté prohibido por las leyes divinas y humanas”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 18, 13 (pág. 336).

28. “Es mucho más correcto decir que Pedro es el dueño de tal cosa, y por tanto tiene el poder de disponer de ella a su gusto, que no decir que por tener la facultad dicha de disponer perfectamente, es el dueño de la cosa... Luego el poder o el hecho de disponer perfectamente de la cosa es un efecto del dominio”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 3, 5 (págs. 210-211).

29. De este modo incluso en los dementes y menores se da una verdadera facultad o derecho de dominio, aunque no tengan la facultad de uso. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 18, 3 (Pág. 333) y trat. II, disp. 27, 4 (pág. 408).

30. Se refiere tanto al derecho de gentes como al derecho civil. Así, en todo lo que se refiere al derecho de propiedad (división, apropiación, transmisión y pérdida) habrá que ajustarse a lo establecido en el derecho civil. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 20, 11 (pág. 357) y disp. 25, 1 (pág. 398). Cfr. SOSA, op. cit., págs. 236-237.

31. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 3 (págs. 197-198): “Para que quede más clara esta distinción entre el “*ius in re*” o el derecho real y el “*ius ad rem*” o derecho a la cosa, diremos que para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente; ni que tengamos un título apto para la transmisión del dominio, como una compraventa legítima, o una donación o algo semejante, sino que es necesario también que la cosa nos sea transmitida por alguna clase de tradición”; cfr. también la disp. 4, 1 (pág. 226).

32. Continúa explicando qué entiende por uno y otro: “creo que el derecho real no puede definirse mejor que de este modo: es el derecho sobre una cosa cualquiera, al cual está esta cosa absolutamente sometida”.

En cambio, el derecho a una cosa es todo derecho sobre una cosa cualquiera, al cual no queda ésta sometida de un modo directo”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 1.2 (págs. 195-196).

33. Cfr. VILLEY, M., *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 28-29.

tra casa o en la vía pública;³⁴ en el mismo lugar recoge, también, cobrar lo que se nos debe, insistir y persistir en la posesión de lo nuestro, recibir donaciones y legados, etc.; en la disposición 2, 5-9 después de sostener que los derechos subjetivos son cosas incorpóreas,³⁵ mantiene que pertenecen a este género el usufructo,³⁶ el uso,³⁷ las servidumbres y los derechos que nacen de cualquier obligación;³⁸ etcétera.³⁹

Podemos pensar que MOLINA considera extensibles todas estas facultades o derechos a todo el género humano, salvo lo que puedan establecer las leyes en cuanto a los individuos que carezcan de libre voluntad o razón, como es el caso de los menores y dementes. Pero no es motivo para denegarles estos derechos el hecho, por ejemplo, de ser infiel. Así lo expone cuando se refiere al dominio: “por lo tanto, tanto el dominio de jurisdicción como el de propiedad son comunes a todo el género humano, y su fundamento no es la fe ni la caridad, sino que nacen mediata o inmediatamente de la misma naturaleza de las cosas”.⁴⁰

Después de todo lo dicho, bien podría pensarse en Molina como uno de los fundadores del derecho subjetivo en el sentido moderno del término.⁴¹ Como decía más arriba, no parece ser ésta la intención del conquiscente. Es cierto que utiliza esta terminología, pero no con el mismo contenido y características que le atribuirán más tarde al derecho subjetivo, y que corresponden más bien a las doctrinas del siglo XVII.

34. “La facultad de que aquí hablamos es la de que cada uno tiene por la misma naturaleza de las cosas, para usar de lo que pertenece, para comer su propia comida, para ponerse sus vestidos, para coger la fruta de sus árboles, para pasear en el interior de su casa o en la vía pública; todas estas facultades que hemos dicho son derechos”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190). En realidad está aludiendo a las facultades derivadas del dominio, que recoge más explícitamente en el trat. II, disp. 3, 2 (pág. 206) y que se puede resumir en disponer de lo nuestro “de cualquier manera y por la propia autoridad, ya para la propia utilidad, ya para la ajena, ya consumiendo o enajenando la cosa, ya reservándola”. Esto sólo es válido para el dominio pleno. El concepto de dominio como facultad lo expone en el trat. II, disp. 3, 1 (pág. 206). Cfr. también la disp. 3, 13-16 (págs. 214-218).

35. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 4 (pág. 199).

36. Definido como el derecho a disfrutar el bien de otro, con la facultad de adquirir los frutos que produzca. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 7, 1-2 (pág. 240).

37. Definido como el derecho a usar la cosa de otra, pero exclusivamente usar. “El uso... es el derecho que sólo se extiende a usar una cosa ajena, salvada su sustancia. A usar precisamente en cuanto es lícito al que disfruta de este derecho”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 5, 1 (págs. 227-228).

38. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 2, 5-9 (págs. 200-204).

39. En otros lugares habla de facultades otorgadas por el derecho de gentes, como puede ser la facultad de ocupar y hacer propio lo que no era de nadie (cfr. trat. I., disp. 5, 4 –pág. 153– y trat. II, disp. 20, 10 –págs. 356 y 357–), o también otorgadas por el derecho natural, como puede ser el tomar agua de una fuente pública o el pasear por las calles (cfr. trat. II, disp. 20,6 –pág. 352–).

40. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 27, 4 (pág. 408). En cuanto a la imposibilidad de disfrutar del dominio por los que carecen de “libre albedrío”, cfr. trat. II, disp. 18, 2-3 (págs. 332-333).

41. Así lo cree Cuevillas, op. cit., pág. 115, al decir que “Molina, con respecto a la noción misma de derecho, rompió con la tradición tomista y dio pie para que otros fundamentaran en su concepto el sistema jurídica individualista y voluntarista del siglo XIX y, a veces, materialista del presente”. Nada más lejos de la realidad, como demuestran Villey, Folgado, Carpintero y Sosa entre otros.

Para explicar esto último pienso que bastaría con aludir al nacimiento y mantenimiento de estos derechos en la doctrina del jesuita. El derecho siempre nace de la relación, como explicitábamos al principio, entre el sujeto y el objeto, pero no es una cualidad del sujeto como mantendrán los modernos más adelante. Para su nacimiento se necesitan, además de esta relación, unos requisitos determinados, exigidos por la naturaleza de las cosas o por las leyes; por tanto, se exige una situación concreta rodeada de circunstancias concretas. Una vez adquirido el derecho, éste no permanecerá como una facultad absoluta frente a los demás como pensaban los modernos; si existe una causa legítima, podrá sufrir agresiones por parte de otros individuos sin que ello suponga una injuria⁴² y sin que deje de ser derecho: “si se contraviene sin legítima causa, se causa una injuria al titular. Porque la contravención de una facultad cualquiera con causa legítima que tenga alguno de los predichos, según la misma naturaleza de las cosas, ni impide que tal facultad considerada en sí misma sea un derecho, ni es una injuria para el titular de ésta”.⁴³ Por esta razón, una vez introducida la propiedad, el propietario podrá prohibir al resto el uso de las cosas propias, puesto que son el objeto de su derecho de propiedad; pero este derecho no es absoluto y no podrá impedir ese uso en el caso de extrema necesidad de otro individuo⁴⁴ o si lo requiere el bien común.

3. Similar a MOLINA, al que cita en repetidas ocasiones, es el caso de Leonardo Lessius. Este escolástico, que escribe en el primer cuarto del siglo XVII, aporta pocas ideas nuevas con respecto a MOLINA.

Lessius reconoce en el término *jus* tres acepciones: como *lo justo*, como ley y como potestad legítima. A pesar de que atribuye una gran importancia a esta última acepción para explicar la razón de la justicia,⁴⁵ lo cierto es que a lo largo de su obra no se aprecia tal importancia. A ella le dedica unas primeras páginas, junto a las otras dos acepciones, para explicar en qué consiste y después prácticamente se olvida de ella.

En su acepción objetiva, *jus* significa *lo equitativo* y debido a otro, en especial, y *lo legítimo*, lo establecido en la ley, en general.⁴⁶ La ley, por su

42. “Por lo cual, el derecho en esta acepción es como la medida de la injuria: en cuanto se contraviene y perjudica el derecho sin legítima causa, en tanto se comete injuria”. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 1 (pág. 189).

43. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 1, 2 (pág. 190).

44. Cfr. *Los seis libros de la justicia...*, cit., trat. II, disp. 4, 8 (pág. 148).

45. *De iustitia, aliisque virtutibus morum, libri quatuor*. Lugduni, 1630, 1. 2, c. 2, d. 1, 7: “Ex his patet, hanc Iuris acceptionem maxime servier nostro proposito, quia tota Iustitiae ratio ex ea oritur, nam ipsa ratio debiti et obligationis nostrae ex ea pendet”.

46. “Dico primo, si jus accipiatur pro justo in genere, est formaliter obiectum obedientiae”.

Probat, quia sic idem est quod legitimum, seu legestatum: atqui hoc est obiectum formale obedientiae, quae ideo vult et facit quia est praeceptum.

Dixi formaliter, quia si legitimum accipiatur materialiter, pro eo quod est lege statutum, est obiectum omnis virtutis: quia lex in omni materia virtutis aliquid statuit...

Dico secundo. Si jus accipiatur pro justo speciali, quod est aequale, debitum alteri: sic est obiectum formale iustitiae particularis. Probat, quia is peculiari ratione dicitur Iustus, qui hanc aequalitatem debitam amat, intendit et servat”. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 4-5.

parte, es la regla de la justicia, y para que ésta sea verdadera virtud debe ajustarse a ella.⁴⁷ Entendido el Derecho en este sentido, se puede dividir en natural y positivo, que a su vez se divide en divino (viejo y nuevo) y humano, que comprende el derecho de gentes, el canónico y el civil.⁴⁸ Mientras que el derecho natural tiene su origen en la naturaleza de las cosas, el positivo lo tiene en la voluntad, sea divina o humana, que no puede perder de vista las circunstancias concretas.⁴⁹

Entendido como potestad legítima o derecho subjetivo se podría definir como la “*potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquam functionem, vel quasi functionem; cuius violatio iniuriam constituit*”.⁵⁰ Al igual que la ley, no es el objeto de la justicia, sino que deriva del derecho objetivo o derecho que constituye propiamente el objeto de justicia,⁵¹ que puede estar recogido o no en las leyes. La innovación de Lessius es que ya no habla de *potestas seu facultas aliquid faciendi, sino de potestas ad*, como hace notar Folgado. Pero hay que advertir también que en ningún momento pierde de vista las relaciones sujeto-objeto y sujeto-terceros al mismo tiempo, que impiden concebir esa potestad como algo absoluto y dependiente exclusivamente de su titular.⁵²

Con el término potestad lo que se quiere decir es que “alguien puede”. Es decir, es equiparable a poder, ya sea activa o pasivamente, ya sea de hacer o retener.⁵³ Pero este poder no es un poder meramente físico, como poder caminar, poder beber, etc., sino que es un poder moral, un poder que tiene un respaldo en una decisión legítima de Dios o de los hombres,⁵⁴ de modo que si fuera meramente físico quedaría equiparado a “simple fuerza” y podría constituir una injuria hacia los que sufren su ejercicio. Las facultades que no han sido concebidas por la ley no constituyen derechos, sino injurias.⁵⁵ Esto es similar a lo que decíamos de MOLINA sobre la distinción de facultades de hecho y facultades de derecho.

Por esta razón apostilla LESSIUS que la potestad tiene que ser *legítima*, esto es, derivar de una ley, ya sea ésta divino positiva (como el recibir un

47. “Jus secundo modo, scilicet pro lege, non est obiectum, sed reula Iustitiae et caeterarum virtutum. Ratio est, quia virtutes in suis functionibus ebent dirigi secundum praeceptum legum: nisi enim legibus sint conformes, non erunt studiosae nec laudabiles”. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 6.

48. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 9.

49. Cfr. *ibidem*.

50. *De Iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 1.

51. “Jus pro potestate legitima, non est obiectum, quod Iustitia intendit: est tamen aliquid unde obiectum Iustitiae quodammodo pender, et ad quo intrinsecum ordinem habet, quod formale obiectum cui dici potest”. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 7.

52. Cfr. FOLGADO, op. cit., pág. 244.

53. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 2.

54. “Hinc sequitur hanc potestatem non esse quid physicum, sed morale dumtaxat, competens homini ex aliqua Dei vel hominum ordinatione, vel deputatione, vel concessione: sicut esse magistrum, doctorem, regem, militem”. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 3.

55. Cfr. *ibidem*.

sacramento), natural (como la potestad de sustentación o de repeler la fuerza con la fuerza) o humana (como la de usucapir, prescribir, adquirir, poseer y retener algún objeto por contrato).⁵⁶

Además de por su origen o por la ley que la origina, Lessius entiende dos tipos de potestades, como ya lo hiciera MOLINA, según constituya un derecho sobre la cosa o un derecho a la cosa.⁵⁷ La potestad o *ius ad rem* no concede una acción sobre la cosa misma, sino sobre las personas que puedan tener relación con la cosa, y nace de una estipulación, donación, venta o cualquier otro contrato, antes de que se produzca la tradición.⁵⁸ En cambio el *ius in re* hace recaer la potestad sobre la cosa misma, ya que la cosa ha sido entregada –y está en poder del titular del derecho por una venta u otro contrato.⁵⁹

Las similitudes con la doctrina de MOLINA se producen de forma continua. Los derechos serán considerados como cosas incorpóreas;⁶⁰ el dominio es considerado como una facultad, pero propiamente no son del todo equiparables, sino que ésta sigue a aquel;⁶¹ todas las potestades deben tener una causa legítima externa al individuo;⁶² etc.

Al hablar de la posibilidad de renunciar a los derechos por parte de su titular, distingue entre derechos renunciables y derechos irrenunciables. Entre los primeros destaca el derecho a la propia fama, al honor y a los bienes externos que nos pertenecen. Entre los segundos se cuentan el derecho a la vida, a la integridad, sobre el cónyuge, sobre los hijos, etc. La razón por la que establece esta diferencia es que mientras que de los primeros el hombre es verdaderamente titular como *dominus*, en cambio de los segundos es solamente administrador o custodio, por lo tanto si los cede o renuncia a ellos, tal cesión es absolu-

56. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 1, 2-3. Más adelante expone de forma expresa que “Si ius accipiatur tertio modo, scilicet pro potestate legitima, dividi potest, Primo ex parte principij, nempe secundum divisionem legum quibus oritur. Unde aliud est naturale, quod lege vel concessu naturae competit; aliud positivum, quod lege positiva, vel concessione libera Dei vel hominum competit: et sic deinceps in aliis membris”. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 10.

57. *Ibidem*: “Secundo, dividi potest ex parte termini quem respicit, et sic dividitur in ius ad rem, et jus in re”.

58. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 11.

59. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 2, dub. 2, 12.

60. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 3, dub. 2, 8 y dub. 9, 40; a título de ejemplo cita el censo, el beneficio, la servidumbre, etc. No sin razón dice Folgado que Lessius resume bien el pensamiento de los teólogos españoles (op. cit., pág. 190).

61. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 3, dub. 2, 11.

62. Uno de los supuestos en el que se aprecia con mayor claridad es el de la potestad del siervo para huir. Si este derecho o facultad fuera una cualidad de la persona con independencia de su entorno y circunstancias concretas, cualquier siervo, por el hecho de serlo, gozaría de la facultad de huir. En cambio, cuando Lessius trata este tema la reconoce en unas ocasiones y en otras no, dependiendo de las circunstancias, no del hecho de ser siervo. Cfr. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 5, dub. 5, 18-27.

tamente inválida.⁶³ Pero en ningún momento argumenta para fundamentar su irrenunciabilidad en una concepción de estos derechos como cualidades morales de las personas, como se hará más adelante.

4. Suárez representa el ocaso de los grandes escolásticos españoles; es el último de los teólogo-juristas españoles que ejercerá una notable influencia en el pensamiento jurídico posterior.

Aunque su pensamiento es de corte clásico, no pueden pasar por alto algunas coincidencias con el pensamiento moderno. La interpretación que hace de los textos de TOMAS DE AQUINO se alejan en ocasiones de las de otros escolásticos, tendiendo un puente con las ideas jurídicas modernas.

Para el jesuita el derecho puede tener tres acepciones: como objeto de la justicia, como derecho subjetivo o facultad moral, y como derecho objetivo o legal.

Contrariamente a la mayoría de sus antecesores, la acepción de derecho a la que menos valor dará es la que lo concibe como el objeto de la justicia, como lo justo y equitativo⁶⁴, que había conseguido gran fuerza con la línea de pensamiento aristotélico-tomista.⁶⁵

En el mayor número de ocasiones, cuando habla de *ius* lo entiende como ley o como una "propiedad o una a manera de propiedad de alguna cosa".⁶⁶ Este derecho entendido como facultad, poder o, en definitiva, derecho subjetivo será, a juicio de SUAREZ, el objeto propio de la justicia en la doctrina aquinatense. Así, nos dice SUAREZ que "Derecho significa el poder moral para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación en ella: este es el objeto propio de la justicia, según santo TOMAS".⁶⁷

63. *De iustitia...*, cit., lib. 2, cap. 7, dub. 3, 13: "Adverte tamen, quosdam Doctores hanc regulam et ea quae dicta sunt, limitare ad ea, in quibus iure nostro cedere possumus; ut in fama, honore, et aliis bonis externis, quorum sumus domini. In his enim scienti et volenti non fieri iniuriam: quia cum haec subsint nostrae dispositioni, hoc ipso, quo volumus his spoliari, iure nostro nos privamus, et illud in alterius collocamus arbitrio; seus esse in aliis, quorum non sumus domini, sed custodes dumtaxat: ut in vita, et membrorum integritate, in coniege, in prolibus, et similibus, in quibus iure nostro cedere non possumus... Ratio est, quia cum cessio Iuris sit invalida, totum Ius permanet in suo vigore".

64. Cfr. *De legibus*, lib. I, cap. II, n. 3 (ed. bilingüe de José Ramón Eguillor con el título *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. I.E.P., Madrid, 1967-68).

65. Cfr. HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1987, p. 236.

66. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 16. Más adelante hace otras referencias a la única distinción entre derecho legal y derecho como facultad, entre las que destaca, por su claridad, la contenida en el Lib. VII, cap. I, n. 9 y que reproducimos a continuación: "Para entender esto, quiero observar -como ya lo observé al principio de este tratado- que el término derecho puede tener dos sentidos: uno, la facultad de usar, que es un derecho o a manera de derecho de propiedad, pues puede llevar consigo el derecho sobre una cosa propia o a hacer propia una cosa, y en general puede llamarse derecho de propiedad, y así, en rigor, pertenece al terreno de los hechos; y otro, la fuerza para obligar o imperar y puede llamarse derecho de ley o legal". Suárez llama al derecho como facultad también derecho útil o real; al legal también lo denomina derecho honesto, por constituir normas del bien obrar (cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2).

67. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2.

A esta facultad moral va unida una obligación en todos los demás individuos, que deben respetarla. De este modo, la posibilidad de un individuo de ocupar un emplazamiento, de edificar, de cercar un trozo de tierra, de hacer esclavos o dejarlos en libertad, etc., se ve correspondida por la obligación del resto de la comunidad de permitir el ejercicio de tales facultades sin poner obstáculos.⁶⁸ Comenta FOLGADO que el adjetivo “*moralis*” que contiene la definición suareciana es típica de este autor. Los escolásticos anteriores habían hecho referencia a esta característica —no bastaba con un poder físico, sino moral—, pero no la habían introducido en su definición. Pero debe quedar claro que este adjetivo no implica en Suárez el individualismo típico de la modernidad.⁶⁹

Por otra parte, el derecho legal está constituido por las normas del bien obrar,⁷⁰ establece cierta igualdad en las cosas y es la razón del derecho entendido como facultad. Supone, como hemos visto en MOLINA y en Lessius, que toda facultad debe estar otorgada —para ser legítima— en una norma legal, con independencia de su naturaleza.⁷¹

Tanto entendido en uno como en otro sentido, ambos pueden pertenecer al derecho natural, al derecho de gentes o al derecho civil; así, nos encontraremos con leyes que pertenecen al derecho natural, otras que corresponden al derecho de gentes y otras que constituyen el derecho civil de un determinado Estado.⁷² La facultad moral corresponderá a uno u otro derecho según la naturaleza de la ley que la otorgue.⁷³

Como exponíamos más arriba, al explicar los significados de *ius*, manifiesta SUAREZ que unas veces significa ley y “otras veces propiedad o una a manera de propiedad de alguna cosa o acción judicial para poder usar de ella”,⁷⁴ o bien “el poder moral para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación de ella”.⁷⁵ A esta segunda acepción de *ius* la denomina derecho útil o derecho real en contraposición al derecho legal u honesto. Como dice VILLEY, SUAREZ combina la definición tomista de *ius* con la moderna (como facultad) y ésta última le parece más correcta.⁷⁶

68. *De legibus*, lib. II, cap. XVIII, nn. 4-5.

69. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 217-222.

70. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2; a este derecho le es propia la fuerza para obligar e imperar, como nos dice en lib. VII, cap. I, n. 9. Para una visión más amplia del Derecho en Suárez, vid. MACIÀ MANSO, R., *Cambios sociales y Derecho en F. Suárez*, en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Prof. F. PUY MUÑOZ*. Universidad de Santiago de Compostela, 1991, tomo II, págs. 9-26.

71. Cfr. FOLGADO, op. cit., pág. 223.

72. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2.

73. *De legibus*, lib. II, cap. XVIII, n. 2.

74. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 16.

75. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2. Incluye tanto el *ius ad rem* como el *ius in re*. En el mismo sentido, cfr. lib. VII, cap. I, n. 9.

76. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 48 y 55. En el mismo sentido Folgado, op. cit., págs. 205-207.

Esta facultad o poder moral necesita de un fundamento para existir. Como dice Suárez al referirse al dominio, “el derecho de propiedad únicamente es materia de otro derecho preceptivo, y consiste –por decirlo así– en un hecho o en una determinada cualidad o relación de las cosas”.⁷⁷ La propiedad es simplemente “algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene”⁷⁸ para su ejercicio o renuncia, pero que anteriormente ha debido ser reconocida por una norma positiva. Es decir, no es derecho dispositivo, sino dispuesto. Debe ser el derecho natural, el derecho de gentes o el derecho civil positivos los que establezcan ese derecho de propiedad;⁷⁹ después, será el individuo el que libremente decida tener o no algo en propiedad. Así, por ejemplo, en el caso de la prescripción, es el derecho civil el que dispone la posibilidad de adquirir en unas determinadas circunstancias. El derecho adquirido mediante la prescripción no tendría existencia sin esa norma anterior, sin ese derecho civil dispositivo.⁸⁰

Esto significa que el derecho de propiedad –como cualquier otro derecho o facultad– no puede ser entendido como un derecho absoluto. Tendrá sus límites, que estarán marcadas por el bien común. Así, el Estado “tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno”.⁸¹ El individuo puede perder una propiedad legítimamente adquirida si así lo requiere el buen gobierno del Estado. Pero para ello exige una causa justa. El Estado no puede privar a sus súbditos caprichosamente de sus bienes, pero siempre que exista una causa objetiva que lo haga necesario, podrá incautarlos.⁸² SUÁREZ exige que sea una causa legítima, referida al bien común y moralmente necesaria.⁸³

77. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 18.

78. *De legibus*, lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12. En su lib. I equipara el ejercicio de un derecho de propiedad con la creación de una ley, como actos de poder, y matiza que “todo ejercicio es un acto de la voluntad, pero sobre todo el ejercicio del derecho de propiedad, que es libre” (cfr. lib. I, cap. V, n. 15).

79. Nos vamos a referir especialmente al derecho de propiedad, dado que algunos autores, como es el caso de Dabin (op. cit., pág. 109), dan por supuesto que Suárez concibe este derecho como un derecho subjetivo.

80. *De legibus*, lib. VII, cap. I, n. 9: “Pues bien, el uso de una persona particular puede dar el derecho sobre una cosa propia o la propiedad de una cosa, o el derecho de esclavitud y cosas así, como sucede en la prescripción; pero ese derecho no tiene fuerza de ley, y por eso se dice muy bien que no es un derecho dispositivo porque no manda ni ordena, sino que más bien es un derecho dispuesto, por adquirirse conforme a las disposiciones del derecho”.

81. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 18. En este sentido, Suárez confiere al gobernante el poder de castigar con la pena de muerte o la privación de los bienes (cfr. lib. I, cap. XIV, n. 4), pero para su materialización requiere su contemplación en una norma y sentencia declaratoria firme (cfr. lib. V, cap. VIII, nn. 2, 3, 6 y 25).

82. “El legislador humano de este manera puede –por una causa justa– producir por sí mismo y a su voluntad tal privación y –por una causa semejante– obligar a semejantes acciones u omisiones, de la misma manera que, cuando conviene, inhabilita a una persona para el matrimonio o prohíbe votar o se incauta de los bienes necesarios al estado” (*De legibus*, lib. V, cap. VIII, n. 9).

83. Cfr. *De legibus*, lib. VIII, cap. XXXVII, n. 9.

De lo expuesto hasta el momento sobre la propiedad —y que es extensible a otros derechos—, podemos concluir que la facultad y los modos de adquirir deben ser establecidos por la ley. En el caso de la prescripción esto es claro: “es preciso que el modo de adquirir lo prescriba la ley y que, una vez realizada la adquisición, se conserve firme e incólume”.⁸⁴ Del mismo modo, será la ley la que determine los modos de perderla, de modo que ni siquiera el derecho natural tiene fuerza suficiente para hacer perder la propiedad.⁸⁵ Para mayor seguridad de la sociedad será conveniente que la ley determine los modos de adquirir y perder la propiedad. Una vez establecidos (bien por el derecho civil o por el derecho de gentes) serán respaldados por el derecho natural, siempre que se adecuen a la justicia natural, teniendo en cuenta las circunstancias de cada tiempo, lugar, etc. Solamente en el abandono de la cosa propia no parece necesario ley alguna; al entender la propiedad como “algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro”, basta con que cese la voluntad para que pueda cesar también la propiedad.⁸⁶

En este sentido, nos dice Suárez que “una cosa que se tiene por abandonada, al punto deja de ser nuestra aún antes de que otro la adquiera y posea, y eso aunque la cosa abandonada sea al punto ocupable”.⁸⁷ El abandono supone el cese en la posesión de la cosa, y cuando ese cese va precedido de una voluntad suficiente de abandonar la propiedad concreta, ésta se pierde y resulta un bien abandonado.⁸⁸

A la hora de tratar la adquisición por ocupación, duda en catalogar este modo como natural o como institución humana. Al aludir a los ejemplos de derecho de gentes expuestos por S. Isidoro podemos leer en SUAREZ que “el primer ejemplo es la *ocupación de emplazamiento*, la cual es tan lícita a cualquiera por derecho de gentes o —más bien— natural, que ninguno puede justamente impedir a otro que ocupe un emplazamiento que no ha sido antes ocupado por otro”.⁸⁹ Un poco más adelante no duda en afirmar que la ocupación, o el derecho a la ocupación de un emplazamiento es natural y, por tanto, su licitud proviene del derecho natural. Pertenece al derecho natural *concesivo*. Este confiere al individuo la facul-

84. *De legibus*, lib. I, cap. XVIII, n. 11.

85. En este sentido nos dice Suárez que “el derecho natural como tal sólo parece tener virtud para mandar, pero no v. gr. para quitar la propiedad o para hacer algo semejante” (*De legibus*, lib. II, cap. XII, n. 2).

86. *De legibus*, lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12: “una voluntad así basta para desposeerse de la propiedad de una cosa, pues aunque no basta para traspasar la propiedad a otro, sí parece bastar —al menos por la naturaleza de la cosa— para dejar la propiedad propia, porque la propiedad es algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro cuando no es imposible que la cosa quede sin ningún verdadero dueño humano”.

87. *De legibus*, lib. VIII, cap. XXXIV, n. 9. En el n. 10 expone la necesidad de distinguir entre el abandono y el no uso. Este último no hace perder la propiedad.

88. *Loc. cit.*, n. 11.

89. *De legibus*, lib. II, cap. XVIII, n. 4.

tad de adquirir lo que aún no es de nadie; pero al mismo tiempo establece el derecho natural la obligación del resto de la comunidad de respetar esa nueva propiedad.⁹⁰

Suárez aclara en qué sentido se puede entender la ocupación como institución de derecho de gentes. Es un modo natural de adquirir —y por lo tanto una facultad moral natural—, pero el legislador puede establecer la forma concreta de llevarlo a cabo, y sólo en este sentido se la puede entender como institución humana.⁹¹ Es decir, el principio natural sería que el primero en ocupar algo que no es de nadie lo hace suyo. Pero el derecho de gentes puede establecer, sin ir en contra de este principio, garantías y límites para salvaguardar el bien común.

Este podría ser el caso de la prescripción o usucapión. La diferencia con la anterior es que la ocupación hace referencia a un bien que siempre ha carecido de dueño. En cambio la prescripción se refiere a bienes que con anterioridad han estado sometidos al derecho de propiedad, pero que por una serie de circunstancias —entre las que se encuentra una nueva ocupación— han pasado a tener un nuevo propietario.

La prescripción no es más que uno de los efectos de la ley⁹² dada por el soberano. Si no existe esa ley, no se puede adquirir o perder la propiedad mediante prescripción, pues “es preciso que el modo de adquirir lo prescriba la ley”.⁹³ En este sentido es muy preciso al decir que la “prescripción no tiene su origen solamente en la naturaleza de la cosa, pues ninguna prescripción procede de la sola ley natural, según doy por supuesto como cosa conocida”.⁹⁴ Es necesaria una sanción legal del soberano. Este tiene la facultad de transmitir las propiedades fundamentada en el poder de administración de los bienes de su Estado⁹⁵ y hace uso de ella

90. Cfr. loc. cit., n. 7.

91. Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XX, n. 10.

92. En *De legibus*, lib. I, cap. XVII, n. 1 mantiene que “el cuarto efecto (de la ley) es traspasar la propiedad de las cosas”; y en el n. 11 expone: “el cuarto efecto era traspasar la propiedad de las cosas, como sucede con la ley de la prescripción, etc. Acerca de ésta puede decirse que este efecto se reduce al precepto, pues la ley manda que éste y no aquél sea el dueño, y el modo como manda es haciendo, porque, de no ser así, no podría mandar eficazmente.

Pero puede añadirse que es probable que este efecto y otros semejantes —aunque los confirmen las leyes y por eso suelen realizarse por medio de leyes— formalmente no los realizan las leyes en cuanto leyes, porque el quitar o dar lo propiedad no es mandar sino —como quien dice— dar u obrar”.

93. Cfr. *Ibidem*. En *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 19 podemos leer que “las leyes civiles, por una causa justa, puede cambiar o traspasar el derecho de propiedad”; en el lib. V, cap. V, n. 14 expone: “de la misma manera podría uno decir que la ley priva de toda propiedad del dinero y del derecho a él y que lo traspasa a otro, y que de ahí se sigue la obligación de no retener una cosa ajena sino de entregarla a su verdadero dueño, lo mismo que en la prescripción la ley priva al primer dueño de todo el derecho que tenía a poseer la cosa o reclamarla”.

94. *De legibus*, lib. VIII, cap. XXXIV, n. 10.

95. “El príncipe o el estado no sólo tiene el propiamente dicho poder de jurisdicción para mandar y castigar, sino también el poder de supremo dispensador y administrador de los bienes del estado. Pues bien, la ley con sus efectos propios procede del poder de jurisdicción, en cambio, el transferir la propiedad o impedirla y cosas semejantes pertenecen a la administración de los bienes y al poder de alto dominio que decimos tiene el estado. Este es el poder de que formalmente hace uso el príncipe cuando determina que por prescripción uno adquiera la propiedad y otro la pierda” (*De legibus*, lib. I, cap. XVII, n. 11).

a través del derecho civil.⁹⁶ Una vez que el soberano establece la prescripción, es el derecho natural el que obliga a respetar esas adquisiciones. De este modo nos dice que “en la prescripción interviene la ley humana que traspaasa la propiedad de una cosa de un dueño a otro; y sin embargo, la obligación que nace de ahí de no usurparle al otro la cosa que ha prescrito en su favor, es natural, y violarla sería robo”.⁹⁷ Se plantea si no supone realmente, la prescripción, una modificación del principio de la ley natural de no quitar lo ajeno.⁹⁸ Para él, claramente, no se produce tal modificación. Simplemente nos encontramos ante un cambio de materia: la ley, por una razón extrínseca, realiza el cambio de propietario, por lo que no se produce robo alguno.⁹⁹

Otro derecho sobre el que SUAREZ se manifiesta con amplitud es el de la libertad. No haremos un estudio exhaustivo de la libertad en SUAREZ, pero sí un acercamiento para intentar comprender sus ideas sobre el derecho a la libertad de cada uno.¹⁰⁰

Lo primero que expone el autor es que por derecho natural la libertad compete a todos los hombres, pero es un hecho real que las leyes privan de ella en ciertas ocasiones.¹⁰¹ La razón que lo justifica es que la libertad pertenece al derecho natural concesivo o negativo; atendiendo solamente al derecho natural, la libertad está permitida, pero “la ley natural no manda que tales cosas continúen en esa situación” y estará sometida a las exigencias de la razón.¹⁰² Pero, aclara SUAREZ, “es de derecho natural más que la esclavitud, porque la naturaleza hizo a los hombres –por decirlo así– positivamente libres con derecho intrínseco a la libertad; en cambio, hablando propiamente no los hizo positivamente siervos”.¹⁰³ Al relacionarlo con el derecho de propiedad, consigue dar mayor fuerza a la libertad, pues afirma que la naturaleza confiere a cada hombre la propiedad sobre su libertad de una forma positiva.¹⁰⁴

96. Así lo considera SUAREZ en *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2.

97. *De legibus*, lib. II, cap. IV, n. 9.

98. Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 2.

99. Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 19.

100. Cfr. FOLGADO, op. cit., págs. 208-210.

101. Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 2. Este modo de pensar, ver las leyes como normas que recortan la libertad original, es un planteamiento típicamente moderno. Los juristas bajomedievales o santo Tomás no partían desde una libertad originaria que, posteriormente, se vería recortada por las leyes. Lo típico del pensamiento anterior es más bien entender que las leyes posibilitan la libertad: la libertad sólo puede ser sacrificada a fin de ser aumentada.

102. Cfr. loc. cit., n. 6. Continúa diciendo que “la libertad es natural al hombre, pues la tiene en fuerza del derecho natural, aunque la ley natural no prohíbe perderla”.

103. Loc. cit., n. 16.

104. *Ibidem*: “Pero si hablamos del derecho natural de propiedad, es verdad que la libertad es de derecho natural positivamente -no sólo negativamente- porque la misma naturaleza dio al hombre la propiedad de su libertad”.

Esto no significa que tengamos que entender una libertad ilimitada e intangible, “y así puede decirse que existe también un derecho natural concesivo, cual es el derecho de casarse, el derecho de retener y conservar la propia libertad, ya que esto es honesto y el derecho natural lo concede, no lo manda”.¹⁰⁵ El hombre, a juicio de Suárez, tiene derecho a ser libre, pero ese derecho puede sufrir modificaciones con o sin consentimiento del individuo.¹⁰⁶

Con consentimiento significa que cada individuo, al ser verdadero propietario de su libertad, puede enajenarla (onerosa o gratuitamente). Sin consentimiento consiste en la privación de la misma por la autoridad competente —en cuyo caso necesitaría una causa justa y proporcionada— o bien por derecho de guerra, que también permite hacer esclavos.

En definitiva, para no alargarnos más, el individuo es propietario de su libertad, pero la puede perder. “Acercas de la libertad y de cualquier otro derecho semejante decimos que, aunque lo haya dado la naturaleza positivamente, pueden los hombres cambiarlo porque en cada una de las personas existe en dependencia de su propia voluntad y en dependencia del Estado en cuanto que éste tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno”.¹⁰⁷ En los modernos el tratamiento de la libertad será similar, aunque habrá diferencias de matices. El hombre nace libre por naturaleza, con una libertad absoluta, y no se pueden establecer limitaciones a este derecho a menos que sean consentidas por su titular, ya sea un consentimiento expreso o tácito.

5. Con GROCIO, que no es escolástico, asistimos a la consolidación de una nueva forma de entender el Derecho natural. VAZQUEZ DE MENCHACA había puesto las bases fundamentales para esta nueva concepción, pero sería GROCIO el primero en alcanzar el éxito; durante mucho tiempo será considerado como el padre del auténtico Derecho

105. *De legibus*, lib. II, cap. XVIII, n. 2.

106. “Aunque la naturaleza dio la libertad y la propiedad de ella, sin embargo no prohibió absolutamente que pueda quitarse. En primer lugar, por el mismo hecho de que el hombre es dueño de su libertad, puede venderla y enajenarla. También la patria, con el poder superior que tiene para regir a sus súbditos, puede por una causa justa —por ejemplo, como castigo— privar al hombre de su libertad”. Y realza entre admiración la siguiente frase: “¡también la naturaleza dio al hombre el uso y la posesión de su vida, y sin embargo este puede a veces ser justamente privado de ella por el poder humano!” (*De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 18.).

107. *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 18. Para el estudio de la esclavitud como institución de derecho de gentes, la facultad de hacer esclavos o recuperar la libertad, etc., cfr. lib. II, caps. XVII-XX y lib. VII, cap. IV, nn. 6-7.

natural. Pero, en honor a la verdad, tenemos que decir que son muy escasas las aportaciones originales de este autor.¹⁰⁸

La metodología jurídica seguida por GROCIO no varía sustancialmente de la utilizada hasta su época; sus opiniones están basadas en citas de la Sagrada Escritura, en la jurisprudencia anterior, en el derecho romano, en filósofos, literatos, etc. Uno de los juristas que más influyen en GROCIO es, sin duda alguna, el vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca; la diferencia más marcada entre ambos será el punto de vista o perspectiva desde la que enfocan los asuntos. Esto les llevará a distanciarse considerablemente en algunos temas.¹⁰⁹

También recibe influencias de los escolásticos españoles. No se puede pretender, como lo han intentado algunos, convertir a GROCIO en discípulo, prácticamente, de los escolásticos.¹¹⁰ Pero tampoco se puede ignorar la influencia que ejercen en él autores como VITORIA, SOTO, SUAREZ, etcétera.¹¹¹

Para Grocio, el derecho puede entenderse en tres sentidos: como una cualidad de la persona, como ley y como un ordenamiento o conjunto de normas.¹¹²

108. Cfr. CARPINTERO, F., "Mos italicus"mos gallicus" y humanismo racionalista, en *Ius Commune VI* (1977), págs. 169 y ss. Mantiene LUIS GARCIA ARIAS que "el mérito principal de Grocio es el haber ordenado y sistematizado las doctrinas de los tratadistas inmediatamente antecesores, y el exponerlas lógicamente encadenadas compendiándolas con buen sentido jurídico" (en el Prólogo a la versión española del *Mare liberum sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia. Dissertatio*, trad. de V. Blanco García, con el título *De la libertad de los mares*. C.E.C., Madrid, 1979, págs. 42-43). En el mismo sentido, HERVADA, J., *Lo nuevo y lo viejo de la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, en *Escritos de Derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1986, págs. 401-402. Afirma Brufau que el contenido en las obras de Grocio no cambia con respecto a los autores anteriores a él; la diferencia está fundamentalmente en el método utilizado (cfr. BRUFAU, J., *La actitud metódica de Pufendorf*. I.E.P., Madrid, 1968, págs. 31 y 36).

109. Cfr. HERVADA, J., *Historia de la Ciencia...*, cit., págs. 266-268; WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Aguilar, Madrid, 1971, pág. 127. A juicio de GARCIA ARIAS, la base doctrinal de su obra *Mare Liberum* "o bien pertenece a FRANCISCO DE VITORIA (...) o bien pertenece, incluso literalmente, a FERNANDO VAZQUEZ de MENCHACA" (op. cit., pág. 42). En el mismo sentido afirma van der Vlugt que el *Mare Liberum* "no tiene otro valor más que el de un estudio bien hecho de segunda mano, tomado a préstamo de la sabiduría española", en clara alusión al uso de las doctrinas de Vitoria, Suárez y Vázquez (cfr. VAN DER VLUGT, V., *L'oeuvre de Grotius et son influence sur le développement du Droit international*, en *Recueil des Cours*, La Haya, 1925, vol. 7, págs. 420 y ss.).

110. Cfr. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, págs. 91 y ss. (citado por Welzel, op. cit., pág. 126).

111. WELZEL, H., op. cit., págs. 126-127; CARPINTERO, F., op. ult. cit., págs. 169 y ss.; LAREQUI, J., *Influencia suareciana en la Filosofía de Grocio*, en *Razón y Fe*, T. 88 (1929) y *Grocio ¿fundador del derecho natural?*, en *Razón y Fe*, T. 87 (1929); JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna*, en *Revista de Estudios Políticos* 74 (1954). Sobre la trascendencia de Vitoria de Grocio, cfr. GOMEZ ROBLEDO, A., introducción a las *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho a la guerra* de Francisco de Vitoria. Porrúa, México, 1985, págs. XXVIII y XX-XI y PUIG PEÑA, F., *La influencia de Francisco de Vitoria en la obra de Hugo Grocio*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 16 (1933), págs. 543-606 y 17 (1934), págs. 12-113 y 213-314.

112. Expone Rodríguez Molinero que "el término *ius* tiene para Grocio tres significados. El primero de ellos, sumamente vago, coincide con el ya explicado instinto de sociabilidad. El segundo significado es el subjetivo de *facultad* o poder para exigir lo debido. El tercero corresponde a la significación objetiva equivalente a *lex*" (RODRIGUEZ MOLINERO, M., *La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio*, en *Persona y Derecho* 26 (1992), pág. 297).

En cuanto al derecho como ley, dice GROCIO que “hay también una tercera significación del derecho, que es lo mismo que ley, siempre que la palabra ley se tome amplísimamente, como regla que es de los actos morales, que obliga a lo que es recto”.¹¹³ Para explicarnos el verdadero sentido de la ley, pone este término en relación con el de virtud; ésta está referida al individuo como tal, mientras que aquella está referida al individuo como miembro de una sociedad para que ésta sea posible; con la virtud se persigue el bien particular del individuo, mientras que con la ley se persigue el sumo bien de la comunidad.¹¹⁴ Por esta razón, los actos o funciones de la ley consistirán en ordenar lo bueno, prohibir lo malo y permitir o no lo indiferente.¹¹⁵ Lo que persigue la ley no es conseguir un buen individuo –misión que correspondería a la ley divina–, sino un buen ciudadano.

Para que el derecho pueda tener esta consideración de ley es necesario que la regla establecida entrañe una obligación, ya sea positiva o negativa. Por tanto, no tendrán carácter de derecho las prescripciones sin fuerza de obligar, ni lo que se había venido denominando derecho permisivo. La obligación positiva es la conducta ordenada expresamente por una norma; es decir, entraña llevar a cabo una determinada acción. La obligación negativa, muy extendida en los inicios del iusnaturalismo moderno,¹¹⁶ es la que deriva de la atribución de un derecho a una persona concreta: si un individuo tiene el derecho a la libertad de expresión, todos los demás tienen la obligación (negativa en este caso por consistir en omisiones) de respetar y no interferir en el ejercicio de ese derecho.¹¹⁷

Nos encontramos también con la concepción del derecho como un sistema de normas jurídicas. GROCIO entiende, en este sentido, que el derecho está constituido por un conjunto de normas, bien impuestas por la razón natural del hombre, bien acordadas entre los que van a resultar obligados por ellas. El conjunto de normas dictadas por la razón natural constituirá el Derecho natural, mientras que las normas pactadas constituirán el derecho de gentes o el derecho civil.

113. *De iure belli ac pacis libri tres*. Trad. de J. TORRUBIANO RIPOLL. Ed. Reus, Madrid, 1925, Lib. I, cap. I, parágrafo IX.

114. En *Argumenti theologici, iuridici, politici*, reprint de la ed. de Amsterdam de 1652. Scientia, Aalen, 1980, pág. 115 (dentro del título dedicado a F. Thome Campanellae. *Philosophiae realis. Pars tertia. Quae est de Politica, in Aphorismos digesta*, cap. IV, número 2) podemos leer: “Sicut virtus est lex privata individui, ita lex est virtus publica communitatis, Ergo quoniam virtus est regula operationum et affectionum particularis hominis, a rationis potentis volentisque decreto indicta propter bonum summam privatum: sic lex est regula affectum actionumque publicarum, a rationis communis potentis volentisque decreto promulgata propter summum bonum commune”.

115. *Argumenti theologici...*, cit., pág. 123 (título cit., cap. IV, número 11): “Actus legis sunt, imperare bona, prohibere mala, permittere indifferentia”. Cfr., también pág. 125, cap. IV, número 14.

116. Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la Ciencia Jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, págs. 49-50.

117. *De iure belli...*, cit., Lib. I, cap. I, parágrafo IX: “Exigimos la obligación: pues los consejos, y cualesquiera otras prescripciones, honestas en verdad, pero que no obliguen, no se comprenden bajo el nombre de ley o derecho. Y la permisión no es propiamente acto de la ley, sino negación de la acción, a no ser, en cuanto obliga a otro, distinto de aquel a quien se da el permiso, a no poner estorbo”.

Los preceptos que corresponden al Derecho natural propiamente dicho encierran su bondad o maldad en sí mismos, por lo que no cabría acuerdo posible que estableciera lo contrario. En cambio, el Derecho natural permisivo, que no establece de forma concreta lo que debe ser, sí deja campo abierto al derecho de gentes o civil, esto es, a que se establezca mediante pacto lo que se crea más conveniente.

Este parece ser, efectivamente, el criterio de GROCIO cuando habla de la capacidad de los locos y niños para ser propietarios.¹¹⁸ Nos dice que, atendiendo exclusivamente al derecho natural, no es capaz de dominio el que carece de uso de razón; pero el derecho de gentes, por utilidad común, introdujo que los niños y los locos pudiesen “aceptar y retener dominios”. Pero como “las leyes humanas puedan constituir muchas cosas fuera de la naturaleza, pero nada contra la naturaleza”,¹¹⁹ este dominio se reducirá a la facultad de detentación, pero no de disposición. Es lo contrario a la doctrina escolástica, que considera a cualquier individuo apto para tener dominio, salvo que el derecho humano, atendiendo a circunstancias concretas, establezca lo contrario.

El problema de GROCIO es que utiliza concepciones del derecho que son contrarias entre sí, que le llevan, en ocasiones, a situaciones con difícil salida. “Esto explica –afirma CARPINTERO– el carácter confuso, por ecléctico, de la teoría iusnaturalista que propone GROCIO. Efectivamente Grocio declara que él pretende descubrir verdades racionales exactas, que tengan la misma validez que las verdades matemáticas, lo que constituiría una dimensión del Derecho natural (...) como razón; en cambio, este libro –se refiere al *De iure belli ac pacis*– está compuesto al filo de la idea, dominante en todo momento, que parte del hombre libre y aislado que, mediante pactos, va creando sucesivamente el poder político, los contratos, las leyes; ésta sería la concreción de la otra forma de entender el Derecho natural, es decir, el Derecho natural como libertad, que parte en todo momento del individuo libre que asume obligaciones en la medida en que él presta su consentimiento”.¹²⁰

En su *De iure belli ac pacis*, en el primer capítulo del Libro I, expone su idea del derecho como “cualidad moral correspondiente a la persona,

118. *De iure belli...*, cit., II, III, VI: “Se ha de notar también esto: que si consideramos sólo el derecho natural, no se da el dominio sino en aquel que tiene uso de razón. Pero el derecho de gentes introdujo por utilidad común que los niños y los locos pudiesen aceptar y retener dominios, como sosteniendo entre tanto el género humano la personalidad de ellos”.

119. *Ibidem*.

120. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pág. 56. Otra razón de estas contradicciones puede ser el hecho de dejarse llevar en ocasiones por ideas no del todo asumidas y que pueden chocar con el resto de su pensamiento. Esta vacilación la pone de manifiesto Kosters cuando explica la modificación realizada por Grocio de su *De iure praede commentarius* para introducir la doctrina de Suárez sobre el derecho de gentes (cfr. KOSTERS, J., *Les fondaments du Droit des Gens*. Leiden, 1925, págs. 41-43). También Friedrich opina que Grocio desarrolló un “eclecticismo racionalista” (cfr. FRIEDRICH, C. J., *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 102).

para poseer u obrar algo justamente”.¹²¹ Esta cualidad puede tener dos grados: perfecta y menos perfecta. A la cualidad moral perfecta la denomina *facultad*, y a la menos perfecta *aptitud*, “a las cuales corresponden en lo natural, a aquella ciertamente el acto, y a ésta la potencia”.¹²²

Esta concepción del derecho como una realidad exclusivamente personal nace de la libertad del sujeto y será denominada por GROCIO “derecho propio y estrictamente dicho”.¹²³ Esta mentalidad continuará en el iusnaturalismo moderno, en el que, como recoge CARPINTERO, “el *ius* es, en consecuencia una cualidad *personal* de cada sujeto en la que, en principio, sólo cuenta, es decir, sólo es tenida en cuenta en el momento de la decisión y de la regulación de la voluntad de ese tal individuo: lo que él quiera, se proponga o pretenda, esto es la medida y las normas de regulación del Derecho”.¹²⁴ En este sentido, llama la atención la afirmación que hace en su *Mare liberum* cuando se refiere a las consecuencias que puede producir el ejercicio de un derecho. Este ejercicio podría tener consecuencias negativas para los demás, pero esta circunstancia no invalidaría el derecho si no se ha perseguido directamente el daño producido. Basta con ejercitar un derecho que nos reporta un beneficio a nosotros y que éste sea nuestro objetivo, aunque con él estemos –al mismo tiempo– perjudicando a los demás.¹²⁵ Si fuera al contrario, es decir, perseguir un daño para otros amparándonos en un derecho propio, habría que cuestionar tal derecho.

Este derecho, como cualidad moral, puede recaer sobre el mismo titular del derecho¹²⁶ (estaríamos hablando de la libertad), sobre otros individuos o sobre los bienes externos.¹²⁷ Estas tres clases de poderes no son nuevas en la doctrina jurídica de su época, como hemos visto. Pero lo que sí es

121. *De iure belli...*, cit., Lib. I, cap. I, parágrafo IV.128. Además de los autores ya citados, también consideran a Grocio como iniciador del derecho subjetivo, concebido como poder absoluto, WALDRON, J., op. cit., págs. 149-150; BUCKLE, S., *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*. Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 12, 15 y 30-32; TULLY, J., *A discourse on Property. John Locke and his adversaries*. Cambridge University Press, Cambridge, 1982, págs. 70-71 y 83; etc.

122. *Ibidem*. En esta concepción se basa Vergés para estudiar los derechos humanos en Grocio, aunque resulta difícil dar relevancia a una teoría de los derechos humanos en la doctrina del holandés (cfr. VERGÉS, S., *Desarrollo de los derechos humanos en Hugo Grocio*, en *Estudios de Deusto* 35/1 (1987), págs. 111-119).

123. *De iure belli...*, cit., Lib. I, cap. I, parágrafo V. En torno a esta concepción del derecho, comenta Feenstra que “Grocio ha jugado un papel importante en el desarrollo de la teoría de la propiedad, partiendo de lo que ahora se denomina derecho subjetivo” (FEENSTRA, R., *Grocio y el derecho privado europeo*, en *AHDE*, T. II (1975), pág. 618).

124. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., págs. 40-41. Para una visión más amplia del tema, cfr. CARPINTERO, F., op. ult. cit., págs. 40-48 y *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989, págs. 46-59.

125. *Mare liberum...*, cit., pág. 153: “Se debe uno fijar, pues, en aquello que principalmente realiza y no en lo que extrínsecamente ocurre como consecuencia”.

126. En esta acepción, comenta Waldron, se basará Locke para elaborar su doctrina sobre el derecho de cada individuo sobre su propio cuerpo. Cfr. WALDRON, J., *Right to private Property*. Clarendon Press, Oxford, 1990, pág. 178.

127. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., pág. 25.

nuevo es la forma de concebirlos, como derechos exclusivos y absolutos, cuando se corresponden con la cualidad moral perfecta o facultad.¹²⁸ Por esta razón, TULLY no duda en señalar la diferencia con FRANCISCO SUAREZ. Ambos coinciden en muchos aspectos, pues es sabido que GROCIO recurre en numerosas ocasiones a la doctrina del jesuita, pero se aparta de éste al concebir el derecho como exclusivo y absoluto.¹²⁹ De ahí que se pueda decir que el titular del derecho ejerce la soberanía o control sobre todo lo referente a su derecho siendo ésta la característica que lo define.¹³⁰

Pero GROCIO no desarrolla una doctrina completa y acabada sobre el derecho subjetivo. El holandés consigue introducir o revivir las bases individualistas en la concepción del derecho, pero serán sus comentaristas y seguidores los que la desarrollen; incluso sus adversarios "no tendrán inconveniente alguno en aceptar el término acuñado por GROCIO."¹³¹

Para explicar lo dicho con algún ejemplo concreto, nos referiremos al derecho de propiedad, en el que se encuentran similitudes con la Escolástica, pero también una gran diferencia: la exclusión de los demás. Así, escribe que "Dios confirió en general al género humano el derecho sobre las cosas de naturaleza inferior, inmediatamente después de crear el mundo y una vez restaurado nuevamente el mundo después del diluvio. Según dice JUSTINO, "todo era común e indiviso para todos". De ahí sucedió que inmediatamente cada hombre podía tomar para sus usos lo que quisiera, y consumir lo que se podía consumir. Y tal uso universal hacía entonces las veces del derecho de propiedad. Pues lo que cada uno así tomaba, nadie se lo podía quitar sin injuriarle".¹³² Es decir, Grocio mantiene claramente la distinción tradicional entre un dominio general sobre todos los bienes, que corresponde al estado originario (y que prevalecería en el estado social en los casos de extrema necesidad), y un dominio sobre cada uno de los bienes concretos, que corresponderá al estado social. Sólo de forma analógica se puede denominar con el mismo término a dos realidades que son distintas. En el estado originario no existía el dominio entendido como propiedad, sino como uso, como un uso de hecho, puesto que no existía el derecho. En su afán por abundar en la explicación, expone que "dominio quería decir la facultad de usar legalmente

129. Cfr. TULLY, op. cit., págs. 71 y 84. Buckle lo define como derecho individual (cfr. op. cit., págs. 35 y ss.).

130. A estas cualidades morales perfectas las denomina Tully derechos perfectos (por contraposición a las meras aptitudes que constituyen derechos imperfectos). "A perfect right is said to be a moral faculty because to possess a right means that one can exercise sovereignty or control over the referent of the right. This element of the sovereignty is the defining characteristic of a right". TULLY, op. cit., pág. 83.

131. Cfr. VILLEY, *Los orígenes de la noción...*, cit., págs. 26-31 y 50. Un estudio muy detallado sobre la repercusión de la doctrina de Grocio en los autores modernos es el de CARPINTERO, *La independencia y autonomía del individuo...*, cit., págs. 477-522. Cfr., también, WALDRON, op. cit., págs. 149-154; BUCKLE, op. cit., págs. 1 y ss. y 53-61; TULLY, ip. cit., págs. 72-73.

132. *De iure belli...*, cit., II, II, II, 1. Otras referencias a la comunidad de bienes las encontramos en I, I, X, 7 y II, II, II, 4.

de lo común”.¹³³ Y no podía existir la propiedad porque “la naturaleza no puede distinguir dueño. En este sentido decimos que en tal tiempo todas las cosas fueron comunes (...). Esta comunidad se refería, sin embargo, al uso (...). Por cuya razón había un dominio, pero universal e indefinido. Dios no había dado todas las cosas a éste o aquél, sino al género humano”.¹³⁴ Nos explica Grocio que, según la naturaleza, sólo Dios es verdadero Señor, puesto que tiene potestad absoluta sobre la sustancia y el uso de las cosas; en cambio el hombre sólo puede ser señor en cuanto al uso, dado que su voluntad no puede regular ni modificar la ley natural o positiva de Dios, por lo que no puede ser señor en cuanto a la sustancia, sino en cuanto al uso y según el uso prescrito por Dios.¹³⁵

Esta comunidad inicial de bienes no pertenece al Derecho natural propiamente dicho, al inmutable, sino que es natural solamente en “ciertas circunstancias”,¹³⁶ y hace las veces del derecho de propiedad.

En este estado el hombre podía tomar para su uso lo que quisiera, de modo que nadie se lo podía quitar sin injuriarle, puesto que ese uso, como decíamos, hacía las veces de propiedad. Pero expone también GROCIO que en este estado, al no existir leyes, los derechos se adquieren mediante la fuerza.¹³⁷ Se aprecia aquí la dificultad que encuentran los modernos cuando se refieren al estado originario del hombre. Si no existe sociedad política, no pueden existir leyes que sean fruto del acuerdo entre los individuos. Al no existir leyes no podrán existir derechos, puesto que éstos tienen su origen en aquellas. Esta sería la consecuencia lógica de una comprensión aislada del hombre, pero GROCIO no lo ve así, y tiene que hablar de derechos que se adquieren por la fuerza, de un uso que equivale a propiedad y de la injusticia que supone atacar esa propiedad.

Una vez que se crea la sociedad política mediante un pacto, la cuestión cambiará. Se va a introducir progresivamente la propiedad particular,¹³⁸ en común o privadamente, y su regulación, de modo que quede salvaguarda-

133. *Mare liberum...*, cit., pág. 85. Por “legalmente” entendemos que se refiere al uso acorde a las circunstancias concretas de ese estado originario.

134. *Mare liberum...*, cit., págs. 86-87.

135. *Argumenti theologici...*, cit., págs. 107-108 (título cit., cap. III): “Dominus simpliciter secundum naturam est solus Deus; quoniam potestatem habet, super substantiam et usum rerum, absolutam; eiusque voluntas ut sapientissima, et lex sibi, et excedit species et genera rerum. Homo est Dominus solummodo secundum quid; quoniam eius voluntas non potest esse lex, nisi prout a Dei lege naturali vel positiva regulatur et modificatur. Nec ergo suae vitae, nec subditorum, nec fortunarum est dominus quoad substantiam, sed quoad usum, et propter finem a Deo praescriptum”.

136. Cfr. *De iure belli...*, cit., I, I, X, 3. Deja de ser natural cuando, mediante un pacto, se introduce la propiedad privada.

137. Cfr. *ibidem*.

138. *Mare liberum...*, cit., pág. 87: “pero a esta distinción de dominios que ahora existe, parece que se ha llegado, no por cierto impulso, sino poco a poco y marcando el comienzo la misma naturaleza”.

do el orden y la seguridad en cada una de las sociedades.¹³⁹ En este estado social el significado de dominio ya no puede ser referido al uso, sino a lo que hoy entendemos por propiedad. El “dominio propio” significa “lo que es de uno, de suerte que no sea de otro del mismo modo. Y llamamos “común” a aquello cuya propiedad, por cierta participación o consentimiento, se ha conferido entre muchos, excluyéndose a los demás”.¹⁴⁰ Tanto en un estado como en otro está presente la idea de exclusión.

6. Los escolásticos tardíos no afirman rotundamente que el derecho subjetivo sea la manifestación primera y fundamental del Derecho. Pero, como hemos podido apreciar, su doctrina es algo titubeante. Efectivamente, Tomás de Aquino y, tras de él, Vitoria o Soto (autores muy estrictamente tomistas, especialmente Soto), habían entendido el Derecho como la *ipsa res iusta*, de modo que la ley sería sólo una *cierta causa del Derecho*. Por el contrario estos escolásticos tardíos, que no quieren romper con la tradición, equiparan a la ley, a la *cosa justa* y a la *facultas*. Tengo la impresión de que su referencia a la *cosa justa* es más bien retórica: ellos tienen sólo ante la vista las leyes y los poderes o facultades que conceden las leyes. Por este motivo, es más consecuente SUAREZ cuando, en lugar de titular su obra jurídica más importante *De iustitia et iure* (como habían hecho los otros escolásticos), la titula *De Legibus*. Parece que sólo tuvieron presente el *Tratado de las leyes*, que figura en la I-II de la *Suma Teológica* de TOMÁS DE AQUINO, y que no supieron entender el *Tratado de la Justicia* contenido en la II-II de esta misma obra.

Por otra parte, a finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII, las ideas individualistas que recoge ejemplarmente FERNANDO VAZQUEZ DE MENCHACA ya se habían impuesto. Sabemos que la jurisprudencia bajomedieval entendió –siguiendo estrictamente los textos romanos– que existió una primera etapa de la historia de la Humanidad, llamada *status naturae*, que se caracterizaba, según la terminología de Isidoro de Sevilla, por la “común posesión de todas las cosas”, la *communis omnium possessio*, y la “igual libertad de todos los hombres”, la *omnium una libertas*, de modo que no podría existir poder político (que, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación se opondría a esta “igual libertad”) ni propiedad privada. Ahora nos interesa la libertad *originaria* del hombre.

139. En este sentido afirma Beneyto que “Grocio y otros representantes del derecho natural racionalista, que hacían depender el origen de la propiedad de un contrato social, es decir, de su *Vergesellschaftung*, se encuentran muy próximos a la teoría legal (...). Esta interpretación de la teoría legal no era contraria a la concepción de la libertad primaria de la propiedad individual, al considerar que el contrato social se efectúa precisamente con el fin de convertir la tenencia fáctica de bienes (la posesión) en una situación jurídica (la propiedad); es decir, asegurándole a la posesión individual la protección de la comunidad” (BENEYTO, J.M., *Propiedad, Estado y Sociedad: posibilidades de un análisis estructural diacrónico*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) 15 (1980), pág. 154).

140. *Mare liberum...*, cit., pág. 85.

Efectivamente, los juristas bajomedievales *tendieron* (palabra deliberadamente imprecisa) a considerar que el hombre “es libre por naturaleza”, y que el poder político y sus leyes coartan y limitan esta libertad *originaria* de los individuos. Esta mentalidad era plenamente contradictoria con su quehacer romanístico-prudencial, pero existió. Los escolásticos tardíos a que he aludido, parece que tienden a considerar, o a conceder un cierto realce, a esa libertad originaria del hombre, de modo que la tesis típicamente liberal: el hombre es libre ante todo, y se trata de coartar lo menos posible –mediante las leyes– esa libertad, está de algún modo en embrión en ellos. Dejan de considerar al Derecho como un orden de *colaboración* colectiva, política, y sacan a la luz al individuo aislado e independiente. De ahí la importancia que conceden al *ius* como *facultas*. Es cierto que no es del todo equiparable con la idea de derecho subjetivo que inicia GROCIO y se consolida con sus comentaristas, sino que podría ser definido como “la facultad que asiste a todo miembro de una comunidad, a ser considerado igual a los demás miembros, en cuanto a los servicios y ventajas que la comunidad ocasione, y a beneficiarse por el resultado de su actividad privativa *dentro del límite que no ponga en peligro la existencia o la prosperidad comunes*”.¹⁴¹

Perdida la noción del Derecho como *la cosa justa* (objeto de un *quehacer* prudencial), sólo quedan las leyes del poder político y las diversas manifestaciones de la libertad *originaria* de cada individuo, que las entiendes a modo de *facultades*, aunque no quizá –como acabamos de decir– en el sentido (aún) de *derecho subjetivo*, tal como esta categoría jurídica fue elaborada por la pandectística alemana del siglo pasado: una *libre* disposición sin responsabilidades.

Estamos, pues, ante autores titubeantes y eclécticos, que no quieren romper con la tradición expresamente, pero que tienen ante su vista más el Estado moderno liberal –individualista– que no la *respublica medieval*. El Estado dicta sus leyes, y de ahí que ellos insistan en las leyes políticas como la fuente fundamental del Derecho. El derecho subjetivo aparece, por tanto, bien como un correlato de una facultad concedida por la ley, bien como una manifestación de la libertad originaria del hombre. Hacen referencias, ciertamente, a los condicionantes que imponen la *naturaleza de las cosas*: ellos no ignoran la *Jurisprudencia* o ciencia jurídica. Pero, al mismo tiempo, como digo, son más proclives a acentuar la función de las leyes del Estado, que ya no aparecen como “una cierta causa del Derecho”, como mantenía TOMAS DE AQUINO, sino como el Derecho mismo. Eclécticos y titubeantes: en ellos casi todo es cuestión de matices.

141. SANCHEZ DE LA TORRE, A., *Derecho subjetivo y deber jurídico en la Escuela de Suárez*, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* LXX (1989), pág. 11. La cursiva es nuestra.

Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

SUMARIO. I. El problema planteado. II. En el siglo XVI se comienza a hablar de "Derecho natural". III. Se perfilan explicaciones más precisas. IV. Vico y Desing frente al racionalismo ilustrado. V. Los inicios de la Edad Contemporánea bajo el condicionamiento del racionalismo moderno. VI. A modo de conclusiones.

I. EL PROBLEMA PLANTEADO

El rótulo de "Derecho natural suele ir asociado, de hecho, a la afirmación, o a la negación, de unas supuestas normas de justicia, que se consideran inmutables y eternas. En este sentido, Hans Kelsen, el impugnador infatigable durante casi todo el siglo XX de cualquier idea iusnaturalista, o de cualquier tesis afirmadora de la justicia, nos indica que "De las muchas significaciones que adopta la palabra "Naturaleza", especialmente en su forma adjetival "natural", para convertir de modo proteico su sentido en el opuesto, con lo que natural pasa a significar tanto como "justo", "exacto", "adecuado", viene aquí al caso ante todo aquella que resulta de su contraste con "artificial". Cuando se dice: una ordenación "natural", se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada "arbitrariamente", sino dada "por sí misma", y en algún modo *objetiva* es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo pero no obstante accesible al hombre como hecho fundamental, susceptible de ser conocida por el hombre; de un principio fundamental no producido originariamente por el entendimiento humano o la voluntad humana, pero susceptible de ser reproducido por ellos. Ese hecho objetivo, ese principio fundamental, es la "Naturaleza" o —en su expresión religiosa— personificativa— "Dios".¹

1. *La idea del derecho natural*, en "La idea del derecho natural y otros ensayos". Trad. de F. AYALA. Editora Nacional. México, 1979, pág. 17.

“Sólo el contraste –prosigue Kelsen– entre Derecho natural y Derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro. También el Derecho positivo es una ordenación de la conducta humana; pero se distingue del “natural” en que es sólo “artificial”, esto es, creado por el hombre, y en cuanto tal aparece como simple obra humana. En tanto que procede de la insuficiente voluntad humana se presenta siempre, respecto del “natural”, como más o menos “arbitrario”. Y, por eso, en contraste con aquel, no es necesariamente justo, sino también injusto en alguna medida. En la ordenación “natural” encuentra la ordenación “artificial” positiva la medida de su valor o desvalor. Según el grado de su coincidencia o contradicción con el Derecho natural, el Derecho positivo es –contemplado desde el punto de vista del Derecho natural– un Derecho bueno o malo, justo o injusto”.² Para acabar de completar este cuadro, Kelsen nos advierte que “A la idea del Derecho natural como una ordenación “natural” corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las de la Naturaleza, Dios, o de la Razón; y que por ello no necesite de ninguna coacción para realizarlas”.³

Felipe González Vicén desarrollaba más pormenorizadamente este tesis, unos años más tarde, cuando escribía que “Hasta que aparece la “filosofía del derecho” a comienzos del último siglo, la reflexión filosófica sobre el Derecho había sido metafísica y ontología jurídicas, es decir, lo que tradicionalmente venía llamándose “Derecho natural”. Desde que, en la crisis de la polis ateniense, los sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres otras leyes “no escritas”, de validez intemporal y revestidas de sanción inmanente, la especulación jurídica se mueve en una línea uniforme hasta finales del siglo XVIII”.⁴ Realmente, este juicio de González Vicén es más que discutible. Ya Alessandro Passerin d’Entrèves puso de relieve, en la monografía sobre el “Derecho natural” que de hecho ha sido más conocida y citada, que el *Naturrecht* de los modernos poco tiene que ver con el *ius naturale* de los juristas y teólogos medievales.⁵ Yo mismo he dedicado varios estudios a mostrar cómo el “Derecho natural” de la Modernidad se agotó en una teoría acerca de la legislación positiva “correcta” según los postulados básicos de naturaleza individualista desde los que partían los filósofos de los siglos XVII y XVIII.⁶

2. *La idea del Derecho natural...*, cit., pág. 19.

3. *La idea del Derecho natural...*, cit., pág. 20.

4. *La “filosofía del derecho” como concepto histórico*, en “Estudios de Filosofía del Derecho”. Universidad de La Laguna, 1979, págs. 212-213.

5. Vid. su *Derecho natural*. Trad. de M. HURTADO BAUTISTA. Aguilar. Madrid, 1968, págs. 74 y ss.

6. Vid., por ejemplo, *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del derecho natural*, en “Persona y Derecho” 13 (1985) págs. 61-109, o bien *La independencia y la autonomía del individuo: los orígenes de la “persona jurídica”*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” Nueva Época, V (1988) págs. 383-410.

A través de ese malentendido sobre el decurso de la Historia de la Filosofía práctica se ha creado el mito de un ordenamiento jurídico “natural” eterno e inmutable fundamentado en bases “metafísicas y ontológicas” —como mantiene González Vicén— que discurriría paralelo en la Historia, junto con los Derechos positivos que se han ido sucediendo. Conviene explicar más detenidamente este punto.

González Vicén cita a Grocio quien, en el conocido texto de los *Prolegomena* de su “*De iure belli ac pacis*”, promete al lector ofrecerle un sistema de Derecho “natural” completo y acabado, que tendría la misma exactitud de las verdades matemáticas. Pufendorf, discípulo de Grocio en este punto, también pretende, al menos aparentemente, una empresa parecida en su *De iure naturae et gentium libri octo*. Al filo de estos testimonios, González Vicén explica que “Estos principios supremos, junto con las consecuencias implícitas en ellos, no solamente constituyen —como la denominación “Derecho natural” parecería indicar— “un Derecho al lado de otro u otros Derechos, sino que representan, al contrario, “el” Derecho en absoluto, un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamarse derivativo, como deducción o concreción de aquel”.⁷

En consecuencia, las tesis de Kelsen y González Vicén parecen ser dos; por una parte, que la teoría sobre el Derecho natural que ha existido desde los tiempos de los sofistas hasta la Edad Contemporánea, ha seguido una línea uniforme, y que ha consistido, fundamentalmente, en estudios de naturaleza ontológica o metafísica que, precisamente por este índole suya, sólo podían producir un conjunto de normas “naturales” tan inmutables y eternas como el “ser” en el que se fundamentaban. De otro lado, según la forma de pensar que encarnan estos autores, la teoría iusnaturalista habría propuesto, durante milenios, un ordenamiento jurídico completo que habría discurrido paralelo a “las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo”, según la expresión de González Vicén.

No deja de ser chocante —dicho sea de paso— que tanto uno como otro autor —que siguen estrechamente la doctrina kantiana sobre el “derecho positivo”— sólo conciban al Derecho positivo como un Derecho arbitrario —adjetivo con el que se quiere decir, según el sentir común, que ha sido creado arbitrariamente. Parecen no entender que entre lo ontológico o lo “metafísico”, tal como ellos entienden estas palabras, y lo arbitrario, existe un tercer plano independiente y, al mismo tiempo, dependiente de

7. La “filosofía del derecho” como concepto histórico, cit., págs. 213-214.

ambos, que es el nivel de lo prudencial. Este sería el plano de, por ejemplo, la "Ética a Nicómaco", en donde Aristóteles no propone ni evidencias metafísicas ni ocurrencias arbitrarias.

Por este camino, falto de matizaciones que son fundamentales, se llega al dilema de proponer o bien que hay que admitir un "Derecho natural" como un ordenamiento jurídico más o menos completo, compuesto de normas inmutables, o bien que no existe en absoluto una base ontológica suficiente que permita asegurar la justicia de una decisión jurídica. En el contexto de esta mentalidad, el prejuicio de la inmutabilidad parece jugar el papel decisivo, ya que la idea de "Derecho natural" va asociada, de facto, a la de norma inmutable.

Esta tesis, así expuesta, "llevó la idea del Derecho natural a un grado tal de racionalización, que parecía olvidar las múltiples variedades de circunstancias concretas en que lo jurídico se manifiesta históricamente, explica Rodríguez Molinero. Estas circunstancias fueron la causa de que la reacción promovida por la llamada Escuela histórica en la primera mitad del siglo XIX fuera, no sólo normal y previsible, sino incluso necesaria".⁸ Ciertamente, esta explicación sumaria de Rodríguez Molinero puede ser enriquecida con nuevos datos acerca de la crisis del llamado por su época "Derecho filosófico", pero no es ahora el momento de entrar en este problema.⁹

Sin embargo, la corriente historicista no ha sido capaz de acabar con el "Derecho natural". Tras un paréntesis a lo largo del siglo XIX que, más que atormentado, a veces llegó a ser pintoresco, la mentalidad que representan los estudios de Cathrein y Rommen primero, y, más tarde, los abusos contra la Humanidad cometidos en la II Guerra Mundial, llevaron a buscar un criterio de justicia de algún modo superior a la simple legalidad establecida. El tópico más usado, en esta tesitura, fue el de "Derecho natural", en un primer momento, ya que se consideró que por encima de la legislación positiva, habría de existir un Derecho "natural o racional, o como queramos llamarlo", según explicaba Radbruch casi patéticamente en *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*.

Más tarde, ya en los años sesenta, cuando el movimiento *iustnaturalista* que se había desarrollado en los dos decenios anteriores, que historió espléndidamente Rodríguez Molinero, había perdido su vitalidad, apareció la doctrina de los Derechos humanos, no siempre de forma pacífica, entre los defensores de la tesis de existencia de una justicia superior al *arbitrio* del legislador estatal. En efecto, unos como Michel Villey o Barret-Kriegel, no aceptan el excesivo individualismo conteni-

8. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973, pág. 67.

9. Está ahora en prensa mi estudio *Los orígenes del positivismo jurídico*, donde estudio más detenidamente este problema.

do en la ideología de los derechos; otros, aunque sí aceptan de buen grado las diversas “Declaraciones de derechos”, entienden que en preciso superar el simple consenso que hizo posibles fácticamente estas “Declaraciones” y buscar la base ontológica o metafísica en la que se fundamentan, no vaya a suceder con los derechos lo mismo que cuenta el mito de Venus, la diosa de carne y hueso que nació de la espuma del mar. Este último sería el caos de Andrés Ollero o Javier Hervada, por ejemplo, entre otros.

El conjunto de estos autores, bien defiendan la *Justicia* frente al individualismo de las “Declaraciones de derechos”, bien propugnen estudiar la base ontológica en que éstos se fundamentan, componen, de hecho, la corriente iusnaturalista más reciente. Destaca en este nuevo iusnaturalismo, que continúa en buena medida los esfuerzos anteriores de Fechner, Maihofer, Brünner o Ritter, y que acepta de buen grado las sugerencias metodológicas de Esser, Viehweg o Kaufmann, el intento de compatibilizar las exigencias de la mutabilidad que necesariamente impone la Historia, con la tesis de que la Justicia no está sometida al azar histórico, sino que posee una base ontológica sólida, que la sustrae al capricho colectivo, al simple arbitrio, y le proporciona una objetividad real. Podemos decir que ha caído definitivamente el mito del “Derecho natural” entendido como un ordenamiento inmutable que se desarrolla paralelo a la historia de los hombres, sin mezclarse en ella.

Sin embargo, continúan los malentendidos por parte de aquellos autores que niegan la posibilidad de una fundamentación real, llámesela metafísica u ontológica, de la Justicia. Efectivamente, un sector mayoritario de la doctrina actual sobre Filosofía del Derecho, se resiste a admitir cualquier fundamentación “metafísica”, quizá porque esta misma palabra les suena a sotana de dominico tomista, y no aceptan ni a Tomás de Aquino ni a lo que él representa.

En este forcejeo, se mira al “Derecho natural” más reciente del mismo modo que se contempla y critica a un jovencito con *jeans* —se trataría de un iusnaturalismo que quiere presumir de joven y adecuado a los tiempos— ya que este “Derecho natural” *light* —uso expresiones que se oyen a veces— quiere intentar la aventura imposible de cuadrar la idea del Derecho natural (que se supone siempre inmutable) con las exigencias variables de la Historia. De esta forma, se buscaría un producto vendible que sólo será vendido de hecho —y esto es lo más grave— a quienes están dispuestos ya previamente a aceptarlo.

Planteadas así las cosas, me parece que una forma, entre otras, de abordar el tema es la de averiguar si los juristas de formación romanista —que se opusieron a la rigidez normativa del *ius naturale* moderno ya desde el siglo XVI— hablaron del Derecho natural y lo entendieron como un ordenamiento jurídico eterno e inmutable que discurriría paralelo a la Historia sin contaminarse con ella, al margen, pues, del Derecho positi-

vo. O bien si estos juristas –con los que comienza la Filosofía del Derecho ya en el siglo XVI¹⁰– establecieron una doctrina sobre la Justicia, también llamada “Derecho natural”, en la que el dato positivo, lejos de quedar al margen, es un ingrediente esencial en la fundamentación no-arbitraria de la decisión justa.

Porque bien pudiera suceder, a la vista de cómo discurrió la historia, que la tesis que afirma la existencia de un ordenamiento jurídico “natural” inmutable haya sido un invento de los filósofos, no de los juristas, de la Edad Moderna y Contemporánea. En tal caso sería especialmente interesante volver la vista atrás, para comprender cómo unos juristas de formación romanística, prudencial, que afirmaban los primeros principios de la “razón práctica” compatibilizaron la Historia con el Derecho y, en general, con la justicia.

II. EN EL SIGLO XVI SE COMIENZA A HABLAR DE “DERECHO NATURAL”

Es bien sabido que los Humanistas que representan el “Renacimiento” de los siglos XV y XVI rechazaron la jurisprudencia medieval entonces existente, a la que reprocharon, entre otras cosas, el pésimo latín en el que estaba redactada y la excesiva extensión y complejidad de los libros jurídicos, que convertía al Derecho en una maraña inextricable, según ellos.¹¹

Los juristas que captaron las exigencias renacentistas reaccionaron pronto, con Zazius y Alciato como pioneros, y a comienzos del siglo XVI comenzaron a hacer análisis filológicos e históricos sobre manuscritos fiables del Corpus Iuris Civilis; esta corriente de historiadores y filólogos del Derecho romano dió origen al movimiento que se conoce como *mos gallicus*, en razón de que Alciato enseñó en la Escuela francesa de Bourges.¹² Sin embargo esta corriente metódica, con su insistencia en el estricto estudio histórico del Derecho romano, acabó, por así decir, *historificando* a este Derecho que, de este modo, ya en el siglo XVI, comenzó a ser visto como el ordenamiento jurídico propio de Roma, comunidad política que existió en tiempos remotos, y que ya no existía. En el marco de esta mentalidad, ¿qué título podía alegar el *ius commune romanorum* para hacerse valer como un Derecho “vigente”?¹³ De este modo, el *ius commune* perdió su validez jurídica en buena medida, y se impuso la necesi-

10. Conring escribía que “Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimum hunc civilis Philosophiae locum serio et data opera aggressus est V.C. JOACHINUS HOPPERUS, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plane imbuto animo”. Dfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*. Helmstadii, 1653, pág. 146.

11. Vid. mi estudio “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista, en “*Ius Commune*”, VI (1977) págs. 121 y ss.

12. Vid. “*Mos italicus*”..., cit., págs. 124 y ss.

13. Vid. “*Mos italicus*”..., cit., págs. 130 y ss.

dad de encontrar un nuevo ordenamiento jurídico que supliera el hueco que había dejado el Derecho común.

En este sentido, los Humanistas de comienzos de siglo XVI habían insistido en la necesidad de buscar una nueva “idea del Derecho”, una nueva *aequitas* que sustituyera la maraña casuística romano-medieval,¹⁴ se trataba, según ellos, de crear un nuevo Derecho que fuera sencillo, claro, asequible, ya que no se fundamentaría más en la autoridad irracional de los juristas (romanos y medievales), sino que sería obtenido —como proponía Cicerón— *ex intima philosophia*.

Los integrantes del *mos gallicus* habían fracasado en su empeño de renovar la jurisprudencia, toda vez que habían acabado siendo eruditos, historiadores y anticuarios, del Derecho romano. Otros juristas, ante la crisis planteada, comienzan, por primera vez en la historia de la *jurisprudencia*, a estudiar cuestiones muy generales relacionadas con el Derecho, tales como la noción de *ius*, de *lex*, del *ius naturale* o del *ius civile*, etc. De esta forma, los juristas se ocupan de explicar qué es la *iustitia* y qué es el *ius naturale*, qué es el *ius positivum* y qué relaciones guardan entre sí estas nociones.

En este sentido, Johann Oldendorp, que fue uno de los primeros juristas en hacer indagaciones sobre las cuestiones jurídicas más generales, no contrapone el Derecho natural al Derecho positivo. En efecto, al explicar el parágrafo *Sed naturalia* de la Instituta, en donde se afirma que “Los derechos naturales siempre permanecen firmes e inmutables”, Oldendorp explica que estos *iura naturalia* fundamentales, que constituyen los *prima principia* de la actuación práctica del hombre, se encuentran grabados en el corazón y en la mente de los hombre, porque éstos son tablas vivas de la Ley e imagen de Dios.¹⁵ Esta jurista dedica poca atención al estricto *ius naturale* y, por este hecho, sus ideas sobre el “Derecho natural” las encontramos preferentemente en sus explicaciones acerca de la naturaleza del Derecho positivo o *ius civile*. Sucede que él entiende que la definición de Ulpiano del Derecho como *ars boni et aequi* (definición que él la refiere al Derecho positivo) es correcta porque “el Derecho civil no es más que la determinación del Derecho natural”.¹⁶ Efectivamente, todo el Derecho se presenta ante Oldendorp como una determinación, *determinatio*, de los principios generales naturales, de origen divino, de modo que, desde tales principios, naturales y divinos a la vez, se procede

14. Vid. G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*. Helbing and Lichtenhahn. Base, 1960, págs. 55-68 y 194-226. Se trata de un estudio especialmente completo sobre la nueva “idea del Derecho” en la jurisprudencia *culta* del siglo XVI.

15. “Sed ubi nam sunt talia iura per divinam providentia constituta? Certe in corde, et in mente hominis, velut in quibusdam vivis tabulis ad imaginem Dei creatis”. Cfr. *EISAGOGE seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*. Edición de Vindebonae de 1758. La edición original es de 1539.

16. “Recte quidem ille; Nam ius civile nihil aliud est, quam determinatio iuris naturalis”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Titulus IV, parágrafo I.

hasta el Derecho positivo, los *capita humanarum*, es decir, el Derecho de gentes, las constitutiones de los magistrados y las costumbres de cada nación.¹⁷ Consecuentemente, el *ius civile*, esto es, el Derecho positivo propio de cada comunidad política, que se extiende a las diversas y diferentes circunstancias humanas —explica él—, que se manifiesta en las sentencias de los magistrados, no es sino una determinación probable del Derecho natural,¹⁸ de modo que todo Derecho positivo tiene el rango de “Derecho natural probable”.

Así pues, según Oldendorp, no existe un “Derecho natural” que sea cosa distinta del Derecho positivo, ya que este último no es más que una concreción o determinación de los primeros principios naturales y divinos,¹⁹ de modo que primeros principios y razón humana aplicada a las circunstancias concretas se funden en su solo tipo de Derecho: el propio de la jurisprudencia o “ciencia del Derecho”, llamada entonces *civilis scientia*, y por este motivo, explica Hohann Oldendorp, cuando encontramos las palabras “es injusto” (*incivile est*) no nos referimos en especial a una transgresión contra el Derecho que usamos hoy, que es aquel que nos enseña la *civilis ratio*.²⁰ Esta “razón civil” es, pues, la razón jurídica humana, la única razón jurídica que existe, que nos enseña lo que es justo o injusto, con absoluta independencia de si el intérprete se remite, para fundamentar la justicia o la injusticia de una decisión, al Derecho natural o al Derecho “civil”: en cualquier caso, la *ratio* es la misma.

Conrado Lagus, otro jurista “culto” de mediados del siglo XVI, explica que la “doctrina del Derecho” se ocupa de explicar las causas por las que estamos obligados a obedecer las normas jurídicas.²¹ Como es usual en aquel tiempo, él entiende la obligación o el deber de obedecer al Derecho en el sentido teológico-moral corriente en el siglo XVI, de modo que la “compulsión” para obedecer al Derecho positivo no proviene primariamente, como pretende Kelsen refiriéndose a estos auto-

17. “Denique ex his intelligere potes, quid sit, quod dixit idem Ulpianus: Ius est ars boni et aequi. Si ars: ergo constat ex praeceptis, sed praecepta oportet esse certa... Quaenam est ista levis, et simplex via, nisi incipere primum a naturalibus, et divinis praeceptis? deinde progredi ad capita humanarum, et demum ad alias gentium, et Magistratum Constitutiones, et mores patrios”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo V.

18. Ius enim positivum est sententia magistratus, quae ex variis rerum mundanarum circumstantiis extendit, et determinat ius naturale probabili quadam ratione”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo XII.

19. Es posible que la referencia de Oldendorp a los *divina principia*, que no encuentro en los otros autores de esta época, se deba a su condición de protestante, con el consiguiente biblicismo propio de los reformadores.

20. “Inde toties in iure reperies haec verba: incivile est: item neque naturale, neque civile est: hoc iure hodie utimur: civilis ratio suadet”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo 12.

21. “Proinde neminem spero improbatum nostrum consilium, quod doctrinam iuris in haec duo genera controversiarum distinguimus, ut alterum dicamus versari circa inquisitionem causarum, propter quas nos illi obstricti necessario pareamus”. Cfr. *Methodica iuris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, pág. 3.

res,²² de la coacción física, sino que tal compulsión posee, ante todo, una naturaleza moral. El problema que preocupa a Lagus es el de la causa suficiente para que una norma jurídica pueda pretender exigir obediencia; no basta, según él, con el estudio del Derecho existente históricamente, pues ésta no es sino una tarea de índole histórica.²³ Así pues, Lagus apunta a dos elementos de la vigencia o validez jurídica: la causa filosófica y la forma histórica. Notemos ahora que Lagus hace descender las “causas” jurídicas al plano del Derecho positivo o del Derecho “civil”, es decir, al de la *Jurisprudencia* que, como ya hemos visto a propósito de Oldendorp, sigue siendo considerada como una *divinarum atque humanarum rerum notitia*, en donde no hay distinción nítida entre los elementos “naturales” o provenientes del “Derecho natural”, y el *ius civile* de origen humano. De hecho, Lagus, cuando se pregunta por las causas del Derecho alude a “quacumque a natura, publica autoritate, aut consuetudine, sive moribus utentium probantur”.²⁴ Las causas “naturales” quedan equiparadas, y revueltas, con las que son de origen humano, tales como los mandatos de la autoridad pública o las costumbres jurídicas. No existe, pues, un plano superior al Derecho “positivo”, que sería el del “Derecho natural”, desde el que se derivara la validez de las normas del Derecho civil; existe únicamente la *Jurisprudencia*, que es el arte (*ars*) de la justicia y de la equidad y que, lejos de escindirse en un razón “natural” y necesaria, y en otra “humana” o arbitraria, se nutre de una única *ratio* que contiene en sí todos los elementos de la argumentación jurídica de aquel tiempo. Lagus pone explícitamente de relieve esta idea cuando explica que el “Derecho natural” viene constituido por el *sensus naturae* y por el juicio de la razón,²⁵ de la misma razón de la que procede y en la que se fundamenta el Derecho de origen humano. Por esto, los datos “naturales” no constituyen como axiomas desde los que se derivara la validez de unas reglas deducidas desde ellos; se trata, más bien, de principios (en aquella época llamados *regulae*, y que Josef Esser denomina, ahora, *Grundsätze*) que se encuentran en todos los niveles y planos del razonamiento, haciendo posible una corrección constante, y no solamente *ab initio*, del argumento en cuestión.

De hecho, Jean Corasius, cuando se plantea el tema de los axiomas jurídicos supremos, indica que tales *axiomata* no proceden tanto de la

22. Vid. *La idea del Derecho natural*, cit., pág. 22, entre otros lugares.

23. “Alterum verum consistere in perquirendis formis quas in singulis negotiorum et delictorum humanorum speciebus pro iure observare leges volunt... Caeterum prior pars doctrinae iuris est philosophica, hoc est, verum, et rationes omnis iuris quantum humana mens assequi potest, inquirens. Altera pars doctrinae iuris, quam diximus praescribere iuris formas... historica est”. Cfr. loc. cit.

24. Vid. *Methodica iuris...*, cit., pág. 7.

25. “Nam cum ius naturae sit, quic quid ex naturae sensu, et iudicio rationis, nos aliis debere intelligimus”. Cfr. *Methodica iuris...*, cit., pág. 21.

Naturaleza (non tam Naturae) como de la razón y de la autoridad civiles, esto es, del uso común de los mortales, de modo que la difusión y aceptación de que gozan hacen innecesaria cualquier demostración de ellos.²⁶ Existe, pues, en la Jurisprudencia, una sola razón, la *civilis ratio*, que acoge a todo tipo de axiomas o *regulae*, sean positivos, sean provinientes de los primeros principios de la razón práctica, que era lo que entonces se entendía por Derecho “natural” entre los juristas de formación romanista.

La *civilis prudentia* es, pues, un arte de argumentar, en el que los principios, axiomas o *regulae*, que confluyen con las normas de origen positivo, tienen un estatuto normativo deliberadamente impreciso, de modo que la *civilis ratio* abarca en sí tanto los datos “naturales” como los positivos, porque, en definitiva, todos ellos están puestos al servicio de la justicia del caso. Nicolás Vigelius nos explicaba, en este sentido, que es un error intentar buscar las causas en las leyes, como algunos pretenden hacer; es preciso buscar las leyes de las causas,²⁷ ya que las causas son infinitas; en efecto, aunque algunos reconocen que es preciso tener en cuenta —en el momento de la decisión jurídica— a los tiempos y a las personas, entienden, sin embargo, que las causas dependen, tipificadas, de los tipos o géneros de problemas;²⁸ este planteamiento es incorrecto —mantiene Vigelius— porque existe una multitud infinita de causas, de modo que si las causas las situamos en las personas, habrá tantas causas como hombres.²⁹

Esta mentalidad que reflejan y, en algún modo exponen, estos autores, estaba muy extendida en la segunda mitad del siglo XVI. A título de ejemplo, vemos cómo Francisco Balduinus explica con toda naturalidad, sin polémicas, que la Historia, en la que debe fundamentarse el Derecho, nos muestra una sucesión infinita de individualidades,³⁰ desde

26. “Iuris principia secundaria, sunt certa quaedam axiomata, et definitiones, seu regulae, quae non tam Natura, quam civile aliqua ratione et autoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animus diffunduntur, quae et si plerunque vera sunt, nec valde egeant demonstratione”. Cfr. *Tractatus de iuris arte*. Coloniae Agrippinae, 1582, pág. 99. Corasius habla de principia secundaria, y esto podría llevar a pensar que existen unos “principios primarios del Derecho natural”, desde los que se derivarían estos otros principios secundarios; no es así. Los principios primarios a que este autor alude son simplemente lo que expone Ulpiano, los más genéricos imaginables y, por ello, su función argumentativa es escasa o nula: “Tres ergo sunt Iuris praeceptiones, Honeste vivere, Alterum non laedere, et Ius suum cuique tribuere”. Cfr. op. cit., pág. 96.

27. “Perperam faciunt, qui causas in circumstantiis considerant, non ad genus universum referent, et sic non causas legibus, quae generaliter conscriptae sunt, sed leges causis, eas in pravos sensus detorquentes accomodent, ignari omnes causas sine hypotheses ex aliqua thesi pendere”. Cfr. *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de Iure omnium certissima*. Francofurti ad Moenum, 1598, pág. 38.

28. “Nam etsi incurrunt tempora et personae, tamen intelligendum est non ex iis, sed ex genere quaestionis pendere causas. Sed hoc nihil ad me”. Cfr. *Ratio iuris discendi...*, cit., pág. 41.

29. “Illud ad me, ac multo etiam magis ad vos, Cotta noster et Sulpitii: quomodo nun se istorum artes habent, partimescenda est multitudo causarum, est enim infinita. Si in personis ponitur, quot homines, tot causea”. Cfr. *Ratio iuris discendi...*, cit., ibidem.

30. “Sed profecto, qui intelligunt, quaenam sit rerum humanarum successio et veluti concatenata consecutio: nae ille naturalem quandam (ut jurisconsultorum verbo utar) individuitatem perpetuae historiae esse sentium”. Cfr. *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudenter coniuunctione libri II*. Halae, editio nova de 1726, pág. 47.

las que no podemos, desde luego, obtener normas inmutables. Y Francois Hotmann, éste sí en tono decididamente polémico, dedica el libro I de su *Antitribonianus*, a declarar insistentemente que así como la dieta que prescribe el médico debe acomodarse al cuerpo, y no éste a aquella, así el Derecho ha de adaptarse a las circunstancias, de modo que las leyes deben acomodarse a la República, no ésta a las leyes; esto provoca, según Hotmann, que las leyes que son válidas en una Monarquía, sean inútiles en otra, del mismo modo que los medicamentos no son adecuados a todos los hombres sin tener en cuenta el sexo o la edad.³¹

Por tanto, la razón civil, la *civilis ratio* que hace posible el Derecho y la Justicia opera simultáneamente con principios y normas jurídicas, y no importa nada a estos juristas que tales normas y principios provengan del *ius naturale* o del *ius civile*. Lo único relevante es que, mediante ellos, se hace justicia en cada caso concreto, y la justicia, según la mentalidad que expresan estos autores, no es patrimonio exclusivo del Derecho “natural” o del ordenamiento “civil”: más bien es común al juego conjunto de ambos, sin el cual no podría existir solución justa.

III. SE PERFILAN EXPLICACIONES MÁS PRECISAS

Durante la segunda mitad del siglo XVI se habló mucho del “Derecho natural”, sin que, al parecer, nadie pudiera explicar con precisión en qué consistía esta nueva Idea del Derecho que se presentaba como candidata para sustituir a la Jurisprudencia del *Ius Commune*. Fernando Vázquez de Menchaca publicó en 1559 sus “Controversias ilustres”, libro en el que él asume la mayor parte de las tesis y postulados *iusnaturalistas*, tales como la consideración exclusiva del individuo aislado en el “estado de naturaleza”, la formación de la sociedad mediante un “contrato social”, la concepción de la sociedad política como una *societas assecuratoria* de los “derechos naturales” que, según él, eran desconocidos en la mayor parte del mundo, etc. Pero Vázquez ha quedado tan sólo como un precedente significativo y valioso porque él no asumió las exigencias sistemáticas que se estaban lanzando a la ciencia jurídica desde comienzos de siglo; sus “Controversias ilustres” eran, pues, demasiado deudoras aún de las obras casuísticas romanas y medievales. Más tarde, cuando Hugo Grocio publique su *De iure belli ac pacis*, la jurisprudencia nueva que pretendía encarnar esta también nueva “Idea del Derecho”, se reconocerá y tomará conciencia de su propia identidad gracias a esta obra

31. “Eruditi omnes hoc ab omni aevo regulam servarunt, et approbarunt, debere leges quas-cunque statui, et formae Reip. accomodari, non Remp. legibus... Leges enim constituunt ad conservandam in sua forma, et qualitate Rempubliam: quemadmodum diaeta, et vivendi ratio a Medicis praescribitur ad conservationem corporis, cui iuxta habitum, et naturam ipsius commoda esset debet diaeta, non corpus diaetae... Et consequenter, unius Monarchiae leges saepe inutiles sunt alteri, haud necus, quam medicamento non quaevis quibuslibet hominibus conveniunt ut ut eiusdem sexus, aetati, et nationis sint”. Cfr. *Antitribonianus*, edición de Pisa de 1771, cap. I.

de Grocio, que no se despega de Vázquez de Menchaca sino en la exposición de sus contenidos, ya que Grocio pretendió hacer un libro sistemático; no consiguió esto último, porque el *De iure belli ac pacis* deja mucho que desear desde el punto de vista sistemático, pero la ordenación externa que este holandés dió a su escrito fue suficiente para adquirir el prestigio necesario. De este modo, la *iuris naturalis scientia* comenzó a andar al final del primer tercio del siglo XVII.

Entretanto, es decir, en los años que discurren aproximadamente desde 1570 a 1650, los juristas del Ius Commune hicieron un gran esfuerzo por explicarse a sí mismos y a sus lectores el método que ellos mismos seguían. Gracias a este hecho, y gracias también a las consideraciones que hacen a propósito del “Derecho natural”, tema que inexcusablemente debía ser tratado entonces porque estaba muy de moda, disponemos hoy de un conjunto de explicaciones acerca de la naturaleza del ius naturale especialmente valiosas.

Ciertamente, a lo largo del siglo XVI había habido una extensa y profunda teorización acerca del Derecho, que había realizado los escolásticos españoles que integran el movimiento conocido como “Segunda Escolástica”. Pero estos escolásticos habían centrado sus explicaciones en el tratado de las leyes que se contiene en la I-II de la “Suma Teológica” de Tomás de Aquino; por este motivo, sus obras son especialmente relevantes para todo lo que hace referencia al origen, fundamento, naturaleza y límites del poder político, así como de sus leyes, pero, quizá porque estos escolásticos no eran juristas, no centraron su atención en la estructura interna del razonamiento y de la decisión jurídica. Fueron, pues, más bien filósofos del poder político que no del Derecho. A pesar de que solían titular a sus tratados con el rótulo de *De iustitia et iure*, poco encontramos en ellos acerca de la “justicia” y del “Derecho” o *Juriscientia*. Esto último viene tratado en la II-II de la “Suma teológica” de Tomás de Aquino, en el tratado de la justicia y, como indico, los escolásticos tendieron preferentemente a estudiar y comentar el tratado de las leyes. Por este motivo, es más claro Suárez cuando titula a su obra más conocida como *Tractatus de Legibus*. Pero sucedía que en el cambio de siglos del XVI al XVII se había perdido de vista a la Ciencia del Derecho (*civilis sapientia* o *Juriscientia*) y, bajo el influjo racionalista específicamente moderno, lo que se imponía era hablar de las leyes del “Estado” que ya se estaba configurando en el plano doctrinal.

De esto se desprende que el periodo que indico, entre 1570 y 1650 aproximadamente, ha constituido el Siglo de Oro de teoría de la ciencia jurídica prudencial y casuística, esto es, de lo que podemos llamar abiertamente la “Filosofía del Derecho”. Francisco Connanus, Pierre de la Grégoire, los hermanos Joaquín y Gregorio Hopper, Hermann Conring o Hugo de Roy ofrecieron unas explicaciones del método jurídico que, si bien no responden plenamente a los problemas que tenemos planteados a finales del siglo XX, ofrecen el encuadre necesario para entender con

profundidad las explicaciones actuales de Esser, Viehweg, Kaufmann y también, en cierta medida, de Dworkin, entre otros mucho filósofos del Derecho que se podrían citar.

Pierre de la Grégoire, más conocido como Gregorius Tholosanus, explica que los “derechos naturales” (*iura naturalia*) a los que alude al parágrafo de la Instituta “Sed naturalia quidem iura”, son, ciertamente, incorruptibles e inmutables, tal como indica el texto romano; pero así como es natural nacer, también en natural que, al sobrevivir causas contrarias, algo se corrompa por estas mismas causas.³² “Y yo observo —escribe Tholosanus— en el Derecho natural, que este Derecho es inmutable en la medida en que permanece como Derecho, esto es, mientras que lo justo natural (*iustum illud naturale*) tiene razones y equidad que lo constituyen en justo; y ciertamente, cambia, si cambiados los fundamentos de la razón y de la equidad, lo justa desaparece (*iustum dissoluitur*). Cosa que sucede cuando las razones que lo constituían en justo, sobrevenidas causas nuevas, comienzan a disminuir y son superadas por otras de mayor equidad, de modo que lo que antes era provechoso comienza ahora a ser nocivo y pernicioso”.³³

Como podemos observar, Tholosanus no concibe en modo alguno al Derecho natural como un ordenamiento jurídico inmutable; más bien al contrario, “lo justo natural” parece que, según él, lo constituye el jurista a la vista de las circunstancias que aconsejan una decisión mejor que otra, de modo que esta justicia “natural”, por venir constituida y determinada por las circunstancias, cambia al compás de ellas según un criterio de utilidad. Tholosanus, al escribir así no establecía una tesis nueva; el verdadero autor de este modo de considerar el *ius naturale*, había sido Francisco Connanus. Este autor escribía que “Este pasaje de Aristóteles me ha enseñado que no puedo ordenar mi pensamiento si no atribuyo una doble naturaleza al derecho natural, una basada en la equidad, y otra en la utilidad. El primer derecho (el basado en la equidad) se dice que es derecho natural verdadera y propiamente, que es el que prescribe a todos los hombres la razón natural, y que es inmutable y eterno. El segundo derecho, que es tal porque versa sobre la utilidad... no ha sido constituido tanto por la naturaleza mismo como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, es una parte del Derecho natural”.³⁴

32. “Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causis corrumpi”. Cfr. *Syntagmatis iuris universi*. 4 edición, Venecia, 1593, Pars II, Liber XI, parágrafo 7.

33. “Atque in iure naturali et illud observo, ius naturale esse immutabile, quandiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illud naturale habet rationes et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subortis columnis rationes et aequitatis, iustum dissoluitur. Quod accidit, quando rationes, quae aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia maiore aequitate: ut si quod antea proderat, alio adminiculo incipiat esse nocivum et perniciosum” Cfr. *Syntagmatis...*, cit., Pars II, Liber XI, parágrafo 8.

34. “Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum... quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est”. Cfr. *Commentariorum...* Liber I, Cap. 6, parágrafo 4.

Tholosanus, al seguir a Connanus, mantenía que el Derecho civil, que es el propio de cada ciudad, ha de estar informado por el Derecho natural, que opera a modo de fermento de equidad y de justicia, y entonces el Derecho será justo; pero no es justo porque asuma la plenitud de la equidad universal,³⁵ sino porque sigue a las necesidades de la sociedad, de modo que aumenta las penas por la frecuencia de los crímenes, o las suaviza; de modo que cuando disminuye una causa, las leyes han de atemperarse.³⁶ “Por lo que puede suceder —prosigue Tholosanus, que, aunque se trate de lugares diversos, con leyes contrarias, sin embargo tales leyes son justas y equitativas, por diversa razón y *secundum quid*, no según una consideración general del Derecho natural en abstracto, sino según el Derecho natural en concreto, esto es, según la conveniencia del sujeto, que prescribe lo justo nomotético”.³⁷

Parece, en el contexto de este pensamiento, que el “Derecho natural”, por expresarse a través de la utilidad social, que es cambiante, sólo puede existir de forma nomotética, como Derecho natural “en concreto”, según ha explicado el propio Tholosanus. En tal caso, explica este autor, no cabe la menor duda de que el Derecho natural está siempre presente en el Derecho positivo (civil), de modo que si las leyes son concordantes con la razón, dado que la razón misma es algo natural, el Derecho (*ius*) es, al mismo tiempo, natural y civil, y, así, hablamos del Derecho natural *in concreto*, por razón de su contracción a esta o aquella ciudad, de lo que resulta que es tanto Derecho natural como positivo.³⁸

Hugo de Roy, también discípulo —en el sentido amplio de la palabra— de Francisco Connanus, nos advierte que el Derecho no se determina únicamente a partir desde las opiniones de los juristas (él se refiere a los juristas romanos y del *ius commune*), sino que hay que buscar tanto el asenso de los filósofos como de los teólogos, cuyas razones valen indistin-

35. “Indeque ius civile, quod proprium cuiusque civitatis, hoc est, quod maxime conformatus est ritibus, et moribus receptis in civitate, partim cum iure naturae consentit, veluti cum fermento aequitatis, et iustitiae, et iuris tantum iustum: nec tamen per omnia ei inseruit, id est, non omnino secundum universalem aequitatem naturalem statuit”. Cfr. Syntagmatis..., cit., Pars II, Liber XI, cap. I, párrafo 9.

36. “Necessitas quippe societatem, interdum iubet ab ea aequitate deflectere, ut propter frequentiam criminum, augeri poenas, aut propter mores saeviores, et barbaros durius statui: interdum contraria causa minui, et aliter hic expedit, aliter alibi leges temperare”. Cfr. ibidem.

37. “Quae omnia tamen, etsi diversam in locis diversis et contraria, iusta nihilominus sunt et aequa: sed diversa ratione, et secundum quid, non secundum generalem considerationem iuris naturae in abstracto, sed secundum ius naturale in concreto, hoc est, pro convenientia subiecti, cui nomotheta iustum praescribit”. Cfr. ibidem.

38. “Ut non dubitetur ius naturale et in iure civili esse, verum in illo concreto appellationem civilis dominari. Et tamen si sanctiones civilis non sunt consonae rationi, ius non faciunt, quantumvis ita nominatur, sed corruptelam: si autem consentiant cum ratione, cum ea naturalis sit, ius quoque civile, et naturale hoc modo erit, et in concreto dici poterit, et ratione contractionis ad illam vel illam civitatem ius naturale et civile quoque”. Cfr. ibidem.

tamente en la *Jurisprudencia*.³⁹ Esta perspectiva que es propia del plano argumentativo específicamente jurídico, en el que la decisión jurídica aparece también como una *humanarum atque divinarum rerum notitia*, ya nos indica que De Roy tiene ante la vista un saber jurídico unitario en el que no será posible diferenciar siempre un plano “natural” y otro “positivo”. Esta tesis la expresa este jurista francés a través de un discurso profundo y denso, lleno de matices, como podremos observar.

Iustum esse quod quaeritur, plantea De Roy: “Buscamos lo que es justo”. A diferencia de otros autores de esta época, a este autor no le interesa describir o definir qué es el Derecho natural, qué es el Derecho de gentes o qué es el Derecho civil, como solía ser usual entonces; él se preocupa únicamente por lo que “es justo”, de modo que el Derecho de gentes, o el civil, o el natural, aparecen solamente como dimensiones o vertientes de la determinación concreta, aquí y ahora, de lo “justo”.

En un pensamiento apretado y denso, como es el usual de su obra, De Roy nos explica que aquello que ha sido “introducido” a causa del bien público y común de los hombres posee una “causa perpetua, y natural” de justicia.⁴⁰ Este bien es equitativo a causa de su bondad pública, es necesario debido a la equidad, y es justo en razón de su necesidad, porque la razón natural se adapta perfectamente a lo que es voluntad de Dios.⁴¹ No distingue, deliberadamente, entre un plano “humano”, propio del Derecho positivo, y otro plano sobrenatural, que vendría a ser el del Derecho “natural”, como indicaba Kelsen para referirse a la doctrina ius-naturalista, o de la justicia, de estos juristas; efectivamente, la determinación del *iustum*, según De Roy, es tarea “natural” y sobrenatural a la vez, que origina un plano moral en el que se produce la vinculación en conciencia, ya que “así como la razón natural no nos falta en lo que es necesario, la voluntad divina tampoco nos abandona en lo que es racional”.⁴²

“De lo dicho consta con suficiente claridad que se puede decir que aquello que es útil es justo y, efectivamente, así es, siempre que sea honesto, es decir, concorde con el Derecho divino moral, o por lo menos no contrario a él”.⁴³ La exigencia del *honestum*, añadida a lo que es justo,

39. “Illud autem non determinandum existimavi absolute ex Sententia Iurisconsultorum, ne iudices in propria causa iure meritoque refellerentur: verum etiam firmamentum quaesivi ex assensu Philosophorum, ac Theologorum, quorum ideo rationes indistincte admiscui”. Cfr. *De eo quod iustum est*. Hildesii, 1653, Prolegomena.

40. “Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, et naturalem”. Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Primus, parágrafo 2.

41. “Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob bonitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divina voluntate congruum est”. Cfr. *ibidem*.

42. “Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus”. Cfr. *ibidem*.

43. “Ex relatis satis evidenter potest, quatenus id, quod utile est, iustum dici potest, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus iuri divini morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium”. Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Quartus, parágrafo 1.

viene introducida por las tesis de Aristipo y de Carnéades, a los que se refiere De Roy, que mantuvieron que toda la justicia se resuelve en utilidad, de modo que despreciaron todos los derechos y obligaciones (*officia*) naturales, universales y morales, de todos los hombres, ya que mantuvieron que nada, por naturaleza, es justo o injusto, honesto o deshonesto, lícito o ilícito, sino que todo dependía del arbitrio y del poder humanos, destruyendo –según De Roy– el nombre mismo de “derecho”.⁴⁴ De Roy mantiene que lo útil ha de ser completado con lo honesto, de modo que cuando lo útil es justo, sincero, honesto, no nocivo en todas sus partes, entonces se adecúa constante y perpetuamente a la recta razón y a los mandatos jurídicos divinos.⁴⁵

A diferencia de lo que solía ser usual en los escolásticos españoles, por ejemplo, Hugo de Roy no parte “desde arriba”, desde la Ley Natural, para determinar lo que es justo; por el contrario, él procede siempre desde las circunstancias humanas, *ex circumstantiis*, como aparece escrito con frecuencia, para, desde la naturaleza de estas circunstancias (es decir, su necesidad, utilidad, honestidad), determinar lo que es justo de acuerdo con el Derecho natural y el Derecho de origen humano, esto es, con la *Justicia*.

Lo que es necesario y útil para la sociedad, escribe De Roy, eso es justo en máximo grado, siempre y cuando sea honesto.⁴⁶ Efectivamente, la utilidad, por sí sola, no es un criterio definitivo; se precisa que las exigencias de la utilidad vayan acompañadas de la licitud o del imperativo ético, siempre que el plano ético tenga en cuenta las circunstancias de las personas, tiempos, lugares y las provenientes de otras consideraciones, exigencia a la que nos obliga el Derecho natural (la natura), ya que esto es lo más racional.⁴⁷ El plano ético viene dado, en un primer momento incompleto, por los principios más generales de la razón práctica; estos principios serían como una dimensión, necesaria aunque insuficiente, de la garantía de la justicia de las decisiones.⁴⁸ “La causa de todos los males de los hombres –nos advierte– procede, como advirtieron los antiguos, de no saber aplicar aquellas nociones comunes a los casos singulares. Porque, efectivamente, no es lícito aplicar la Justicia entre los mortales

44. “Quocirca ab Aristipo et Carneade dissentimus, qui omnem Justitiam utilitatis nomine complexi sunt. Irridentes omnia iure et officia naturalia, universalia, moralia, omnium hominum, ac ratiocinatum communia. Quippe nihil natura, aut per se iustum vel injustum, honestum vel turpe, licitum vel illicitum putabant; sed arbitrio ac potestate humana ex utilitate metiendum, spreto omni omnino iuris nomine”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Quartus, parágrafo 3.

45. “Etenum ut utile iustum sit, sincerum sit, honestum, atque omni ex parte innoxium: conveniens constanter et perpetuo rectae rationis principiis, et divini iuris praeceptis”. Cfr. loc. cit., parágrafo 3.

46. “Quod autem magis necessarium ac utile fuerit communi societati, illud magis iustum prestandum est, prehabita ratione ac consideratione honestatis”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 1.

47. “Post deinde, in ordine considerandum est illud, ad quod Personarum, temporis, loci, aliarumque rerum ac circumstantiarum ratione maxime obligamur natura. Quoniam illud magis est rationale”. Cfr. ibidem.

48. Vid. el extenso parágrafo 2 del loc cit.

sin tener en cuenta las cosas singulares, las personas, las circunstancias, los lugares, y todo aquello que en general es vario y diverso”.⁴⁹

¿Cómo es posible adecuar lo que es inmutable a lo que es vario, diverso y contingente? La solución, advierte De Roy, nos la ha proporcionado Connanus, que ha explicado que los preceptos (*Principia*) son inmutables y perpetuos, pero que su uso es mutable y variable, de modo que estos principios varían según la naturaleza de las cosas y de las circunstancias.⁵⁰

La cualidad de “justo” de un acto, o de una decisión, se *induce* —parece indicar De Roy— desde lo concreto, con ayuda de los *principia o praecepta* más generales de la actuación práctica. “Nosotros sostenemos y juzgamos, escribe este autor, que la Justicia no existe en los preceptos o en las leyes, sino que las leyes y los preceptos se constituyen desde la Justicia”.⁵¹ Efectivamente, la Justicia es algo distinto de las normas legales, según el pensamiento de este francés; él afirma que son las circunstancias las que mandan sobre el caso, de modo que, desde ellas, se selecciona o se crea la norma aplicable. Ningún precepto se puede aplicar unívocamente, como lo demuestra la Sabiduría divina cuando nos indica en el libro del “Eclesiástico”, capítulo 3, que “todo tiene su tiempo” (*omnia tempus suum habere*) y, así, hay un tiempo para amar y otro para odiar, hay un tiempo para la paz y otro para la guerra; es preciso discriminar, por tanto, para saber lo que es justo, y para ello hay que examinar las circunstancias de las cosas, de los tiempos, de las personas, de los lugares, etc.⁵²

No existe lo bueno y lo malo según una división tajante y decisiva de la ley. “Una razón no difiere de otra esencialmente, sino por más o me-

49. “Illud nimirum est causa hominibus omnium malorum, non posse communes illas notiones applicare singularibus. Enimvero Justitia inter mortales administrari neque absque ea applicatione, quae singulis et rebus et personis, et locis, et circumstantiis, aerumque varietatibus summo opere convenire debet” Cfr. *ibidem*.

50. “Omnis itaque nostra difficultas in applicatione congrua sita est. Etenim “Ius ipsum quidem (Connani iterum verba sunt dict. loco) per se nudum et apertum est, sibi constans et iam tum a Principio sui generis aeterna lege definitum: sed ipsum ad usus hominum et mores, qui varii sunt et incerti accomodare et difficile est, et arduum... Ex quibus statim colligemus unam et maximam praeceptorum proprietatem esse; Praecepta esse immutabilia, et perpetua, sed usum eorum mutabilem esse ac variabilem variante rerum natura et circumstantiarum statu”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 3.

51. “Etenim illud sustenemus et omnino verum putamus, Justitiam non esse in praeceptis legibusve sed praecepta legesque ex Justitia constitui”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 2.

52. “Cui non inconueniens est, quod August. de legis naturalis immutabilitate censuit, cum existimat “legem naturalem immutabilem esse, licet in applicatione eius ad varias materias vel occasione possit esse variatio. Id quod omnino voluit divina sapientia Eclless. c.3 vid. “omnia tempus suum habere”. Non diligere tantum, sed et odisse. Non pacem habere tantum, sed quandoque et bellum. Non servere tantum sed etiam occidere. Quae perite dijudicanda sunt, ut iusta sint, examinatis circumstantiis rerum, temporum, Personarum, locorum, atque ita deinceps omnium, quae considerationem efflagitant”. Cfr. De eo quod iustum est, Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 2.

nos”.⁵³ Para un jurista educado en el *saber* prudencial, como es el caso de Connanus o De Roy, la elección ética no es una decisión entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor. Para todo hay buenas razones, que lo aconsejan y lo desaconsejan simultáneamente; por este motivo, según De Roy en toda institución jurídica existe siempre, y al mismo tiempo, justicia e injusticia.⁵⁴

Estos juristas romanistas no sintieron la necesidad, a diferencia del racionalismo iusnaturalista que se desarrolla en el siglo XVII, de crear un cuerpo de “Derecho natural” que fuera independiente del Derecho positivo o *ius civile*. Es más, como hemos observado en De Roy y Tholosanus, ellos entendían que “lo justo” natural se forma desde la circunstancia histórica y contingente que es propia del Derecho positivo. En consecuencia, en cierto modo el Derecho de origen humano voluntario es previo, y *condictio sine qua non*, para que el jurista pueda determinar el *iustum naturale*. La única instancia no-positiva de la *Jurisprudencia* o del “Derecho” (en este contexto no tiene sentido distinguir entre Derecho “natural” y “positivo”) viene constituida por los *praecepta* y *principia* más generales de la razón que naturalmente conoce el hombre, pero bien entendido, como destaca De Roy, que tales *principia* no se “aplican” sin más a la realidad humana, sino que es ésta, formada por las circunstancias peculiares de cada problema, la que selecciona el Principium (amor-odio, guerra-paz) que se tendrá en cuenta. Por este camino, no podemos considerar a estos principios más generales como formando un cuerpo independiente de la realidad humana; existen, ciertamente, al margen la voluntad del jurista, pero es éste último el que determina, entre los muchos principios distintos y contrapuesto, cual es el que tendrá en cuenta y, en consecuencia, el que aparentemente se “aplicará”.

En este asumir, por parte de las circunstancias concretas, los principios más generales, se forma la *Jurisprudencia*, el Derecho o *ius*. Un jurista como Connanus, Tholosanus o De Roy se hubiera quedado muy sorprendido si alguien les hubiera preguntado si su solución concreta estaba fundamentada en el *ius civile*, esto es, en lo que hoy llamamos “derecho positivo, o en el “Derecho natural”. Ellos conocían una única ciencia o saber, al que daban el nombre de “arte” (*ars*) en razón de su plenitud, porque contenía en sí todo lo que el jurista necesitaba, sin necesidad de pedírselo en préstamo a la Dialéctica, la Filosofía o la Teología: *nota quod sola iuris scientia habet caput et finem*.⁵⁵ En la *Jurisprudencia*, los principios

53. “ut semper una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus”. Cfr. *ibidem*.

54. Vid. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus septimus, parágrafo 7, a propósito de la *praescriptio*. Quien no entienda este hecho, afirma De Roy, estaba privando de su prestigio a la palabra “razonar”: “nomine ratiocinantis merito privaretur”.

55. Odofredo escribía: “Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Justin. de alia arte. Non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur”. Cfr. *Commentaria*, comentario núm. 18 a la “Prima constitutio”, palabras “Omnem Reipublicae”, pág. 4 de la edición de Lyon de 1550.

generales de la razón moral y jurídica y las exigencias de las circunstancias concretas, colaboraban para un único saber, que no era natural ni positivo, a menos que, haciendo hasta cierto punto un juego de palabras, lo llamasen, como hacía Tholosanus, por ejemplo, el Derecho natural *in concreto*. La razón del hombre aplicada a los problemas concretos jurídicos constituía la *civilis ratio*, que ya tenía en cuenta los preceptos posibles que pertenecían al *honestum*, y que serían aplicados –tenidos en cuenta–, o no, según demandaran las circunstancias del caso.

El Derecho “positivo”, es decir, el *ius civile*, comprende el Derecho natural posible y, por este motivo, Hermann Conring escribía que “El Derecho justiniano posee no solamente los preceptos civiles, sino también los naturales, ya que la razón es siempre común a cualquier *corpus* de las leyes que se use en una ciudad”.⁵⁶ En este sentido Nicolaeus Beckmann, uno de los juristas más agudos de la segunda mitad del siglo XVII, prefiere hablar, para referirse al “Derecho natural”, de *Regulae iuris generales*,⁵⁷ con lo que destaca la vocación del Derecho natural hacia el Derecho positivo, el *ius civile*. Efectivamente, las reglas del Derecho natural no son sino reglas “generales”, no circunscritas a ninguna comunidad política determinada,⁵⁸ que concurren –hoy nos resulta difícil entender esta concurrencia, y a Kelsen le resultaba imposible– con otras reglas también generales, en la resolución de un problema jurídico. Entenderemos mejor esta función de las reglas generales o *naturalia* si tenemos en cuenta que la Filosofía, del mismo modo que el “Derecho natural”, no constituía para estos autores un cuerpo de conocimientos distinto del conocimiento normal; el conocimiento del Derecho “natural”, del mismo modo que el conocimiento “filosófico” en general, no implicaba un conocimiento de rango superior al conocimiento usual universitario; este Derecho no era otra cosa que una garantía más de corrección del Derecho, que no era ni “positivo”, ni “natural”. Al ser la Filosofía según Beckmann un “razonar bien sobre las cosas que ocurren”,⁵⁹ el *ius naturale* era, en una de sus dimensiones más constitutivas, interpreto yo, un “proceder bien en el Derecho que nos ocupa”.

Es preciso recordar, sin embargo, que no ha sido ésta la noción del Derecho “natural” o del Derecho, en general, que ha prevalecido históricamente. A partir del siglo XVII, el *ius naturale* formó una ciencia aparte

56. “Ad vero observandum est, Ius illud Justinianum non solum civilia sed etiam naturalia et gentium iura comprehendere; quae communis est ratio omnis legum corporis, quo aliqua civitas utitur” Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*. Helmstadii, 1663, pág. 140.

57. “REGULAE IURIS GENERALES. Hic circa regulas generales accurate observandum quod ius naturae habeat quaedam prima principia, quorum veritas homini statim absque ratiocinatione patet; idem ius naturae habet etiam quasdam conclusiones minus notas, ex primis iuris naturae principiis per ratiocinationem deductas”. Cfr. *Doctrina iuris ex iure naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino, Iure Civile Romano, Iure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jena, 1678, voz 490. Se trata de un diccionario jurídico.

58. Vid la voz 318 de la *Doctrina iuris...*, cit.

59. “Philosophari est bene ratiocinari circa ea, quae occurrunt”. Cfr. voz 434 del *Doctrina iuris...*, cit.

de la *jurisprudencia*, ciencia que procedía partiendo desde el individuo aislado en el “estado de naturaleza”, que se une a los otros sujetos mediante el “contrato social”, etc. Se constituyó, así, la *iuris naturalis scientia*, también llamada *iuris naturalis disciplina* o, más sencillamente, *ius naturale*, que formó, de hecho, un conjunto de conocimientos al margen del *ius civile* y de cualquier ocupación propiamente jurídica.

IV. VICO Y DESING FRENTE AL RACIONALISMO ILUSTRADO

Con Pufendorf y sus discípulos, especialmente con Thomasius, Wolf y Gundling se terminó por entender el “Derecho natural” —cosa que hasta entonces no se había producido— como un saber sobre el Derecho aparte, y distinto, el *ius civile*, como un saber o una *scientia* que, por poseer un rango especialmente supremo o fundamentante, era normativo, cuando no sustituía, al Derecho humano prudencial y voluntario. De este modo se fue configurando el prejuicio de la existencia de dos planos en el Derecho: el plano del Derecho humano, que se trata de un Derecho arbitrario (los ilustrados, en afán exaltado de proceder contra la tradición, no aceptaron o no entendieron la diferencia tradicional entre voluntario-prudente de un lado, y arbitrario, de otro) y el plano del “Derecho natural”.

Giambattista Vico se encontraba con una herencia difícil de asumir para quien estuviera familiarizado con el Derecho, al margen de las lucubraciones pretendidamente filosóficas del *ius naturale*. Efectivamente, el momento histórico en el que él escribe, en el primer tercio del siglo XVIII, corresponde a un absoluto predominio, en las cátedras universitarias, del *iusnaturalismo* específicamente moderno, que pretendía confusamente bien una regla de oro para la formación “correcta” del Derecho positivo, bien un ordenamiento jurídico “natural” que sustituyera al *ius civile* o *jurisprudencia* romanista; dominaba la primera opción: muy pocos se hicieron la ilusión de construir un *ius naturale* acabado hasta en los detalles.

Vico nos indica que en el Derecho existe una parte de él que es inmutable: “El Derecho natural llamado Fas es inmutable”. “Este Derecho, en tanto que procedente de la verdad eterna (dal vero eterno⁶⁰) fue llamado sabiamente por los Latinos Fas, como derivado del Fato, esto es, del orden eterno de las cosas, como lo define San Agustín”.⁶¹ Completa esta idea escribiendo que “El fundamento de la sociedad humana es el conocimiento de la naturaleza social. La Metafísica es la madre de la Jurisprudencia.

60. Es difícil traducir el término “vero” en Vico. El parte en todo momento de la distinción entre el vero y el certo. Provisionalmente podemos entender que el “Vero” representa la instancia metafísica, inmutable, mientras que el “Certo” es el momento de la verosimilitud, de la utilidad, es decir, el del Derecho.

61. “Il Diritto naturale detto ancora Fas è inmutabile. Questo diritto como procedente del vero eterno fu sapientemente detto da’Lattini Fas dal Fato, che è a dire l’eterno ordine delle cose, come lo difinisce S. Agostino”. Cfr. *De universo iuris uno principio et fine uno liber unus*. Tras. de E. Amante. Napoli, 1841, pág. 71.

Florentino sitúa por fundamento de toda sociedad humana el conocimiento de nuestra naturaleza sociable: dado que, dice él, la naturaleza ha puesto entre nosotros un tal ligamen y casi parentesco, se deduce de él que no es lícito que un hombre ponga insidias a otro hombre. Esta es la íntima filosofía o el conocimiento, de otra manera, de la naturaleza humana, de la que Cicerón intentaba extraer los principios de la jurisprudencia”.⁶²

En otros lugares, Vico habla también de los principios inmutables del Derecho natural, para referirse, concretamente, a la licitud de repeler la violencia con la violencia, la unión de los dos sexos, la procreación de los hijos y su mantenimiento.⁶³ Se limita a repetir las normas elementales del *ius naturale* propias de la *jurisprudencia romana*, sin que en ningún momento apunte la existencia de un ordenamiento jurídico natural, fuera de estos principios generales aislados.

A continuación, el filósofo napolitano explica que “nosotros veremos que los hombres fueron destinados no sólo a comunicar con los demás la razón y el *verum*, sino también la utilidad común según la equidad buena (*l'equo buono*), es decir, según exige el mismo *verum*”.⁶⁴ Quizá ahora el dato más relevante que aporta esta idea reside en que Vico –siguiendo muy estrechamente la tradición jurisprudencial– hace de la utilidad (que es el campo del *certum*) una parte del *verum*. En consecuencia, “lo útil” no queda relegado al campo de la “puramente humano”, del Derecho “arbitrario” o positivo del que habla Kelsen, sino que “lo útil” se convierte en una parte de “lo justo”, esto es, de la única Justicia que conocemos los hombres, que no es ni “natural” ni “positiva” exclusivamente, sino que abarca ambas categorías. “Porque, por la misma naturaleza social del hombre –escribe Vico– nace una doble sociedad natural de cosas, una del *vero*, y la otra del *equo bono*”.⁶⁵ De este modo, lo equitativo o lo útil (no hay distinción en Vico entre estas dos realidades cuando las refiere al Derecho) se funden en una única categoría, que es la de la naturaleza social del hombre, la del *iustum*. El peculiar genio de Vico –al que desgraciadamente no siempre acompaña su talento– le hace llegar a decir que el “*certo* es una parte del *vero*”,⁶⁶ con los que deshace la posibilidad de cualquier metafísica jurídica que se construya de espaldas de las necesidades reales, esto es, históricas y contingentes, de los hombres.

62. “Il fondamento dell'umana società è la cognizione della natura sociale. La Metafisica è madre della Giurisprudenza. Florentino pose per fondamento di ogni società la conoscenza della nostra natura socievole: dappoichè, egli dice, la natura ha posto tra noi un cotal ligame e quasi parentado, ei se nel vuol dedurre, punto non esser lecito che l'uomo insidi all'altro uomo.

E questa è l'INTIMA FILOSOFIA o in altro modo la cognizione dell'umana natura da cui tentava Cicerone di trarre i principi della Giurisprudenza”. Cfr. op. cit. pág. 72.

63. Vid. *De universi iuris...*, cit., págs. 116 y 119.

64. “Ma noi vedemmo che gli uomini furono destinati a comunicar cogli altri non solo la ragione e il vero, ma anche la loro utilità secondo l'equo buono ossia lo steso vero”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 72.

65. “Quindi per la stessa social natura dell'uomo nasce una doppia società di cose l'una dal vero l'altra dell'equo bono”. Cfr. *ibidem*.

66. “Il certo è parte del vero”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 127.

Vico, que siempre se opuso a cualquier contractualismo, reitera esta idea expuesta explicando que “el hombre está destinado por naturaleza no a buscar su propia utilidad, como hacen los animales, sino a hacer partícipe de ella a los otros hombres. Y siendo su primer deber cultivar la sociedad del verum y de la razón, él fue creado por Dios para comunicar la utilidad según el verum y la razón”.⁶⁷ En el capítulo LX, comentando esta tesis, llega a afirmar que “Ogni società poi non è altro che la comunicazione della utilità”.

Así pues, el fundamento básico del Derecho es la utilidad, esto es la satisfacción de las necesidades históricas de los hombres. Como la sola prosecución de la utilidad puede llevar a inmoralidades, a falta de humanidad, Vico mantiene, como era usual en su época, que la utilidad debe estar normada por la *onestà*, por las reglas más estrictamente racionales y morales de la razón práctica.⁶⁸ El entiende que la utilidad y la *onestà* no son sino partes o facetas de la “Justicia universal”, de modo que así como la virtud universal dirige la prudencia, la templanza y la fortaleza a combatir el egoísmo, la justicia universal dirige a la prudencia, la templanza y a la fortaleza para que regulen la utilidad.⁶⁹

De este modo, el Derecho, al que podemos llamar, si queremos, Justicia o bien Derecho natural, no es algo que ya esté constituido, como grabado en los cielos. El Derecho o la Justicia, explica Vico, *se va haciendo*. Efectivamente, el napolitano, que es profundamente intelectualista, explica que la misión última del hombre es conocer, de modo que la vida humana no es otra cosa que conocimiento; y en esta función —afirma él— se contienen todas aquellas cosas que los Estoicos llamaron “consiguientes” o *consentáneas* a la naturaleza. “Estas cosas pertenecen a la verdadera vida del hombre, que no es otra cosa que lo que el hombre va haciendo (que va l'uomo facendo) de forma conveniente a su naturaleza, o de conformidad a la vida social, que es donde la verdadera vida del hombre está conservada”.⁷⁰

67. “Adunque l'uomo è per natura destinato non a procacciar solo la sua utilità, com'è delle bestie, ma ancora a far di essa parteci gli altri uomini. Ed essendo suo primo debito coltivare la società del vero e della ragione, egli dunque fu fatto da Dio per comunicare le utilità secondo il vero e la ragione”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 64.

68. “Quella utilità che riguarda il corpo, come corporea che ella è, è caduca; ma l'onestà come quella che costa dell'eterno vero, è certo eterna ed appartiene alla mente” Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 67. Vico reproduce aquí, con distintas palabras, las dos dimensiones del Derecho natural a que ya aludiera FRANCISCO CONNANUS, una basada en la equidad, que es inalterable, de origen divino, y otra fundamentada en la utilidad común, que es históricamente mutable, pero, que, del mismo modo que la primera, también compone Derecho natural.

69. “Come la universale virtù spinge la prudenza, la temperanza e la fortezza a combattere la cupidità; così la giustizia universale comanda alla prudenza, alla temperanza ed alla fortezza che regolino la utilità”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 99.

70. “In quella parte poi con cui l'uomo vuole il conoscere, ch'è la vita propria dell'uomo, assendochè egli non è altro che conoscere, in questa parte io dico si contengono quelle cose che son detta dagli Stoici stessi conseguenti, o cose alla natura consentanee. Appartengono esse alla vera vita dell'uomo, ch'è dire elle non esser altro che ciò che va l'uomo facendo convenevolmente alla natura umana, o in conformità a la vita sociale, onde la vera vita dell'uomo vien conservata”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 119.

Vico dedicó mucha atención al tema de la *ratio* que hace posible el Derecho, ya que él intuía que aquellos que mantenían la existencia de un *ius naturale* paralelo al Derecho positivo o *ius civile*, hacían esto posible porque, en definitiva, utilizaban dos “razones”, una para el Derecho positivo, y otra para el *Derecho natural*; cosa que le parecía evidentemente absurda. El tocó este tema en varias ocasiones, fundamentalmente en los capítulos comprendidos entre el LXXXIII y el LXXXV de la obra que estoy comentando. El problema que se plantea una y otra vez es si es posible una “razón natural” al margen de la *civilis ratio*, o si esta última razón puede desenvolverse al margen de la razón natural. En una primera aproximación explica que en la razón “natural” debe buscarse *solamente* “la razón civil, esto es, la utilidad común, ya que tal razón civil, puesto que está dirigida a dictar la utilidad pública, ha de ser tenida como parte de la razón natural”.⁷¹ Ciertamente, escribe él, existe un Derecho natural “primitivo” que es tenido en cuenta siempre que interpretamos el Derecho establecido según *l'equo bono*; las exigencias morales más elementales componen, según Vico, que sigue la tradición que ya hemos estudiado en otros juristas, un Derecho natural invariable, el campo del *verum* en el Derecho. Pero no es admisible que este *verum*, que daría lugar a un Derecho natural “primitivo”, se desarrollara independientemente del *certum* jurídico; más bien sucede que este *certum*, cuando se desenvuelve según el *aequum bonum*, da lugar a un Derecho o Justicia positiva, al que Vico llama a veces el Derecho natural secundario. Pero esta razón civil, la *civilis ratio* de los juristas romanistas, forma parte de una razón “más universal”, que comprende en sí todo tipo posible de Derecho.

Efectivamente, el Derecho lo crea la utilidad común de acuerdo con las exigencias de la *onestá*. La razón que hace posible esta captación de la utilidad y de la honestidad es la misma. Por este motivo, afirma Vico, las leyes necesarias posteriores derogan sólo aparentemente a las leyes anteriores, ya que, en realidad, no hacen sino reafirmarlas; estas leyes nuevas, explica Vico, no son más que las mismas leyes primitivas que ahora se diversifican en razón de las *buenas ocasiones*, ampliándose o restringiéndose.⁷² Es, pues, claro, que la íntima racionalidad de la vida humana, que se diversifica según los tiempos y lugares, se manifiesta de la mano de la

71. “L'uno e l'altro dunque di costoro con questo certamente dir volle esser cosa importuna cercare dall'autorità la ragion naturale: e può doversi solo in essa indagar la ragion civile, ovvero la utilità comune. La qual ragion civile, perchè è rivolta a dettare la pubblica utilità, tener si dal qual parte della ragion naturale”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 128.

72. “Da ciò, che si è finora ragionato, ben s'inferisce che ogni interpretazione del dritto stabilito fatta secondo l'equo buono rispetto a quel diritto che essa prende ad interpretare è quello istesso che esser vediamo il natural diritto secondario riguardo al dritto primitivo. Ancora cotale interpretazione da una ragione più universale procede, la quale comprendendo in sè la ragione del dritto stabilito va poi nella nuova specie di fatto aggiungendo la forma del diritto alla volontà del legislatore. Il perchè le leggi necessarie posteriori in apparenza per che derogano alle leggi primitive, ma nel fatto con più forza la raffermano; imperocchè non sono veramente altro che le stesse primitive leggi, diversificandone solo in quanto che queste per quelle buone occasioni... vieppiù addivengono ampie o si dispiegano”. Cfr. *De universi iuris...*, pág. 131.

utilidad común, de la necesidad; porque no existe una razón para el hombre *in abstracto* y otra para el hombre histórico.

Todo tratado de Derecho positivo contiene, pues, necesariamente, los principios del Derecho natural y, así, escribe Vico que “Podemos extraer con seguridad los principios del Derecho natural de los escritos de los Juristas (romanos), quienes primero interpretaron las leyes según la razón civil, siendo así que bajo el Principado lo habían hecho según la razón natural, aunque en verdad esto fue hecho según la razón civil”.⁷³ Es posible que el lector quede algo confundido con este juego de palabras sobre las razones civil y natural. Vico quiere indicar con estas digresiones que la razón civil, la *civilis ratio* de la jurisprudencia, contiene en sí, siempre, la razón natural, es decir, los principios morales más elementales de la razón práctica, que cobran vida cuando disponen de una materia (las *buenas ocasiones* que vienen dictadas por la utilidad común) a la que poder aplicarse. De este modo, aunque dentro de la *civilis ratio* pueda distinguirse una parte invariable compuesta por los *prima principia* de la razón práctica, y otra parte de hecho cambiante, ello no implica –como, al parecer, pretendían algunos– que existan dos “razones” distintas que produjeran normas también diferentes, una que daría lugar al Derecho de hecho existente, el Derecho positivo, y otra al Derecho natural.

En este sentido, escribe Vico que le admiran esos doctores que van disputando entre ellos acerca de si estas tres máximas (vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo) son preceptos del Derecho natural o de la jurisprudencia. Se trata solamente de nociones naturales que la naturaleza ha ido esculpiendo en nuestros ánimos, desde las que arranca la única Ciencia del Derecho que existe: son verdaderamente principios de una ciencia legítima, porque son nociones de una naturaleza común.⁷⁴ Toda la necesidad es natural, esto es, inteligente, o inteligentemente abordada y resuelta por los hombres en cada momento. La razón no procede “artificialmente” –como pretenden los que sitúan un Derecho natural al lado de otro Derecho artificial– sino que “los fundamentos de la jurisprudencia son la razón y la autoridad (política), junto con las reglas que nacen de la autoridad y que ella aplica a los hechos. Desde estos dos fundamentos, la razón procede con necesidad natural, *da*

73. “Nè si può con sigurezza trarre i principi del dritto naturale dagli scritti di Giureconsulti, i quali prima interpretarono le leggi secondo la ragion civile; e quando sotto il principato l'abbiamo fatto secondo la ragion naturale, pure in verità fu fatto secondo la ragion civile”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 21.

74. “Mouvono dunque a maraviglia que'dotti i quali van tra loro disputando, e pongono ogni sforzo per istabilire che quelle tre massime altro non siano se non precetti del diritto naturale o del giusto, nè mai assiomi del dritto civile o della giurisprudenza. Il che egli no vorrebbero sostenere per quello stesso che riconoscono... que' precetti non esser altro che talune naturali nozioni che la natura andò fermando, e diremo scolpendo negli animi nostri; quasichè la giurisprudenza fosse un'arte che tutto avesse il suo fondamento ne'precetti e in niun modo nella dimostrazione... talchè dovessero trarsi i suoi principi fuori del Dritto naturale, mentre essi sono veramente principi di una legittima scienza, perchè sono nozioni di una comune natura”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., págs. 79 y 80.

necessità di natura".⁷⁵ Y por este hecho, aunque podamos distinguir, como los estoicos, un Derecho natural primario, el dominio de la razón y de los afectos, la tutela del consejo corresponde a aquel otro Derecho que fue llamado Derecho natural *secundario*. Hugo Grocio distinguió, contra toda razón, estos dos derechos, separándolos.⁷⁶

Lo *honestum*, esto es, "los principios de la naturaleza", son la materia —escribe Vico— de todo Derecho voluntario, y el Derecho natural *secundario* es la forma de todo Derecho, de modo que si faltase este último, todo Derecho voluntario sería inexistente.⁷⁷

No puede, pues, existir un conjunto de principios "naturales" que, a modo de axiomas, den lugar a un "Derecho natural" deducido. El Derecho natural primitivo, también llamado "los principios de la naturaleza" son y funcionan, como hemos estudiado, a modo de tópicos que están presentes continuamente, en tanto que instancias correctoras, en todos los planos del razonamiento jurídico. De este modo, tales principios y el Derecho voluntario, se imbrincan mutuamente; las decisiones humanas, sin tener en cuenta la onestà, son actos arbitrarios, y los principios de la honestidad, por sí solos, carecen de existencia concreta y real.

Planteadas así las cosas, ¿en dónde reside la inmutabilidad del Derecho natural?, se pregunta Vico. San Agustín, apunta él mismo, nos explica que "Dios, con una ley inmutable, va defendiendo la libertad de arbitrio que nosotros tenemos".⁷⁸

La teoría iusnaturalista de la Edad Moderna —pues el "Derecho natural" de la Edad Moderna no fue otra cosa que teoría *acerca de...*— supuso que la única garantía de científicidad en la elaboración jurídica consistía en seguir férreamente un método deductivo a partir desde unos axiomas. Así el "Derecho natural" se diferenciaría del Derecho positivo existente, entre otras cosas, porque el *ius naturale* habría sido construido "científicamente", esto es, mediante una deducción desde un postulado único que se suponía que era la única exigencia fundamental y básica de la "na-

75. "I fondamenti della giurisprudenza sone la ragione e l'autorità; e le regole che ne nascono, essa applica, à fatti. Di questi due fondamenti la ragione procede da necessità di natura". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 10.

76. "Adunque la tutela de'sensi e la libertà degli affetti compongono senz'alcun dubbio quel diritto naturale che gli antichi interpreti chiamavo diritto primario, e gli Stoici principî di natura; comme el dominio della ragione, l'equabilità degli affetti, la tutela del consiglio corrispondono a quel'altro naturale diritto che fu detto secundario... Or poichè UGO GROZIO contro ogni ragione fu di credere che questi due diritti così distinti veramente tra loro diversificassero". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 115.

77. "Laonde come il diritto naturale primitivo o i principi della natura sono la materia di ogni diritto volontario; così il diritto naturale secundario o i conseguenti di natura sano la forma di ogni diritto volontario, la quale, se tutta mancasse, sarebbero i diritti volontarî al tutto nullo ". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 123.

78. "S. Agostino, il quale spesso scribe che Iddio con una legge immutabile va difendendo la libertà di arbitrio che noi abbiamo". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 124.

turalidad humana". El Derecho positivo, en cambio, sería como un ordenamiento, existente de hecho desgraciadamente, que ni siquiera asume la primera de las exigencias iusnaturalistas, a saber: el establecimiento de un *principium unicum, evidens et adaequatum*.

Anselmo Desing, a mediados del siglo XVIII, examinó detenidamente estas exigencias del ius naturale et gentium. Es conveniente advertir que Desing, del mismo modo que Tholosanus, Hopper o Conring, no pretende con su extensa obra hacer un tratado que trate exclusivamente sobre el Derecho "positivo", o al que califique de "Derecho natural". Efectivamente, para un buen conocedor del Derecho, como es el caso de este autor, no tiene sentido la contraposición entre el ius naturale, de un lado, y el ius positivum, de otro, porque, siguiendo la tradición que estamos estudiando, los juristas buscan "lo que es justo", y *id quod iustum est*, "lo que es justo", es el resultado de una búsqueda en la que intervienen tanto los datos positivos como los principios más generales de la razón que solían ser llamados entonces "Derecho natural" entre los juristas.

En este sentido, Desing se opone a la primera de las pretensiones de los que quieren hacer ius naturale, es decir, un Derecho distinto del ius positivum que crea la Jurisprudencia. Por ello, siguiendo una crítica que ya se había hecho anterior y abundantemente a los tratados del "Derecho natural", Anselmo Desing explica que el fundamento del Derecho no puede ser un solo signo o "principio", como pretenden los iusnaturalistas, sino que ha de haber una pluralidad de puntos de referencia.⁷⁹ La razón, apunta Desing, puede errar, por lo que ella sola no puede ser la regla del Derecho natural, y por este hecho es preciso tener en cuenta una diversidad de reglas, a través de las cuales alcanzamos mediatamente la razón; es evidente que este autor no cree en la fuerza inmediata de una "Razón" que se mostraría inequívocamente a través de unos principios y unos razonamientos; él explica, más bien, que mediante muchas y diversas ayudas podemos atisbar lo que es racional.⁸⁰ De esta forma, siguiendo la tradición tomista –Desing cita frecuentemente a Tomás de Aquino– la razón no aparece como regla o medida, sino como aquello que es regulado y medido; es regulado por la prudencia, que tiene como fundamentos más básicos los primeros principios de la razón práctica, que no provienen de la misma razón –la razón, en es-

79. Vid. Su *De iuris naturae larva detracta*. Monachii, 1753, capítulo V, Thema XIV, que lo titula "Plura signa".

80. El escribe a este respecto que "Ratio igitur cum posse errare, et non recta esse, non est solum iudicium Iuris naturae, sed eidem opus est regulis quas ipsa ratio immediate attingat, et quibus mediantibus attingat voluntatem Dei". Cfr. *Iuris naturae...*, cit., Capítulo V, Thema XXVIII: Desing alude a la voluntad de Dios, aunque es cosa extraña en los juristas de formación prudencial, porque toda la época, desde hacía mucho tiempo, aludía a la Voluntad de Dios como fundamento último del "Derecho natural". De este modo resolvía el racionalismo jurídico moderno el problema de la obligatoriedad del "derecho natural". Haría falta un estudio sobre este tema, que se podría titular "La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo moderno".

tos autores, no es más que un instrumento que no da razón de sí mismo— sino que tienen un origen divino.⁸¹

La Jurisprudencia, que es la única “Ciencia del Derecho” o saber jurídico posible, versa sobre las acciones de los hombres, que son históricas, contingentes; sobre ella no cabe, pues, una certeza matemática, del tipo de la que pretendían los iusnaturalistas de la época, sino que únicamente proporciona una certeza moral, que sabemos que es la indicada cuando, ahora, no alcanzamos una certeza mayor sobre el tema discutido.⁸²

Desing no acepta los mitos sobre los que estaba construido el “Derecho natural” moderno, tal como el del *status naturae*, ya que no tiene en cuenta la realidad actual porque parte desde un inexistente hombre aislado. Si el escritor escribe —explica él— para un estado que no existe, su labor es *otiosa*, puesto que no es *practica* (es preciso tener presente los significados de *otiosum* y *practicum* en los autores de formación prudencial que poco tienen que ver con los que hoy les damos).⁸³ El “Derecho natural” es la disciplina del hombre viviendo en sociedad,⁸⁴ y este hombre, el hombre real o social, se rige por unas leyes en las que ya está contenido el Derecho natural, tal como sucede con el Derecho romano.⁸⁵ “Cuando los derechos naturales se adecúan a la ciudad, de modo que en un estado actual tales derechos están contenidos en las leyes positivas, el Derecho natural consiste en el mismo Derecho positivo (*ius civile*), y no se le puede explicar, en la docencia, antes del Derecho positivo. En este sentido, Heineccius entiende que el *Ius Civile Romanorum* es el mismo Derecho natural aplicado a las acciones de los hombres”.⁸⁶ Quizá podemos retener, entre otras ideas, la tesis que Desing ha establecido ahora, a saber, que el Derecho natural está recogido en todas las leyes que se adecúan a las necesidades de la sociedad, de

81. “Sic iusit Rex David, Psalmum 4, v. 6 statim vero Multi dicunt: Quis ostendit nobis bona? sive unde intelligimus, quid sit iustum quod sacrificemus Deo? Et respondit illis rex: Signatum est super nos lumen vultus tui Domine” Se remite a Tomás, Suma Teológica, I-II, q. 19, art. 4. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XXV.

82. “Actio moralis non requirit certitudinem Physicam, aut demonstrationem Matephysicam, vel Mathematicam; cum ea ne possit quidem habere, quippe quae versetur in contingentibus; sed ad agendum sufficit certitudo moralis, id est talis, qua maiorum nunc non possum habere”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XI, parágrafo 2.

83. “Iuris naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema II.

84. “Iuris naturae disciplina potest scribi pro diversis statibus humanibus, quos capite I numerabimus... In omnibus his statibus perdurat Status Naturae, non aufertur, sed tantum circumscribitur et perficitur”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema III.

85. Titula el Thema II del capítulo VII: “Leges civiles saepe indicare possunt iura naturae, praecipue leges Romanae”.

86. “Iura autem naturalia ut congruunt civitati, sive ut ea in moderno statu exercenda sunt circumscripita legibus positivis, consistunt in ipso iure civile, neque adeo ante ius civile discenda sunt. Ex ipsius enim Heineccius sententia Ius civile romanum est ipsum ius naturae actionibus hominum applicatum”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo IV, Thema XXII, parágrafo 3.

modo que no es lícito presentarlo al margen del Derecho positivo, y hacer una docencia de él antes de haber explicado el Derecho positivo de cada comunidad política.

Siguiendo ideas similares a las de Vico –Desing parece no conocer a Vico, pero tampoco este último estableció nada original sobre este tema– Anselmo Desing establece extensamente que el Derecho natural es el Derecho positivo (*ius civile*) de cada Estado, que no existe un Derecho basado en la sola Razón, como pretendían los *iusnaturalistas*, sino que se requiere la intervención autoritaria del poder público.⁸⁷ Y es que las leyes civiles o Derecho positivo existente no constituyen un hecho más, sino que poseen fuerza normativa (*obligant in conscientia*), “ya que no son sino declaraciones del derecho natural”.⁸⁸

Resulta claro, en este pensamiento romanista–prudencial, que aún perduraba en el siglo XVIII y que se perdería en el siglo XIX, que el Derecho natural no puede ser un ordenamiento jurídico que sea “previo” al Derecho positivo, o que discorra paralelamente a éste. El “Derecho natural” es, más bien, la razón humana aplicada a los asuntos prácticos que ha de resolver, siempre que esta razón no esté corrompida. Por este motivo, Desing afirma que el Derecho natural, en los grandes juristas que aún perduran como modelo –él se refiere a Bartolo y Baldo–, no es otra cosa que la sola razón de estos autores.⁸⁹

V. LOS INICIOS DE LA EDAD CONTEMPORÁNEA BAJO EL CONDICIONAMIENTO DEL RACIONALISMO MODERNO

Los juristas que inauguran la Edad Contemporánea, en plena crisis otoñal de la teoría del Derecho natural moderno, tenían las cosas muy difíciles. En efecto, Anselmo Desing había sido el último gran teórico de la jurisprudencia romanista, prudencial, que había quedado desbordada y sumergida, en la segunda mitad del siglo XVIII, por la doctrina del “Derecho natural” moderno; en consecuencia, a partir de 1760, por citar una fecha convencional, sólo se oye hablar en las cátedras universitarias de Centroeuropa de “estados de naturaleza” y “contratos sociales”, y la teoría sobre el Derecho positivo” –fuera éste entendido bien como el Derecho romano, bien como el conjunto de las leyes generales dictadas por el Monarca para toda la nación– había quedado extremadamente des-

87. Vid el capítulo IX, Thema IV y V.

88. “Ita leges civiles humanae, modo non ad evertendam naturam, aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationes iuris naturae”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo I, Thema 5, párrafo 8.

89. “Ius Naturae: Ius Naturae! Tanta sapientia turgent rana quavis rudiores Bartoli et Balbuli. Est autem illis pro iure naturae sola sua ratio, quippe qua ipsa ipsissima ratio est”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., Proemium, párrafo 21.

cuidada, como amargamente se quejaba, por ejemplo, un jurista de la talla de J.A.L. Seidensticker.⁹⁰

A esta *iusnaturalización* –valga el barbarismo– de toda la ciencia jurídica, hay que añadir un segundo factor, a saber: la extremada confusión a que había llegado el “Derecho natural” en el último tercio del siglo XVIII. Efectivamente, de un lado, después de dos siglos de hablar de “Derecho natural”, algunos de los últimos ilustrados efectivamente acabaron creyendo en la existencia de un ordenamiento jurídico “natural” que no necesitaría de ninguna sanción positiva; de este modo, el joven Gottlieb Hufeland, explicaba que en la clasificación de las Ciencias jurídicas, primero debía enseñarse el *Naturrecht*, y sólo en segundo lugar el *Positives Recht*, que se descomponía, según él mismo indicaba, en a) *Recht der Römer*, b) *Kanonische Recht*, y c) *Deutsches Recht*.⁹¹ El mismo K.A. von Martini, ministro de la Reina de Austria para la legislación, enseñaba que “Las leyes naturales son como verdades matemáticas, que son deducidas, según las reglas de la Razón, desde principios innegables”.⁹²

Pero, por otra parte, el sector mayoritario de los iusnaturalistas –que se guiaba por una idea muy confusa de lo que era el “Derecho natural”– veía en la doctrina iusnaturalista únicamente una guía para la creación de un Derecho positivo “correcto”; en este sentido, Hoffbauer, una vez que había abandonado, ya muy tardíamente, las filas kantianas, explicaba que “el Derecho natural de estos filósofos no es otra cosa que una teoría de la legislación jurídica positiva, en la medida en que se fundamenta en principios jurídicos”.⁹³

Así pues, era difícil incluso delimitar las relaciones entre el Derecho natural y el positivo, porque ni siquiera estaba claro qué era el “Derecho natural”; y hay que añadir que algo parecido sucedía con el Derecho “positivo”, ya que bajo este nombre muchos juristas aludían fundamentalmente al Derecho romano –como era el caso, por ejemplo, de Gustav Hugo–, mientras que otros, como sucedía con Johann Stephan Pütter, se referían más bien al conjunto de la legislación positiva vigente en cada nación, dictada por la Autoridad local. Este no era, como podemos ver, el momento más propicio para clarificar los conceptos del Derecho natural y positivo, y sus relaciones mutuas.

90. Vid. *Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796*. Göttingen, 1797, per totum.

91. Vid. sus *Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft*. Jena, Zweiter Stück, 1801, pág. 39.

92. “Die natürliche Gesetze sind einfach, deutlich und hinlänglich bekannt. Wer die Natur der Dingen beobachten, und seine Vernunft gebrauchen will, dem werden sie überall unverkennbar aufstosse... Die natürlichen Gesetze sind wie mathematische Wahrheiten nach den Regeln der Vernunft aus unläugbaren Grundsätzen hergeleitet worden; sie sind also mathematisch gewiss”. Cfr. *Lehrbegriff des Naturrechts*. Wien, 1799, págs. 121-122.

93. “Das Naturrecht dieser Philosophen ist nicht anders, als eine Theorie der bürgerlichen Gesetzgebung, so weit diese auf Rechtsgrundsätze beruht”. Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt*. Hallae, 1816, pág. 6.

Sin embargo, como suele suceder frecuentemente, no faltaron autores que mostraron una extraña lucidez en momentos de confusión colectiva. De este modo, Johann Friedrich Reitemeier, mantuvo, en 1785, que el Derecho que está vigente en un Estado se compone, simultáneamente, de preceptos del Derecho natural, que son universales o iguales para todos los hombres, y normas relativas a, y dependientes del lugar y del tiempo, que unas veces son aceptables, y otras son rechazadas.⁹⁴ No existe una diferenciación tajante entre los principios del Derecho natural y las normas del Derecho positivo, mantiene Reitemeier, sino que en las circunstancias concretas en las que se encuentran las personas, las familias y los Estados, los principios del Derecho natural reciben una determinación (*Bestimmung*) positiva y concreta.⁹⁵ Su pensamiento, pues, es muy similar al de Tholosanus o Hugo de Roy.

La doctrina de Gustav Hugo es, como casi siempre, muy personal y difícilmente encuadrable en tendencias preexistentes del pensamiento jurídico. Él entiende que el Derecho proviene del azar, de hechos extraños a la voluntad del hombre, de conquistas realizadas por los pueblos más fuertes, pero también procede de la superioridad de la intelección (¿cómo traducir *Ueberlegenheit an Einsichten?*), de modo que, mientras la fuerza tiene una función más relevante en la configuración del Derecho público, la inteligencia y la capacidad de intelección de los juristas es fundamentalmente la que configura el Derecho privado.⁹⁶ Fue relativamente corriente –lo adelanto desde ahora– que un sector de los juristas relevantes del siglo pasado viera en el Derecho público el campo en el que se despliega la fuerza, imponiendo sus reglas más o menos arbitrarias organizativas de la sociedad, mientras que el campo del Derecho privado quedaría como el sector específicamente jurídico, difícilmente variable y, por consiguiente, donde podemos encontrar con mayor facilidad los principios del Derecho natural.

94. "Die Grundsätze der Vernunft sind die Richtschnur für den Gesetzgeber bey Abfassung seiner Vorschriften. Sie führen ihn alle dahin, dasjenige zu verordnen, was in allem Betracht für den Staat das Beste ist. Unter diesen Grundsätzen sind einige allenthalben anwendbar, unveränderlich und jedem Vernünftigen einleuchtend; es sind dies die Grundsätze des Naturrechts, deren Gebrauche hauptsächlich bey der Bestimmung des Rechts im Stande der Freyheit eintritt. Andere Grundsätze erlauben keine so allgemeine Anwendung, sondern sind nach Verschiedenheit der Lagen und Umstände bald zu befolgen bald zu verwerfen". Cfr. *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*. Göttingen, 1785, pág. LIII.

95. "In den individuelle und fortdaurenden Lagen, worin sich Personen, Familien und Staaten in innern und äussern Verhältniss befinden, erhalten die Grundsätze des natürlichen Rechts durch die sogenannte Gewohnheit, und in gebildeten Staaten durch ausdrückliche Gesetze, eine positive Bestimmung". Cfr. *Encyclopädie...*, cit., pág. 20.

96. "Alle positive Recht kommt von Schicksal, dem Zufalle, (der Gottheit, der Vorsehung) her, durch Uebermacht der Stärke (Eroberung) und anerkannte Ueberlegenheit an Einsichten, auf Seiten derer, die einen Satz desselben wollen, verbunden mit Angewöhnung und Consequenz, als Grundlagen der menschliche Natur. Durch die Macht wird hauptsächlich das öffentliche Rech bestimmt, durch Zutrauen zur Einsicht derer, die sie damit abgeben, das Privatrecht". Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlin, 1799. 1. Band, Einleitung, parágrafo 2.

Hugo no considera en ningún momento al Derecho natural como un ordenamiento paralelo al Derecho positivo que, en defecto de éste, rellene sus lagunas; en este sentido, aunque reconoce la existencia de lagunas en el Derecho positivo, se opone a que se considere al Derecho “natural” como un ordenamiento jurídico complementario o subsidiario.⁹⁷ Al contrario, el “Derecho natural” que él confusamente intuye debe ser aprehendido —explica él— desde la experiencia, desde esa experiencia jurídica que es esencial en cualquier manejo del Derecho positivo.⁹⁸

En este momento, a comienzos del siglo XIX, tan confuso y sincrético, es preciso proceder con cuidado para no confundir la doctrina jurisprudencial del Derecho natural con los movimientos ya existentes que abogan por una *Philosophie des positiven Rechts*, o que, por mantener tesis historicistas, pretenden ver una justicia inmanente en cada institución jurídica positiva. Así, por ejemplo, J.H. Zirkler mantiene que la *Rechtsphilosophie* debe ser abstraída de lo que es Positivo, de modo que sea una Ciencia de la pura forma o de la Lógica (del Derecho),⁹⁹ y esta “forma” o esta “lógica” jurídicas han de poseer una naturaleza general y universal.¹⁰⁰ Es patente que Zirkler no describe lo que se había entendido por Derecho natural, sino que es uno de los pioneros de la doctrina de los “principios jurídicos fundamentales”, como la llama González Vicén,¹⁰¹ que tan amplia fortuna tuvo en el ámbito de la Filosofía jurídica anglosajona bajo la forma de la Filosofía analítica del Derecho, y que, referida a Centroeuropa, se llamó, como ya he indicado, “die Philosophie des positiven Rechts”. Cuando Paul Johann Anselm Feuerbach nos indica que la Filosofía, en el Derecho, no es creadora (*schaffend*), sino solamente “configuradora” (*bildend*), porque se encuentra vinculada a una materia determinada¹⁰² parece moverse dentro de una teoría semejante.

97. “Kein positives Recht kann je ganz vollständig seyn. Die unentschiedenen Fragen werden nach der Analogie desselben positive Recht, wenn dieses nicht gar zu wenig consequenz ist, zum Theil auch wohl nach der Analogie ähnlichen und benehbarter Rechte beantwortet, niemahls aber nach dem blossen sonst genannten Naturrechte, d.h. nach der blossen Metaphysik der Rechtslehre überhaupt, welche schlechterdings bey jedem positiven Rechte dieselbe seyn muss”. Cfr. Lehrbuch..., cit., Einleitung, parágrafo 9. El lector puede apreciar en este texto la influencia de la malentendida, por parte de Hugo, doctrina kantiana sobre el Derecho; una vez que ha configurado como lo ha hecho al *Naturrecht*, es incongruente que lo designe, kantianamente, como *Metaphysik des Rechts*.

98. “Ein solcher Naturrecht muss von den Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jedem positiven Rechte wesentlich sind”. Cfr. Lehrbuch..., cit., parágrafo 116.

99. “Rechtsphilosophie ist abstrahiert von dem, was unsere Wissenschaft Positives hat, eine blosser Wissenschaft der Form oder Logik”. Cfr. *Revision der wichtigsten Lehren des Positiven Rechts*. Giessen und Wetzlar, 1807, pág. 3.

100. “Woher sonst die Zufälligkeit einer jeden rechtlichen Entscheidung neben der Allgemeinheit und Nothwendigkeit, welche der unverletzliche Character des Rechts sind?”. Cfr. *Revision...*, cit., pág. 8.

101. Vid. sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., págs. 66 y ss.

102. “Die Philosophie, so ferne sie sich in die Grenzen einer positiven Wissenschaft begibt, ist nicht schaffend, sondern nur bildend. Sie ist da gebunden an einem gegebenen Stoff”. Cfr. *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*. 1810. He usado la edición de Surhkamp, Frankfurt/Main, 1948, pág. 27.

Por su parte, Warnkönig o Stahl parecen tener fe en una suerte de justicia ínsita de todo tipo de institución existente históricamente.

Un autor especialmente sincrético, que parece querer contentar a los seguidores de la “Filosofía del Derecho positivo”, a los historicistas, y que asume algunas tesis del saber prudencial sobre el Derecho, fue Julius Schmelzing. Este jurista se enfrenta a la tradición iusnaturalista conocida en el primer tercio del siglo XIX, y se opone, en consecuencia, a la idea de un “Derecho natural” que, por ser el “Derecho” del *status naturae*, fuera anterior a la comunidad política; a él le parece contradictorio pretender que tal “Derecho” habría existido fuera del Estado pero que, *ahora*, sería parte integrante del Derecho del Estado; o bien suponer —como según él hacen la mayoría de los escritores de estos temas— que existiría un Derecho para el estado a-social del hombre, y otro Derecho para la vida humana en sociedad. Si la fuente de ambos Derechos, el natural y el positivo, es la Razón, ¿debe comportarse esta razón contradictoriamente según la refiramos al Derecho positivo o al natural?¹⁰³

La tesis que Schmelzing sostiene reiteradamente es que el Derecho positivo no está bajo ni sobre el Derecho natural, sino que lo positivo debe ser el Derecho natural mismo aplicado a cada Estado individual, el intento vivo de realizar la Idea eterna del Derecho en la individualidad viviente del Estado.¹⁰⁴ En otros momentos parece acercarse a la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, cuando explica que el Derecho natural, en su acepción más estricta y elevada, no es más que “la consideración filosófica y el tipo de exposición de todas las relaciones jurídicas y de todos los institutos jurídicos, según sus conceptos puros, que están vigentes en el Estado fenoménico”.¹⁰⁵ Más adelante, en la página 39, reitera que la “Ciencia del Derecho natural” no puede ser considerada como existiendo junto al Derecho positivo, sino que ha de ser pensada, en cada Estado concreto, como parte integrante de éste; pues en cada legislación

103. “Man wäre keineswegs in die Nothwendigkeit versetzt worden, das Natur-Recht auserhalb des Staates zu suchen und es doch öfters wieder auf eine ganz ungereimte und widersprechende Weise als integrierenden Theil der positiven Rechte im concreten Staate habe gelten lassen müssen. Nie wäre man, wir sovieler staats-wissenschaftliche Schriftsteller auf den Gedanken gerathen, das gewisse Rechts-Verhältnisse nur im Natur-Rechte, das andre dagegen nur in den positiven Rechten, also nur in concreten Staate, im Staate der Erscheinung... Die Quelle dieses sogenannten Natur-Recht ist ja doch die Vernunft. Die Quelle des positiven Rechts aber eben sie; also müsste die Vernunft sich im positiven Gesetze in Beziehung auf das Natur-Recht contradictorisch ankündigen?. Cfr. *Ueber das Verhältniss des sogenannten Natur-Rechts zum positiven Recht, zur Moral und Politik*. Bamberg und Würzburg, 1813, pág. 15.

104. “Das positive Recht steht also nicht unter und nicht über dem Natur-Rechte, sondern Erstes soll das auf den individuellen Staat angewandte Natur-Recht selbst seyn, der lebendige Versuch zur Realisierung der ewigen Rechts-Idee durch die lebendige Individualität der Staaten”. Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 26.

105. “Das Natur-Recht kann demnach in seiner eigentlichen wahren und höheren Bedeutung nur als: die philosophische Betrachtungs- und Darstellungs-Weise aller in dem Staate der Erscheinung gültigen Rechts-Verhältnisse und Rechts-Institute nach ihren reinen Begriffen (Grundbegriffen) erklärt werden”. Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 33.

positiva residen los principios y las verdades fundamentales y generales, en tanto que declaraciones externas de la razón iusfilosófica.¹⁰⁶

Nicolaeus Falck, posiblemente, junto con Savigny, el jurista alemán más influyente de la primera mitad del siglo XIX, rechaza rotundamente la posibilidad de la existencia de un “Derecho filosófico” que, tal como mantenían los kantianos especialmente, pudiera ser objeto de un conocimiento apriorístico, ya que con esta forma de consideración del Derecho no captamos su naturaleza ética y, con ella, el carácter específico del Derecho.¹⁰⁷ “Pues el Derecho, prosigue Falck, solamente llega a su peculiar forma de existencia cuando un poder externo da vida a ciertos principios, un poder al que nosotros llamamos Estado”.¹⁰⁸ De estas consideraciones resulta, escribe Falck, que un “estado de naturaleza” inventado arbitrariamente, que debiera haber existido antes de que el hombre viviera políticamente, no puede ser algo ni verdadero ni operativo”.¹⁰⁹ Si la existencia del Derecho sólo es posible en el Estado, explica Falck, el Derecho natural, caso de que admitamos su existencia, ha de ser algo distinto a un Derecho racional o a una teoría de las relaciones sociales en el “estado de naturaleza” por lo que únicamente puede consistir en un conjunto de normas que son operativas (en el Derecho de) un Estado, pero que no han sido creadas por el Estado mismo.¹¹⁰

En consecuencia, el “Derecho natural” no puede ser entendido como un ordenamiento jurídico ni anterior al Estado ni paralelo a éste. Falck se plantea largamente el problema de las lagunas en el Derecho,¹¹¹ y explica que éstas han de ser resueltas, no por el sentimiento de justicia o de equidad del juez, sino por ese conjunto de “verdades jurídicas” (Rechtswahrheiten) que existen necesaria y tácitamente, al margen de la

106. “Die Natur-Rechts-Wissenschaft in diesem Sinne kann daher nimmer als neben dem positiven Rechte, als solches integrirend, in einem concret Staate gedacht werden. Denn in jeder positiven Gesetzgebung liegen ja ohnedem die allgemeinen Principien, die allgemeingültige Grund-Wahrheiten der Natur-Rechts-Wissenschaft, als veräusserliche Aussprüche der rechtsphilosophierenden Vernunft”. Cfr. Ueber das Verhältniss..., cit., pág. 39.

107. “Dass Rechtprinzipien nicht aus der Vernunft abgeleitet werden, oder ein Gegenstand apriorischer Erkenntnis seyn können, geht schon daraus hervor, dass es unmöglich ist, bei solcher Betrachtungsweise über das Gebiet ethischer Begriffe hinaus zu kommen, und den eigenthümliche Character des Rechts zu finden”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en “Kieler Blätter” für 1819, Ersten Band, pág. 7.

108. “Denn das Recht kommt erst in seiner eigenthümlichen Gestalt hervor, wenn eine äussere Anstalt zur Gewährleistung gewisser Grundsätze gegeben ist-eine Anstalt, die wir Staat nennen”. Cfr. *ibidem*.

109. “Hieraus erhellet zugleich, dass die Betrachtung einer erdichteten Naturzustandes, der dem Leben der Menschen in der Staatsverbindung vorhergegangen seyn soll, weder etwas Wahres noch Brauchbares liefern könne”. Cfr. *ibidem*.

110. “Wird das Daseyn des Rechts nur als im Staate möglich gesetzt, so muss das natürliche Recht, falls ein solches anzunehmen ist, etwas Anderes seyn, als ein Vernunftrecht oder als die Theorie der geselligen Verhältnisse in Naturzustande, und es bleibt kein andern Begriff übrig, als der Inbegriff solcher Normen, die zwar in einem Staate practisch sind, aber nicht durch den Staat selber hervorgebracht worden”. Cfr. *ibidem*.

111. Vid. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., págs. 8-12.

voluntad del legislador, en todo ordenamiento jurídico. Existe, pues, una *allgemeine Rechtslehre* o “ciencia jurídica natural”, que ha de ser deducida desde las necesidades de la vida, y que ha de volverse inmediatamente hacia la vida práctica.¹¹²

Estos principios jurídicos fundamentales (uso yo ahora el término “principio” en el sentido que lo usan, por ejemplo, Esser o Dworkin), componen la parte inmutable del Derecho, según Falck, la parte estrictamente científica, que no está sometida al arbitrio del legislador. Por este hecho, escribe que “Ante todo, el jurista debe estar preocupado por mantener la parte estrictamente científica del Derecho fuera del influjo de las leyes, a fin de obtener un margen para un desarrollo (del Derecho) libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo Permanente y lo Eterno (*das Bleibende und Ewige*), que se encuentra al margen del cambio histórico; todo lo demás, por el contrario, está sometido al cambio del tiempo, a las opiniones políticas e incluso al simple arbitrio”.¹¹³

En un sentido parecido al de Falck, Gustav Hugo explicará tardíamente, en la edición de su Manual de 1819, que el Derecho natural proporciona unas relaciones jurídicas que ningún Derecho positivo puede proporcionar por sí solo, y de forma similar a la de los juristas romanistas ya estudiados, Hugo mantiene que el Derecho natural es contemplado como un Derecho positivo General (*ein allgemeines positives Rechts*) que puede ser modificado en determinados extremos, pero nunca en su totalidad.¹¹⁴

Lo peculiar de estos autores, frente a la tradición iusnaturalista moderna, es que entienden siempre al “Derecho natural” como una parte del Derecho positivo que ya existe y que, sin embargo, no debe a su validez a unos fundamentos positivos. M. Tönsen se expresa, a este respecto, con bastante precisión; según este autor, catedrático de Derecho en la Universidad de Kiel, existe la “Ciencia de un Derecho positivo privado general” (*die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts*), que es la que él propone; se diferencia del *Naturrecht*, de la *Philosophie des positiven Rechts* o de la “Ciencia de la Legislación” (*Gesetzgebungswissenschaft*), en que estas últimas ciencias solamente proponen los criterios a

112. “Eine allgemeine Rechtslehre oder natürliche Rechtswissenschaft hingegen muss sich unmittelbar den Rechtsverhältnisse des Lebens zuwenden, und ihre Forschungen nach andern Regeln leiten”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 15.

113. “Vor allen Dingen sollten die Rechtsgelehrten bemüht seyn, den reinwissenschaftlichen Theil des Rechts von dem Einflusse der Gesetze frei zu erhalten, und für eine freie, rationelle Entwicklung Raum zu Gewinnen. Das Resultat dieser wissenschaftlichen Ergründung ist doch allein das Bleibende und Ewige, dasjenige, welches frey sein kann von geschichtliche Einwirkungen; alles Andere dagegen ist dem Wechsel der Zeiten, der politischen Ansichten und oft sogar einer reinen Willkühr unterworfen”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 16.

114. “Das Naturrecht sollte juristische Verhältnisse angeben, die um deswillen kein positives Recht angeben kann, weil keine Obrigkeit da is, und ohne Obrigkeit doch alles nur auf Treu nund Glauben, auf Moral, beruht... Das Naturrecht sah man als ein allgemeines positives Recht an, welches von dem weniger allgemeinen zwar abgeändert werden könne, aber nicht immer abgeändert sie”. Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. 4 edición. Berlin, 1819, parágrafo 30.

tenor de los cuales una suma determinada de reglas debe ser elevada a preceptos,¹¹⁵ y él, en cambio, propone considerar las normas que ya poseen fuerza legal, las que componen el Derecho natural, que son aquellas normas que, aunque deben ser consideradas como parte de las reglas que tienen fuerza positiva, y que no se fundamentan, sin embargo, en un fundamento jurídico-positivo.¹¹⁶ Estas normas, prosigue Tönsen, aunque se muestran fácticamente a través de una voluntad legisladora, no necesitan de una declaración expresa o de un acto de publicación para poseer fuerza vinculante, como es el caso de aquella norma que prohíbe disponer del cuerpo de otra persona sin fundamento jurídico.¹¹⁷ Estas normas se diferencian del resto del Derecho positivo esencialmente en que las leyes escritas y las costumbres jurídicas varían necesariamente con la cultura de cada pueblo, mientras que éstas, por el contrario, son inmodificables, y, de hecho, rara vez sufren alguna modificación.¹¹⁸

Con lo expuesto hasta ahora puede apreciarse nítidamente la existencia de una corriente de juristas, en pleno siglo XIX, que rechazan tanto el "Positivismo jurídico" negador de cualquier justicia que no posea origen positivo, como a la concepción trivial y usual del "Derecho natural" que lo contempla como un ordenamiento jurídico que discurriría paralelo al Derecho "positivo". Friedrich Fischer publicó, sobre este tema, en 1837, una de las obras más completas de la primera mitad del siglo XIX, solamente superada por la de Arnold Möhl.

Fischer indicaba que existían, en 1837, dos tendencias fundamentales en la teoría jurídica. Por un lado estaba el "Derecho racional", *Vernunftrecht*, al que también llama Derecho natural "racionalista", que se

115 "Die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts sucht auf eine doktrinaire Weise zu begründen und abzuleiten derjenigen Theil des positiven Privatrechts, welcher nicht zum geschriebenen Gesetz und zum Gewohnheitsrecht gerechnet werden kann. Diese Doktrin 1) Unterscheidet sich also von denjenigen Wissenschaften, welche man gewöhnlich unter den Namen von Naturrecht, Philosophie über das positive Recht, und Gesetzgebungswissenschaft begreift- von den beiden letztern, indem nur die Gründe enthalten, warum eine bestimmte Summe von Regeln zu gesetzliche Vorschriften erhoben werden könne". Cfr. *Grundsätze eines allgemeinen positiven Privatrechts*. Kiel, 1828, pág. 1.

116. "hier aber von Normen die Rede seyn wird, sie schon an sich gesetzliche Kraft haben; vom Naturrecht, indem dieses, wenn auch in demselben zum Theil von Regel gehandelt wird, welche für sich positive Gültigkeit haben, dieselben doch nicht durch ein positiv-rechtliches Fundament begründet". Cfr. *ibidem*.

117. "Denn die Doktrin, von der hier behandelt wird, enthält theils solche Normen welche, wenn sie auch in einem legislativen Willen factisch nachzuweisen sind, doch welche eine wörtliche Erklärung noch einen Publikationsact zu ihren verbindlichen Kraft erfordern; wie z.B. die Verpflichtung niemanden ohne rechtlichen Grund in der Disposition über seinen Körper zu stören. Cfr. *Grundsätze...*, cit., pág. 3.

118. "Der hier aufzustellende Theil des positiven Rechts unterscheidet sich daher von den übrigen wesentlich dadurch, dass letztere (das geschriebene Gesetz und Gewohnheiten) sich mit den steigenden und sinkenden Cultur eines Volks, bei einer Veränderung der äusseren und innern Bedürfnisse desselben, nothwendig verändern; bei jenen, dagegen, welcher einem Wesen nach veränderlich is, nur zufällig und unter bestimmten positiven Bedingungen eine Veränderung statt finden". Cfr. *Grundsätze...*, cit., pág. 6.

presentaba como un sistema jurídico construido a priori, solamente desde la razón pura, y que únicamente consideraba al Derecho realmente existente como objeto de su posible crítica, pero en modo alguno como una fuente de conceptos jurídicos.¹¹⁹ En oposición estricta a esta doctrina del Derecho natural, la Filosofía del Derecho positivo situaba al Derecho existente históricamente como la única fuente de conceptos jurídicos, por lo que, de manera consecuente, la Filosofía jurídica quedaba reducida a un análisis y desarrollo de los principios y verdades contenidos en el Derecho histórico.¹²⁰

Fischer entiende que el Racionalismo (*Rationalismus*) que representó Kant no llegó a sospechar, en su desprecio y minusvaloración del Derecho positivo existente¹²¹ que existe un Derecho natural que se hace vigente en las sociedades humanas con necesidad inconsciente, por sí solo y de forma instintiva, a través de la naturaleza de las cosas, que se muestra mediante la inspiración del legislador.¹²² De hecho, escribe Fischer irónicamente, la Humanidad no ha tenido que esperar a que llegaran los iusnaturalistas, y mucho menos a los moralistas, para saber qué es justo; el Derecho y la Moral son, al mismo tiempo que realidades racionales, productos naturales que proceden del impulso humano puro, adecuado y natural, así como del genio de cada pueblo y de las épocas, de la naturaleza de las relaciones humanas, tal como se nos muestran.¹²³

Los ataques de Fischer fueron dirigidos, fundamentalmente, contra la Escuela del Derecho natural racionalista, a la que suele llamar *Rationalismus*; apenas tiene en cuenta o critica a la *Philosophie des positiven Recht*. El explica reiteradamente que el Derecho natural es una tarea de la reflexión (del *Nachdenken*) sobre la realidad, no el resultado de un

119. "Unter Vernunftrecht oder rationalistischen Naturrecht verstehen wir ein Rechtssystem, welches a priori konstruirt, oder rein aus der Vernunft und ihren Ideen heraus abgeleitete und entwickelt seyn will; welches somit das wirkliche und historische Recht und die positiven Rechtsverhältnisse nur als Gegenstand seiner Kritik, auf keinerlei Weise aber als Quelle seiner Rechtsbegriffe ansieht". Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pág. 11.

120. "Im strenge Gegensatz hiermit betrachte die Philosophen des positiven Rechts das historische oder wirkliche gewordene Recht als die einzige Quelle der Rechtsbegriffe, wonach consequenter Weise die Rechtsphilosophie in einer blossen logische Analyse und Fortentwicklung der dem historischen Rechte zugrunde liegenden Grundsätze und Rechtswahrheiten bestehen müsste". Cfr. *ibidem*.

121. Vid. op. cit., pág. 13. Aquí vierte juicios muy fuertes contra el Derecho natural "racionalista" y, más en concreto, contra Kant.

122. "Von einem Naturrechte, das sich in der menschlichen Gesellschaft mit unbewusster Nothwendigkeit geltend gemacht, und die rechtliche Verhältnisse der Menschen, wie von selbst und instinkartig, durch die Natur der Sache, und durch Inspiration des Gesetzgeber, erzeugt hätte, hat der Rationalismus keine Ahnung". Cfr. *Ueber...*, cit., págs. 13-14.

123. "Die Menschheit hat nicht (sic en el original) aus den Naturrechtslehrer gewartet, so wenig als auf den Moralisten, um erst von ihnen zu erfahren, was Recht und Sitte sey, und sich darnach zu achten; sondern Recht und Sitte sind eben so sehr, als sie Vernunftideen sind, auch Naturgewächse, die aus dem reinen, gesetzmässigen und naturnothwendigen Grunde der menschliche Triebe, aus dem Genius der Völker und Zeitalter, und aus der Natur der menschlichen Verhältnisse, wie sich von selbst ordnen". Cfr. *Ueber...*, cit., pág. 17.

pensamiento (Denken) pretendidamente puro o a priori.¹²⁴ La reflexión humana debe versar, pues, sobre el Derecho real e históricamente existente, y también sobre el sentimiento de la Justicia, pero sobre el sentimiento, *Gefühl*, objetivo, no sobre las ganas o el arbitrio (die Gelüste, Willkühr), caprichoso.¹²⁵

El Derecho natural es, pues, una realidad estrictamente jurídica, según Fischer, no una tarea “racional”, que se desarrolla y perfecciona según el grado de desarrollo de los pueblos.¹²⁶ No podemos admitir, explica este autor más adelante, un Derecho natural general, vigente para todas las épocas y todos los pueblos que —así entendido— solamente sería un Derecho pobre de los comienzos más groseros; al contrario, cada pueblo posee “su” Derecho natural, que avanza con el tiempo.¹²⁷ Esta perfectibilidad del Derecho natural es una consecuencia, entre otras, del hecho de que no existe una línea fija que delimite para siempre la frontera entre la Moral y el Derecho; al contrario, con el progreso de la Humanidad, esta línea se desvanece cada vez en mayor medida, de modo que la ley jurídica natural acoge progresivamente mayores contenidos morales, que elevan a la Humanidad a alturas superiores.¹²⁸

Arnold Möhl representa, como ya advertía anteriormente, un pensamiento parecido al Fischer, aunque, quizá, sin tanta fe en el progreso moral de la Humanidad. Y es que tanto Möhl como Fischer siguen —a tientas, porque la escuela y se había perdido— la tradición prudencial sobre el Derecho natural y el positivo, propia de estos juristas, que se mueven exclusivamente al filo de la experiencia jurídica.

Möhl indica que el Derecho natural no puede consistir en un sistema jurídico-filosófico, que ordenara y dedujera todas las instituciones jurídicas según un criterio sistemático; no pueden existir una especie de Pandectas iusnaturalistas que acudieran en auxilio del Derecho positivo

124. En la pág. 23 hace una crítica a Hegel porque, tras reconocer la necesidad de lo que es en y por sí (an und für sich) verdadero, hace regresar el Derecho a las inseguras regiones del pensamiento, con lo que concibe al Derecho natural —sinónimo en Fischer del Derecho justo— como una tarea del pensamiento, y no de la reflexión sobre la necesidad del Derecho: “nicht durch bloses Nachdenken über seine naturnothwendigen Erscheinungen begründen wollte”.

125. “Leider ist mit der Berufung auf das Gefühl auch in der Rechtsphilosophie viel Unfug getrieben worden, indem, statt strenger Beobachtung und Analyse des allgemeinmenschlichen Rechtsgefühles, subjektives Gelüsten und willkührliche Meinung ist geltend gemacht worden”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 35.

126. Vid. la pág. 27, en donde comienza a tratar de la *Perfektibilität des Naturrechts*.

127. “und es gibt ebenso kein allgemeines, für allen Zeiten und Völker geltendes Naturrecht, welches nur ein armseliges Urrecht des rohesten Anfangs seyn könnte. Jedes Volk hat sein Naturrecht, das wieder mit der Zeit fortschreitet”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 69.

128. “Verhältniss des Naturrechts zur Moral: dass diese Gränzlinie keine Feste ist, sondern mit dem Fortschritt der Menschheit sich nach und nach verschiebt. Denn das ist eben die Aufgabe des sittlichen Fortschritts des Menschengeschlechts, dass das Sittengesetz nach und nach wieder zum Naturgesetze, das die Menschheit zur anderen höheren Natur werde”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 66.

cuando éste no pudiera resolver un problema.¹²⁹ *Recht ist ein sittlicher Begriff*: el Derecho es un concepto moral, establece Möhl programáticamente; como realidad moral que es, no puede ser separado de la Moral en general, pues la misión de la vida del hombre, en su conjunto, es vivir de acuerdo con la ley moral. El origen de esta ley, de la que el Derecho es una parte, no es un invento de los hombres, sino que le es dado a éstos; el Derecho, como ha explicado Göschel, no procede de los hombres, sino que le ha sido dado a los hombres; tiene, pues, un origen religioso.¹³⁰ Möhl alude de vez en cuando a una Idea del Derecho, a que se encaminaría o debería dirigirse todo el Derecho históricamente existente; un resultado de este tender continuo hacia la Justicia, es que todo Derecho histórico es incompleto, imperfecto; la Filosofía del Derecho positivo, que ha desarrollado Hugo, es un auxiliar valioso del Derecho natural, pues permite disponer de criterios —basados en la utilidad— para mejorar el Derecho existente.¹³¹

Las teorías usuales sobre el Derecho natural no sirven para explicar la realidad jurídica porque solamente en la sociedad se realiza la vida del hombre y, con ella, su libertad, su dignidad, su propiedad, y en ella es donde la fuerza humana, que tiende hacia su desarrollo, es un derecho que es admitido y que debe ser afirmado; en consecuencia, no podemos

129. "Das Naturrecht kann und soll nicht ein philosophisches Rechtssystem aufstellen, in welchem alle unter den Menschen vorkommenden Verhältnisse und Anstalten von einem philosophischen Gesichtspunkte aus systematisch angeordnet und deducirt werden; es soll eben so wenig eine Art von naturrechtlichen Pandekten sein, aus welchem die in einem positiven Rechte nicht entschiedenen Fälle in subsidium entschieden werden könnten, es soll blos die höchsten Idee des Rechts, welche aller positiven Gesetzgebung zur Basis dienen, entwickelt". Cfr. *Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841, pág. 26.

130. "Recht is ein sittlicher Begriff und kann von der Moral nicht getrennt werden. Dem moralische Gesetze gemäss zu leben ist die Pflicht des Menschen, ihm Ansehen und Bedeutung zu verschaffen ist Pflicht der menschliche Gesellschaft, ist ihre Aufgabe, ihr Zweck. Der Ursprung dieses Gesetzes, das Recht also, kommt nicht von den Menschen, es ist ihnen gegeben, und darnach ihre Handlungen, ihre Verhältnisse zu ordnen. Das Recht ist, wie Göschel sagt, nicht von den Menschen gekommen, es ist zu ihnen gekommen. Das Recht hat daher eine religiöses Ursprung. Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., pág. 32.

131. "Mit dem Naturrechte wesentlich verbunden ist aber die Philosophie des positiven Rechts. Diese verhält sich zu dem Naturrecht, wie sich der besondere Theil zu allgemeinen Theil verhält.

Die Philosophie des Rechts, wie dieselbe zuerst Hugo bearbeitet hat, ist nämlich die Prüfung, die Kritik der in den positiven Rechte vorkommenden Instituten und Anordnungen, inwiefern dieselben die höchste Idee des Rechts gemäss sind. Das unvermeidliche Resultat dieser Prüfung wird hier freilich sein, bei der Unvollkommenheit alles Menschlichen, auch in positiven Rechte die Anwendung und Durchführung der höchsten Idee des Rechts nur unvollkommen ist, dass sich gegen Alles viel einwenden lässt, dass fast nichts den höchsten Ideen des Rechts ganz gemäss ist, dass fast Alles nur provisorisch, nicht peremptorisch rechtlich ist, dass Alles nur Stückwerk ist, das es aber noch um Vieles schlechter ein würde ohne positives Recht, dass ohne dasselbe von Realisirung der höchsten Idee des Rechts gar keine Rede sein könnte. Die Philosophie des positiven Rechts wird zum Resultate haben mit den Positiven zu versöhnen, und wir den Nutzen habe, die beste Anleitung zur Verbesserung des bestehenden Rechts zu geben, hauptsächlich durch den höhern Blick auf das positive Recht überhaupt, den sie uns verschafft. Die Prüfung aber und Kritik des positiven Rechts setzt immer jedoch das Allgemeine voraus, welches nothwendig dabei zum Grunde liegen muss und dieses Allgmeine eben ist das Naturrecht". Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., págs. 27-30.

hablar de “Derecho” antes de la existencia de la sociedad humana, y los llamados “derechos fundamentales” (*Urrechte*) no existen; tales *Urrechte*, como se les suele llamar, no son otra cosa que las condiciones necesarias del existir físico y moral del hombre, de las que él dispone en sociedad, sin las cuales no puede el hombre ser pensado como hombre.¹³²

Existen, pues, unos *Principia* o *Grundsätze* que son el fundamento de todo Derecho posible. Por este motivo, las leyes positivas no pueden ser consideradas como la fuente única del Derecho: el Derecho existe antes que las leyes, y sólo a través de éstas es convertido en reglas.¹³³ Por esta razón, un código es como un gramática, pues del mismo modo que la gramática presupone una lengua, así la ley presupone el Derecho.¹³⁴

De forma coherente, y unánime, con la tradición jurisprudencial, Möhl, distingue dos elementos en el Derecho, uno permanente y eterno y otro cambiante, aquel de naturaleza moral, éste de índole política. El primero, afirma Möhl, igual que Connanus y los otros juristas que hemos estudiado, es eterno e inmodificable, y el otro es variable, pues Moral y Política, que son los componentes de todo Derecho positivo, se comportan entre sí como fin y medio. El componente moral del Derecho existe independientemente del consenso de los hombres, mientras que la dimensión política del mismo está sometida a los que los hombres acuerden, y varía según los pueblos y los tiempos, de modo que se puede decir, con Aristóteles, que constituye la medida para todo aquello que no es igual.¹³⁵

En oposición completa a las doctrinas iusnaturalistas, especialmente a la kantiana, este jurista nos explica que el derecho subjetivo, entendido como una facultad que el hombre posee para hacer u omitir, se co-

132. “Erst durch in der Gesellschaft wird die Thatsache des Lebens, der Freiheit, der menschliche Würde, des Besitzes ein Recht, wird die Macht und das Vermögen des Menschen zur Aeusserung und Entwicklung seiner physischen, moralischen und intellectuellen Kräfte ein Recht, welches anerkannt und behaupten werden soll und muss. Vor aller menschlicher Gesellschaft kann daher von keines Rechten, es kann nicht von sogenannten Urrechte gesprochen werden. Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen des physischen und moralischen Daseins des Menschen, mit welchen er in der Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 41.

133. “Die Gesetze können aber das Recht nicht machen. Das Recht ist vor den Gesetzen bereits vorhanden und wird nur durch sie in Regeln gebracht”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 48.

134. “Ein Gesetzbuch ist gerade wie eine Grammatik; so wie diese die Sprache voraussetzt, so jenes das Recht”. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 48.

135. “Bei allen positiven Gesetzgebung muss übrigens ein beharrliches und ein bewegliches Element unterschiedet werden, jenes ist das moralisch dieses das politische. Das erstere ist ewig und unveränderlich, das letztere wandelbar und veränderlich, denn Moral und Politik, welche die Bestandtheile eines jeden positiven Rechts sind, verhalten sich wie Zweck und Mittel. Der moralische Bestandtheil des Rechts besteht unabhängig von der Uebereinkunft der Menschen, hingegen der politische Bestandtheil des Rechts beruht auf der Uebereinkunft der Menschen und ist nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker verschieden und man kan denselben, um mit Aristoteles zu reden, wie die Maase betrachten, welche auch nicht allenthalben gleich sind”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 72. Como puede apreciarse repite, casi con el mismo tenor, las ideas que ya encontramos en Connanus, Tholosanus y Hugo de Roy.

responde con una obligación por parte de los otros hombres; pero no se trata, como mantenía Kant, de la obligación que corresponde a los demás de respetar esa libertad en el sujeto actuante, sino de una obligación previa a la facultad, que es la que legitima tal derecho, de modo que, donde no existe obligación, no se puede hablar de Derecho: eso es solamente el campo de la fuerza.¹³⁶ Esto implica que la obligación, la dimensión normativa, le adviene al Derecho desde la Moral. Frente al Derecho natural anterior, que distinguía entre obligaciones perfectas (las jurídicas) y las imperfectas, que serían las morales, Möhl establece con rara lucidez que “an und für sich” todas las obligaciones son obligaciones perfectas; si una obligación no es “perfecta”, el hombre no tendría ningún deber de obedecerla.¹³⁷ Todos los intentos de distinguir Derecho y Moral deduciéndolos de principios supremos distintos, han estado condenados al fracaso, como ya demostró Flatt, pues toda obligación tiene fuerza vinculante (es una *Zwangspflicht*), y todo Derecho es un derecho vinculante y coactivo.¹³⁸ Por tanto, Moral y Derecho poseen una fuente unitaria, que es la noción de obligación o deber, y corresponde al Estado establecer, de acuerdo con su finalidad específica, qué obligación (moral) debe ser elevada al plano jurídico.¹³⁹

La legislación jurídica, explica Möhl, toma sus contenidos desde la Moral, y esto nos hace ver que Derecho y Moral no tienen como contenidos distintas obligaciones, sino las mismas. Sucede que el Estado dota algunas obligaciones de coercibilidad, y de aquí surge la diferencia entre obligaciones jurídicas (*Rechtspflichten*) y obligaciones morales (*Liespflichten*).¹⁴⁰ La fuente y el tronco unitario del Derecho y de la

136. “Recht im subjectiven Sinne, als das dem Menschen seiner Natur und seinen Verhältnisse nach Zukommende, als die Befugniss des Thuns und Lassens, als die Freiheit des Handelns und Nichthandelns, kann von einer gegenüberstehenden Obliegenheit, einer correspondirenden Pflicht in Andern nicht getrennt werden. Recht und Pflicht bedingen sich gegenseitig”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 39.

137. “An und für sich nämlich sind alle Pflichten vollkommene Pflichten, der Mensch soll aber seine Pflichten erfüllen, es giebt hier keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten. Da nun jeder Pflicht ein Recht gegenübersthet, so giebt es auch an und für sich keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Rechte. An und für sich giebt es nur grössere oder geringere, wichtigere oder minder wichtige Pflichten und Rechte sie sind nur dem Grade, nicht dem Wesen nach interscheiden”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit. pág. 51.

138. “Alle Versuche, den Unterschied zwischen Rechten und Pflichten aus einem obersten Grundsatz zu deducieren, sind verunglückt, wie dies Flatt überzeugend nachgewiesen hat. Jede Pflicht sollte eigentlich eine Zwangspflicht, jedes Recht ein Zwangsrecht sein”. Cfr. ibidem.

139. “Es ist daher die Aufgabe des Staats, gemäss seinem Zwecke, welcher in der Beförderung der sittlichen Vollkommenheit besteht, diejenigen Pflichten zu Zwangspflichten zu machen, welche zur Erreichung dieses Zweckes wesentlich nothwendig, oder doch sehr fördern sind”. Cfr. ibidem.

140. “Die Gesetzgebung nimmt ihren Stoff aus der Moral. Die Gesetzgebung und die Moral haben daher nicht verschiedene Pflichten zum Gegenstand, sondern dieselben. Nur verbindet die Gesetzgebung mit den für ihren Gegenstand, für ihren Zweck wichtigsten moralischen Pflichten das Merkmal des äussere Zwangs und daraus entsteht der Unterschied zwischen vollkommene und unvollkommene Pflichten, zwischen den sogenannten Rechtspflichten und Liebespflichten”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 63.

Moral, la unidad original de la *obligatio*, ha sido una constante de la Jurisprudencia occidental durante muchos siglos; haber comprendido, como hizo Möhl en solitario, en medio de una época que no le era propicia —ahora tampoco lo sería—, que no puede existir un derecho sin deber previo, que “derecho” y “obligación jurídica” están al servicio de una función, un *officium* que genera un deber que da sentido y razón de ser al “derecho” y a la “obligación” de respeto por parte de los demás, es un mérito muy singular de Arnold Möhl.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

La idea del *ius naturale* es, ciertamente, muy antigua; los primeros títulos del Digesto y de la Instituta bastan para demostrar, por la evidencia de sus textos, esta afirmación. Sin embargo, lo que la tradición jurisprudencial romana —y, con ella, los romanistas de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna— han entendido como *ius naturale* nada o poco tiene que ver con la idea usual a lo largo de la Edad Contemporánea.

Ciertamente, nunca han faltado soñadores, fuera de la realidad, que han entendido al “Derecho natural” a modo de ordenamiento jurídico, más o menos completo, que anularía o haría superflua la labor jurisprudencial, prudencial, con el Derecho. En este sentido, Martini, por ejemplo, en pleno siglo XVIII, época de oro del “Derecho natural” entendido en este último sentido, nos informaba de que “Raimundo de Sabunde, español de Barcelona, doctor en Medicina y Artes, en su Teología natural del año 1425, escribía que *Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes creaturas, et per naturas ipsius hominis, et per ipsummet hominem omnia probat, et per illa, quae homo certissime cognoscit de se ipso*”.¹⁴¹

Esta cita de Martini nos prueba que la quimera del *Derecho natural* estaba ya extendida en el siglo XV, y no hace ver, en consecuencia, que la afición del siglo XVI por la nueva “Idea del Derecho” que sustituyera a la “maraña” de la *Jurisprudentia* entonces existente se deslizó con cierta facilidad —el ambiente ya estaba preparado— por los carriles de una doctrina acerca del “Derecho natural”, en lugar de asumir la forma externa de una nueva doctrina sobre la “equidad”, como proponían Luis Vives, por ejemplo, y otros muchos. Es decir, el tópico del “Derecho natural” fue la expresión que encontró el siglo XVI para proponer un ordenamiento jurídico alternativo al Derecho jurisprudencial existente; podrían haber sido otros tópicos, pero triunfó éste históricamente. De esta forma, la doctrina del *ius naturale et gentium*, fue extraída del *Corpus Iuris Civilis* y de los comentarios de los juristas bajomedievales al Derecho

141. Cfr. el *Lectori benevolo* de C.A. Martini al libro de HOHANN OLDENDORP, *EISAGOGE seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*, cit.

Romano, en donde había estado recluída hasta entonces, y tomó una vida propia, aunque típicamente racionalista y moderna.

Así pues, lo que Kelsen solía llamar la ideología del Derecho natural es específicamente moderna, pues los juristas y teólogos anteriores al siglo XVI nunca entendieron al *ius naturale* en el sentido en que lo entendió la Modernidad; estos últimos, los teólogos, dependieron de las nociones del Derecho natural que les suministraban los juristas. Aunque es preciso reconocer que el asunto es complicado, no siempre de fácil intelección, porque lo que era el *ius naturale* en la jurisprudencia romanista estaba estrechamente vinculado, y dependía, del método jurídico entonces seguido.

En efecto, el “Derecho natural” de los jurisprudentes no era, en principio, sino un conjunto de verdades elementales prácticas que cualquier hombre puede conocer mediante su razón o su conciencia,¹⁴² sin necesidad de razonamientos o de discurso argumentativo.¹⁴³ Por esta índole suya, al contenido del Derecho natural se le dió el nombre de “primeros principios de la razón práctica”. Estos *prima principia* no constituyen un cuerpo de doctrina independiente de la *iurisprudentia*, sino que tales principios se encuentran como “disueltos” por toda la doctrina jurisprudencial, fundamentando inferencias, facilitando pasos concretos y soluciones; por sí solos —si se me permite hablar así— estos primeros principios (el Derecho natural) no tienen existencia; únicamente se muestran en el razonamiento concreto jurídico, en los que tales principios concurren con el *ius civile*, las opiniones de los juristas, otros Derechos positivos y, especialmente, con multitud de razonamientos que se basan en la conveniencia, la lógica, la utilidad, etc, y que, juntos, componen el *ars iuris*, la Jurisprudencia o el Derecho, informado siempre por la *aequitas*.¹⁴⁴ Esta es la Ciencia de la Justicia, de la única justicia posible que no es ni “natural” ni “positiva” o que, dicho de otro modo, es simultáneamente positiva y natural, y que compone, al mismo tiempo, el Derecho “civil” y el “Derecho natural”. En consecuencia, el “Derecho natural” es una armazón más del Derecho civil, de la Jurisprudencia o Justicia, del único Derecho vinculante.

Estos primeros principios no fueron entendidos por estos autores a modo de axiomas desde los que se pudiera deducir un razonamiento; por el contrario, los principios no son más que facilidades para la inferencias y las inflexiones en los razonamientos, y están presentes en todos los grados y niveles del discurso. Unas veces, las menos, funcionan como instancias correctoras de la licitud o de la ilicitud de lo que está argumen-

142. Vid. GEORGETTE de St. Hilaire, *Precepts of Natural Law in the text of St. Thomas*. Tesis doctoral, inédita, 1962, Saint Louis University, U.S.A.

143. Vid mi estudio, *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVI*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”. XVIII (1975) págs. 286 y ss.

144. Vid. mi estudio *En torno al método de los juristas medievales*, en “Anuario de Historia del Derecho Español” (1982) págs. 637 y ss.

tando, pero normalmente se limitan a *concurrir* —el jurista *asume* estos principios— con otros muchos “principios”, extraídos del Derecho positivo, de la *aequitas*, del Derecho jurisprudencial existente o de razonamientos diversos; no se imponen siempre, como podría indicar superficial su rango de Derecho “natural”, sino que, como indico, *concurreren* en el razonamiento concreto, en donde son ubicados dentro de las exigencias del problema o *casus* y, por ello, las exigencias de justicia que ellos expresan son ampliadas o restringidas.

Esta última matización se observa paradigmáticamente en Hugo de Roy: *Iustum esse quod quaeritur*. El título mismo de su obra más conocida indica lo mismo: *De eo quod iustum est*. Para estos juristas existe la justicia, y ésta no es ni “positiva” ni “natural”; y si los primeros principios naturales “naturalizan” la Jurisprudencia, el carácter “positivo” razonamiento del jurista “positiviza” los contenidos de los primeros principios acerca de la Justicia que, por este hecho, suelen perder el rango de principios absolutos e inderogables —como hoy o la Modernidad los entendieron— y quedan reducidos a sus justos límites de tópicos, de datos concurrentes y no excluyentes del razonamiento jurídico.

Hoy nos resulta muy difícil entender esta naturaleza del razonamiento jurídico; tendemos a absolutizar las reglas y principios, y no podemos entender que la restricción de un principio no implica un recorte de él en el sentido espacial—geométrico del término, como si perdiera “parte” de su valor; establecemos, sin querer, una relación de *parte quo ad partem, et de toto quo ad totum*,¹⁴⁵ y esto no se corresponde con la realidad. No es así como los principios y reglas quedan asumidos en el razonamiento jurídico; nos resulta difícil entender —decía antes— que para estos juristas a los que he aludido, los datos provenientes del *ius civile*, del *ius naturale*, de la *aequitas* o de cualquier razonamiento aceptable, no son sino dimensiones o vertientes distintas —a veces contrapuestas— de las exigencias que plantea el caso. Ninguna de ellas puede pretender la exclusividad en nombre de su origen superior; la *jurisprudencia prudencial* no atendió a los “orígenes” de los principios o normas, sino a su juego específico al servicio de la justicia concreta de un caso; el origen era útil para justificarse por el uso de ese principio o norma, pero una vez pasada la fase de la autojustificación, el jurista debía demostrar el encaje del principio que arguía con las exigencias de la justicia, y en este momento del razonamiento, poco importaba que fuera “natural” o “positivo”.

145. Pedro de Bellapertica, ya en el siglo XIII, había denunciado este hecho, y rechazó que el “Derecho natural” pudiera derogarse *in particularitate*, pero no *in sua totalitate*. Esto suponía establecer una relación de *toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, que es absolutamente inadecuada al derecho. *Solutio ista* —concluye Bellapertica— *non valet unum obolum*. Vid. mi estudio *El Derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” (1981) pág. 77.

Por otra parte, ya hemos tenido ocasión de estudiar que las exigencias concretas del *casus*, que eran exigencias de justicia, borraban toda distinción entre el dato positivo y natural; ambos tipos de argumentos quedaban fundidos en la *aequitas* y, por este hecho, Francisco Connanus, y tras él otros muchos juristas, llegan a mantener que cualquier razonamiento conveniente, útil, constituye “Derecho natural”.

Es posible que parte de la culpa de tantos malentendidos la tenga la expresión “derecho natural”, que usaron los modernos. Efectivamente, cuando se comienza a hablar del *ius naturale*, en el siglo XVI, esta expresión ocupa el lugar de la *Justitia*, palabra o idea que aparecía ante muchos de los progresistas de la época como anticuada o desprestigiada. Por ello, en lugar de la *justitia*, o de la *aequitas* (término más antiguo¹⁴⁶), la jurisprudencia racionalista que se inicia en el siglo XVI tomó la denominación de “derecho natural”, con la consiguiente cosificación y rigidez que implicaba este nombre para los contenidos de este “derecho”. El “derecho natural” de la Modernidad ha cumplido la función histórica —sin que ahora entre a estudiar más detenidamente este hecho¹⁴⁷— de servir de nombre o rótulo de la jurisprudencia racionalista de la Edad moderna. Los *iusnaturalistas* modernos, en efecto, que especialmente en el siglo XVIII solían ser profesores de Matemáticas —personas ajenas al trabajo jurídico— concibieron a la ciencia jurídica como compuesta de *normas* que van de arriba a abajo. Por este camino desaparece el saber que versa acerca de los modos de analizar los problemas y en su lugar entra una jerarquía de “normas” de fundamento inexplicado.

No captaron, pues, que en lugar de una *impresión* de las normas, “de arriba a abajo” (efectos del pensamiento espacial aplicado a la Filosofía práctica), es la base fáctica, los hechos, los que reclaman “su” solución. Y que esta realidad, lejos de ser amorfa o indolente (como la llamaba Stammler) es la instancia que en definitiva selecciona las normas y principios que aparentemente le serán “aplicados”. Se trata del eterno juego de la Realidad con las pretensiones que aportamos los hombres. Pero explicitar esto con detenimiento queda para otro estudio.

146. Vid. mi estudio *En torno al método de los juristas medievales*, cit., págs. 630 y ss.

147. Vid. mi estudio *Nuestros prejuicios acerca del llamado “derecho natural”*, en “*Persona y Derecho*”, 27 (1992) págs. 21-200.

La fundamentación del derecho en Kant

Por JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ

Murcia

1. ETICA Y DERECHO: FUNDAMENTOS Y RELACIONES

Kant ha sido llamado el “hombre del derecho”,¹ porque toda su filosofía tiene una inspiración jurídica. En la *Crítica de la razón pura* de lo que se trata es de examinar los derechos de la razón en el terreno del conocimiento especulativo y científico; en la deducción trascendental de las categorías se hace referencia al método de los juristas, que utilizan el término “deducción” para expresar el “quid iuris” de un asunto legal; la razón constituye un tribunal ante el cual comparece la razón pura para que se juzguen sus posibilidades teóricas; se habla de la jurisdicción de la razón y de legislación universal a priori; en fin, el “Sollen” prima en su filosofía sobre el “Sein” y la razón práctica sobre la razón teórica.

A pesar de ello, Kant sólo escribe su *Metafísica de las Costumbres*, la primera de cuyas partes es la Doctrina del Derecho (Rechtslehre), al final de su vida, en 1796. Este es un coronamiento excelente de toda su labor filosófica.² La Rechtslehre no es un tratado ni una historia del derecho: trata del espíritu del derecho, de las condiciones de posibilidad y de validez del derecho humano.³

Después de haber sometido a crítica la razón práctica, fundando y desarrollando así la posibilidad de la Moral en general, ahora Kant trata de la Moral en su conjunto como un sistema filosófico. Esto es lo que se llama *Metafísica de las Costumbres* (Sitten). “Este sistema —dice Kant— se

1. Cfr. JEAN LACROIX, *Kant et le kantisme*, p. 12., cit por SIMONE GOYARD-FABRE, en *Kant et le problème du Droit*, Paris, Vrin, 1975, p. 9.

2. Sin embargo, hay intérpretes que opinan lo contrario, como V. DELBOS: *La Metafísica de las costumbres* no es “casi más que un esfuerzo penoso y estéril de simple ordenación esquemática: el pensamiento aparece allí inmovilizado en las definiciones y proposiciones establecidas en obras anteriores; no tiene ni amplitud, ni flexibilidad ni siempre lucidez” (*La philosophie pratique de Kant*, Paris, P.U.F., 1969, 3.ª ed. (1926'), pág. 560).

3. Cfr. S. GOYARD-FABRE, po. cit., p. 23.

divide en principios metafísicos de la ciencia del derecho y en principios metafísicos de la ciencia de la moralidad".⁴ La ciencia del derecho —añade— es la Metafísica del Derecho, pero ésta no se puede exponer en su totalidad como Metafísica, pues el Derecho es una ciencia cuyo fin es aplicarse a los casos que se presentan en la experiencia; ahora bien, es imposible hacer una división completa de todos los casos posibles de experiencia. Por eso, en vez de una Metafísica del derecho, sólo se puede intentar exponer los principios metafísicos del mismo. Esta es la razón del título de la primera parte de la obra. Por otro lado, la metafísica es un "sistema de conocimiento a priori por simples conceptos". Si hay algún tipo de conocimiento que no sólo admite, sino que exige una metafísica, éste es el conocimiento de la filosofía práctica, porque tiene por objeto, no la naturaleza, para la cual se requiere la experiencia, sino la libertad del arbitrio, idea esta, la de la libertad, que nace a priori de la pura razón.

Precede a la exposición de la *Rechtslehre* y de la *Tugendlehre* una Introducción general a la Metafísica de las costumbres, en la cual podemos conocer la solución que da Kant al viejo problema de la relación (dependencia, independencia o coimplicación) entre Moral y Derecho. Esta solución no es nueva. Venía preparada ya desde los escritos de fundamentación que hemos analizado en un trabajo anterior, *La Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* y la *Crítica de la razón práctica*.⁵ Aunque en estos escritos Kant dedicaba atención preferente, en los desarrollos, a la moral en sentido estricto, es decir, a la moral personal, en realidad el fundamento establecido para ésta era el mismo que para la doctrina del Derecho.

Para unificar terminológicamente, en la medida de lo posible, los conceptos, proponemos la siguiente división, siguiendo a O. Höffe: *Moral*, referido a todo el ámbito de la razón pura práctica, sus leyes y obligaciones; es la moral en sentido amplio, que abarca tanto a la moralidad como al derecho. *Moralidad* o *ética*, lo referido al ámbito personal; es la moral en sentido estricto, es decir, las leyes, obligaciones y acciones en su sentido interno, libres de coacción externa. Es lo que se ha entendido tradicionalmente, y aún hoy, como lo moral o lo ético por oposición a lo jurídico. El *derecho* o *lo jurídico*, referido al ámbito de las leyes, obligaciones y acciones en su sentido externo, acompañadas de coacción. También se basa en la moral tomada en sentido amplio, pero se diferencia y complementa a la moralidad o ética.⁶

4. Kant, Metafísica de las costumbres; citaremos en adelante con las siglas M.C. Seguimos la traducción de la siguiente edición de la primera parte de la obra: *Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*, Selección, prólogo y notas de ARNALDO CORDOVA, México, U.N.A.M., 1978, 2.^a ed., pág. 1.

5. Cfr. mi artículo "La fundamentación kantiana de la moral", en *Anales de Filosofía*, Universidad de Murcia, vol. IV, 1986.

6. Sobre el doble significado de los términos "moral" y "ético" en Kant, en su doble sentido, amplio y estricto, véase: K. LISSER, *El concepto del derecho en Kant*, México, U.N.A.M., 1959, p. 8 donde cita también a E. KAUFMANN y A. NATORP.

Costumbres (Sitten), nos recuerda N. Bobbio, es el “complejo de reglas de conducta o leyes que disciplinan la acción del hombre como ser libre”.⁷ Kant recuerda que “Sitten” equivale al latino “mores”. En esta definición se recogen los conceptos de acción humana, de libertad y de ley o norma. Los tres son objetos fundamentales, tanto de la moralidad como del derecho.

Respecto de la *acción*, la facultad humana que está directamente relacionada con ella es la facultad de desear, por la cual el hombre es causa de los objetos que se representa a través de estas mismas representaciones.⁸ Si estas representaciones son conceptos, la facultad apetitiva que tiene en sí misma el principio de determinación se llama facultad de hacer o no hacer; si, además, le acompaña la conciencia, se llama arbitrio. Si el principio de determinación interna está en la razón, se llama voluntad. Así, pues, la voluntad mira hacia la razón práctica y se confunde con ella; el arbitrio mira hacia la acción y en cierto modo se confunde con ella.

En segundo lugar aparece el concepto de *libertad*. La voluntad está directamente relacionada con la libertad, porque es la causalidad misma de la razón. Pero en el caso del arbitrio, éste puede ser libre o no (arbitrio animal); el primero se guía a la acción por la razón práctica y su legislación, el segundo se guía por una inclinación empírica emanada de la sensibilidad.

Finalmente, las costumbres o Moral contienen el concepto de la *ley*, regla o norma. Una ley es una regla necesaria.⁹ Las leyes morales en general son leyes de la libertad, que obligan al hombre porque es libre. Se oponen a las leyes de la naturaleza, que rigen el conjunto de los fenómenos y expresan, por tanto, una condición empírica; éstas son leyes que actúan por causalidad mecánica. Ahora bien, las leyes de la libertad se dividen en jurídicas, si “se refieren sólo a acciones externas y a su legitimidad”, y éticas, si, además de eso, “exigen que las leyes mismas sean los principios determinantes de la acción”.¹⁰ Luego veremos con más detalle esta diferencia. Las leyes morales sólo tienen fuerza si están fundadas a priori. Las leyes naturales pueden a veces obtenerse a través de la experiencia.

La idea central que unifica toda la Metafísica de las costumbres y, por tanto, el Derecho y la Ética, es que sus principios son comunes y derivan a priori de la razón pura práctica como facultad legisladora. Por eso ambas partes (Derecho y Ética) tienen en común el principio fundamental de la *libertad* y algunas nociones que Kant explica. “La noción positiva de la libertad es la base de las leyes prácticas absolutas que se llaman *morales*”.¹¹ Directamente enlazado con ella está el *imperativo categórico*, que es

7. N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*, Torino, Giappichelli, 1969, 2.^a ed. (1957), p. 81.

8. MC, ed, cit., p. 7.

9. Kant, *Crítica de la razón pura*, A 216, B 263.

10. MC, p. 11.

11. MC, p. 21.

expresión de la libertad práctica positiva. La libertad y el imperativo categórico son los dos principios de donde deriva toda acción humana considerada desde el punto de vista de lo moral.

El imperativo categórico es un “precepto de la acción independiente de las condiciones empíricas y, por este hecho, incondicionalmente (o categóricamente) válido”.¹² Ahora bien, lo que muchos intérpretes de Kant no han visto, al decir de O. Höffe, es que existen “dos conceptos del imperativo categórico: uno amplio, que significa la obligación incondicionada de una praxis, y un concepto más estrecho y específicamente ético, que implica una obligación incondicionada en relación con los principios autónomos de la voluntad (máximas)”.¹³ El sentido amplio es válido para el derecho y el sentido estricto, para la ética o doctrina de la virtud. En otras palabras, si lo que prescribe el imperativo es máxima, es decir, si tomamos el imperativo categórico en sentido estricto, tenemos la moralidad. Si lo que prescribe no es máxima, sino que sólo se refiere a las acciones (imperativo categórico en sentido amplio), tenemos el derecho. Así, pues, la moral es un concepto pre-ético y pre-jurídico. Los principios de la Moral abarcan a ambos desarrollos de la misma: la Ética o moral personal por un lado y el Derecho por otro.

Las otras nociones comunes de la Moral, de las que participan las dos doctrinas derivadas de ella, son: la obligación (“la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón”), el deber (“acción a la que una persona se encuentra obligada”; es la materia de la obligación), la acción (“un hecho en cuanto está sometido a las leyes de la obligación”), la persona (“es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación”). Todos estos conceptos derivan de la atribución de la libertad al sujeto que actúa.¹⁴

Una vez expuestos los fundamentos morales comunes a las dos partes de la *Metafísica de las costumbres*, Kant pasa a señalar las diferencias entre ambas. Estas diferencias se centran casi exclusivamente en el tipo de *legislación*.

En este terreno de la legislación hay una diferencia radical, que está en la base de la distinción de los dos campos, ético y jurídico, concebidos como sistemas de leyes que se dirigen a la voluntad o arbitrio de los hombres para regular sus acciones. La ley fundamental de la razón práctica, el imperativo categórico, válido para ambos, dice así: “Obra según una máxima que pueda al mismo tiempo tener valor de ley universal”.¹⁵ En él se ordena que la máxima o principio subjetivo de mi voluntad pueda ser al mismo tiempo ley práctica o principio objetivo universal

12. OTFRIED HÖFFE, *Introduction a la philosophie pratique de Kant*, Albeuve (Suisse), Eds, Castella, 1985, p. 176.

13. Ibid.

14. Cfr. estos conceptos en MC, pp. 22-24.

15. MC, p. 26.

para la voluntad de todos los seres racionales. Pues bien, la acción que se conforma a esta ley fundamental simplemente, es legal (*legalidad*). Las leyes del Derecho prescribirán solamente la conformidad con el deber, es decir, que la acción no entre en contradicción con una ley general de la razón. Esto es lo que se llama también conformidad *exterior* con las máximas de carácter racional, que son racionales por estar conectadas con una ley general. Por otro lado, si la máxima (el principio subjetivo, la intención) de una acción es conforme con la ley fundamental objetiva, entonces esa acción será, además de legal, ética (*moralidad*). Esto es lo mismo que decir que el principio *interior* que guía la acción es conforme con la ley. Por eso se distinguen la legislación jurídica y la ética por el criterio de exterioridad y de interioridad, respectivamente. Pero hay que tener en cuenta que la ley jurídica sólo exige la conformidad exterior: de la acción con la ley moral, y la ley ética exige, además del cumplimiento externo, también la conformidad interna con la ley: que la máxima sea querida por su universalidad, que la acción se realice *por* deber.

No hay, por tanto, contraposición, sino complementariedad entre los dos tipos de leyes y su forma de obligar. De aquí derivan otras consecuencias, que Kant expone al caracterizar el Derecho, en la Introducción a la *Rechtslehre*.

El Derecho o la teoría del Derecho —dice— es “el conjunto de las leyes susceptibles de una legislación exterior”.¹⁶ Aquí se resalta el rasgo de la exterioridad de la ley. Pero veamos qué significa esta exterioridad. Tanto el derecho como la virtud son sistemas de leyes que imponen obligaciones (necesidad de una acción) y, por tanto, deberes (acción misma). Ahora bien, “todos los deberes —dice Kant— son, o deberes de derecho (*officia iuris*), es decir, deberes tales que su legislación puede ser exterior, o deberes de virtud (*officia virtutis seu ethica*), que no son susceptibles de semejante legislación”.¹⁷ Los deberes que impone la legislación jurídica son, o pueden ser, exteriores, porque se refieren sólo a las acciones en su conformidad constatable (externa) con la forma de la ley. Pero los deberes éticos de virtud no pueden ser simplemente exteriores, porque todos tienen como fin el deber mismo y exigen que la acción se realice *por respeto* a la ley; y el respeto es un sentimiento a priori que no se puede exteriorizar como tal.

El derecho tiene como fin hacer posible la coexistencia en la libertad exterior. Por eso, si la moral en general partía de la libertad y la ética se sigue refiriendo a la *voluntad* (idéntica con la razón práctica), el derecho se refiere siempre, en cambio, al *arbitrio*, que es el aspecto de la voluntad que está en relación con la acción. El arbitrio, en cuanto está regido por la ley, es la libertad exterior, porque está relacionado con la acción. Sin

16. MC, p. 30.

17. MC, p. 43.

embargo, la voluntad representa la libertad interior, por estar relacionada con la razón inmediatamente. El derecho existe para regular la vida en común de los hombres y es necesaria una ley que haga coexistir las acciones humanas en libertad. Por tanto, esta libertad de acción exterior no puede referirse más que al arbitrio.

Para entender plenamente el concepto del derecho según Kant, hay que exponer el *principio universal* del mismo, principio que se deduce rigurosamente de la ley fundamental de la razón práctica. Dice así: “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad del arbitrio de cada uno según leyes universales”.¹⁸ Lo que aquí se define es el concepto de *justicia*, criterio básico para la determinación del derecho. En unos principios metafísicos no se trata de saber qué es derecho en sentido positivo (*quid iuris*), sino “qué es el derecho” (*quid ius*) en su sentido racional o, lo que es lo mismo, qué es lo justo, como base para enjuiciar la legislación positiva. Esto es la “*iuris scientia*”, que, por tanto, trata del conocimiento sistemático del Derecho natural. Luego veremos la transformación que Kant hace del Derecho natural en un Derecho basado enteramente a priori en la razón. Al mismo tiempo, hay que señalar que el concepto de justicia como base del derecho (justicia política) es la concreción para el derecho de la idea de “bueno sin restricción” o bien absoluto, que en la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* sólo había sido concretado para la moralidad (Ética) como “buena voluntad”. Así pues, el bien absoluto, criterio moral pre-ético y pre-jurídico, busca realizarse en la Ética y en el Derecho con matices diferentes: en el Derecho es la justicia política, como bien para una comunidad de hombres regidos por leyes exteriores.

La segunda característica que hay que destacar en este principio universal del derecho es la ya apuntada: el objeto del derecho es regular la coexistencia de la libertad de arbitrio de todos los hombres y esto sólo se puede hacer en sentido negativo, o sea, prohibiendo las acciones que son un obstáculo a esta libertad de acción externa.

El *concepto* del derecho será, pues: aquellas condiciones que hacen posible este principio universal. Y la *ley universal* del derecho resalta lo esencial: la exterioridad de las acciones no debe coartar la libertad de acción (el arbitrio) de ninguno. “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal.”¹⁹

Ahora estamos en condiciones de deducir el rasgo característico de la legislación jurídica, lo que la define específicamente frente a cualquier otro conjunto de normas y especialmente frente a las normas éticas. El

18. MC, p. 32.

19. MC, p. 33.

título donde lo expone Kant dice así: “El derecho es inseparable de la facultad de obligar”. Según el principio del derecho, justa es toda acción que no es un *obstáculo* a la coexistencia de los arbitrios libres particulares. Por contra, cualquier acción que sea obstáculo a dicha coexistencia es injusta. Por consiguiente, justa será toda resistencia que se oponga a los obstáculos a la coexistencia de la libertad. Esta resistencia que se opone es conforme con la libertad según leyes generales. Tal resistencia es la *coerción* (*Zwang*) o facultad de obligar. Kant deduce, por tanto, que “el derecho es inseparable, según el principio de contradicción, de la facultad de obligar al que se opone a su libre ejercicio”.²⁰

La coerción va inseparablemente unida al derecho (Kant dice más adelante que “el derecho y la facultad de obligar son una misma cosa”) por dos razones: 1) Por el principio de contradicción, que hace justo lo que se opone a lo injusto; en este caso, injusto es el obstáculo a la libertad, luego justo será la resistencia que se opone a los obstáculos a la libertad. 2) Por el carácter de lo regulado en el derecho, que es el arbitrio, o sea, la libertad de acción o libertad exterior. La salvaguarda de la libertad exterior sólo puede asegurarse, a su vez, con acciones exteriores (coercitivas) que operan en nombre del principio universal de la justicia.

Por eso Kant completa su exposición del concepto del derecho con la noción de que éste es “la posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme con la libertad de todos según leyes”.²¹ Es decir, introduce la noción de reciprocidad: conformar la obligación general recíproca con la libertad de todos. La libertad de arbitrio protegida por el derecho es la libertad de todos; ahora bien, al ser una libertad de acción exterior y de todos, hay influencia recíproca de unas acciones sobre otras. Es, por tanto, un tipo de libertad que sólo una fuerza exterior puede regular según leyes generales. El derecho tiene, así, una exactitud matemática, pues su objeto (las acciones) se desarrollan en el mundo físico, aunque la regulación de las mismas, e incluso su móvil último, provenga de la razón pura.

En resumen, la coerción o facultad de obligar está esencialmente ligada al derecho: surge del principio universal del derecho y forma parte del fundamento puramente racional del mismo. No puede concebirse coexistencia de las libertades de acción sin concebir al mismo tiempo la facultad de obligar coercitiva. El derecho —dice Kant— “se funda en la conciencia de la obligación de todos según la ley”, pero el derecho tiene por tarea determinar el arbitrio en el sentido de esta obligación y esto no se puede conseguir apelando a la conciencia como móvil: “debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales”.²² Así pues, el derecho en sentido *estricto* sólo es el puramente exterior, el que se basa en la posibilidad de esa fuerza.

20. MC, p. 34.

21. Ibid.

22. MC, p. 35.

A diferencia del iusnaturalismo, Kant no deduce lo jurídico de lo ético. Distingue el Derecho de la Etica por los rasgos de exterioridad–interioridad, objetividad-subjetividad, coerción-constricción, respectivamente. Los deberes son los mismos, pero la legislación es diferente: una es heterónoma, la otra es autónoma. Si el Derecho se rige por la coerción (Zwang), la Etica se rige por el respeto (Achtung).²³

Ahora bien, si Derecho y Etica pertenecen ambas a la Sittlichkeit y se fundan en un mismo principio (la libertad) y en una misma ley fundamental (el imperativo categórico), si ambos se diferencian por la forma de su legislación, hay un nuevo punto de concordancia en el aspecto teleológico. La naturaleza persigue un fin en la historia humana, lo que equivale a decir en cada hombre (moralidad) y en la agrupación política de los hombres (derecho). En la *Crítica del Juicio*, Kant señala que el hombre es el fin último de la naturaleza, como ser más altamente organizado (parágr. 83). Los fines éticos del hombre individual le llevan (como veremos) a la constitución de sociedades políticas, porque sólo en ellas puede el hombre realizar las exigencias éticas. En este sentido, el derecho es condición objetiva de la realización del fin ético del hombre, así como la moralidad es la condición subjetiva de la constitución jurídico-política. El hombre sólo es plenamente humano cuando sale del estado de naturaleza y entra en el estado civil. Aquí puede perfeccionarse moralmente y practicar, con la libertad de acción, también sus deberes éticos: la libertad de la voluntad.²⁴

2. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

Kant hace una división general del Derecho: 1.º) Como *ciencia sistemática*, el Derecho “se divide en *Derecho natural*, que se funda en principios puramente a priori, y *Derecho positivo*, que tiene por principio la voluntad del legislador”.²⁵ Esta es una división objetiva del Derecho, que considera una legislación exterior, es decir, referida a las acciones de los hombres, según se base en la razón o en una voluntad determinada. 2.º) Pero considerando el derecho desde un punto de vista subjetivo, como *facultad* (moral) de obligar a los otros, como título legítimo (legitimidad de la cual deriva la división anterior), el derecho se divide en *natural* y *adquirido*. El primero constituye lo mío y lo tuyo internos; el segundo, lo mío y lo tuyo externos.

Lo mío y lo tuyo interno (derecho natural innato) se reduce a una sola cosa: la *libertad* como independencia del arbitrio de otro, en la medida en que puede subsistir con la libertad de todos según una ley univer-

23. Cfr. S. GOYARD-FABRE, op. cit., pp. 63 y ss.

24. Cfr. ibidem, pp. 52 y ss. y p. 68.

25. MC, p. 41.

FACULTAD		SISTEMA-CIENCIA	
D.º Nat. innato → (subjeto)	D.ºs Nat. adquiridos → (subjeto)	D.º Nat → (objeto)	D.º Positivo (objeto)
Libertad Mío y tuyo internos	D.ºs Derivados Mío y tuyo externos	D.ºs Según la razón Mío y tuyo externos	D.º Según vol. legislador Regulación fáctica de lo mío y tuyo externos

sal. Este derecho es único, primitivo, propio de cada hombre por el hecho de ser hombre. Esta libertad se asienta en la vida del hombre, su racionalidad y su corporalidad, que son lo mío interno de cada cual. Podemos llamarla *libertad igual*, porque es la libertad individual en coexistencia recíproca con las otras libertades individuales. En la libertad innata, que es el único derecho natural innato, están contenidos la igualdad natural, es decir, la imposibilidad moral de ser obligados por los demás a más cosas que aquéllas a que están obligados ellos respecto de nosotros, el ser dueño de sí, el proceder con los otros de modo que no les perjudique de suyo, etc.

Este derecho natural innato (interno) queda en el sistema de Kant como presupuesto previo del Derecho natural sistemático, ya que aquel derecho es el único innato y todos los demás derechos subjetivos son adquiridos. El conjunto de los derechos adquiridos entran ya en la división sistemática de Derecho natural y Derecho positivo.

Así, pues, el único derecho natural innato, la libertad igual, actúa como criterio prejurídico. Es el único criterio al que debe referirse siempre toda la sistemática jurídica, tanto natural como positiva. Se puede decir que la libertad igual o innata es presupuesto del Derecho, como la libertad de la voluntad es presupuesto de la Ética: ambas hacen posible su respectivo sistema de normas. Son, por tanto, principios fundamentales, condiciones de posibilidad a priori de sus respectivas legislaciones.²⁶ Por estas razones, Kant no incluye este derecho innato como uno más de los derechos contenidos en la sistemática del Derecho privado. El sistema científico del Derecho queda, pues, así: 1) Derecho natural o Derecho privado. 2) Derecho positivo o Derecho público o civil. Estas son las dos partes en las que se divide la doctrina. El Derecho privado se identifica con el derecho propio del estado de naturaleza. El Derecho público es el

26. Condición de posibilidad significa, en el terreno jurídico, criterio de legitimidad: Kant dice que el derecho innato es el *título legítimo* de la facultad de obligar. La cuestión de la legitimidad así planteada (como posibilidad) queda fuera del sistema: es una legitimidad trascendental y, por tanto, su efectividad práctica es nula. Es una legitimidad puramente racional, a priori, que hace posible según la razón, pero que no tiene ninguna operatividad en un sistema de coerción como es el derecho. Esto explica la no aceptación por parte de Kant del derecho de resistencia, que produce un hiato entre los fundamentos morales y el desarrollo positivo de su sistema jurídico.

que dimana del poder estatal, incluido el que los juristas llaman "Derecho privado". Según S. Goyard-Fabre, Kant realiza aquí una revolución copernicana del Derecho natural.²⁷ Transforma el derecho natural en derecho racional a priori y abre la vía al positivismo, sin ser ya ni un iusnaturalista en el sentido tradicional, ni un positivista al estilo de Kelsen. En este camino, por otro lado, fue precedido ya por Rousseau, quien quitó al derecho natural todos sus títulos jurídicos, pero lo situaba al fondo, como criterio de legitimidad *trascendental* "avant la lettre". Veamos esto.

Leo Strauss considera el derecho natural como ligado al concepto de naturaleza y opuesto al convencional, derivado de la voluntad de los hombres. En la historia se han sucedido dos concepciones del derecho natural: 1) Una clásica (aristotélico-tomista): el derecho según el orden establecido por la naturaleza. 2) Otra moderna (Hobbes, Locke, jurisconsultos de los ss. XVII-XVIII): el derecho arraiga en la naturaleza humana, considerada una naturaleza racional. Kant utilizaba en sus clases el manual de Achenwall, de la escuela de Grocio, Thomasius y Pufendorf.

Ahora bien, por un lado, Kant desarrolla un naturalismo basado en la finalidad de la naturaleza: ésta contiene unas leyes universales e imprime esas leyes en el curso de la historia (*Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*, 1784); de aquí se derivará luego el concepto de "astucia de la razón" hegeliano. Después, Kant matizaría esta idea en la *Crítica del Juicio*. Por otro lado, en su concepción del estado de naturaleza, base de la reflexión iusnaturalista moderna, Kant se separa de sus antecesores, incluido el propio Rousseau: elimina los elementos empíricos (conservación propia, egoísmo, caída en la propiedad privada, degeneración del hombre social) y se queda sólo con los elementos racionales: el estado de naturaleza es un estado en que reina la ausencia de derecho, pero no la injusticia; puesto que no hay justicia (orden legal de resistencia a los obstáculos a la libertad de acción), no hay injusticia (obstáculos a la libertad de acción). Por tanto, la justicia sólo se da en un orden civil, base legal del derecho privado. Así pues, los dos elementos del estado de naturaleza son: la libertad de acción y la comunidad de espacio vital de los hombres. Esto lleva a un *riesgo* de conflicto con los semejantes. Por eso se llama a esta situación *estado de guerra latente*. He aquí la concepción propia del estado de naturaleza en Kant, a diferencia del estado de guerra de Hobbes y del estado de bondad natural y felicidad de Rousseau.

Como el estado de naturaleza no permite realizar la libertad de acción (social), hay una exigencia moral del imperativo categórico: que se abandone el estado natural y se funde el estado civil.

Es decir: el bien sin restricción, metacriterio ético y jurídico, que se concreta en la libertad de la voluntad o buena voluntad desde el punto

27. Cfr. S. GOYARD-FABRE, op. cit., p. 129.

de vista ético, tiene su aplicación en el campo jurídico como libertad de arbitrio, libertad de acción o justicia política. Así pues, la libertad y el imperativo categórico llevan al hombre a la constitución de sociedades civiles, a la creación de Estados.

Esta es la dinámica que Kant pone en marcha. Pero el orden civil es una exigencia moral, dirigida a la voluntad, que va precedida de unos presupuestos racionales. Estos presupuestos están ya contenidos en el concepto de estado de naturaleza, al cual corresponde racionalmente un derecho propio: el derecho natural. No basta con el imperativo categórico y con la voluntad moral de salir del estado de naturaleza para fundar un orden jurídico positivo. Esto sería sólo el elemento formal. Hay una base jurídica previa en el estado de naturaleza, sin la cual no se podría constituir la sociedad civil ni el derecho público. Esta base es el derecho natural o privado, que en Kant es sólo *racional*, porque no se ha constituido aún la fuerza legal superior a los individuos. Es, por tanto, un derecho que nace sólo de la razón, que está ya presente antes de la constitución del Estado, que deriva del concepto de lo mío y lo tuyo externos y que sólo espera la sanción legal para pasar de ser *provisional* a ser *perentorio*. Este derecho se basa en el concepto de *propiedad*, posibilitado a su vez por el criterio de *libertad* innata e igual del hombre.

Así pues, la revolución copernicana del Derecho consiste en lo siguiente: Kant emplea el método trascendental en el campo jurídico. Crea una lógica trascendental. No construye una dogmática jurídica (como Leibniz): no parte de un concepto completo del Derecho para deducir a partir de ahí todo el sistema. Parte de un concepto racional a priori del mismo, para comprender cómo es posible el orden jurídico como tal en su realización práctica. El Derecho natural es sólo una “presunción jurídica”, una posibilidad de juridicidad. El derecho deriva materialmente del hecho de que los hombres están relacionados y sólo alcanza su perfección como orden posible exterior cuando hay un Derecho de los pueblos (Derecho público).²⁸

La constitución civil o la “ley de la voluntad común” debe arrancar el derecho natural a su precariedad de simple posible jurídico y, de derecho provisional, convertirlo en derecho perentorio.

Así se consuma la revolución copernicana del Derecho natural: el Derecho natural es un concepto de la razón y deriva del *postulado* jurídico de la razón práctica. Este postulado dice: “Es posible que yo tenga como *mío* todo objeto exterior de mi arbitrio. Es decir, que una máxima según la cual, si hiciera ley, un objeto de arbitrio debería ser *en sí* objetivamente sin dueño (*res nullius*), sería injusta”.²⁹ De aquí deriva el *principio* general de adquisición exterior o concepto de la propiedad jurídica: “Es

28. Cfr. *ibidem*, pp. 132-134.

29. *MC*, parágr. 2, p. 52.

mío lo que yo someto a mi *poder* (según la ley de la *libertad* exterior), de lo que tengo la facultad de usar como objeto de mi arbitrio (según el postulado de la razón práctica); es mío, en fin, lo que yo *quiero* (conforme a la idea de una *voluntad* colectiva posible) que lo sea”.³⁰

Así, pues, el derecho natural posee validez metafísica apriórica, pero no tiene ninguna fuerza jurídica efectiva. El derecho sólo puede nacer del derecho: luego el derecho natural no puede ser “fons iuris” (como afirma el estoicismo). Sin la legislación positiva del Estado, aquél permanecería como derecho latente.

Se acaba así el dualismo entre derecho natural y derecho positivo. El derecho natural es una condición de posibilidad racional del derecho positivo. El derecho positivo es la única condición de la validez jurídica del derecho natural. Se podría decir que el derecho natural es el *contenido* (la idea) del derecho y el derecho positivo es la *forma* (la voluntad, la fuerza) del mismo. Así se pueden interpretar estas palabras de Kant: “La materia del Derecho privado es la misma para ambos –para el estado de derecho privado (estado natural) y para el estado de derecho público (estado civil)–. Las leyes de este último estado se refieren, pues, únicamente a la forma jurídica de la vida común (la constitución), y por este concepto estas leyes deben necesariamente ser consideradas como públicas”.³¹

Por esta revolución en el método y en la filosofía del Derecho, Kant es un responsable del positivismo jurídico: Savigny, Binder y Kelsen se reclaman kantianos. Pero Kant no es positivista ni iusnaturalista propiamente. Su Doctrina del Derecho es una lógica trascendental del Derecho: una investigación fenomenológica de las esencialidades jurídicas, dice S. Goyard-Fabre.³²

Como conclusión: Kant sustituye el Derecho natural clásico y moderno por una teoría del Derecho racional. El derecho del hombre en el estado de naturaleza es inoperante (provisional), es una simple “presunción de juridicidad” hasta que, por una revolución copernicana, la ley no le confiera garantía. Siguiendo el ejemplo de Copérnico, aducido en la *Crítica de la razón pura*, podríamos decir que no es el derecho positivo (legalidad) el que se rige por el derecho natural (legitimidad), sino el derecho natural el que se constituye como derecho por el derecho positivo. No es la idea del derecho la que constituye el orden jurídico, sino el orden jurídico el que “realiza” (hace “real”) la idea del derecho. Al ser el derecho efecto de la razón práctica, lo práctico (la voluntad) constituye el derecho racional (la razón) como tal. Por lo tanto, podemos afirmar que el *derecho* sólo existe por la *ley*.

30. MC, parágr. 9, p. 69.

31. MC, parágr. 43, p. 134. Lo que va entre guiones es una aclaración introducida por mí.

32. S. GOYARD-FABRE, op. cit., p. 130.

El derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte

Por RAMÓN MACÍA MANSÓ

Oviedo

Juan Amadeo Fichte (1762-1814) en la primera fase de su pensamiento, concretamente el expuesto en su obra *Fundamentos de derecho natural según los principios de la teoría de la ciencia*, Leipzig, 1796, acoge en buena medida dentro de su sistema filosófico la concepción kantiana del derecho, pero diverge de Kant en la solución al problema de las relaciones entre el derecho y la moral.

Mantiene Fichte la tesis de que el derecho y la moral son dos conceptos —y dos realidades— que no tienen nada que ver entre sí, sino que son opuestos en sí mismos por su origen, por la razón, e independientemente de nuestra voluntad. El concepto del derecho se deduce de la razón a priori y “el concepto deducido nada tiene que ver con la ley moral sino que es deducido sin la misma...” (Op. cit. en *Gesamtausgabe*, F. Frommann Verlag, Stuttgart, 1966, I, 3, III 54, p. 359). Lo mismo ocurre si se atiende a los respectivos saberes sobre el derecho y la moral: “Ambas ciencias sin nuestro asenso están originariamente separadas por la razón y son completamente opuestas”. (Op. cit, III, 55, p. 360).

La presente investigación filosófica consta de dos partes, la primera es un estudio sobre la teoría del derecho y la segunda lo es acerca de la teoría de la relación del derecho con la moral elaboradas por Fichte. Temáticamente la primera parte se puede subdistinguir en dos íntimamente conexas y por ello difíciles de separar; una constituye la teoría del derecho y la otra la del Estado. Dentro de éstas se tratan las cuestiones de la fundamentación del concepto y el de la realidad del derecho; las de la determinación de aquel concepto y el de esta realidad. Y la comparación del concepto del derecho de Fichte con el de Kant. La segunda parte versa sobre la cuestión del significado de “relación de independencia”; la de la independencia del derecho respecto de la moral, con sus principios necesarios y sus posibles consecuencias. Y finalmente acerca la cuestión

del fundamento de dicha independencia, y una crítica a la fundamentación. Todo ello se redistribuye bajo varios núcleos de análisis según anuncian los sucesivos epígrafes que encabezan los apartados.

I

1. *Fundamentos últimos del concepto del derecho.* Fichte fundamenta el concepto del derecho en sólo la razón a priori, por tanto, los fundamentos del mismo son propiamente los principios de deducción del concepto del derecho. Tales principios de deducción unos son remotos y mediatos, y otros próximos inmediatos, y aquellos son, pues, los últimos a los que se puede llegar desde el concepto deducido y los primeros de los que se parte para deducirlo. Ahora nos ocuparemos de éstos, luego de los próximos e inmediatos.

Los principios últimos de la deducción del concepto del derecho son los primeros de su sistema filosófico. Por eso el concepto del derecho se deduce en último término, o parte en primer lugar de los mismos principios que fundamentan el sistema filosófico general de Fichte, en el que ya se inicia el idealismo metafísico que culminará en Hegel. Así su teoría del derecho se deduce de los principios y forma parte del conjunto de su sistema filosófico, y éste lo mismo que la teoría del derecho según el autor es ciencia filosófica real y no meramente formularia. Los principios constituyentes del sistema general los expuso en su obra fundamental que trata *Sobre el concepto de la teoría de la ciencia* (1794), y la teoría jurídica contenida en la obra anunciada como indica su mismo título la concibió de acuerdo con la teoría de la ciencia y efectivamente se fundamenta en ella.

En esta primera investigación —luego escribió otra teoría de la ciencia— Fichte trata de superar la incognoscibilidad del *noumeno* o la cosa en sí en la que desembocaba la teoría del conocimiento de Kant, es decir, la imposibilidad de conocer el ser metafísico que se supone está en el fondo de los fenómenos. Para ello concibe como fundamento último en el que se halla la raíz de todo ser un principio absoluto, activo e infinito que denomina Yo, el cual constituye el primer principio de su sistema. Es el principio creador de todo, está más allá de toda relación cognoscitiva entre un sujeto cognoscente y un objeto conocido, y más allá de todo ser, pues es principio de ambos. A partir y por la actividad del Yo se concibe necesariamente y con ello se construye el no-yo, que es todo lo posible fuera del Yo, y a partir de ellos se deducen y construyen todos los demás seres y limitaciones. El Yo es principio absoluto, de esencia racional, incessantemente activo a la vez consciente y creador de todo, siendo su autoconciencia que a su vez es autocreación lo primario. Tal como introduce en esta obra Fichte "...el yo mismo no es sino una acción sobre sí mismo." (Op. cit. III, 1, p. 313). Y "la esencia racional es sencillamente en tanto que se presenta a sí misma como siendo, es decir, en tanto es

consciente de sí misma. Todo ser, tanto el del Yo como el del no-Yo, es una determinada modificación de la conciencia; y sin una conciencia no hay ser alguno.” (Op. cit. III, 2, p. 314). El inicio de un idealismo absoluto queda así ya en esbozo sentado.

El Yo es pura actividad y sólo es en tanto actúa y en lo que actúa y de ninguna manera es una capacidad de obrar: “El y no es algo que tiene capacidad, de ningún modo es capacidad sino que es actuante; es lo que hace y si no hace nada, nada es.” (Op. cit. III, 22, p. 334). El Yo aunque es racional no es pura razón sino que asimismo es necesariamente voluntad porque: “El querer es el auténtico carácter esencial de la razón.” (Op. cit. III, 21, p. 332). La actividad de la razón y del querer funcionan a la vez en constante interrelación y ninguna de las dos precede o sigue al Yo sino que constituyen el ser práctico del yo. “El querer y el inteligir constantemente se influyen el uno al otro, y ninguno de los dos es posible si no existen a la vez.” (Op. cit. III, 21, p. 333). Ya que: “concebir y querer, no van ni delante ni detrás del Yo sino que constituyen el mismo Yo”. (Op. cit. III, 22, p. 333).

El Yo en tanto es ser racional, querer libre y actuante puede concebirse como individuo pero para ello necesita adquirir un cuerpo material: “La esencia racional no puede concebirse como individuo actuante sin adscribirse un cuerpo material” (Op. cit. III, 56 p. 361). Y a la esencia racional individual Fichte la denomina persona siempre que se delimite y atribuya una determinada esfera de libertad de actuación: “La esencia racional... se pone como individuo racional y en adelante en lugar de esta expresión la denominaremos persona en tanto se atribuye una esfera de libertad.” (Op. cit. III, 56, pág. 361).

2. *Fundamentos inmediatos del concepto del derecho.* Según Fichte el *concepto de derecho* es una deducción necesaria de la razón pura, y ésta se fundamenta en las ideas de personas libres y de comunidad libre para deducir la necesidad de aquel concepto. La persona tiene conciencia de su libertad –autoconciencia– y tiene conciencia de las demás personas y de su libertad, –pensamiento de otras personas y de su libertad– lo que tiene que reconocer como necesidad racional, y por la razón descubre también la necesidad de limitar igualmente la libertad de todas para poder realizar el objetivo de vivir en comunidad libre. Aquellas ideas son fundamentos a priori, es decir, puras ideas, que constituyen los principios o premisas de deducción de la necesidad del concepto –también puro pensamiento– del derecho. Más brevemente: si se piensa en personas libres que quieran –objetivo– formar una comunidad libre, se deduce la necesidad del derecho, esto es, la necesidad de limitar todas su libertad como condición sin la cual no es posible tal comunidad de personas libres. La convivencia de personas en cualquier comunidad libre supone la existencia del derecho, unos comportamientos con límites en la libertad, sin que puedan sobrepasarlos.

Así el concepto del derecho es una deducción necesaria de la razón pura, pues es una condición de la existencia de una comunidad de personas libres, la que es condición de la existencia –mejor coexistencia– de la persona como individuo libre, la que es condición de la autoconciencia del individuo. O enunciado al revés la autoconciencia del ser racional no es posible sin que la esencia racional se individualice y se haga persona, y ésta en tanto es individuo racional y libre no es posible sin reconocer la personalidad y libertad de otras personas; y con personas libres no es posible pensar una comunidad libre sin pensar en el derecho como algo necesario, esto es, sin la exigencia de que todas las personas limiten igualmente su libertad. Por esto sintéticamente enunciado uniendo los extremos: “En esta obra el concepto del derecho, junto con su objeto, es deducido como condición de la autoconciencia” (Op. cit. III, 11, p. 322).

El concepto del derecho como puro pensamiento deducido de la razón no se puede entender bien sin tener en cuenta su objetivo a realizar pues es condición de su realización, por eso se convierte en uno de los principios de deducción, tal es la idea de comunidad libre, o comunidad de personas libres. Este es el objetivo que el concepto del derecho permite realizar, o de otra manera, el derecho tiene por objeto la realización de la idea de una comunidad de seres libres, es decir de personas que se interrelacionan como tales: “Y así tenemos ya el objeto global del concepto del derecho, a saber, una comunidad de seres libres como tales.” (Op. cit. III, 9 p. 320).

El derecho inmediatamente se funda, pues, en el concepto del reconocimiento mutuo de las personas, y en el de su libertad también mutuamente reconocida como necesaria, y en el concepto de comunidad libre; de estos surge el concepto de la necesidad de limitar cada persona su libertad porque ello es necesario para poder realizar el concepto de comunidad libre. “Yo sólo puedo pretender de un ser racional que me reconozca como ser racional en tanto yo a él le trate como tal.” (Op. cit. III, 44, P. 352). Y asimismo concreta: “Ninguno puede reconocer al otro si no se reconocen mutuamente, y ninguno puede tratar al otro como ser libre si no se tratan recíprocamente como tales.” (Op. cit. III, 44, P. 351). Pero el ser individual racional y libre –la persona– que por y para ser persona necesariamente tiene que tener y por ello atribuirse una zona de libertad, esto es, de libre actividad, al ponerse *en relación con* las demás precisa afirmarla frente a ellas, necesita tener una zona de actividad libre no impedita por las demás lo que sólo se puede pretender si a las demás se les reconoce lo mismo. “Yo me concibo como individuo por contraposición a otro determinado individuo en tanto me atribuyo una esfera para mi libertad de la que excluyo a los otros, y les atribuyo también a los otros una esfera de libertad de la que yo me excluyo.” (Op. cit. III, 51, p. 357).

El derecho resulta ser *necesario* en tanto es la condición de la existencia de una comunidad de seres libres, ya que toda persona para hacer posible la existencia de una tal comunidad en primer lugar tiene que reco-

nocer la existencia de otros seres libres fuera de ella, y en segundo lugar y como consecuencia tiene que reconocer la necesidad de limitar su libertad para hacer posible la libertad de los demás siempre que estos también limiten igualmente su libertad para hacer posible la suya. De modo que en tercer lugar, una persona y toda persona sólo puede reconocer la necesidad de limitar su libertad si las demás igualmente reconocen lo mismo para lo mismo, del contrario racionalmente una persona no tiene necesidad de reconocer a otros lo que éstos no están a su vez dispuestos a reconocerle a ella. Fichte en la conclusión de su razonamiento une en una misma frase la necesidad del derecho con su fundamento inmediato afirmando: “Yo tengo que reconocer en todo caso como tal al ser libre fuera de mi, esto es, limitar mi libertad por el concepto de la posibilidad de su libertad.” (Op. cit. III, 52, p. 358). Si bien a nuestro juicio habría quedado más precisa y completa la frase por lo que ya sabemos y por lo que luego se verá si hubiera dicho: Yo tengo que reconocer en todo caso como tales a las personas fuera de mi, y *en consecuencia*, limitar mi libertad para hacer posible su libertad, si quiero formar sociedad libre con ellas.

3. *El concepto del derecho. Naturaleza y caracteres.* El concepto de libertad posible para toda persona en las relaciones posibles entre dos personas cualesquiera, deducida del concepto de lo que es un ser racional y libre y de la exigencia de tratarse como racionales y libres los que se reconocen como tales, para *poder realizar* el concepto de comunidad libre es el concepto del derecho. El concepto del derecho es, pues, el concepto de una determinada relación libre entre personas, es el concepto de relación de *libertad posible* entre seres racionales y libres, y por eso el concepto de libertades limitadas en las relaciones entre personas libres, esto es, el concepto de disponer de libertad sólo hasta ciertos límites, o la permisión de esferas de libertad limitadas para poder ser libres dentro de una comunidad. Este sentido positivo de *lo que está permitido hacer* frente al necesario negativo que lo delimita se destacará posteriormente.

Los determinantes más generales del concepto del derecho, según Fichte, son el tratarse de relaciones entre seres racionales y libres. “El concepto del derecho es el concepto de las relaciones entre los seres racionales.” (Op. cit. III, 55, P. 360). “El concepto del derecho es con ello el de las necesarias relaciones entre sí de los seres libres.” (Op. cit. III, 8, p. 319). A los anteriores se añaden otros determinantes, pues se trata de establecer relaciones libres entre seres libres para formar una comunidad libre. Y para ello es necesario limitar la libertad y disponer así sólo de una libertad limitada. La idea o el concepto de que cada persona tenga su libertad limitada –libertad hasta ciertos límites– frente a las demás personas porque esto es necesario para hacer posible la libertad de ellas, siempre que éstas tengan igualmente limitada su libertad para hacer posible la de cada una, y por tanto, la idea de que todas las personas tengan igualmente limitada su libertad para hacer real una igual libertad de to-

das dentro de una comunidad libre, es el concepto del derecho. El concepto del derecho esencialmente consiste en que toda persona frente a otra y en relación con otra tenga la misma libertad, una libertad igualmente limitada, pues ello viene exigido para hacer posible la libertad de todas y cada una respecto de todas y cada una de las demás, y por eso una igual libertad de todas dentro de una comunidad. El concepto del derecho es por ello el concepto de relación jurídica, el de relación entre personas con libertades limitadas, el de que toda persona tenga la misma libertad permitida frente a cualquier otra. La relación libre *entre personas* libres en una comunidad que por eso será libre no puede darse de otra manera que teniendo igualmente limitada cada una su libertad. “La relación deducida entre los seres racionales, según la cual cada uno limita su libertad por el concepto de la posibilidad de la libertad el otro, bajo la condición de que el otro limite igualmente la suya por el concepto de la de los demás se llama relación jurídica. Y la fórmula ahora sentada es la regla –el esquema– del derecho.” (Op. cit. III, 52, p. 358).

La naturaleza y caracteres de este concepto es fácil de enunciarlos y explicarlos. Es concepto puramente a priori, una pura idea, que es necesaria y universal; no procede de la realidad sensible pero puede realizarse en ella. Este concepto del derecho es algo puramente racional y necesario porque se deduce por necesidad de la razón de conceptos de la razón; por eso es un mero pensamiento o concepto a priori, no se induce de la experiencia, no se apoya ni fundamenta en ninguna realidad experimental; por tanto es independiente de toda experiencia de relaciones contingentes y de los modos en que de hecho se relacionen los hombres: “... el concepto del derecho radica en la esencia de la razón, y no es pensable ningún ser racional en el que no aparezca, y no como consecuencia de la experiencia o de las relaciones contingentes entre los hombres...” (Op. cit. III, 53, p. 358). En definitiva el concepto del derecho es sólo idea –es irreal– no se fundamenta en la realidad del derecho, pero la realidad del derecho se fundamenta en el concepto aunque no sólo en él.

4. *La realidad del derecho.* La realidad del derecho necesita de fundamentos reales para producirse, es decir, hechos que sean causas o condiciones de la existencia de la misma. Como concepto de la razón, el concepto del derecho entraña una necesaria limitación recíproca de la libertad entre las personas, pero no define los límites de esta libertad, ni la existencia real de ellos en ninguna comunidad concreta, que a su vez realice la idea de comunidad libre. Sintetizando hay que decir que, para que tal concepto se pueda realizar –y dar lugar a la realidad del derecho– hace falta la ley o norma jurídica –la norma jurídica surja así como condición de la realidad del derecho– creada por el poder de una comunidad, mediante la que se determinen las limitaciones de libertad entre las personas que formen parte de aquella comunidad real. Ley o leyes que determinan no sólo los derechos concretos de las personas, sino también

las sanciones que deben aplicarse en los supuestos de extralimitaciones y vulneraciones de aquellos. A su vez para poder crear las normas oportunas de contenido preciso es indispensable constituir previamente el poder legislativo de una sociedad, y éste no puede surgir sin la formación de la sociedad, ni ésta sin un pacto social que depende de la libertad de las personas.

Queda dicho que la particular realidad de la ley, o ley positiva puesta por el poder de una comunidad, es condición –y causa de parte– de *la realidad* del derecho en una sociedad, en tanto es la que define y protege los límites de la libertad. En general se puede decir que sólo por ella se determina, concreta y hace aplicable la regla jurídica general que entraña el concepto del derecho, la que por sí misma es formal, universal y no aplicable, pues si bien indica la exigencia de una libertad igualmente limitada en las relaciones entre cualesquiera personas que formen cualquier comunidad, sin embargo no determina dichos límites. Como indica Fichte: “La ley: limita tu libertad por la libertad de otros, esmeradamente formal y no susceptible de aplicación.” (Op. cit. III, 15, p. 326).

Por esto Fichte postula la necesidad de la existencia de la ley puesta por el Poder de una determinada sociedad estatal, –pero a nuestro juicio no queda justificado que tenga que ser precisamente esta sociedad sino que podría ser también cualquier otra que realizara el concepto de comunidad libre de personas–, más concretamente, por el administrador del poder ejecutivo de la misma, que el autor razona ha de ser una persona determinada. No cabe duda que mejor hubiera hablado, para ser más exacto, del poder legislativo y del legislador en vez de poder ejecutivo y el administrador del mismo. De todos modos la existencia de la ley positiva ineludiblemente exige la previa existencia de su causa, el poder creador de la misma –un determinado poder estatal según Fichte– y éste la formación de la sociedad estatal que el autor hace depender de la libertad individual de las personas.

Esta concatenación de exigencias sucesivas –el concepto del derecho exige la ley positiva para pasar a la realidad del derecho, aquella ley un poder social creador de la misma, éste la constitución de una sociedad, y ésta la voluntad de formarla– termina en la libertad de fundación de la sociedad mediante un concierto de voluntades personales. Y con ello resulta que si el concepto del derecho es condición de la pura idea de una comunidad libre, la existencia real del derecho está condicionada por la realidad de un Estado y su Poder, los que en último término están condicionados y dependen de un libre pacto entre personas que es la causa constituyente de la sociedad estatal y su Poder. En particular la pertenencia de cualquier persona a una u otra sociedad estatal –a un Estado determinado– o a ninguna, es producto de la libre decisión de cada una de las mismas, pero desde el momento en que una persona llega a ser miembro de un Estado queda sometido a todas las leyes del mismo; y las

de un concreto Estado valen sólo para el grupo de personas que forman parte del mismo a causa de su libre decisión. O como dice el autor: “Radica en el libre arbitrio de cada uno si quiere vivir en este Estado determinado o no... pero tan pronto como expresa la voluntad de entrar a formar parte de un determinado Estado y es aceptado en el mismo, queda sometido sin más, mediante esta recíproca declaración a todas las limitaciones que exige la ley para este grupo de hombres.” (Op. cit. III, 14, pág. 326).

Según Fichte no es el Poder general del Estado sino el administrador del poder ejecutivo del mismo el que tiene la competencia para dar las leyes, porque el poder colectivo del Estado es imposible que lo ejerza toda la colectividad de la sociedad. Expone el fundamento de la necesidad de que sea una persona la encargada de establecer las leyes en la incapacidad de desempeñar el poder comunitario todos los miembros de la comunidad diciendo: “¿Pero quien debe... señalar los derechos de cada uno y las sanciones para los que los sobrepasan? Nadie sería para ello más incapaz que el grupo... Este cometido no le puede recaer más que a aquel que capta el conjunto y sus necesidades... nadie sino el administrador del poder ejecutivo. Este le da a la ley la materia que le viene a él mismo dictada por su razón y la situación del Estado, pero la forma de la ley, su fuerza vinculante, resulta para los particulares solo de su consentimiento...” (Op. cit. III, 15–16 p. 327).

Así la concreción material de cada ley, esto es, la determinación de su contenido preciso de derecho y de sanciones corresponde al que ejerce el poder indicado del Estado, el cual ha de hacerlo de acuerdo con la razón y teniendo en cuenta la situación del Estado, pero la forma de la ley entendida como vinculación y sometimiento de las personas a la misma deriva de la libertad de éstas. Fichte sienta el principio de la autovinculación personal a la ley en estos términos: “... mediante estas palabras: quiero vivir en este Estado, ha aceptada todas las leyes del mismo. La ley del Estado se convierte en su ley en cuanto a su forma, mediante su consentimiento, pero en cuanto a su materia, está determinada sin su consentimiento por la ley del derecho y por la situación de este Estado.” (Op. cit. III, 14, p. 326).

Por lo que acabamos de indicar entre las determinaciones materiales de la ley está la de la coacción. Es indudable que Fichte mantiene también la tesis de la coactividad del derecho, pero lo mismo que Kant no admite la coacción discrecional, variable y distinta en unos mismos casos sino invariablemente igual en todos ellos, porque queda sometida a normas generales. La razón que fundamenta la necesidad de la coacción es la de que es indispensable para que las personas miembros de un Estado se mantengan por la fuerza dentro de las limitaciones que establece la ley y el derecho correspondiente a cada una. La coacción es la fuerza que se aplica en los supuestos en que aquellas personas rebasan los límites de su

derecho. En todo caso según el pensamiento expresado de Fichte es coacción controlada y definida, se trata de fuerza sometida a norma, es decir, es coacción normada o ley coactiva, la que viene dada especialmente por la ley penal. Es la ley coactiva, pues, la que determina las penas aplicables según las distintas violaciones de derechos. Y entiende que tal tipo de ley precisa ser conocida por los ciudadanos para que influya en su ánimo con lo que se manifiesta que el autor piensa que la ley penal trae consigo una coacción psicológica previa a la efectiva aplicación de la coacción. “Los ciudadanos mediante la coacción tienen que ser mantenidos dentro de estas limitaciones... Está claro que esta fuerza que está determinada por la ley penal tiene que ser conocida por aquellos si debe influir en su voluntad...” (Op. cit. III, 15, p. 327).

5. *Concepto del derecho de Fichte en relación al de Kant.* Queda por analizar más detalladamente el pacto social y en general la teoría social y política de Fichte y completar la teoría sobre la realidad del derecho. Hasta el momento de éstas sólo se ha esbozado lo fundamental pero ya es posible y conviene realizar una comparación entre la concepción del derecho de Kant y la de Fichte. Es preciso juzgar por lo ya expuesto que la teoría del derecho de Fichte dada en la obra citada es de inspiración kantiana; por eso las respectivas teorías en parte se asemejan si bien no son iguales, contienen diferencias importantes. Tales semejanzas se dan en varias cuestiones empezando por el mismo concepto del derecho en tanto con él, de una manera u otra, ambos autores se refieren a la limitación en sociedad de la libertad de cada persona por la que hace posible la libertad de las demás. —concepción liberal de carácter individualista—, si bien según Kant el concepto del derecho mismo son las condiciones que hacen posible este objetivo de la compatibilización de libertades, y por tanto el derecho resulta ser propiamente la ley determinadora de la libertad igual para todos, mientras que según Fichte, el concepto del derecho es la misma libertad limitada e igual para todos, y así viene entendido no como ley sino como relación jurídica, no como las condiciones que hacen posible la igual interlibertad de todos —como el limitador de la libertad— sino como la relación misma de libertad igualmente limitada entre las personas.

Fichte como Kant entiende que la coacción sometida a ley es esencial al derecho, pero para el primero es una condición de la *realización del derecho* pero no pertenece al *concepto* mismo, mientras que para Kant la norma coactiva es necesaria —porque es otra manera de formular lo mismo— al *mismo concepto del derecho*. Ambos exigen la *positividad de las normas* jurídicas entendida como posición por un poder social tanto las que son determinadores de los límites de la libertad, como de las penales o coactivas determinadores de las sanciones, pero en Kant ello viene exigido por el concepto del derecho y en Fichte por la realización histórica del mismo.

Como ya dijimos Fichte inserta el concepto universal del derecho en su sistema filosófico general, en último término lo apoya y deduce de los primeros principios del mismo, e inmediatamente lo fundamenta y deduce del concepto de persona y de sociedad libres. Por tanto lo mismo que Kant lo concibe como un producto puramente racional y a priori y no fundado en ninguna determinación tomada de la experiencia; por ello es también puramente formal o desprovisto de cualquier determinación de, o referencia a contenidos concretos que son necesariamente empíricos, y de ahí que el concepto del derecho de una u otra forma es exigencia necesaria de limitación de libertades iguales para todos, para que sea efectivamente posible una igual libertad para todos, pero no establece por sí mismo la determinación de tales límites. Y finalmente es un concepto necesario exigido por el mismo concepto de comunidad de seres libres, es condición de posibilidad de cualquier comunidad de aquella índole, —de coexistencia de personas libres— o bien, de relaciones sociales libres.

En otro contexto comparativo más amplio puede consignarse que el concepto del derecho según el entendimiento de Fichte no tiene la finalidad directa que al mismo le asignaron posteriormente los formalistas neokantianos propiamente dichos —Stammler, del Vecchio, etc.—, que fue teórica-cognoscitiva en vez de ética-práctica, esto es, la de mediante tal concepto, poder conocer y discernir la realidad jurídica de la no jurídica. El sistema de Fichte exige que este concepto sirva ante todo no para conocer las posibles realidades jurídicas sino para realizarlas, tal concepto no es para un saber sino para un quehacer, y en esto es más kantiano que los neokantianos. Claro está que el concepto del derecho se podrá utilizar también para conocer la realidad jurídica, pero ésta no es su finalidad sino la de hacer posible una tarea práctica. En Fichte como en Kant tal concepto es producto de la razón (práctica) y está orientado a la práctica si bien en Fichte es realización de la libertad posible y en Kant lo que hace posible la realización de la libertad.

El concepto del derecho en Fichte es el esquema formal de cualquier posible realidad del derecho, el cual se concreta realizándose, y por ello se encuentra realizado en toda realidad jurídica, de ahí que se podrá reconocer en cualquiera de ellas donde esté. Como concepto puramente formal y universal es válido para cualquier posible realidad jurídica, ya sea del presente, lo mismo que la del pasado, que la que se pueda dar en el futuro. Pero el concepto no es ya la realidad, para que esta surja hace falta algo más, es el resultado de una tarea ética en general de los hombres que añaden determinaciones reales al concepto de derecho puramente racional.

Fichte hace depender la realidad del derecho —no la del concepto del derecho— de la existencia de un Estado que es el que mediante su ley determina y concreta la universalidad de la regla que entraña el concepto, y le proporciona la aplicabilidad que no tiene aquel por sí mismo en la re-

gla que el concepto contiene. Y a su vez hace depender la existencia del Estado, y lo que ahora interesa, su ley y la vinculación y sometimiento de las personas a la misma, de la libre voluntad de ellas, ya que mantiene la tesis de que toda persona queda libre de entrar o no en una comunidad estatal, de modo que la norma jurídica que es siempre de un determinado Estado no obliga nunca absolutamente, de forma incondicional sino sólo hipotéticamente, pues en último término y en general depende del consentimiento mutuo de las personas de aceptarla, y de ser aceptadas por las demás en la asociación, y en particular para cada una de ellas, de su libre determinación de entrar en tal comunidad.

6. *Teoría y realidad políticas.* La obra indicada de Fichte contiene una teoría política y social a la que sólo sumariamente hemos aludido, la que ahora va a ser objeto de desarrollo y una teoría del derecho que ya casi quedó concluida y a la que ahora sólo agregaremos algunas puntualizaciones cuando vengan a propósito. No las ha titulado de este modo Fichte pero sin duda que existe temática en esta obra que podría denominarse así porque es materia objeto de tales teorías.

Desde otro punto de vista, tales teorías, la del derecho y la de la política están estrechamente vinculadas, y la primera exige entrar en la segunda como ya se ha podido comprobar. Además Fichte trata semejantemente las respectivas temáticas. Así de la misma manera que de acuerdo con el pensamiento del autor en la teoría del derecho conviene distinguir entre el concepto del derecho y la realidad del mismo, también dentro de lo que concierne a la teoría política y social hay que distinguir el concepto de comunidad y el del poder de la misma de sus respectivas realidades, si bien de éstas Fichte se refiere concretamente, y sin justificar su toma de posición, a la realidad del Estado o comunidad estatal, y a la de su Poder.

En este espacio de consignación de generalidades se puede también agregar que el paso del concepto de comunidad libre y el del poder de esta comunidad, deducidos de la razón, a la realidad de la comunidad estatal y a la del poder del Estado se verifica por el pacto social, de modo que aquellos conceptos son producto de la razón mientras que estas realidades concretas del Estado y su Poder, que son realización particular de los mismos, son producto de la libre voluntad de los hombres. Semejantemente ocurre en la transición del concepto del derecho a la realidad del mismo, pues si el concepto procede de la razón, la realidad del derecho procede del ejercicio de un poder y no podía ser de otra manera porque están respectivamente vinculados al concepto de comunidad de seres libres, y a la realidad del poder del Estado, tal como se ha puesto ya de manifiesto.

7. *Conceptos de comunidad libre y de voluntad común.* El concepto de comunidad libre tal como ha sido ya esbozado se deduce de la razón, a partir del concepto de ser racional individual o persona, en tanto toda persona puede concebir y reconocer a otras fuera de ella y con las que,

en determinadas condiciones o formas de tratamiento entre ellas —el derecho—, podrán convivir libremente, y así formar comunidad libre. En cambio la existencia o realidad de la comunidad estatal depende de un convenio social de creación de tal sociedad entre varias personas, exige la formación de una voluntad común, un concierto de voluntades coincidentes, nunca se realiza por la mera voluntad individual de una sola persona: "...la existencia de una comunidad libre está condicionada por una voluntad común. Nadie mediante su mera voluntad puede realizar tal comunidad con otro si éste no tiene la misma voluntad..." (Op. cit. III, 89, p. 387).

Tal voluntad común que actúa primero como constituyente de la comunidad, conceptualmente se muestra también como necesaria para constituir el poder de la sociedad. Fichte no siempre separa claramente estos dos conceptos por las distintas funciones necesarias de la voluntad común, es decir, como poder constituyente de la sociedad que de inmediato realiza el pacto social y como poder constituido de la sociedad que realiza luego la legislación positiva. En todo caso Fichte determina el concepto de voluntad común como un convenio de voluntades de muchas personas. Esta es necesaria para que se pueda pensar en constituir cualquier asociación y sin duda comprende también al poder común de toda comunidad ya constituida. El concepto de voluntad común —no la realidad de una voluntad común— es un producto de la razón y la posibilidad del concepto mismo le toca esclarecerlo a la Filosofía del Derecho —mejor diría a la filosofía social— pues a ésta se le plantea el problema de qué es y cómo se puede conseguir tal voluntad común en una comunidad de personas que tienen voluntades individuales distintas. Partiendo de éstas como hace Fichte el problema tendrá solución al menos en el ámbito del pensamiento en el supuesto de que cada voluntad individual y particular fuera ineludiblemente al mismo tiempo común y general y al revés, de modo que lo que quiera cada persona sea lo que necesariamente quieran las demás y que lo que quieran éstas lo quiera cada una. De esto modo al perseguir cada persona su querer particular indefectiblemente perseguiría también el general y al buscar el común se obtendría el particular inevitablemente. La búsqueda de cómo, o cuando, y sobre qué puede darse contingentemente o por necesidad tal voluntad común es un quehacer de la filosofía, o según entiende Fichte: "Es una tarea del derecho político y conforme a nuestra prueba de toda filosofía del derecho encontrar una voluntad que sea imposible sea otra que la voluntad común. O conforme a la fórmula antes establecida, que es más cómoda para la marcha de la investigación, hallar una voluntad en la que se una sintéticamente la voluntad privada y la general." (Op. cit. III, 151, p. 433).

La fórmula está clara, pero todavía falta encontrar un tal querer real, que no se dará a menos que se encuentre un objeto de la voluntad particular de cada persona en el que coincidan todas por necesidad, no de otra manera, porque sólo así será también objeto de la voluntad común. Y

efectivamente se puede concebir tal objeto de la voluntad común, en el que tienen que coincidir todas las voluntades particulares, y éste es según Fichte, la seguridad recíproca de los derechos de las personas. Así lo razona Fichte: "Esta tarea la resolvemos conforme a un método riguroso. Llámese X la voluntad que se busca.

a) Toda voluntad se pone a sí misma (en el futuro) por un objeto. El fin último que quiere cada uno es la conservación de sí mismo. Así ocurre con X; y esta sería la voluntad privada de X. Pero esta voluntad privada debe ser una con la voluntad común; ésta es la seguridad de los derechos de todos. Así X quiere, porque se quiere, la seguridad de los derechos de todos.

b) La seguridad de los derechos de todos sólo es querida a través de la voluntad coincidente de todos, por medio de la coincidencia de sus voluntades. Sólo en este aspecto coinciden todas; pues en todo lo demás su querer es particular y se dirige a fines individuales...

c) X misma sería esta coincidencia de todos. De la misma manera que se quiere a sí misma tiene que querer la seguridad de los derechos de todos; pues ella es una y lo mismo con ellos." (Op. cit. III, 154, p. 435). Ya antes había anticipado más escuetamente la misma tesis: "El objeto de la voluntad común es la seguridad recíproca." (Op. cit. III, 150, p. 432).

En este objetivo de la voluntad común tienen que coincidir las voluntades de todas las personas, y es que cada persona no puede dejar de querer la seguridad en sus propios derechos; pero sólo se puede obtener la seguridad de los derechos de uno mismo al querer la seguridad de los derechos de todos. O dicho de otro modo, toda persona tiene que querer la seguridad de los derechos de los demás porque sólo así es posible obtener la seguridad de sus derechos, que es lo que quiere necesariamente cada persona por quererse a sí misma. O si se desea particularizarlo en cada una: tengo que querer la seguridad de los derechos de las demás personas porque únicamente así es posible obtener la seguridad de los derechos míos que es lo que ineludiblemente quiero. La idea de que el respeto de los derechos de cada persona depende de los demás exige que toda persona respete los derechos de los otros, si quieren ver respetados los suyos. Esta seguridad es lo que unifica las voluntades particulares, porque todas han de coincidir en querer lo mismo, y sólo en esto se tiene que producir tal coincidencia en todas las voluntades, formando así la voluntad común.

8. *Reconocimiento del método y su aplicación.* Se puede advertir que el método autocalificado de riguroso por Fichte y que ha usado para determinar este concepto de voluntad común es el mismo método que utiliza siempre en esta obra, esto es, el que lleva a establecer una general condicionalidad recíproca de los contenidos de que trate; o si se quiere es el método formal de realizar generalizaciones condicionadas, aplicable a distintos contenidos, y así puede dar lugar a la regla general de conducta

siguiente: yo y todo yo (generalización) debe de comportarse de tal modo —el que sea o se determine—, si —a condición de que— todos aceptemos la misma regla.

Aplicando este método a contenidos particulares resulta que sólo puedo pretender una cierta libertad para mí, si reconozco igual libertad a los demás y a condición de que los demás hagan lo mismo conmigo de modo que al pretender la suya reconozcan también la mía. O como dice Fichte y ya hemos visto, sólo puedo asignarme una esfera de libertad de actuación de la que excluyo a los demás —un derecho cualesquiera—, si asimismo atribuyo otra igual esfera de libre actuación para los demás de la que yo me excluyo, con el sobreentendido implícito de que los demás hagan lo mismo. Del mismo modo procede para justificar el derecho de propiedad. Sólo puedo pretender poseer algo en exclusiva —propiedad— si reconozco en los demás la misma pretensión y si ellos recíprocamente hacen lo mismo conmigo. (Cfra. *Op. cit.* III, 130, p. 418).

No otro método ha usado para configurar el mismo concepto del derecho desde el momento en que aparece como necesaria la limitación de la libertad para formar sociedad: debo limitar mi libertad por la idea de la posibilidad de la libertad igual de los demás siempre que ellos a su vez acepten lo mismo, y limiten la suya por la posibilidad de la mía. También ha seguido este método para establecer presupuestos del concepto de comunidad libre, esto es, la concepción de pluralidad de personas, afirmando que ninguna persona puede reconocer a otra como tal a menos que ésta reconozca también como persona a la primera, es decir, mientras no se reconozcan mutuamente como tales. Y también el mismo método para obtener el concepto de voluntad común —que es fin común— de conseguir la seguridad de los derechos en una comunidad libre a partir de la voluntad de cada persona: si yo —y cada persona— pretendo la seguridad de mis derechos tengo que pretender la de los derechos de los demás, siempre que éstos también pretendan la de los míos. Por lo que resulta que el querer yo —y cada uno, es decir todos— la seguridad de los derechos de los demás se produce la seguridad de los míos —y la de los otros—, si y sólo si cada uno de los otros quiere la de los demás entre las que está la mía —y la suya de cada uno a su vez—.

Y este procedimiento formal de generalización condicionada, aunque Fichte no lo diga, en realidad no es más que el traslado al derecho de una regla moral, formal, universal, e incondicionada u absoluta, cual es, la de que toda persona siempre debe de tratar a las demás tal como quiere que éstas le traten a ella, independientemente de que cualquier otra persona acepte o no la misma regla, y por tanto aunque cualquiera de las demás no le correspondan tratándole como ella las trata. Esta regla universal y absoluta Fichte la pasa al campo del derecho y de la sociedad relativizándola, la convierte en hipotética; condiciona su validez a que los demás la adopten también, a que estos me traten a mí de la misma ma-

nera que yo a ellos, y en consecuencia pasa de ser universal a sólo general. Y así resulta que debe de tratarse a los demás de una manera determinada sólo si los demás corresponden y aceptan la misma regla, y por el contrario no debe tratarse de una determinada manera a los demás que no correspondan aceptando también la misma regla. Fichte admite explícitamente esta consecuencia al hablar del derecho. Resumiendo afirma que el fin de que yo –u otras personas cualquiera– pueda vivir en comunidad de libertad con otras personas sólo es alcanzable a condición de que ellas también se den la ley de respetar la libertad de las demás. Si una persona cualquiera no lo hace así decae la vinculatoriedad de la ley para mi respecto a ella porque ya no es alcanzable el fin que la exige. (Cfra. Op. cit. III, 95, p. 391).

El problema que surge aquí es el de justificar porque yo y toda persona que actúe racionalmente –habría que añadir este requisito– tiene que querer esto, exclusivamente esto, *la seguridad de los derechos* –se entienden todos– y no otra cosa que fuera también realmente beneficioso para todas y cada una de las personas. Por otra parte esta necesidad de la voluntad común es una necesidad de la sociedad, esto es, para formar cualquier sociedad y para la persistencia de la misma pero es una necesidad condicionada al querer de las personas en general, pues toda persona tiene que formar parte de esta voluntad común y querer la seguridad de los derechos de los demás, y limitar su libertad y respetar la libertad de los demás, etc. si decide entrar en sociedad; pero puede decidir lo contrario y no aceptar la regla que hace posible la sociedad, la de limitar su libertad de igual modo que las demás, o bien al revés, porque no quiere aceptar esta regla, tendrá que salirse de la sociedad y por supuesto no aceptará formar parte en el acto de constitución de la misma. Y efectivamente así ocurre según el pensamiento de Fichte como veremos enseguida. Y la consecuencia última que se extrae es que si todas las personas –lo que no es probable– decidieran no formar parte de ninguna sociedad, ni se crearía ninguna sociedad, ni haría falta ningún poder o voluntad común para regir los destinos de la misma. Esta consecuencia queda implicada en el pensamiento de Fichte aunque él no la manifieste expresamente. Y es que toda sociedad, también la sociedad civil o estatal a la que se refiere en el momento de realizar la idea de comunidad libre, depende de un pacto de creación de la misma, del denominado pacto social.

9. *Pacto social.* Conviene, pues, recordar que una cosa es el simple concepto –una idea podríamos decir– de comunidad libre y el concepto de voluntad colectiva, y otra cosa es la *existencia real* de sociedades particulares y la de los poderes de las mismas, y entre ellas está la realidad de la sociedad estatal y la del poder de esta concreta sociedad. El concepto de comunidad libre y de voluntad común –poder de la misma– proceden de la razón exclusivamente, y es lo que se acaba de exponer, pero la realización concreta de las distintas sociedades que se pueden realizar, y la de

los poderes de las mismas son producto de la voluntad de personas concretas, de aquellas que deciden crearlas mediante el pacto social. La formación de las realidades de la sociedad estatal y de su voluntad común o poder de la misma, que son a las que se refiere Fichte, es lo que ahora pasamos a examinar.

Para poder realizar la sociedad estatal y obtener efectivamente una voluntad común —la realidad de una tal voluntad y no sólo el concepto— hace falta que un conjunto de personas concretas las hagan nacer, esto es, las constituyan mediante un pacto social expreso, y además que éste se manifieste al exterior con signos sensibles, mediante los cuales se haga constar esta coincidencia real de voluntades —el acuerdo de voluntades respecto de aquello que se está de acuerdo— y por tanto con indicación general del contenido o límites de los derechos que se pretenden asegurar con la constitución de la voluntad común, la cual ha de crearse como voluntad permanente —ha de entenderse mientras exista la asociación— en el porvenir. Y por último cada persona la ha de reconocer ya desde el mismo momento de su constitución como voluntad suya.

Efectivamente según las mismas palabras de Fichte que no resultará ocioso transcribir: “Pero una tal coincidencia es una mero concepto, pero no puede quedar en eso sino que ha de realizarse en el mundo sensible... En los hombres y por los hombres deberá de realizarse aquel concepto. Para ello se exige:

a) Que la voluntad de un determinado número de hombres, en algún punto del tiempo, sea realmente coincidente, y que se exprese como tal, que sea declarada. La clave aquí está en mostrar que esta coincidencia exigida no se da sin más por sí misma, sino que se fundamenta en un acto de todos *expresado en el mundo sensible, perceptible en un cierto momento temporal y sólo como resultado de la libre autodeterminación...* Cada uno tiene que haber dicho a todos: quiero vivir en este lugar del espacio y poseer como propio esto o aquello; y todos tienen que haber respondido: sí, puedes vivir aquí y poseer esto. La investigación más extensa de este acto constituye el primer capítulo de la doctrina del derecho político sobre el *contrato social*.

b) Que esta voluntad se fije como voluntad subsistente y permanente de todos, que cada uno, como quiera que la haya expresado en el momento presente, la reconozca como suya, en tanto él viva en este lugar del espacio. En las investigaciones que hasta aquí han tenido lugar la clave siempre ha estado en que la total voluntad futura se haga presente en un momento; que sea querida de una sola vez para toda la vida futura. Aquí se hace válida esta regla por primera vez. A través de esta fijación de la voluntad presente para todo tiempo, la voluntad común expresada se convierte en ley.” (Op. cit. III, 152-153, p. 434).

La ley emana, pues, de la voluntad común y formalmente es voluntad común, y la fuerza vinculante que conlleva procede de esta voluntad coincidente de todos y de cada uno aunque, como ya sabemos, el conte-

nido de la misma lo determina el administrador del poder ejecutivo, pues Fichte entiende que el conjunto del grupo por naturaleza es incapaz de hacerlo.

Por eso someterse a la ley no es someterse a la voluntad arbitraria de una persona sino que es someterse a la voluntad común e invariable aceptada por cada uno, también por mi, y así realmente quedo sometido a mi propia voluntad, y cada uno a la suya. Con este sometimiento ni yo ni nadie pierde sus derechos sino que los guarda —en realidad los adquiere— porque es la condición necesaria bajo la cual cada uno tiene derechos. (Cfra. Op. ct. III, 104. p. 398). Aquí las resonancias roussonianas son evidentes.

Sólo la ley positiva es la que establece la medida en que cada uno debe de limitar la libertad de su voluntad y la medida en que deben limitar su libertad los demás, y así la delimitación exacta en la realidad de las relaciones jurídicas no se realiza de otra forma que por esta ley. (Cfra. Op. ct. III, 121-122. Tal como ya sabemos esta ley determina los derechos de cada uno y además también las medidas de coacción que deben aplicarse al excederse de los derechos.

10. *Pacto social y libertad. Consecuencias.* Ahora bien, como parece ser que el mismo pacto social es libre, porque toda persona es libre de hacerlo, y por tanto puesto que es posible que nadie quiera realizarlo, de ello se deduce que la realidad de la sociedad estatal, el poder del Estado que son producto de aquel y también la realidad de la ley positiva que procede de éste, son contingentes; o si se, prefiere, son sólo necesarios condicionadamente, hipotéticamente, surgen como necesarios si se efectúa el pacto social que es libre. Esta es una consecuencia que hay que sacar dados los principios que mantiene Fichte aunque no la declara explícitamente, lo que es explicable porque en esta obra considera siempre lo social desde la perspectiva de lo personal y no al revés, lo que hace en otra obra posterior suya.

En todo caso lo que aquí sí es seguro porque lo expresa claramente el autor, es que cada persona es libre de intervenir o no en la realización del pacto social, consecuentemente de ser miembro o no de un Estado, y por eso de quedar sometido o no a las leyes del mismo, y con ello de *tener o no derechos* precisamente en aquel Estado. Todo esto depende para cada persona de su libre voluntad. Y es que el mismo concepto del derecho, expresado por la fórmula jurídica, limita tu libertad para hacer posible una igual libertad de los demás, no es más que una regla jurídica hipotética, sólo condicionalmente necesaria. Si para poder existir una comunidad de seres libres es necesario el derecho, éste sería absolutamente necesario si por necesidad tuviera que existir tal comunidad de seres libres. Y esto podría fundamentarse por la razón; en realidad la pura razón así lo exige, según reconoce el autor, pero a su vez afirma que el ser racional no tiene por qué ser coherente y darse tal ley. (Op. cit. III, 89, p. 386-87).

Así explícitamente afirma Fichte que no existe un fundamento absoluto —ha de sobrentenderse de naturaleza jurídica, pues de carácter moral si lo reconoce el autor como se verá— por el que persona alguna deba aceptar como ley esta regla de derecho: “No es posible mostrar ningún fundamento absoluto por el que alguien deba elevar a ley de su voluntad y de su conducta la fórmula jurídica: limita tu libertad de tal manera que el que está junto a tí pueda ser también libre. Pero se puede ver perfectamente que una comunidad de seres libres como tales no puede existir si cada uno no está sometido a esta ley y que, por tanto, quien quiera esta comunidad necesariamente tiene que querer también esta ley; en consecuencia esta tiene una validez hipotética. Si debe ser posible una comunidad de seres libres como tales, entonces es necesario que tenga validez la ley jurídica.” (Op. cit. III, 89, p. 387).

Por consiguiente no existe según el pensamiento del autor una *ley fundamental jurídica*, universal y necesaria que acoja a la *regla jurídica*, sino sólo hipotética y a lo más general relativa a las personas que libremente deciden ingresar en la comunidad y toda persona puede libremente decidir no ingresar en ella en el caso de que otras la constituyan. Por tanto en particular la regla jurídica no se transforma en verdadera norma jurídica fundamental más que para los que aceptan entrar en la sociedad, pues rigurosamente sólo éstos necesitan aceptarla como tal. También sólo estos necesitan someterse a las leyes positivas que determinan la ley anterior, pero en realidad no sólo este sometimiento está condicionado a su libre decisión sino que la ley misma está formado por su voluntad y así no se somete más que a su propia voluntad libre. Todo esto es coherente con la pretensión de una fundamentación individualista y liberal del derecho y de la sociedad, pero no fundamenta *la necesidad* de la realidad de ninguna sociedad ni de ninguna realidad del derecho. Y Fichte no teme llegar a aceptar las consecuencias que de ahí se deducen. Toda persona puede decidir libremente rechazar la regla jurídica y entonces se sigue también que no tendrá por qué someterse a ninguna ley de aquella sociedad, pero tampoco tendrá ningún derecho en la misma, y en consecuencia lo que procede es abandonarla. (Vid. Op. cit. III, 11, p. 322). Pero si proseguimos con la argumentación posible, ya que toda persona puede también decidir no querer estar en ninguna, no ya en una determinada, si así lo decide tendrá que vivir en soledad, o si dentro de una sociedad, sin ningún derecho. Esta es la última conclusión que puede extraerse y que conduce a un imposible porque nadie puede vivir así y por eso no se puede admitir racionalmente.

II

11. *La regla de derecho y la ley moral.* Esta posición fichteana contrasta con la muy distinta que adopta respecto a la misma regla de derecho considerada desde la moral. El comportamiento de la moral respecto

a esta regla de derecho no es más que una relación particular que tiene el mismo sentido y encaja perfectamente dentro del entendimiento general de las relaciones entre el derecho y la moral. La pondremos de manifiesto en primer lugar, y constituirá ya la introducción al estudio que inmediatamente seguirá acerca de las relaciones generales que según la teoría de Fichte se dan entre el derecho y la moral; estudio que someramente y no exhaustivamente se referirá también a algunos determinantes y caracteres diferenciales constitutivos de ambos ordenamientos.

Al determinar aquella relación aparece muy clara una contraposición en el aspecto considerado entre el derecho y la moral. Contrariamente a lo que ocurre en el derecho, a saber, que toda persona sólo porque quiere y si quiere y mientras mantenga este querer, transforma la regla que entraña el concepto del derecho en ley jurídica propiamente dicha, la moral independientemente de la libertad personal sanciona y eleva a ley moral absoluta que obliga en conciencia a toda persona la indicada regla de derecho, la de que cada persona debe limitar su libertad para hacer posible la libertad de todas las demás con las que establezca relación. Pero esta ley estrictamente moral es exclusivamente válida en su ámbito, por sí misma, no puede crear ninguna vinculatoriedad jurídica, ni ningún derecho, porque ambos derecho y moral son independientes.

Esta distinta normación moral y jurídica de la regla de derecho es una consecuencia particular de la tesis general de Fichte, la de que el derecho y la moral son independientes entre sí y de que lo son también sus respectivos saberes. “La regla de derecho: limita tu libertad a través del concepto de la libertad de todas las demás personas con las que entres en relación, recibe mediante la ley de la coincidencia consigo mismo (la ley moral) una nueva sanción para la conciencia; y entonces el tratamiento filosófico de la misma forma un capítulo de la moral pero no de la doctrina filosófica del derecho, que debe ser una ciencia independiente por sí misma.” (Op. cit. III, 10, ps. 320-321). A causa de esta independencia, por un lado toda persona —y yo mismo— por ley moral está obligada a limitar su libertad, pero por otro lado esto no tiene repercusión alguna en el derecho; en este campo no se encuentra norma jurídica alguna incondicionada y necesaria que obligue a ello sino que todas están condicionadas a la libre aceptación personal; por esta independencia unida a la teoría política, sentada por Fichte y que fundamenta al derecho, puedo eludir la regla jurídica, más aún, la norma jurídica general que la acoge y cualquier ley jurídica particular que la concrete si decido vivir al margen de toda comunidad constituida. Según dicho autor: “...yo estoy en conciencia vinculado a limitar mi libertad. De esta vinculación moral no se trata en el derecho; cada uno está vinculado solamente por la determinación de su arbitrio de vivir con los otros en comunidad, y si alguien no quiere limitar de ninguna manera su arbitrio, desde el derecho natural no se le puede contraponer más argumento que el de que tiene que alejarse de toda comunidad.” (Op. cit. III, 11, p. 322).

Este caso especial referido a la regla de derecho patentiza las relaciones de independencia y por ella de la posible contraposición que Fichte asigna en general al derecho respecto de la moral y viceversa. Sin embargo el estudio de estas relaciones entre el derecho y la moral en general exige precisar bien que significa la relación de independencia entre aquellos y distinguirla de las consecuencias que ella puede originar. Y si se quiere llegar a un mayor y mejor entendimiento de lo mismo hace falta completar todo esto con las referencias a sus respectivos principios de validez y a las relaciones que se dan entre ellos. Considerando tales principios y relaciones se puede alcanzar una visión no sólo más completa por la inclusión de los mismos sino que se pueden comprender mejor las relaciones ya conocidas entre el derecho y la moral al analizarlas desde ellos porque se conocen desde sus principios o causas.

Por principios de validez entendemos las causas productoras de las respectivas normas y (o) de los ordenamientos jurídicos y morales. Fichte ha indicado tales causas, si bien no las ha denominado principios de validez. Según este autor toda la normativa moral se deriva de la razón (práctica), y el conjunto del ordenamiento jurídico procede de las personas que ejercen –administran– los poderes del Estado, empezando por la que ejerce el poder legislativo y que da lugar a la normativa jurídica. Al conjunto de los distintos poderes del Estado lo denominaremos poder político. Por tanto quedan identificados de acuerdo con el pensamiento de Fichte los dos principios de validez, el de la normativa moral resulta ser la razón práctica y el de la realidad del ordenamiento jurídico el poder político de la sociedad civil o política.

Por otro lado, puesto que la relación de cada uno de estos principios de validez a los ordenamientos que de ellos se derivan y la de estos ordenamientos con sus respectivos principios de los que proceden es una relación de causa a efecto y de efecto a causa, por eso la relación que se da entre los ordenamientos tienen que ser la misma que la que guardan sus principios de validez y viceversa. De modo que conocida una cualesquiera de las dos, ya sea la de los ordenamientos entre sí, o la de los principios entre sí, conocemos también la otra por ser de la misma clase. Fichte indica directamente las relaciones entre derecho moral las cuales, según ya sabemos y luego confirmaremos con más datos, son de mutua independencia; luego, también se da una independencia mutua entre el poder político –o la voluntad de las personas que lo ejercen– o principio de validez del derecho y la razón práctica o principio de validez de la moral.

12. *Relación de independencia y sus consecuencias.* Ahora conviene esclarecer bien qué significa una relación de independencia mutua entre dos cosas, entender con precisión que es lo que ella entraña o comporta, y comprobar luego si Fichte le ha dado o no el mismo sentido al afirmar la relación de independencia del derecho respecto de la moral. Si el sentido definido se verifica luego en el dado por Fichte, –esto es, se comprueba

que coinciden—, por la dicho se conocerá con igual precisión lo que significa la independencia mutua entre los principios de validez, desde ellos podremos alcanzar un conocimiento fundado de todo lo que se sigue de los mismos. No cabe duda que considerar las relaciones de dos efectos entre sí y además desde sus causas respectivas sabiendo las relaciones entre ellas puede proporcionar un mayor y mejor conocimiento que el que puede darse limitándose a considerar exclusivamente las relaciones de los efectos producidos.

La independencia entre dos seres o cosas —dejamos de lado la de personas que es caso especial— por de pronto significa falta de dependencia, exclusión de toda relación de dependencia respecto de la otra, esto es, carencia de cualquier clase de relación intrínseca y necesaria, sea de subordinación, de condicionamiento, de implicación, de generación, etc. entre ellas. Toda relación de independencia entre dos cosas es necesariamente mutua, pues si no se da relación de una con la otra tampoco puede darse de éste con la primera sin admitir contradicción. En definitiva toda relación de independencia entraña la separación entre dos cosas diferentes, la una no tiene nada que ver intrínsecamente con la otra desde ningún punto de vista.

Si esta relación de independencia se da entre el ordenamiento jurídico y el moral significa que entre ellos no existe por necesidad intrínseca ninguna de las relaciones indicadas ni otra alguna con carácter necesario y que no sólo son dos ordenamientos diferentes —sean como fueren cada uno de ellos y se distingan como sea el uno del otro— sino que están totalmente separados, de modo que cada uno de ellos va por su lado, sin que ninguno de ellos tenga nada que ver con el otro. Siendo esto así sólo puede haber que una voluntad externa a los mismos los relacione extrínsecamente, pero sin que ello pueda variar en absoluto el modo de ser de cada uno y la carencia de relaciones intrínsecas.

La *independencia* del derecho respecto de la moral entraña, pues, necesariamente la separación, el discurrir por separado cada uno de ellos, y por tanto lo mismo ha de decirse de sus respectivos principios de validez, esto es, del poder político y de la razón práctica, el uno y la otra son mutuamente independientes, están del todo separados, no hay relación alguna necesaria entre ambos, por eso en vez de relación que siempre una de alguna manera existe separación que rechaza cualquier unión entre ellos; y así necesariamente cada uno tiene que discurrir por su cuenta sin atender ni depender en nada del otro, y sólo así verdaderamente ninguno de los dos tiene absolutamente nada que ver con el otro.

En particular, el diferente modo de ser propio de cada principio de validez da lugar a un modo de ser también distinto de las legislaciones que producen, y la independencia entre ellos hace posible aunque no necesaria una oposición entre los contenidos normativos de ambos ordenamientos; pero en estos casos ni las normas jurídicas dejan de ser tales

porque estén opuestas a las morales, ni las morales dejan de ser tales porque se les opongan las jurídicas. En realidad no existe una oposición intrínseca entre dichas normas ni entre los contenidos de las mismas ya que no pertenecen a un mismo ordenamiento normativo, sino sólo una oposición extrínseca al comparar a dos ordenamientos distintos, y con ello llegar, cuando se da el caso, a la comprobación de que respecto de un mismo acto humano, uno y otro ordenamiento lo regulan de distinto modo hasta el punto que puede ocurrir que algún acto que el derecho permite la moral lo prohíba. De hecho se dan oposiciones concretas y fortuitas respecto de determinados actos pero no necesarias y generales, pues si así fuera existiría ya una relación de necesaria oposición, de modo que siempre tendría que estar prohibido por la moral todo cuanto el derecho permitiera. Por eso cabe también la posibilidad y de hecho la existencia de compatibilidades también concretas, esto es, que la moral no prohíba ni preceptue determinados actos permitidos por el derecho.

13. *La independencia Derecho-Moral.* Este es realmente el significado de independencia que da precisamente Fichte al derecho y al saber del derecho respecto a la moral y al saber moral; dejando ahora aparte los modos de ser diferentes del derecho y de la moral, atendiendo sólo a sus relaciones, se comprueba que Fichte explícitamente afirma cada uno de los puntos fundamentales expuestos que o bien entraña la independencia o bien son consecuencia de la misma, esto es, que nada tienen que ver el uno con la otra; también que *pueden oponerse* de la forma indicada, y por último igualmente reconoce que no por ello el derecho deja de ser derecho; y podría completarse aunque él no lo diga, que tampoco la moral deja de ser por ello mismo moral, esto es, que no decaen las permisiones del derecho, ni las prohibiciones enfrentadas de la moral; pues por estas oposiciones mutuas pero extrínsecas ni la moral anula al derecho ni el derecho a la moral.

Para empezar Fichte ya consigna la independencia en los mismos conceptos del derecho y de la moral; el concepto del derecho se deduce directamente de la razón, con total independencia del concepto de la moral, en particular niega que la regla de derecho —que es lo que entraña el concepto de una entidad práctica— se deduzca o proceda de la ley moral, pues tal regla insita en el concepto del derecho y la formación del mismo nada tiene que ver con la moral ni con el concepto de la misma. “El concepto deducido nada tiene que ver con la ley moral, sino que es deducido sin la misma, y puesto que no es posible considerarlo como una deducción del mismo concepto, es la prueba de hecho de que no puede deducirse de la ley moral.” *Op. cit.* III, 52, p. 359).

Pasando a la realidad del derecho, ocurre que en ella y sólo en ella se dan precisamente las normas coactivas, determinadas por el poder político y aplicadas por el mismo, pues sólo mediante la fuerza física se fuerzan las conductas de los que se exceden en sus derechos, cosa totalmente nece-

saría en la realidad del derecho e imposible en el ser de la moral tal como luego se verá. Por eso, aunque no sólo por eso, en general afirma Fichte: “No se precisan, pues, artificios para separar derecho y moral... Ambas ciencias están ya originariamente, y sin nuestro asenso, separadas por la razón, y son completamente opuestas.” (Op. cit. III. 54-55, ps. 359-360).

Por lo que atañe a la existencia de oposiciones entre contenidos normativos del derecho respecto de los de la moral, sin duda contingentes pero también frecuentes, Fichte, consecuente con su teoría de la separación, expresamente hace constar que ello carece de relevancia y efectos; en particular la oposición no afecta en modo alguno al mismo ser del derecho, no deja de ser derecho por causa de tal oposición, sino que permanece siendo tal, aunque sin duda contrario a la moral en el sentido de que permite algo que la moral prohíbe. Esta situación de indiferencia en los casos de contradicción queda diafanamente expresada en la frase siguiente: “La ley moral prohíbe frecuentemente el ejercicio de un derecho, el que no obstante, según creencia de todo el mundo, no cesa por eso de ser un derecho.” (Op. cit. III, 54, p. 359). Pero en el caso contrario de que la moral ordene también algo a lo que vincule la realidad de derecho, empezando por la misma regla de derecho –cosa que ya hemos visto depende de la libertad de cada persona– la existencia de tal exigencia moral en materia de derecho nada tiene que ver con la vinculatoriedad que acerca de lo mismo establezca el derecho; este deber moral como cualquier otro también moral vale sólo en este ámbito porque lo exige la moral independientemente de que también lo vincule o no el derecho. “Si la ley moral da una nueva sanción al concepto del derecho, es un problema que en manera alguna pertenece al derecho natural, sino a la moral...” (Op. cit. III, 54, p. 359).

14. *Oponibilidad y oposiciones del Derecho a la Moral.* Precisamente a causa de esta relación de independencia o separación del derecho y la moral que hace que, al comparar sus respectivas normas *simplemente puede* darse el caso de que existan modos contrarios de regulación de un mismo acto, de manera que resulten incompatibles el uno con el otro, hay que añadir que el ser específico del derecho y el de la moral son muy diferentes en sí mismos; por tanto lo *son siempre* por necesidad y no fortuitamente, debido a sus modos de ser, hasta el punto que según Fichte tienen caracteres opuestos en varios aspectos de los mismos, y por eso califica en general de opuestos a los respectivos seres. Atendiendo a determinados aspectos del ser del derecho y de la moral este autor les encuentra contraposiciones; así una de ellas es que mientras el derecho *es coactivo*, y de acuerdo con normas coactivas se pueden imponer sanciones a las personas que sobrepasen sus derecho, por el contrario la moral *no es coactiva*, carece de normas coactivas y de la misma posibilidad de imponer sanciones efectivas, no cuenta en absoluto con la fuerza física para someter la libertad de las personas. Y esto es siempre así porque son determinantes contrarios del ser del derecho y de la moral.

Bajo otro aspecto de consideración entiende que el derecho es sólo y necesariamente externo y la moral es interna, aunque no sólo se limita a lo interno, pero todo cuanto es meramente interno pertenece en exclusiva a la moral. El derecho se ocupa exclusivamente de relaciones entre personas, esto es, se refiere sólo a acciones que aparecen en el mundo externo, aquel que es perceptible por los sentidos externos. Puesto que y precisamente porque todo lo que es exclusivamente interno a cada persona pertenece al fuero de la moral, no existe y no se puede hablar propiamente de derecho de las personas a sus acciones internas, pues respecto de ellas sólo caben *obligaciones* morales, no propiamente *derechos*, es decir, no son posibles las que con más propiedad por nuestra parte podemos denominar *facultades jurídicas*: “Los seres racionales entran en relación con otros solamente a través de las acciones que son manifestación de su libertad en el mundo físico: el concepto del derecho se refiere sólo a lo que se exterioriza en el mundo físico: lo que en éste no tiene causalidad alguna, sino que queda en el ámbito de la interioridad, no pertenece a otro tribunal que al de la moral. Por eso no tiene sentido hablar de un derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia, etc. Existe capacidad de hacer estas acciones, y deberes sobre ellas pero no derechos.” (Op. cit. III, 55, pa. 360).

Finalmente en cuanto al aspecto normativo existe también según el pensamiento de Fichte modos de ser peculiares, exclusivos y excluyentes de la norma del derecho y de la de la moral, las que en buena medida son determinadoras de la realidad del derecho y del ser de la moral. Aquí sólo aludiremos también de pasada a las diferencias que existen a causa de este aspecto, las que más adelante tendremos que reconsiderar y hasta criticar, pues por ellas se predetermina la especial condición del *ser del derecho entendido exclusivamente como permisión o facultad*, y la de *ser de la moral entendido exclusivamente como deber u obligación*. Volviendo al aspecto normativo de acuerdo con la teoría de Fichte resulta que la regulación normativa de la conducta del hombre tiene un modo de ser especial es el derecho y otro especial en la moral. La *norma jurídica es siempre y sólo permitente*, y por eso sólo produce facultades o permisiones mientras que la *ley moral es siempre y sólo categóricamente preceptiva* y únicamente origina deberes u obligaciones categóricos. Así afirma Fichte: “Evidentemente un derecho es algo del que se puede usar y también no usar; por tanto se sigue de una ley meramente permitente...” (Op. cit. III, 13, p. 324). Y en otro lugar completa: “La ley moral preceptúa categóricamente el deber, la ley jurídica permite solamente, pero nunca manda que se ejercite su derecho.” (Op. cit. III, 54, p. 359).

Hay que añadir que de acuerdo con el pensamiento de Fichte resulta que también existen diferencias fundamentales en los modos de ser generalísimos del derecho y de la moral, pues pertenecen a dos categorías de ser diferentes. El ser del derecho —no el concepto— tiene el modo de ser real, tiene realidad; más exactamente es un determinado ser real percep-

tible por los sentidos externos, una realidad especial creada por personas que ejercen poderes del Estado, y en tanto es ley, es una ley positiva, una realidad puesta por el que tiene el poder del Estado para producirla, mientras que la moral al menos en tanto es norma tiene un ser puramente espiritual, es un ser racional, un puro producto de la razón, es una ley de la razón práctica.

Conviene puntualizar que sólo el *concepto del derecho* según el autor es una idea deducida de la razón pero el *ser del derecho* es ser real, una realidad especial creada por realización del concepto; la producen las personas mediante el ejercicio de los poderes del Estado —entre estos está también el poder judicial y el coactivo no sólo el legislativo o ejecutivo como lo denomina el autor— pues la realidad del derecho tiene en general como principio de validez el Poder del Estado. En cambio el concepto y la normativa moral tienen exclusivamente a la pura razón respectivamente como principios de deducción y de validez. Moral y derecho proceden de dos principios de validez muy diferentes, los cuales además son entre sí independientes si, tal como es el caso, han de dar lugar a los dos modos de ser tan diferentes e independientes como los concibe Fichte. Evidentemente es necesario reconocer la existencia de estos dos principios de validez, el poder político y la razón práctica y su independencia mutua para producir dos modos de ser generales y especiales independientes el uno del otro y diferentes hasta el punto de poseer determinantes contrarios en sus respectivos seres, pues si uno real el otro espiritual, si el primero es solo permitente el segundo es solo precipiente, si aquel es coactivo este es no coactivo, etc. como se acaba de indicar.

Precisamente una vez identificados los principios de validez del derecho y de la moral, conocida la relación de independencia, es decir, de separación que existe entre ambos, es fácil de comprender mejor tanto su respectivo modo de ser como las relaciones que se dan entre los ordenamientos que producen por la visión del derecho y de la moral desde sus principios de derivación. Porque el principio de validez del derecho es la realidad del poder político, y el de la moral la mera razón, necesariamente el derecho tiene que tener el ser de la realidad mientras que la moral tiene que tener un ser no real, le corresponde ser una entidad racional. Si Fichte hubiera recurrido a los principios de validez para delimitar enteramente las entidades del derecho y de la moral expresamente había tenido que destacar estas primeras determinaciones de su modo de ser general que los sitúan en categorías de ser tan diferentes. De todos modos al señalarlas, no hacemos otra cosa que explicitar, o a lo más, sacar las consecuencias más inmediatas que están implícitas o que se derivan de su pensamiento. Luego se insertan ya las determinaciones específicas expresamente indicadas por dicho autor mediante oposiciones y que sirven para configurar los dos modos de ser específicamente diferentes del derecho y de la moral.

También las relaciones del derecho con la moral pueden alcanzar más claridad al ofrecerlas desde la perspectiva de la independencia de los principios de validez respectivos; y si Fichte hubiera recurrido a la de ellos sin duda que habría evitado algunos errores que luego indicaremos. Desde este enfoque, precisamente porque el principio de validez del derecho es el poder político —el poder Estatal— se puede sacar la afirmación general de que es derecho sólo y todo lo que emana del poder político, con tal que realice el concepto del derecho, sin que importe el contenido del derecho para el ser del mismo.

Consecuentemente son derecho todas y sólo las normas, las aplicaciones judiciales de las normas —las sentencias— las ejecuciones forzosas de las sentencias o de las normas penales, etc. que sean y precisamente por ser producto de aquel poder, *independientemente* de que tales normas, sentencias, etc. sean morales o inmorales, justas o injustas, esto es, de que las valoremos así desde el ordenamiento moral extrínseco al del derecho. La única condición que requieren los productos del poder político para ser derecho es que con ellos se realice lo que exige el concepto de derecho, esto es, que establezcan una igual libertad hasta ciertos topes de todas las personas con la que se consiga efectivamente una real e igual libertad limitada de todas en la comunidad, esto es, una compatibilización de la libertad de todas las personas que viven en la sociedad estatal. Pero tales limitaciones a esferas de facultades o permisiones determinadas, no precisan realizar ningún otro bien —o valor— externo al del derecho, esto es, al de la concordia entre libertades, ni tampoco someterse éste y el derecho mismo, a ningún bien o valor moral, ni a ninguna norma moral, o de justicia, como tampoco de ninguna otra especie.

Por la independencia del principios de validez del derecho respecto de la moral se pueden, pues, obtener las explícitas consecuencias siguientes: el derecho en sí mismo para ser derecho no exige ningún contenido de moralidad, ni de justicia, por mínimos que sean; ni rechaza ningún contenido de inmoralidad ni de injusticia, por graves que fueren. Por el contrario es preciso pensar que sólo si el principio de validez del derecho estuviera condicionado por el de la moral, o subordinado al de ésta, o implicado en el de la misma, o si fuera el mismo que el de la moral o ambos tuvieran uno común, o se dedujera del de la moral, o fuera causado por el de ésta, etc., es decir, si los respectivos principios tuvieran entre sí alguna relación necesaria, podrían darse en su caso situaciones de exigencias morales en el derecho del tipo que fueren, ya sea de condicionamiento de normas jurídicas por las morales; o bien de anulación de normas jurídicas por las morales contrarias; o de deducción de normas jurídicas a partir de las morales; o de integración de las jurídicas como parte de las morales, etc. Pero nada de esto es posible si por las razones que sean se proclama la independencia del principio de validez del derecho respecto del de la moral como implícitamente hace Fichte.

15. *Fundamentación de la independencia Derecho y Moral.* Conviene ahora analizar con detenimiento las razones que aporta este autor como fundamento para llegar a afirmar directa y explícitamente la independencia del derecho respecto de la moral e indirecta e implícitamente la de sus respectivos principios de validez según las exigencias mostradas. Puesto que la relación de independencia es siempre necesariamente mutua también implícitamente sostiene la independencia de la moral respecto del derecho, lo que no interesa considerar aquí. Podemos adelantar que los análisis de las razones por las que Fichte sostiene la independencia dicha demuestran que no existen tales razones, sino mera aceptación de hechos y opiniones sin discutir, esto es, admisión dogmática de las tesis que encierran unos hechos de opinión. Con lo que se prueba que la proclamada independencia del derecho respecto de la moral por Fichte, no la fundamenta racionalmente.

Fichte pretende probar la independencia del derecho respecto de la moral por la indeducibilidad, o si se quiere, por la incausalidad de las normas morales respecto de las jurídicas. Dicho con sus mismas palabras: "Evidentemente un derecho es algo del que se puede usar y también no usar, por tanto se sigue de una ley meramente permisiva... No se ve como a partir de una ley moral incondicionalmente preceptiva ha de poder derivarse una ley permisiva." (Op. cit. III, 13, p. 324).

Pero esto además de ser imposible, se basa en un error, o por lo menos en un fundamento discutible y no discutido. Efectivamente no es posible probar la independencia del derecho respecto de la moral — y con ello la de sus respectivos principios de validez, se tenga o no conciencia de esto— sólo con probar la inexistencia de una determinada relación entre el derecho y la moral. Ni siquiera quedaría probada tal independencia al demostrar no ya la inexistencia de una determinada sino de varias, mientras no se demostrara la carencia de toda relación necesaria, o bien la presencia —caso que luego consideraremos— de las consecuencias que puede producir la independencia o separación. Pero si tal como hace Fichte se intentara probar sólo *la inexistencia de una concreta relación de generación* de las normas jurídicas por las normas morales —lo que no queda siquiera probado por basarse en un error como indicaremos— por sólo esto *no se prueba ya la ausencia de toda relación*; por tanto no se excluye que pueda existir alguna otra relación —por ejemplo de subordinación, de condicionamiento, etc.— que de darse, impediría igualmente la independencia. En resumen, aunque se demostrara la inexistencia de una relación de causación, generación o deducción de las normas jurídicas por las morales, no por ello se probaría la independencia del derecho respecto de la moral.

Ocurre además que Fichte ni siquiera prueba realmente la inexistencia de esta relación de generación entre las normas morales y jurídicas, pues la razón o fundamento en que se apoya para derivar su impo-

sibilidad consiste en *suponer* que el derecho en tanto norma es sólo norma permitente y permisión y que la normativa moral es exclusivamente norma preceptiva y obligación, lo que no ha demostrado de ninguna manera y lo acepta sin discusión alguna siendo así que con ello admite sin prueba alguna una tesis peculiar distinta de la que generalmente defienden la mayoría de los pensadores que tratan la cuestión, pues ellos entienden que el derecho *no solo puede sino que necesita* y por eso cuenta siempre con normas preceptivas y obligaciones. Y por otra parte algunos autores defienden que la moral no sólo consta de normas preceptivas y obligaciones sino que también contiene normas permisivas, o por lo menos admiten la existencia de facultades morales. Es el caso entre otros de las concepciones de F. Suarez y de M. Kant como luego mostraremos.

Fichte utiliza otra argumentación que atiende no a las relaciones mismas entre derecho y moral sino a la existencia de las consecuencias que pueden darse sólo si el derecho y la moral están separados o son independientes. Este razonamiento en principios puede resultar más fácil y adecuado para probar la independencia del derecho y moral, porque no hay que probar la ausencia de toda relación sino que basta con probar la existencia de las consecuencias que pueden derivarse de la independencia. Puesto que la independencia del derecho respecto de la moral hace posible —no necesario— que algo permitido por el derecho esté prohibido por la moral sin que por ello se destruya el ser del derecho sino que permanezca siendo tal a pesar de esta contradicción, si realmente ocurre esto porque fundadamente pueda ocurrir, entonces es que existe la independencia que lo hace posible. Sin embargo el razonamiento que con ello hace Fichte no es concluyente porque adolece de insuficiencia en su fundamentación, es decir, no demuestra ni da una razón suficiente de por qué —razón o fundamento— es posible la oposición del derecho a la moral. Presentaremos su razonamiento en una versión silogística y así se verá claramente que acepta una de las premisas sin prueba racional. Con lo que en este intento de prueba a partir de las consecuencias de la independencia le ocurre algo semejante al intento de prueba sobre la ausencia de relaciones, aquí lo mismo que allí la prueba es defectuosa, y no puede demostrar lo que intenta.

Completando el razonamiento que Fichte utiliza, incluyendo en él los principios de validez que supone y quedan implícitos, y convirtiendo su forma de razonar al modo silogístico para obtener mayor claridad aunque Fichte no lo haya presentado así, se puede exponer de la siguiente manera. Si el derecho contradice a la moral y puede permanecer la contradicción sin que la ocurra nada al derecho —ni tampoco a la moral se podría añadir— necesariamente es que ambos no proceden del principio de validez de la moral porque entonces este sería contradictorio consigo mismo; consecuentemente tampoco las normas jurídicas pueden proceder de las morales y formar así un único ordenamiento incoherente

o contradictorio consigo mismo, es decir, las normas morales no pueden por un lado prohibir un acto y por otro lado establecer un derecho a realizarlo, pues ambas cosas son contradictorias, incompatibles entre sí. Por ser esto imposible es también incomprensible e inexplicable pensar en normas contradictorias que suponen también un principio de validez contradictoria en sí mismo pues en último término por él se permite y prohíbe al mismo tiempo lo mismo.

Por tanto, si una norma jurídica que concede un derecho o facultad de hacer un determinado acto puede ser contraria a una norma moral que categóricamente prohíbe e impone el deber de no realizar aquel mismo acto sin que por ello deje de ser derecho es porque las dos normas proceden de dos principios de validez distintos e independientes entre sí. Es así que las normas jurídicas contradicen frecuentemente a las normas morales sin que dejen de ser derecho según opinión de todo el mundo, luego es que provienen de principios de validez independientes. O conforme con las mismas palabras originales, no tan explícitas pero de implicaciones y de contenido muy densos de Fichte: "La ley moral prohíbe frecuentemente el ejercicio de un derecho, el que no obstante según declaración de todo el mundo no cesa por esto de ser un derecho. Entonces se juzga que sin duda había un derecho, pero que en este caso no debería de usarse del mismo. ¿La ley moral es, pues, un mismo e idéntico principio contradictorio consigo mismo por el que al mismo tiempo en el mismo caso concede el mismo derecho que al mismo tiempo y en el mismo caso lo suprime?. Me es desconocida solución alguna que haya contrapuesto algo destacable a esta objeción". (Op. cit. III, 54, p. 359).

16. *Crítica a la argumentación dogmática.* En todo este razonamiento no se demuestra por la razón sino que se acepta sin crítica racional alguna que el derecho y la moral se pueden oponer simplemente por *el hecho de que así lo entiende todo el mundo* —lo cual no deja de ser ya una exageración— pero esto en todo caso no es más que un dato de opinión, el registro de un hecho. Nunca la apelación a los hechos puede fundar una prueba racional de consecuencias necesarias y menos la mera aceptación de hechos de opinión vulgar puede llevar rigurosamente a demostrar, o a justificar, o a impugnar, etc. otros hechos. Podría ocurrir que lo que dice creen la mayoría de las personas e incluso todas, esto es la opinión de que el derecho y la moral pueden estar en contradicción sin que por ello el derecho deje de ser tal como de hecho parece ser la realidad, fuera verdad, pero podría también ocurrir que fuera falso. Cualesquiera de estos dos supuestos es preciso demostrarlos y mientras no se pruebe ninguno de ellos la afirmación de una u otra cosa es puramente dogmática. Si no se aporta la prueba de la verdad del hecho de tal opinión común, la aceptación de este hecho sin más, no puede proporcionar *la razón* justificativa o impugnativa de la realidad del derecho.

Sin duda que aquí estamos ante el caso de la admisión puramente dogmática de una supuesta opinión general y que no se ha problematizado ni discutido de ningún modo ni el hecho de esta opinión, esto es, si es verdad que toda la gente opina como aquí se dice, ni el fundamentado de la verdad o falsedad de la misma, esto es, si tal opinión compartida o no por todos es verdadera o falsa, siendo así que era necesario dilucidar todo esto, en particular lo último, puesto que ello constituye aquí el único fundamento en el que se pretende sustentar la *oponibilidad* y con ella la *independencia* del derecho respecto de la moral. Llegar a la afirmación de que el derecho y la moral pueden oponerse porque cuando la realidad del derecho se opone a la moral, la gente cree de hecho que aquella sigue siendo derecho, es decir, porque así lo cree la gente, es hacer una afirmación *racionalmente infundada*; por descontado no es una verdad deducida por la pura razón a priori, pero ni siquiera es una afirmación que tenga prueba racional alguna; todo ello no es más que aceptación sin razón alguna de unos hechos de creencias sobre otros hechos.

17. *Fundamentos de crítica complementaria.* Descalificada esta pretendida prueba que no lo es a causa de la aceptación dogmática de su fundamentación, conviene mostrar el error en la que se apoya la anterior y que entonces no entramos a considerar. Y la teoría que aportaremos ahora para mostrarlo y completar así la primera crítica, luego la utilizaremos también para completar la crítica a la segunda argumentación de Fichte, pues también le es aplicable como veremos.

Ya indicamos que el intento de Fichte de fundamentar la independencia del derecho respecto de la moral supone no tener en cuenta para nada —ni para rebatirla en su caso— la solución ya existente de un problema que, porque el parece desconocer y no descubre por sí mismo, cree que no existe. Seguramente tal desconocimiento le llevó a formular su peculiar concepción del modo de ser permitente de la norma jurídica y preceptivo de la moral, pues de haberla conocido, o no habría ofrecido tal concepción, o habría tenido que fundamentarla más y a su vez discutir para rebatir y rechazar con argumentos de razón las que en principio parecen más acertadas y que él no consideró en absoluto.

Efectivamente Fichte asigna a la moral y al derecho no sólo modos de ser normativos muy diferentes —opuestos hasta cierto punto— sino también excluyentes. Conforme ya hemos indicado este autor afirma que el derecho no se puede derivar de la moral por razón de entender que la ley moral es categóricamente *preceptiva*, y que *impone deber* de hacer o de evitar determinados actos, mientras que la ley jurídica es meramente *permitente* y que *sólo concede permiso* o facultad de hacer o no hacer algo, pero nunca impone deber de hacer lo permitido. Por eso dicho autor advierte que él no se puede explicar como de un precepto y deber categóricos puede originarse una mera permisión. Sin embargo le bastaba haber recurrido a la cercana doc-

trina de su maestro Kant, o a la más completa y lejana de Francisco Suarez para que hubiera encontrado la explicación de como a partir de preceptos y obligaciones se pueden obtener facultades en general; si bien es de notar que esto por si solo y sin otras razones no sería suficiente para demostrar en particular que de las normas morales se originan facultades jurídicas, pero por esto sólo tampoco se podría rechazar esta derivación.

De acuerdo con la doctrina de Suarez, ni la norma moral es sólo preceptiva –o precipiente– sino también permisiva –o permitente– y por tanto contiene no sólo deberes u obligaciones sino también permisiones o facultades, ni la norma de derecho es sólo ley permitente sino también ley preceptiva y por tanto contiene no sólo facultades o permisiones sino también deberes u obligaciones. Por lo que afecta al derecho en particular según la concepción de Suarez resultaría que prescindir de las leyes preceptivas y de las obligaciones jurídicas significa no sólo cercenar una parte importante de las leyes jurídicas –todas la directamente preceptivas– sino hacer imposible la existencia misma del derecho, pues no pueden existir verdaderas *permisiones legales*, –no simples *permisiones de hecho* por falta de ley–, es decir, facultades jurídicas sin que a la vez y correlativamente existan las obligaciones o deberes jurídicos que las respaldan. Por otro lado como era de esperar por ser una relación necesaria la existente entre facultades-obligaciones, también ocurre la mismo considerada ésta en sentido contrario, esto es, no es posible la ley directamente preceptiva para unas personas a las que les impone obligaciones sin que a la vez y correlativamente exista la ley permitente que conceda ineludiblemente facultades a otras personas. Así queda reflejada la estructura de la norma jurídica –pero lo mismo es para la moral–, toda norma o bien es permitente y preceptiva, o bien al revés, preceptiva y permitente.

Francisco Suarez había diseñado ya, por tanto, la estructura necesariamente bimembre de toda ley reguladora de la libertad humana, por más que no había constituido, ni planteado, ni tratado esta materia como cuestión expresa. Y en su doctrina está implícito o se deduce de ella, aunque no llegará a expresarlo tampoco con estas palabras, que existen dos modos fenoménicos de aparecer aquel tipo de ley, a saber, una en la que en primer término y directamente se expresa y formula como ley permitente y otra en que es primer lugar y directamente se formula y aparece como ley preceptiva. Pero ambas entrañan el segundo y correlativo término exigido por la estructura de toda ley, el cual queda implícito y no manifiesto. En definitiva la ley permitente –o mejor dicho el aspecto o el elemento permitente de una ley– y la ley preceptiva –mejor el aspecto o elemento preceptivo o prohibitivo de una ley– son siempre necesariamente las dos partes de que consta la estructura correlacional de toda ley; por eso están intrínsecamente unidas y propiamente no son dos leyes separadas sino aspectos de una misma ley, si bien se les puede denominar sólo de una u otra manera teniendo en cuenta el elemento que se enuncia expresamente.

Así la ley expresamente permitente, aquella que determina explícitamente, o que hace constar directamente la facultad que concede, comporta necesariamente y correlativamente el precepto que impone el deber de no impedir lo permitido, si bien tal deber queda implícito y no manifestado; pero sin este aspecto preceptivo u obligacional implícito no existe una verdadera permisión legal, por más que la ley no lo enuncie expresamente. Y al revés, toda ley expresamente preceptiva, aquella que determina lo que se preceptúa o prohíbe y que se impone como deber a unas personas, correlativa y necesariamente comporta el aspecto de ley permitente por el que quedan asignadas facultades a otras, por más que éstas no estén manifiestamente expresadas. Y así resulta que basta determinar bien uno sólo de los dos extremos de la relación legal, ya sea el aspecto permitente o el preceptivo —el lado de los deberes o el de las facultades o permisiones— para poder conocer el otro correlativo implícito y con ello la norma completa.

Podemos observar, limitados al aspecto que aquí interesa destacar por el contraste que se da con la teoría de Fichte, que Suarez con mucha antelación al pensamiento de Fichte había ya anticipado en buena medida la teoría de que no puede existir ley permitente sin ley preceptiva de la misma manera que consecuentemente tampoco puede existir permisión sin deber. Claro está que la permisión y el deber en esta estructura bimembre de la ley por necesidad corresponden a categorías de personas distintas, —de no ser así la ley sería en sí misma contradictoria—, y por eso por necesidad *nunca pueden referirse las facultades y los deberes contrarios simultáneamente a la misma persona*, pues propiamente son los dos elementos —que ofrecen los dos aspectos necesarios según se mire por uno u otro extremo— de toda ley y de una misma concreta ley, los que no pueden contradecirse sin destruir la ley misma. De todos modos hay que advertir que tales contradicciones no pueden darse en la misma estructura de una misma ley a causa de su propia estructura pero sí pueden ocurrir entre dos leyes distintas, oponiéndose entonces dos estructuras legales completas.

Es evidente que una misma ley no puede entrañar contradicción en su estructura esencial sin destruirse a sí misma, es decir, es imposible que una misma norma como estructura compleja que es por un extremo de ella y respecto de unas personas les conceda la facultad de hacer aquello mismo que por el otro extremo de la misma, a la vez y respecto de las mismas personas les imponga el deber de hacerlo, —o bien el deber de no hacerlo—, o incluso más, —a esta otra contradicción no se ha referido Fichte— que una misma ley contenga el deber de hacer o no hacer una cosa y a su vez el deber de lo contrario exactamente. En cambio es posible que se dé el caso de contradicción entre dos normas jurídicas distintas, pueden quedar enfrentadas de modo que una desde el lado de las prescripciones preceptúa o prohíbe lo que otra desde el lado de las permisiones conceda. Si bien para tales casos el legislador suele indicar los

criterios de eliminación de normas incompatibles entre sí dentro de un mismo ordenamiento para evitar que se formen ordenamientos normativos incoherentes.

Cabalmente la verdadera y absoluta imposibilidad de contradicción es la que una misma norma tenga consigo misma –no la de dos normas entre sí–; entonces la posibilidad queda excluida por la misma estructura de la ley, no por otra razón. Precisamente esta imposibilidad es a la que sin tener conciencia de tal estructura se refiere Fichte al decir que la ley jurídica concede o permite realizar –o también omitir– algo, pero no preceptúa o exige nunca realizar o dejar de realizar lo concedido. Sin duda que esto es verdad en relación a unas mismas personas, pero no por lo que creía Fichte –por razón de que el derecho sólo sea permisión– sino a causa de la misma estructura de la ley que lo impide, si bien esta razón no la podía alcanzar Fichte debido a su concepción reduccionista o exclusivamente permisivista del derecho; y asimismo desconocía que toda permisión atribuida a unas personas exige precepto destinado a otras, cuando menos el precepto de que no se impide lo permitido si es que no deben facilitarlos mediante acciones determinadas.

18. *Aclaraciones finales.* Queda probado, pues, que no se puede excluir una relación de generación entre la ley preceptiva moral y la ley permisiva jurídica por la mera razón de que un precepto tenga incapacidad de producir una permisión, pues efectivamente puede causarla o conllevarla, y así no es difícil de comprender que, p. e. el deber de no matar impuesto a cada persona comporta u origina –según se entienda– el derecho o facultad de vivir de los demás; el deber de no mentir, el derecho a la veracidad, etc.

Así pues, lo que Fichte no se explicó y luego negó existe y es fácilmente explicable. De una ley expresamente preceptiva se puede derivar y se origina realmente una permisión, ya sea *directamente* por el aspecto permitente que comporta el preceptuar tal como lo concibe Suarez, o bien *indirectamente* a través de la obligación que causa la ley preceptiva, tal como lo concibe Kant y expondremos ahora brevemente. Con esto nada queremos afirmar sobre si la moral se deduce o no de alguna manera del derecho sino sólo que Fichte no puede basar precisamente en esta razón la no existencia de esta relación. Aquí sólo se trata de mostrar el error en que se apoyó Fichte, que es el formular una concepción exclusivamente permisivista del derecho, unida a una concepción exclusivamente preceptivista de la moral, esto es, la de entender el derecho meramente como facultad o permisión y ley permitente, y a su vez a la moral como deber u obligación y ley precípiente.

Si era explicable que Fichte desconociera la teoría de Suarez no lo es que no tuviera en cuenta la de su maestro Kant, aunque no fuera más

que para desecharla críticamente. Kant había rechazado la tesis de la existencia de leyes directamente permitentes sin embargo defendió expresamente la existencia de las permisiones o facultades tanto morales como jurídicas de forma indirecta, a través de las obligaciones creadas por las leyes preceptivas; de modo que a causa de las leyes preceptivas y a través de las obligaciones que éstas producen, se originan finalmente las permisiones. Esta teoría es distinta de la de Suarez porque según la de este autor la permisión trae siempre un origen directo de la misma ley; las facultades no se derivan directamente de las obligaciones y sólo en último término de la ley como entiende Kant. En Suarez se derivan directa, explícita y manifiestamente de las leyes expresamente permitentes, y asimismo directa, implícita y veladamente de las leyes expresamente preceptivas. De todas formas es preciso recordar que aunque Fichte no hubiera cometido este error y *hubiera probado* suficientemente la inexistencia de la concreta *relación de generación* de la moral respecto del derecho, con esto sólo no habría demostrado todavía la independencia de uno y otro ordenamiento porque ello exige probar la inexistencia de cualquier relación intrínseca entre ambos. Y después de este apunte pasamos ya a completar la segunda crítica.

De igual manera que a causa de la misma estructura de la norma es absolutamente imposible permitir y a la vez preceptuar los mismos actos a las mismas personas, tampoco a unas mismas personas se les puede permitir y prohibir a la vez los mismos actos. En cambio sí es posible esta última contradicción –lo mismo que la anterior– si se da entre dos leyes jurídicas distintas creadas por el poder político de modo que una de ellas prohíba lo mismo que otra permita. Otra cosa es que no podrán persistir las dos a la vez y que una de ellas de acuerdo con los criterios de coherencia establecidos dejará de ser derecho. Por tanto, si *de hecho* se da una semejante contradicción entre normas, tal contradicción no tiene que ser *necesariamente* entre normas jurídicas y morales tal como tiene que entender Fichte a causa de la concepción exclusivamente permisionista y preceptista del derecho y de la moral. Pero aún suponiendo que una norma jurídica *creada de hecho* por el Poder político fuera *contraria* a una moral en el sentido de que *lo permitido* por una norma de derecho *fuera prohibido* por una norma moral tal como piensa Fichte, de ella no se podría rigurosamente deducir que es consecuencia de una necesaria independencia del ordenamiento jurídico respecto del moral sino sólo que de hecho se ha hecho surgir una discordancia u oposición entre dos ordenamientos distintos debido a sus diferentes principios de validez. Pero no se podría prejuzgar ya ni por ello resolver sin aportar las razones adecuadas que aquellos ordenamientos no tienen ninguna relación, como tampoco que tengan alguna determinada, pues cualquiera de estos dos supuestos habría que fundamentarlos y probarlos *racionalmente*, pues *los hechos* pueden ser justificados por estar de acuerdo con lo que corresponde ser o injustificados por estar en desacuerdo con ello.

¿No es posible pensar, aunque no sea más que como hipótesis a verificar o a falsear con razones pertinentes, que entre estos ordenamientos moral y jurídico existe una relación de subordinación del jurídico al moral, de modo que las normas morales prevalecen sobre las jurídicas y anulan a estas en el caso de que de hecho se crea una norma jurídica que contradiga a otra moral?. Esto habría que probarlo pero igualmente la existencia de la independencia; tampoco ésta se puede dar por demostrada por la simple existencia de hecho de normas contradictorias entre estos ordenamientos.

Dicho de otro modo, si el poder político llegara a establecer normas jurídicas enfrentadas con las de la moral, de este hecho no se puede ni inducir ni deducir que racionalmente, o justificadamente por la razón y no sólo de hecho, el derecho puede permitir lo que prohíbe la moral; y que tal norma continua siendo igualmente derecho, pues a la mejor la razón exige que tal norma no podía crearse y en consecuencia que no puede persistir. Sin embargo Fichte cree que es verdadero lo primero, pero sin demostrarlo, pues para ello se fundamenta sólo en el hecho de que la gente lo estima así, pero ya hemos visto que esto no es fundamento racional alguno.

En general suponiendo el caso de que aparezcan tales contradicciones, sin duda que de hecho se presenta la necesidad de demostrar por la razón, o la carencia de toda relación entre ambos ordenamientos, con lo que quedaría justificada la contradicción de hecho, o bien la existencia de alguna relación que según fuera podría por lo menos mostrar la irracionalidad de la existencia de la norma jurídica, o la pérdida de su razón de ser, o la imposibilidad y por ello nulidad de su existencia, etc.

Por último podemos preguntar: ¿Por qué cree Fichte que no decae y permanece como tal una norma jurídica en el caso de enfrentamiento con otra moral?. Pues porque así lo acepta dogmáticamente como si fuera una verdad lo que ni discute y desde luego no demuestra que lo es. Admite dogmáticamente la oponibilidad del derecho a la moral con la creencia de que no por ello el derecho deja de ser derecho porque —no da otra razón— así lo entiende la gente en general. Y con ello sobreentiende o prejuzga sin razón sino también dogmáticamente porque lo es su apoyo la independencia del derecho respecto de la moral.

La teoría de Kant exige excluir la posibilidad de todo enfrentamiento del derecho a la moral por razón de que en el caso de contradicciones normativas prevalece la norma más fundada que es la moral, y también porque no se puede someter a un mismo sujeto a exigencias incompatibles. Si existe un deber moral *de evitar* algo, no puede existir una facultad jurídica de hacerlo. Y si hay un deber moral *de hacer* algo, no puede existir una facultad jurídica de no hacerlo. Su discípulo Fichte se separa en esto de su maestro y acepta la contradicción aunque dogmáticamente, sin aportar una fundamentación racional que cause prueba, sino aceptan-

do sin discusión alguna hechos de opinión como elementos de prueba; tomando hechos de creencias por verdades racionales, sin que realmente trate de demostrar la verdad de las creencias para convalidar los hechos o la falsedad de las mismas para invalidarlos. Y sin embargo cree, porque él así lo afirma, que la independencia y por ello separación del derecho de la moral se desprende de la misma razón. Según sus mismas palabras transcritas ya: "No se precisan artificios para separar derecho y moral... Ambas ciencias están ya originariamente, y sin nuestro asenso, separadas por la razón, y son completamente opuestas." Pero lo que ha hecho es justo lo contrario, no ha demostrado por la razón la independencia y ha aceptado dogmáticamente, deliberadamente o no, la misma.

Sin embargo debido a su concepción de la norma jurídica, reducida a ser sólo permisión o facultad, el enfrentamiento posible es únicamente entre permisiones jurídicas en todo caso y prohibiciones, o también preceptuaciones morales; pero se hace imposible, por no ser preceptivo el derecho, la oposición frontal entre derecho y moral, de modo que pueda entenderse que el derecho puede mandar o prohibir exactamente lo contrario que la moral, de manera que una norma jurídica puede preceptuar lo que prohíba una ley moral o bien, prohibir lo que la moral preceptúa. Esta posibilidad de contradicción la admitirán y hasta defenderán los autores pertenecientes al positivismo jurídico, y también Kelsen entre los modernos.

Blas Ramos Sobrino en su centenario: Perfil humano e intelectual⁽¹⁾

Por SALVADOR RUS RUFINO

León

1. PERFIL BIOGRÁFICO

La tarea de biógrafo es ciertamente complicada. Más difícil aún cuando no se ha conocido directamente al personaje. Esta complicación aumenta si no hay posibilidad de hablar con alguien que lo haya tratado o recibido su magisterio.² Tampoco puede encontrar a ningún familiar. Las únicas fuentes de información han sido, por una lado, los apuntes biográficos que hacen tanto Jorge Guillén en el prólogo a la *Necrológica de Canseco*, como su sobrino Luis González Sobrino en dos de los libros publicados; de otro, los datos fríos que ofrecen los documentos oficiales: libros de actas de Facultades, expedientes, etc. encontrados en los archivos de las distintas universidades.

Blas Ramos nació en Tiedra, un pueblo castellano, el día 30 de agosto de 1891, esta población "le había dado su temple, su frotaleza y su austeridad".³ Allí pasó los primeros años hasta que fue a cursar el bachillerato a Valladolid en el Colegio "La Providencia", lugar donde Ramos y Guillén se conocieron.⁴ Después de terminar el bachillerato en 1908 se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.⁵

1. Debo agradecer la ayuda prestada al Profesor BENITO de CASTRO CID y a Don BEJAMIN RIVAYA GARCIA, tanto por los consejos recibidos de ellos, como las facilidades dadas para poder recabar la información necesaria para completar el trabajo.

2. Esto último era difícil porque sus últimos alumnos españoles de Filosofía del Derecho fueron los que estaban en la Universidad de Valladolid en el curso 1935-36 y el más joven tendría 77 o 78 años.

3. GUILLEN, J., *Necrológica de Canseco*, Málaga 1967, p. 14.

4. GUILLEN, J., *Necrológica de Canseco*, p. 15.

5. Los datos que voy a reseñar se encuentran, entre otros lugares, en el legajo 731 del Archivo de la Universidad de Valladolid.

En esta *su* Universidad cursa toda la “carrera” con notas brillantes.⁶ Obtuvo el Grado de Licenciado el 14 de junio de 1912.⁷

Concluida la Licenciatura en Valladolid solicitó su ingreso en los cursos de doctorado de la Universidad Central, que era la única que podía conceder el Grado de Doctor. Ramos pasó el curso 1912 a 1913 en Madrid. La tesis llevada como título *La concepción social de Rousseau*.⁸ El acto de defensa fue el día 24 de junio de 1913, su director fue Francisco Giner de los Ríos. Estuvieron en el tribunal los Profesores Montejo, González Pasada, Pérez de Vargas, Moret y Goicoechea, recibió la calificación de sobresaliente.

Ramos orientó su vocación profesional hacia la Filosofía del Derecho. No cabe duda que el magisterio de Laureano Díez Canseco en Valladolid contribuyó de forma decisiva a tomar la decisión de seguir este camino, “fue el Sócrates que Blas Ramos necesitaba: gran maestro en la lección y más aún en el diálogo íntimo. A la sabiduría juntaba una fuerza mental que elevaba los hechos de la historia al plano filosófico. Don Laureano era precisamente el modelo del intelectual puro. No escribía. Indagaba, pensaba, charlaba, Ramos descubrió en Canseco la figura ideal del hombre que él quería ser”.⁹ Es fácil imaginar ambos paseando por las calles de Valladolid o Madrid, enfrascados en una conversación en la que se desgranarían los temas más variados cumpliendo aquello de que “el dialogar ameno acorta los caminos”.¹⁰

Esta afición por la filosofía que había nacido en Castilla, crecido en el contacto con Canseco y madurado en Madrid de la mano de Giner, le impulsó a seguir la sentencia de Saavedra Fajardo “ninguna juventud sale acertada en la misma patria”. Aprovechó una beca de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas y se marchó a estudiar con dos grandes juristas, primero en Halle (Prusia) fue alumno de Stammler, más tarde en Viena recibió el magisterio de Kelsen, corría el año 1914.¹¹ Cuando estalló la Gran Guerra, volvió a España y poco tiempo después, los años 1916 y 1917 los consumió en la Universidad de Columbia, en New York, esta vez fue alumnos de J. Dewey.

6. En el expediente académico personal constan 11 matrículas de honor, 3 sobresalientes, 3 notable y 1 aprobado.

7. Los temas que le tocaron desarrollar fueron dos: a) Examen positivo y crítico de los medios de prueba combinados de peritos y de reconocimiento judicial en el juicio civil. b) Concilios de Toledo, curias y cortes. Diferencias y especial carácter de estas asambleas.

8. Se conserva un ejemplar mecanografiado en el Archivo de la Universidad Complutense de Madrid, exp. 2880.

9. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, pp. 15-16.

10. SANCHEZ ALBORNOZ C., Una ciudad de la España Cristiana hace mil años. Estampas de la vida en León, 5.ª edición, Ed. Rialp, Madrid 1966, p. 33.

11. Cfr. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 17.

En 1917 se convoca la cátedra de Derecho Natural de la Universidad de Granada por fallecimiento de su titular Pablo Peña Entrala. En el expediente de la primera convocatoria existen una serie de recursos de Ramos para conseguir ser admitido. Al final la oposición quedó vacante.¹²

Un año más tarde se vuelve a convocar a concurso la cátedra de la universidad granadina. Entre los firmantes estaban, además de Ramos, Mariano Puigdollers, Miguel Sancho Izquierdo, Francisco Rivera Pastor, entre otros veintiseis. En esta ocasión Ramos obtiene los tres votos necesarios para poder ser propuesto catedrático de "Elementos de Derecho Natural" el día 6 de mayo de 1918.¹³ Su nombramiento es del día 15 de junio del mismo año. Fue a Granada que por aquel entonces era una ciudad donde estaba fermentando el germen de su posterior florecimiento artístico, musical y literario que la convirtió en un centro cultural importante. Allí coincidió con Fernando de los Ríos y García Sanchís.¹⁴

Pronto cambió los aires de Sierra Nevada, por la luz del Mediterráneo. Durante el curso 1918-19 se trasladó a la Universidad de Valencia. Llegó allí en virtud de un concurso de traslado.¹⁵ La plaza había quedado vacante por el fallecimiento del titular Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués. Se incorporó a la Universidad meditado el curso. Durante su estancia se modificó y aprobó, el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho, en el que se produce "la sustitución del Derecho Natural por una Teoría General del Derecho,"¹⁶ llevado de este modo a la Licenciatura lo más estrictamente jurídico de aquella reservando para el Doctorado la Filosofía del Derecho",¹⁷ la resolución se ampara en el R.D. de 21 de mayo de 1919. Al final del curso, recibió un beca del Gobierno para ampliar estudios en los Estados Unidos,¹⁸ es de suponer que estuvo durante todo el curso siguiente allí.¹⁹ En las actas de la Facultad no vuelve a aparecer hasta el año 1921 donde se ofrece para hacer un viaje a Rusia con el

12. Archivo General de la Administración, Sección Educación y Ciencia leg. 5364-3, en adelante citado AGA. A los ejercicios acudió sólo FRANCISCO RIVERA PASTOR que no resultó elegido.

13. AGA, Educación y Ciencia, leg. 5362-3. El tribunal estaba compuesto por ANTONIO ROYO VILLANOVA, ADOLFO GONZALEZ POSADA, FCO. JAVIER GONZALEZ de CASTEJON y ELIO, EDUARDO CALLEJO de la CUESTA y ALVARO CALVO ALJAFEME. RAMOS fue votado por Los tres últimos en la segunda votación, en la primera sólo alcanzó el voto de CALLEJO.

14. Cfr. GONZALEZ RAMOS, L., "Lección 10.ª", en RAMOS SOBRINO, B., *Un maestro y diez lecciones de filosofía del Derecho*, Madrid 1979, pp. 115-116.

15. Cfr. el acta del 15 de marzo de 1919.

16. En el cuadro análogo que existe en las actas de los días 3 de mayo y 7 de junio de 1922 el Derecho Natural se divide en Teoría General del Derecho y Técnica Judicial, ambas asignaturas están atribuidas a BLAS RAMOS.

17. Acta del 30 de mayo de 1919, estando todavía allí se hace efectivo ese plan de estudios véase las actas de los días 3 de mayo y 6 de junio de 1922.

18. Acta del 7 de julio de 1919.

19. En el Acta del 30 de septiembre de 1919 se acuerda que el auxiliar JOSÉ GARCIA MARTINEZ desempeñe la cátedra de Derecho Natural durante la ausencia del Sr. Ramos pensionado por el Gobierno.

objeto de estudiar la implantación del nuevo régimen marxista allí establecido.²⁰ En la misma Universidad ofreció en los meses de marzo y abril de 1921 un ciclo de conferencias bajo el título general: “Problemas y direcciones fundamentales de la filosofía social contemporánea”, estas lecciones aparecerían publicadas en los Anales de la Universidad de Valencia, publicación que nunca he encontrado.²¹ Su estancia en Valencia —casi seis cursos académicos— termina cuando permuta la cátedra de Valencia con la Sevilla con Mariano Puigdollers.

Ramos vuelve a Andalucía, esta vez a la parte occidental el día primero de marzo de 1924.²² En la Universidad de Sevilla tuvo como alumnos a Ignacio Sánchez Mejías, Carlos Ollero, etc. Conoció a Ramón Carande, que fue Rector durante su estancia, con quien siempre le unió una gran amistad. Prueba de la cordialidad de sus relaciones es la anécdota que cuenta J. Guillén. “En cuanto su profesión se lo permitía, a París marchaba. No siempre era fácil retrasar el regreso. El rector de la Universidad de Sevilla, Ramón Carande, le obligó en cierta fecha a volver. “Entró en mi despacho exclamando: “Está visto que es usted un rector provinciano”, y agrega Carande con elegancia de buen europeo: Verdad como un puño”.²³ Estando en París en el curso 1932-33, porque tenía licencia de la Universidad al no haber alumnos matriculados en sus asignaturas, se convoca el concurso de traslado la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valladolid. En el expediente de Ramos se conserva una carta manuscrita dirigida al Secretario General de la Universidad de Sevilla en la que duda de la conveniencia y oportunidad del traslado, pero no quiere dejar pasar la oportunidad de volver a su universidad. Finalmente es nombrado catedrático de la Universidad de Valladolid.

La vuelta a su tierra natal marca el final de la andadura académica de Ramos en España. Supongo que en Valladolid se sentiría como “pez en el agua”, pero no podía imaginar que su carrera quedaría truncada en su ciudad, en su propia Universidad, en el mismo lugar donde había comenzado su singladura. Tomó posesión el día 31 de octubre de 1933 y fue titular de la cátedra de Filosofía del Derecho hasta el 24 de diciembre de 1936, día en que fue suspendido de empleo y sueldo. Ramos estaba en París desde el verano de 1936, no pudo defenderse de las acusaciones que se vertieron contra él. El 21 de agosto de 1937 la Junta Técnica del Estado lo separó definitivamente del servicio y lo inhabilitó para ocupar o desarrollar cargos directivos y de confianza en instituciones culturales y

20. Acto del 1 de febrero de 1921. RAMOS conocía el ruso y lo hablaba con fluidez, Cfr. GONZALEZ RAMOS, L., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 12, (prólogo).

21. GONZALEZ RAMOS, L., *Un maestro y diez lecciones...*, citt. pp. 125-126.

22. Los datos de RAMOS se encuentran en el archivo de la Universidad de Sevilla leg. 1994 B, n.º 6. Los libros de actas de la Facultad de Derecho no los pude localizar.

23. GUILLEN, J., *Necrológica de Canseco*, p. 24.

de enseñanza.²⁴ Este es el último acto de Ramos como catedrático de universidad en España. No volvió, murió, casi veinte años más tarde, en Francia donde se ganó la vida como pudo: unas veces dando clases de español en la Ecole Normale de Auch, otras jugando a la Bolsa y en fin, durante la ocupación alemana vendiendo, libros bellamente ilustrados.²⁵

Los testimonios que han llegado coinciden en afirmar que Blas Ramos era un excelente profesor. Sus explicaciones no se ceñían a ningún programa establecido, ni sus lecciones constituían un curso tal como hoy lo entendemos, para él, “el Derecho Natural era una invitación a las ideas generales. Algunas veces se ceñía el profesor a un programa orgánico. Durante los últimos cursos no había programa. Ramos se presentaba ante sus oyentes y preguntaba: ¿De qué quieren ustedes que les hable hoy? Se necesitaba gran aplomo y excelentes instrumentos para afrontar el tema improvisado”.²⁶ Su fama de conversador al estilo socrático le permitía salir airoso de estos retos, porque con la mayéutica conducía al auditorio por los derroteros que él quería. En el diálogo lograba descubrir la verdad, pero a la vez, se la mostraba –sin esfuerzo adicional– a los demás, “el profesor estaba siempre dispuesto al debate, a esa búsqueda de la verdad que se desenvuelve en común dialogando”.²⁷

Sus clases serían más que una *lectio* magistral, una continua sugerencia, un estímulo a pensar, a buscar o investigar cada uno por su cuenta. Ante los alumnos mostró que el caminar el pensamiento humano a lo largo de la Historia está jalonada por las huellas que animan a fomentar la vida de la inteligencia. Por eso, para él, la meta que se impuso fue cumplir una triple obligación: pensar, enseñar a pensar, aprender a pensar. Así lo dijo el Director de la Ecole Normale en el breve discurso que pronunció con motivo de su muerte: “Un hombre dá une culture remarquable, un esprit libre e un pedagogue de premier ordre. J’ai eu l’occasion d’assister à quelques unes de ces séances de conversation qu’il préparait avec une scrupuleuse consciencie et qu’il conduisait sur un ton simple et familier aut point que l’effort de préparation ne s’y sentait plus. J’ai été chaque fois heureusement frappé et de la qualité de ce qu’il enseignait et de la forme qu’il savait donner á ses leçons, qui ne ressemblait plus de leçons. C’est una leçon permanente de courage que nous donnait cet homme... méditant, lisant dans le texte Shakespeare, Goethe, Schopenhauer, Descartes, Bergson, et dissertant de peinture ancienne et moderne, de philosophie grecque, de littérature, un homme que nous avions l’habitude

24. El expediente de depuración no lo he podido consultar, dada la reserva que existe sobre este tipo de documentos en el Archivo General de la Administración. Los datos que se citan están tomados del Archivo Universitario de Valladolid en el libro de Registro de Personal Facultativo, signatura 2946, p. 109.

25. Cfr. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, pp. 25-26.

26. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 19.

27. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 20.

de retrouver toujours prêt à accueillir nos questions. Il ne me semble pas possible que sa place doive désormais rester vide”.²⁸

Toda la vida es un continuo tender hacia metas cada vez más ambiciosas, su existencia fue una incesante búsqueda que le llevó a ocuparse de las más variadas cuestiones y a leer todo lo que de útil caía en sus manos. Su *curiositas* estaba exenta de frivolidad, no tenía límite, su mente siempre activa, buscaba ideas, no las anécdotas triviales²⁹. Ramos siempre estaba en la búsqueda del por qué, la razón última que explica tanto los acontecimientos, como la propia realidad; por eso puede ser llamado filósofo.³⁰ Pero era un pensador desprovisto de toda vanidad, tal ausencia “constituía uno de los rasgos radicalísimos, excepcionales, únicos de aquel asceta castellano”.³¹

Su espíritu no soportaba la adscripción a partidos, las capillitas intelectuales, las escuelas; fue por eso por lo que marchó a Europa, en busca de libertad y anonimato. Las palabras del poeta J. Guillén son muy ilustrativas: “Blas Ramos Sobrino, quedó, pues, en tierra francesa –que siempre le fue cara. Aquel hombre, tan bravía y espontáneamente español, no pudo acabar su vida en su país. Español europeo, y no sólo por ser español. Europa había sido su horizonte: el horizonte que exigía un intelecto en libertad. Aquella afanosa defensa del espíritu autónomo es tal vez incomprensible hoy para muchos, acuartelados en la plúmbea torre dogmática”.³²

2. AMBIENTE INTELECTUAL³³

Ramos se encuentra en un contexto filosófico que acababa de superar la crisis de pensamiento teórico que se produce en el siglo XIX, momento que para muchos es el peor de la humanidad desde el punto de vista filosófico. Durante este período la filosofía cede ante el dominio casi absoluto de las ciencias positivas, las ciencias oscurecen las exigencias de la filosofía, al mismo tiempo, el empirismo y el agnosticismo, sugestionados por la realidad inmediata y aparicencial, descalificaron la realidad primaria y más veraz, llegando a suprimir por completo la actividad filosófica.

28. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, pp. 26 y 28-29, véase también, GONZALEZ RAMOS, L., Un maestro y diez lecciones..., cit. p. 117.

29. Cfr. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 22.

30. El mismo escribió que “el filósofo es el que por su amor al saber ve más que los demás. Si no ve más su amor al saber, sólo puede tener un valor secundario”, RAMOS SOBRINO, B., El derecho y el hombre actual, 1969, p. 115.

31. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 23.

32. GUILLEN, J., Necrológica de Canseco, p. 29.

33. Tanto para la crisis de la filosofía en los últimos años del siglo XIX, como su posterior recuperación en los primeros años del siglo XX existen excelentes estudios que se han tenido en cuenta para elaborar este trabajo, no han sido citados para no recargar el texto con más notas.

Esta crisis general del pensamiento afecta también al mundo del derecho. Pero a medida que surgen nuevas tendencias filosóficas se produce un despertar del interés por la reflexión teórica, y las ciencias no positivas van recobrando su dignidad. El derecho pretende emanciparse de los criterios a los que había sido sometido, se busca una justificación teórica, una respuesta a los “por qué”, a los últimos problemas del mundo y de la vida afirmando sus conexiones con el sistema general de valores. Parece que existe un clamor unánime: el Derecho debe fundamentarse en una reflexión teórica, porque los hechos que integran la experiencia jurídica están exhaustos de sentido y adquieren significación cultural referidos sólo a los valores, conocimiento que sólo la teoría puede proporcionar. Este sería el único camino posible para llegar a una fundamentación teórica de la práctica jurídica, con el fin de que ésta alcance soluciones racionales y no meramente arbitrarias.

La reacción filosófica contra el empirismo científico comenzó cuando se constata la paradoja en la que estaba sumida la ciencia carente de fundamento, sin consistencia o coherencia y sin garantías metódicas.³⁴ Ante la perplejidad que producía esta situación, el hombre aplica la razón a la comprensión y solución de los problemas prácticos, desde una perspectiva teórica. Y pretende hacer de la razón un elemento dinámico y constitutivo de la sociedad.

En el ámbito filosófico-jurídico –terreno de la razón práctica– ocurre algo parecido.³⁵ Durante el siglo XIX hubo un furor antifilosófico por parte del positivismo. En los años finales se produce un renacimiento de la filosofía jurídica. El camino recorrido hasta la reinstauración de una reflexión filosófica del derecho fue muy lento, los momentos más importantes, según Recaséns,³⁶ dentro de la misma corriente positivista son los que caracteriza la Escuela Histórica que “representa una posición neta-

34. Lo mejor que resume el problema ante el que se encontraba la crisis de la filosofía es el trilema del BARON de MÜNCHASSEN. Como es sabido el Sr. Barón tenía que cruzar un lago, pero no sabía nadar, tenía tres soluciones: a) meterse en el lago a ir atravesándolo andando, pero el lago es profundo y no podía; b) mantenerse a flote tirando de la coteta; c) nadar, pero no sabe hacerlo. Estos tres problemas son los que se hayó la ciencia, en pensamiento científico, y que no podía solucionar: a) no hace pie, es decir, que la ciencia ha perdido el fundamento, no sabe en que se funda, está constitutivamente infundada; b) la solución no es posible porque va contra un principio básico de la mecánica: el sistema no puede modificarse desde dentro, desde sí mismo, la solución dada refleja que la ciencia carece de consistencia interna, no se mantiene, no tiene coherencia; c) la racionalidad científica desde el punto de vista del método es discontinua, porque cualquier sistema de hipótesis es falsado y se encuentra que en el siguiente tramo no sabe hacerlo. La ciencia está abocada al bloqueo, es incapaz de proceder. Cfr. POLO, L. *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*, Madrid, Rialp, 1991, pp. 28-29.

35. Seguiré en la exposición el trabajo, excelente a pesar de los años transcurridos, de RECAENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico. (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, 2.ª edición, Madrid, Editorial Labor, 1936, especialmente las páginas 11-38. Son interesantes también los trabajos de LEGAZ y LACAMBRA, L., *Horizontes del pensamiento jurídico. (Estudios de filosofía del derecho)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1947, pp. 397-580; HERNANDEZ MARIN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, donde ofrece una visión de conjunto de las principales corrientes de la filosofía-jurídicas modernas.

36. Cfr. RECAENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...* cit., pp. 13-15.

mente filosófica. Pero después pierde este carácter: la negación inicial de un Derecho Natural se convertirá en un anatema omnicomprendido de toda la Filosofía jurídica propiamente dada.³⁷ En esa misma línea una serie de corrientes jurídicas, aunque no filosóficas, comienzan una paulatina separación de los planteamientos positivistas, cabría destacar el empirismo de Ihering, los intentos de instauración de una Teoría General del Derecho, la jurisprudencia etnológica, la ciencia del derecho comparado, el positivismo italiano, la sociología francesa.³⁸ Desde otra perspectiva también se va notando un progresivo acercamiento hacia la filosofía: Rosmini³⁹ y sus discípulos, el iusnaturalismo de tendencia católica que “mantiene con gran valentía el estandarte de una Filosofía del Derecho sobre la base del jusnaturalismo”.⁴⁰ Todas estas tendencias si bien han contribuido al debilitamiento del positivismo, no lo desarraigaron. De todas formas, ya en los años finales del siglo XIX, y sobre todo en el primer cuarto del siglo XX, se produce una vuelta a la consideración filosófica del derecho.

Un hito importante lo constituye R. Stammler que desde el principio lucha por la demolición del empirismo jurídico.⁴¹ La estela de Stammler fue seguida por otros autores como G. del Vecchio, B. Croce, G. Radbruch, L. Nelson, H. Kelsen, H. Binder, M.E. Meyer y un largo etcétera.⁴² Con alguno de estos autores, concretamente Stammler y Kelsen, va a entrar en contacto Ramos, tal como se ha visto en el perfil biográfico.

En España la situación podríamos decir que era bien distinta. Desde que se instauraron las cátedras de Derecho Natural estuvieron dominadas por una actitud escolástica de estricta observancia.⁴³ Y esta observación no era vana. Si miramos el panorama sólo Francisco Giner de los Ríos desde su cátedra de Filosofía del Derecho, profesa una actitud dis-

37. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...*, cit. p. 12.

38. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...*, cit. pp. 13-14.

39. Cfr. el estudio de PEREZ BUENO, F., *Doctrinas ético-jurídicas de Rosmini*, Madrid, Imprenta Blass, 1919.

40. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...* cit., p. 14.

41. Quizá el libro donde pone de manifiesto con más claridad esta actitud es el de *Die Lehre von dem richtigen Recht*, publicado en 1921.

42. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...* cit., pp. 16-17.

43. Así opinaba L. Legaz y Lacambra en “Die Tendenzen der Rechtsphilosophie in Spanien in den letzten Zehn Jahren”, *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie* XLV/e, 1959, p. 419; Cfr. GONZALEZ VICEN, P., *Deutsche und Spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des spanischen Geistes*, Tübinge, Verlag von Mohr, 1937; GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, pp. 323-338; PEREZ LUÑO, A.E., “El derecho natural en la España del siglo XX”, en PUY MUÑOZ, F., (ed.) *Derecho Natural Hispánico*, Madrid, Escelicer, pp. 123-146, 1973; CASTRO CID, B. de, *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Salamanca, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Salamanca 1974, pp. 29-32; RUBIO CASTRO, A., “Sobre la Filosofía del Derecho en España a principios de siglo XX”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 23-24 1983-84, pp. 183-186.

tinta.⁴⁴ La situación se puede resumir diciendo que desde los últimos brotes de hegelismo⁴⁵ a finales del siglo XIX se abren una serie de “tendencias menos o más vigorosas que enriquecían las posibilidades del pensamiento español. Pero casi todas estas tendencias, prolongadas desde la amplia ebullición intelectual decimonónica, iban a caer en un básico agotamiento antes de terminar la segunda década del siglo”.⁴⁶

Blas Ramos llegó a ocupar una cátedra del Derecho Natural en este ambiente intelectual, no parece que fuera un autor discrepante con la tendencia dominante ya que dos autores que podemos llamar iusnaturalistas, el Marqués de Vadillo y Callejo de la Cuesta le votan para ser catedrático, mientras González Posada krausista cultivador del Derecho Público, le negó su apoyo. Tanto el programa presentado para la oposición, como por los ejercicios, se puede deducir que, al menos, no era absolutamente discrepante con la tendencia iusnaturalista,⁴⁷ no se puede olvidar que sus escritos corresponden al período de tiempo que va entre 1913 y 1939, son más de veinte años de evolución de pensamiento, en los que se manifiesta un progresivo acercamiento a las posturas pragmáticas y marxistas, tal como se verá en el análisis de su obra en el epígrafe siguiente.⁴⁸

3. PERFIL INTELECTUAL

La obra escrita de Blas Ramos es muy reducida. Nada he encontrado impreso antes de su muerte, quizá siguió demasiado al pie de la letra el ejemplo de su maestro Laureano Diez Canseco, de quien dice en la citada Necrológica de Canseco “aún vivimos con el principio de que nadie es más que otro sino por sus obras, de no estimar en los hombres, sino lo

44. Se podría añadir que en otras cátedras de Derecho se profesaba una actitud más positivista, por ejemplo la llamada Escuela Catalana de Derecho con Manuel Durán y Bas como representante más destacado. También podemos destacar a los penalistas PEDRO GARCIA DORADO MONTERO, QUINTILIANO SALDAÑO y LUIS HERNANDEZ RICO y, finalmente, ADOLFO POSADA, cultivador del derecho público. Cfr. GIL CREMADES, J.J. *El reformismo español...* cit., pp. 303-322, 267-275 y 276-287, respectivamente. Sobre Posada se pueden consultar los trabajos de LORCA NAVARRETE, J.F., *El Derecho de Adolfo de Posada*, Granada, Universidad de Granada, 1971, y LAPORTA, F.J., *Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Edicusa, 1974.

45. Cfr. los estudios de ELIAS DE TEJADA, F., *El hegelianismo español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944; PIZAN, E., *Hegelianos en España y otras notas críticas*, Madrid, Edicusa, 1974; GARCIA, J.F., *La filosofía hegeliana en la España del siglo XIX*, Madrid, Fundación Juan March, 1978; GARCIA CUE, J.R., *El hegelismo en la Universidad de Sevilla*, Sevilla, Diputación Provincial de Sevilla, 1983; LACASTA ZABALZA, J.I., *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

46. CASTRO CID, B. de., *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches...* cit. p. 29.

47. El programa que presenta toca todos los temas normales que se trataban en la asignatura. Lo que se puede notar es una gran información tanto sobre las corrientes de pensamiento contemporánea: STAMLER, KELSEN, TRENDELENBURG, RADBRUCH, BIERLING, ILJIN, REINACH, KNAP, MARX, MERKEL, SCHUPPE, LASK, como de la historia del pensamiento jurídico. Esto mismo se nota en la bibliografía utilizada para componer los ejercicios de la oposición.

48. Me limitaré a citar la referencia a los textos de K. MARX y F. ENGELS a pie de página. Las citas corresponden a la edición *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, excepto los *Manuscritos de 1844*.

que hayan podido volcar de su personalidad en cosas y obras materiales, pero ya alborea un nuevo humanismo renegando de la supremacía de las cosas y afirmando el de las personas, que serán valoradas más por lo que fueron, que por lo que hicieron".⁴⁹ Fue precisamente este nuevo humanismo el que le impulsó a dejar escritos una serie de trabajos que vieron la luz, años después de su muerte por propia indicación de Ramos, quien tuvo conciencia clara de la importancia de los temas que allí trataba, temas que, como él mismo dijo, mantienen vigencia y actualidad.⁵⁰

3.1. *Consideraciones sobre su obra escrita*

A pesar de ese nuevo humanismo que defendía Ramos la única forma de conocer el pensamiento de un autor es, una vez que ha desaparecido, su obra escrita. Máxime en este caso donde no se ha podido encontrar a nadie que lo hubiera conocido personalmente.

En mi opinión, si Ramos no publicó durante su vida activa, fue porque todavía no había cerrado su sistema. Su pensamiento fue en constante evolución desde su contacto con Díez Canseco, pasando por Giner de los Ríos, Stammler, Kelsen, Dewey, la filosofía marxista, la sociología y la economía. Durante un período de tiempo que podemos situar entre los años 1913 y 1939, está continuamente reelaborando su pensamiento.

Estas limitaciones temporales pueden parecer arbitrarias, y de alguna forma lo son. No obstante hay que tener en cuenta que los trabajos publicados de Ramos, son anteriores a la fecha de publicación, pero casi todos están concluidos entre el final de la década de los veinte y durante la década de los años treinta. El trabajo más completo y también de más difícil datación es *El derecho y el hombre actual*. El estudio tienen su primer esbozo en la oposición de 1918 donde entrega junto con unas páginas manuscritas otras mecanografiadas bajo el título *Criterios de valoración jurídica*. Me inclino a pensar que *El derecho y el hombre actual* era un infolio que llevó siempre consigo y que fue retocando conforme reflexionaba sobre las continuas transformaciones históricas y sociales que se producían en el momento que él vivió. Son claras las referencias al período final de entreguerras: crisis económica del 29, ascenso de regímenes totalitarios, tensión internacional e ineficacia de la Sociedad de Naciones para restablcer la paz entre los estados, consolidación del sistema comunista, etc. Todo lleva a pensar que se trata de una obra reelaborada —de fôrma parcial— en sucesivas ocasiones. Existe un dato importante en el expediente de Ramos de la Universidad de Sevilla. En una carta escrita desde París al Secretario General de la Universidad Ramos cuenta que ya ha dado orden a su sobrino Luis González Ramos para que pre-

49. RAMOS SOBRINO, B., *Necrológica de Canseco*, cit., p. 48.

50. Cfr. GONZALEZ RAMOS, L., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 11, (prólogo).

senta al concurso de traslado de la Cátedra de Valladolid el mismo trabajo que presentó a la oposición de 1918.

La obra sobre la que se puede reconstruir su perfil intelectual es la siguiente. La tesis doctoral titulada *La concepción social de Rousseau*. Y tres libros publicados por L. González Ramos: *Un maestro y diez lecciones de Filosofía del Derecho*.⁵¹ Y los dos libros que llevan el mismo título *El Derecho y el hombre actual*.⁵² El contenido más neto de su pensamiento filosófico jurídico se encuentra en el este último libro y por tanto vamos a centrarnos en él para trazar su perfil intelectual. Se trata de su obra más acabada.

L. Recaséns, que conocía bastante bien a Ramos, hace un breve resumen de su pensamiento y afirma que el profesor de Valladolid⁵³ es un “espíritu agudo, desarrolla en su cátedra una labor orientada hacia nuevas tendencias; y sostiene una doctrina colectivista con notorios influjos del pragmatismo de Dewey. Trata de encauzar la filosofía jurídica hacia la elaboración de soluciones prácticas, que sirvan de remedio a la crisis social”.⁵⁴ Estas palabras pueden ser el mejor preámbulo para comenzar a exponer el perfil intelectual de Ramos.

3.2. *Visión crítica del pensamiento de su época*

El trabajo *El derecho y el hombre actual* está dividido en seis capítulos. Los dos primeros son propedéuticos y están dedicados a la exposición de la situación de la filosofía en general y de la Filosofía del Derecho en particular. Esta situación se califica con la palabra crisis.

El pensamiento teórico, como hemos visto, estaba sumido en una profunda sima, desde la que sólo es capaz de ver un problema, la justificación de su propia existencia.⁵⁵ Tanto el diagnóstico como el sucinto análisis

51. Texto publicado en Madrid el año 1979.

52. El primer libro fue publicado en 1969 con el subtítulo *Filosofía. El hombre y la máquina. Decadencia de los principios jurídicos de la burguesía* y el segundo editado en 1976 con el subtítulo *Derecho individual y social. Población y producción. Trabajo y ocio*. Ambos subtítulos reflejan con fidelidad el contenido de cada uno de estos trabajos. Serán citados como *El derecho y el hombre actual 1969* y *El derecho y el hombre actual 1976*.

53. Fue RAMOS quién sustituyó a RECASÉNS en la Cátedra de Valladolid, véase el libro 2946 del Archivo Universitario de Valladolid, p. 209.

54. RECASENS SICHES, L., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1936, p. 482. El mismo Recaséns había escrito antes “BLAS RAMOS SOBRINO, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, espíritu agudo y de amplia visión —que ha estudiado en varias Universidades de Europa y América— realiza en su Cátedra una labor renovadora orientada hacia las más modernas tendencias” en del VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1930, pp. 298-299, el texto está tomado de las extensas adiciones a la obra de G. del VECCHIO. Como puede verse el juicio de RECASENS no pone de manifiesto la influencia del marxismo en el pensamiento de RAMOS, quizá en la época en que escribe RECASENS esta tendencia no existía o no era tan clara en RAMOS.

55. BLAS RAMOS SOBRINO, *El derecho y el hombre actual. Filosofía. El hombre y la máquina. Decadencia de los principios jurídicos de la burguesía*, Madrid 1969, p. 51.

que hace de la situación de la filosofía viene a decirnos que no es capaz de dar respuesta a la crisis, que se caracteriza sobre todo por el profundo cambio que está sufriendo la sociedad. Esta incapacidad para dar explicación y solución es lo que llevará a Ramos a concluir la impotencia e inutilidad de la actual filosofía. La reflexión filosófica ha dejado de plegarse a la realidad y en sus reflexiones huye de ella. Ante la deserción proclama una vuelta al hombre actual, a la humanidad existente.⁵⁶ Se trata de mirar hacia un hombre que “ha incrementado de modo insospechado su dominio sobre la naturaleza, ha ampliado las posibilidades de su actuación sobre su medio ambiente, sobre sus circunstancias”, todo esto lo ha logrado gracias a los avances tecnológicos y científicos.⁵⁷ Y como la filosofía, el derecho y la filosofía del derecho no dan una solución adecuada a estos problemas planteados, él, a lo largo de toda su obra, va a intentar desde su propia perspectiva aportar soluciones a la situación histórica.

La intensa y extensa crítica de Ramos a todos los sistemas filosóficos de su época, tiene concomitancias con el intento destructor de las ideas predominantes en el ambiente filosófico alemán de la época de K. Marx. Es sabido que tanto él como F. Engels lanzaron su *Ideología Alemana* contra la filosofía de Hegel y, sobre todo, contra los jóvenes hegelianos cuya filosofía estaba situada en un plano abstracto e ideal, que impedía cambiar la realidad. En la *Ideología Alemana* intentan transmutar esa misma realidad y conseguir, por ende, que se cambien las ideas. Se da una importancia primordial a la praxis que no es más que el contenido de la famosa tesis 11ª: “Los filósofos se han contentado con dar diferentes interpretaciones del mundo; lo que importa es transformarlo”.⁵⁸

En la obra muestra una visión pesimista de la historia del hombre puesto que “aún no ha sabido resolver el problema de la convivencia pacífica de la especie humana y el de la cooperación social bajo el imperio de la justicia”.⁵⁹ Con estas palabras Ramos resume todo el contenido del libro: buscar unos criterios de justicia válidos —aceptados y aceptables— para la sociedad actual, de forma que la convivencia entre los hombres sea pacífica. En suma, que la justicia se constituya en el fundamento de la vida social.⁶⁰

56. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 59. Es la misma actitud que de ENGELS, F.-MARX, K. *Die Heilige Familie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 2. p. 204.

57. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 62.

58. Cfr. ENGELS, F.-MARX, K. *Deutsche Ideologia*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 3, pp. 7 y 40.

59. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 65.

60. Ya RAMOS en sus lecciones sobre filosofía del Derecho, había afirmado que unas de las tareas básicas de la reflexión teórica sobre el derecho era la justicia, es decir, cuándo un derecho se puede considerar justo, *Un maestro y diez lecciones de filosofía del derecho*, Madrid 1979, p.4.

3.3. Juicio sobre el avance tecnológico

La sociedad que reconocía Ramos estaba marcada por un hecho: el maquinismo que había intentado, dentro de su optimismo, sustituir al hombre por la máquina.⁶¹ El denuncia esta pretensión y afirma que si llegara a suceder se caería en la esclavización del primero por la segunda y, en consecuencia, la sociedad desaparecería. La máquina ha sido inventada y construida por el hombre para mejorar su vida, se trata de utilizarla para ampliar las posibilidades del hombre,⁶² no hay que suprimir la técnica, ni prescindir de los inventos, sino de usarlos adecuadamente. Una vez más, Ramos mira al hombre actual que está en la sociedad, y que de su contacto con naturaleza ha arrancado los secretos que le han servido para mejorar sus condiciones de vida, la naturaleza es cada vez más producto de la acción humana. En manos del hombre la naturaleza se convierte en un objeto que está sometido a transformaciones por el trabajo del hombre, y adquiere forma y modalidades que no tenía en un principio.⁶³ Es una crítica al iusnaturalismo que considera sólo al hombre arquetipo, o teórico, propugnando una naturaleza humana inmutable sobre la que debe asentarse el derecho y la sociedad.⁶⁴

Ramos propone en consecuencia, una filosofía del derecho que sea efectiva, pragmática que se apoye en dos supuestos: de un lado la capacidad del hombre para actuar sobre sus circunstancias, es decir, la dinamicidad humana, de otro, considerar la realidad social lejos de todo idealismo.⁶⁵ Esta huida del idealismo está muy en consonancia con su concepto de filosofía que pretende superar la antinomia teoría-práctica afirmando que la filosofía “no es sólo ciencia, sino también *ars vivendi*, concepción total de la vida”.⁶⁶

61. Cfr. MARX, K., *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 23, pp. 393-398 y 400-404, expone el cambio radical en el modo de producción y cómo este cambio puede llevar a la degradación del individuo puesto que el movimiento mecánico de la máquina es independiente de la destreza e inteligencia del hombre (p. 194).

62. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 81. La máquina es el medio del que dispone el hombre para dominar la naturaleza. Es un invento que MARX admite como bueno porque manifiesta el triunfo de la inteligencia del hombre, pero en el sistema capitalista la máquina se convierte en capital, en medio o instrumento de esclavitud del hombre en beneficio exclusivo del capital, cfr. MARX, K., *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz, Tomo 23, p. 465.

63. Cfr. ENGELS, F.-MARX, K. *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 3, pp. 44-45. Véase también ENGELS, F., *Dialektik der Natur*, en *Marx-Engels Werke*, Dietz Verlag, Tomo 20, p. 43.

64. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 85.

65. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 86. En las lecciones afirma que la filosofía del dercho debe estar en contacto con la Demografía, la Estadística social, la Economía, la Antropología y la Sociología, pues todas estas ciencias estudian al hombre desde un punto de vista social con diferentes métodos y distintas perspectivas, *Un Maestro y Diez lecciones...* cit. pp. 30-33.

66. RAMOS SOBRINO, B., *Un maestro y diez lecciones...* cit., p. 35, como se ha visto antes forma parte también de su planteamiento pragmático.

El dinamismo del hombre sobre la naturaleza y su entorno fue visto por K. Marx⁶⁷ y J. Dewey⁶⁸ al afirmar que el hombre mediante un proceso de continuo avance y usando sólo sus progresos científicos ha conquistado la naturaleza. El pensamiento para Dewey no era algo absoluto, una especulación en el vacío, ajeno a cualquier realidad, es todo lo contrario, "una forma desarrollada de relación activa entre un organismo vivo y su ambiente".⁶⁹ Dewey afirma que uno de los rasgos esenciales del hombre su capacidad de plantearse problemas que se renuevan sin que la solución de uno sirva para el siguiente, el hombre siempre se encontrará ante un nuevo problema. Por eso debe estar continuamente en tensión y mirando a la realidad, porque no sabe cuál va a ser el próximo problema que debe resolver. Esto lleva a negar la posibilidad de enseñar al hombre.⁷⁰ En suma, Dewey asigna a la filosofía la función crítica y constructiva, que lo configura como un conocimiento esencialmente práctico.⁷¹

Esa conquista se resume en dominio semejante al que ha hecho la ciencia con la naturaleza. Una vez que la naturaleza se ha sometido, siguiendo el planteamiento de Dewey,⁷² Ramos va a enfrentarse con los grandes problemas que se plantean en las relaciones dentro de la sociedad "por ello, las cualidades del nuevo individuo han de referirse a la eficacia de su actuación social en beneficio de la prosperidad de la comunidad de la que forma parte".⁷³ La consecución de dicha eficacia se hace mediante la aplicación en la sociedad de la misma técnica que ha servido para someter a la naturaleza.⁷⁴ La aplicación de la técnica ha de ser controlada, porque es sabido que no todos los hombres poseen las mismas habilidades, y sólo unos pocos llegan a conocer esta técnica. Si no existe un control se corre el riesgo de producir estragos en la sociedad motiva-

67. Cfr. MARX, K., *Manuscritos de 1844*, París, Editons Sociales, 1962 (edición a cargo de E. GOTTIGELLI), pp. 64 y 136-138.

68. GOULINLOCK J., "What is the legacy of instrumentalism? Rorty's interpretation of Dewey". *Journal of the History of Philosophy*, Vol. 28 pp. 251-269 abril 1990.

69. COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía*, Vol. 8, Barcelona, Ed. Ariel, 1979, trad. de V. Camps, pp. 342-344. Las ideas aquí reseñadas están tomadas de esta obra y otros artículos que citaré, pero no he podido consultar directamente las obras de J. DEWEY. Como es sabido DEWEY afirma que todas las cosas se relacionan con el entorno en el que se encuentran. El hombre ante la realidad debe pensarla, escrutarla, y mediante el pensamiento consigue producir un cambio en el ambiente, se trata de una concepción instrumental de la actividad intelectual que tiene primordialmente una función práctica. Mediante el pensamiento el hombre puede cambiar una situación dada, por ejemplo, establecer unidad donde no existe más que diversidad.

70. Cfr. POLO, L., "El hombre un ser que resuelve problemas", *Revista Atlántida* Vol I/2, 1990, p. 39.

71. Cfr. COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía...* cit., p. 348 SMITH, J. E., "The reconception of experience in Peirce, James and Dewey", *The Monist* Vol. 68 pp. 539-54, October 1985.

72. Cfr. COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía...* cit., pp. 348-349.

73. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 91. Según la teoría marxista el hombre arranca de la naturaleza aquello que precisa para satisfacer sus necesidades. Cfr. MARX, K., *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 23, pp. 92-93. y ENGELS, F., *Anti-Dühring*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 20, pp. 166-167.

74. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 93, sigue la tesis de J. Dewey.

dos por el dominio de unos hombres sobre otros que provocarán y un incremento peligroso de la actuación individual con fines privados, es decir, un aumento considerable del propio interés sobre el de los demás.⁷⁵

Es innegable que en el primer tercio del siglo XX la técnica ha dado un paso de gigante, y a la vez la sociedad depende cada vez más del buen funcionamiento de ella,⁷⁶ esta dependencia hace que el hombre pierda libertad, pero a su vez, como se ha dicho, gane en posibilidades de acción social.⁷⁷ Y aquí es donde radica el intento de innovación de Ramos. El hombre, el actual, ha dejado de ser una individualidad,⁷⁸ algo aislado, y depende de algún tipo de organización social “los Estados, sindicatos, Bancos y poderosas sociedades anónimas en su organización insertan a los individuos como un engranaje más, como una pieza standard de sus complicados mecanismos. Por ello, en nuestro tiempo, los derechos individuales que antes aumentaban la prosperidad social, hoy la aniquilan. Y han de ser sustituidos por el derecho social”.⁷⁹ De este modo Ramos ha introducido el tema más importante de su investigación: el derecho social.

1.2. *El Concepto de Derecho social*

La primera parte de la investigación la va a dedicar a criticar los principios jurídicos y el concepto de derecho de la sociedad burguesa, que era la sociedad que él tenían ante sus ojos, desde dos puntos de vista. De un lado, los pantenamientos teóricos, por el cedazo de su razón pasan corrientes tan importantes como el formalismo de R. Stammler, el iusnaturalismo de G. del Vecchio y E. Lask, el normativismo de H. Kelsen, el relativismo de G. Radbruch, el antiformalismo de R. Smend, la fenomenología de F. Schreier, A. Reinach. De otro, va a dirigir su crítica a la teoría social y económica capitalista que han sido las constructoras de la sociedad. A todos apunta con su dedo acusador de ser los causantes de la crisis social, económica, política y jurídica en la que está sumida el mundo occidental.

75. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 93. Cfr. ENGELS, F. -MARX, K., *Deutsche Ideología*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 3, p. 311 y ENGELS, F., *Anti-Dühring*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 20, pp. 166-167. Para la relación entre J. DEWEY y el marxismo véase CAPALDI, N., “Hook, Dewey, and Marx”, *The Journal of Philosophy* Vol. 87 pp. 535-556 October 1990.

76. Cfr. GUILLEN, J., *Necrológica de Canseco*, cit., p. 26, relata cómo RAMOS le decía emocionado que había prescindido en su casa de la luz eléctrica y del gas. Esta anécdota muestra cómo Ramos intentaba ser independiente de todo. “Sentí, en aquella exclamación la llama del espíritu puro... el espíritu quemaba la materia”.

77. Es innegable que los avances científicos han mejorado la vida de los hombres en diversos sentidos, aunque parezca un tópico, los avances en la medicina han salvado muchas miles de personas de una muerte segura. Esta mejora de la calidad de vida se puede aplicar a otros ámbitos en los que se desarrolla la vida de los hombres.

78. Cfr. la tesis de K. MARX sobre el hombre como animal comunitario *Manuscripts de 1844*, París, Editons Sociales, 1962 (edición a cargo de E. BOTTIGELLI), pp. 89-97.

79. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 94.

a) *Crítica a la noción de derecho*

Las distintas nociones de derecho que se habían dado en su época, ninguna le satisfacía porque partían de una noción individualista: el hombre es autosuficiente y sabe determinarse y en todo momento es capaz de conocer lo que más le conviene.⁸⁰

La pluralidad de definiciones es una prueba clara de que no vivimos en un mundo de universales, sino que la existencia se desarrolla entre singulares. La realidad muestra una innumerable variedad de opiniones: Stammler, Kelsen, Kant, Vecchio, Radbruch, Cathrein, Ihering, Santo Tomás, Ahrens, Tredelemburg, para él la mejor es la de Stammler que considera el derecho como un querer ligante, soberano e inviolable, es la definición más formal de todas. Lo que le lleva a afirmar que el derecho será siempre contrario a la arbitrariedad, al vaivén político, a la tiranía personal.⁸¹ Frente a esta situación Ramos propone una noción nueva de derecho social, que no debe fundamentarse en una idea abstracta de hombre —un ser inmutable— sino en la realidad, un ser que cambia, que es variable. Este hombre que aparecía ante la mirada de Ramos era todo lo contrario del anterior, un ser inseguro, desorientado, a la interperie que se ve superado por las máquinas y es incapaz de dirigir la organización social.⁸² “Si el derecho natural burgués exigía la abolición de los obstáculos medievales y paso libre a la actitud individual, el nuevo derecho social ha de pedir la abolición del uso indebido de las máquinas y su control social”.⁸³ En definitiva, suprimir los elementos que impiden la realización de la justicia y la humanización de la sociedad. El primer punto es la crítica al maquinismo —como se ha visto ya— y, al mismo tiempo, a la influencia que ejercen éstas en la organización social.

b) *Crítica a las instituciones jurídicas de la burguesía*

Una vez hecha la crítica a la organización de la sociedad, va a atacar las instituciones jurídicas que atribuye a la burguesía: la propiedad privada y los derechos individuales.

Ramos critica el concepto y la funcionalidad de la propiedad privada⁸⁴ que ha impuesto el capitalismo burgués. Con la explosión comercial y el desarrollo de la revolución industrial se desintegró lo que podríamos

80. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 100.

81. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *Un maestro y diez lecciones... cit.*, pp. 58 y 60-63.

82. Cfr. MARX, K., *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie Einleitung*, en *Marx-Engelg Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 1, p. 385.

83. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 100. En el mismo sentido ENGELS, F. -MARX, K., *Manifest des Kommunistischen Partei*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 4, pp. 464-472, véase también MARX, K. *Zur Kritik der Polistischen Oekonomie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, Tomo 13.

84. MARX critica la propiedad privada como forma de poder político véase *Die Moralisierende Kritik und die Kritisierende Moral*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 4, pp. 337-340.

llamar la burguesía local, que centraba su actividad en una ciudad o en su comarca, para dar paso a una sociedad capitalista burguesa más amplia. Se pasa del caballo al ferrocarril, y, muy pronto, del automóvil al avión. El capitalismo industrial modificó el funcionamiento del sistema económico que se basaba en la industria y en el juego de capitales en las Bolsas de valores, pero esta mutación afectó también a la sociedad donde la burguesía aparece como clase dominante que se apodera del poder económico, y a veces asume también el político.⁸⁵ Esta nueva clase hegemónica proclama la máxima de cuanto más tienen más eres, el ser del hombre se cuantifica.⁸⁶ Y, por tanto, la propiedad se pone en la base de todos los derechos y de la propia existencia humana. Las soluciones aportadas no son suficientes “hay que socializar no las esferas inferiores y locales de la propiedad, si no las superiores y más amplias: las finanzas internacionales que es la que aún no ha sufrido ninguna limitación”.⁸⁷ Dentro del mismo sistema capitalista se ha querido dar una funcionalidad social a la propiedad privada, como medio para corregir los excesos prácticos que ha provocado en la sociedad. Para Ramos la teoría de la función social no corrige los defectos del individualismo, sino todo lo contrario, los mantiene. La teoría de la funcionalidad social, desde la perspectiva de Pasukanis, no tiene sentido, ni tampoco solventa el problema planteado, “pues para hacerla efectiva y obligar al propietario a someterse a ella habría simplemente que incautarse de su propiedad arrebatándole su derecho de disposición sobre la misma”.⁸⁸ Por tanto la propiedad privada no tiene cabida en el sistema jurídico que propone Ramos.

Los derechos individuales están en abierta contradicción con una sociedad donde la interdependencia es cada vez mayor a causa de los progresos de la técnica.⁸⁹ La proclamación de los derechos individuales por el iusnaturalismo y el liberalismo es un hecho negativo,⁹⁰ para que esos derechos sean efectivos, operativos, en la sociedad sólo es posible en un “Estado que haya socializado los medios para hacerlos efectivos”.⁹¹

85. Cfr. VERLEY, P. L. La época de la burguesía, compilado por PALMADE, G., Madrid, Sgilo XXI, 1976, pp. 54, y ss., (trad. de S. PUGA).

86. Cfr. PASUKANIS, E.B., Teoría General del Derecho y Marxismo, Barcelona, Editorial Labor, 1976, p. 95 (trad. de V. ZAPATERO).

87. RAMOS SOBRINO, B., El derecho y el hombre actual, 1969, p. 104.

88. RAMOS SOBRINO, B., El derecho y el hombre actual, 1969, p. 109.

89. RAMOS SOBRINO, B., El derecho y el hombre actual, 1969, p. 105. Cfr. ENGELS, F., Forschrifte der Sozialreform auf dem Kontinent, en Marx-Engels Werke, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 1; Marx, K., Zur Judenfragen, en Marx-Engels Werke, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 1, donde MARX analiza y critica los textos de las declaraciones de derecho y libertades de Francia y de algunos Estados de los Estados Unidos de América; MARX, K., Das Kapital, en Marx-Engels Werke, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 23, p. 251; ENGELS, F.-MARX, K., Manifest des Kommunistischen Partei, en Marx-Engels Werke, Berlín, Dietz VERLAG, Tomo 4, pp. 463-466.

90. Este carácter negativo se pone en relieve en que el iusnaturalismo reconoce los derechos, pero no proporcionan los medios para afirmarlos, cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 105.

91. RAMOS SOBRINO, B., El derecho y el hombre actual, 1969, p. 106.

Otros intentos de desarrollar teorías sobre el derecho social –Gurvitch⁹², Renner y Hariou⁹³– también son criticadas por Ramos, quien afirma que estos desarrollos de la teoría y el derecho social sirven para justificar el capitalismo, no son más que “una máscara que oculta el dominio efectivo del capital financiero”.⁹⁴ A lo largo de la historia ha habido muchas falsificaciones del derecho social⁹⁵, lo que Ramos entiende que debe ser el derecho social se resume en una sustitución del derecho actual por otro que dentro de la sociedad realice el ideal de la justicia, en suma que sea más justo⁹⁶, pero esa sustitución no debe ser violenta, sino paulatina, el paso del derecho individual al social ha de hacerse mediante integraciones.

Esta integración debe estar presidida por la socialización mundial del capital, que es “la única solución a los problemas de nuestro tiempo”,⁹⁷ afirmación que está hecha desde la experiencia del llamado “Crack del 29”, cuando se produjo el desplome de la Bolsa de New York, la consiguiente recesión económica y las medidas tomadas por los distintos países para evitar la excesiva concentración de poder económico en pocas manos que podría llevar a una nueva crisis.⁹⁸

Esta recesión económica y las medidas subsiguientes marcaron la hora de la decadencia de los principios jurídicos de la burguesía, fueron decayendo “uno tras otros los conceptos típicos del subjetivismo jurídico”,⁹⁹ provocando una transformación en la ciencia jurídica. Se aprecia una desintegración del sistema jurídico, un trasvase continuo del derecho privado al público.¹⁰⁰ Ramos concluye que “todas estas liquidaciones y desarticulaciones de las ciencias jurídicas particulares y especialmente del derecho mercantil iluminan la marcha de la evolución jurídica hacia la desaparición del derecho privado y su sustitución por el público en armónica correspondencia con la creciente inclusión de las economías privadas

92. GURVITCH, G., *L'Idée des Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe jusqu'à la fin du XIX siècle*. Paris, Sirey, 1931, especialmente pp. 146 y ss. Del mismo autor *Les Temps present et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931.

93. Un desarrollo completo de las tesis de HARIOU véase GURVITCH, G., *L'Idée du Droit Social...* cit., pp. 647-710.

94. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 115. Cfr. MARX, K., *Zur Kritik der politischen Oekonomie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 17, pp., 8-9, donde afirma que la sociedad, el derecho y el sistema político se fundamentan en el sistema de producción.

95. El desarrollo histórico de la noción de Derecho Social está muy bien hecha por GURVITCH, G., *L'Idée du Droit Social...* cit.,

96. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 115.

97. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 123.

98. Cfr. ENGELS, F., *Umriss zur einer Kritik der National Oekonomie*, donde pone de relieve las contradicciones internas del sistema capitalista serán la causa de su desaparición.

99. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 124.

100. Para la exposición y desarrollo de este proceso véase RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, pp. 125-127.

separadas en una economía mundial solidaria operada por la centralización del capital financiero y consecuencia del crecimiento de la técnica".¹⁰¹ La muestra más clara de este proceso es la evolución que ha sufrido la propiedad privada en manos del capitalismo: de ser un derecho real pasa a ser derecho personal, algo que se utiliza por alguien, esto es, que está a disposición del individuo en el tráfico económico y en la producción.¹⁰² Pero esta crisis del sistema jurídico propuesto y mantenido por la burguesía llega a la fagocitación de los propios derechos que proclamó en su origen, los derechos naturales del individuo, del ciudadano.¹⁰³

El progreso material provocó un avance de la técnica, del dominio sobre la naturaleza, etc., si los medios que se han puesto en manos del hombre se distribuyeran de forma más racional, se podría llegar a "proporcionar a todos los hombres que ocupan el planeta un nivel de vida aceptable".¹⁰⁴ Esto se conseguirá llegando a una relación armónica entre los avances técnicos y la sociedad.¹⁰⁵ Así el hombre actual sería considerado sujeto de unos derechos que responden a sus necesidades¹⁰⁶ vitales, históricas, sociales.¹⁰⁷

De este modo se puede llegar a la transformación de los derechos individuales que "no han sido históricos y variables, sino que el volumen de su contenido está determinado necesariamente por el estado de desenvolvimiento de la sociedad de que se trata. Su enunciación no puede hacerse de un modo universal y abstracto, sino solamente con referencia a una sociedad concreta... Los derechos individuales no son correlativos a los otros individuos, sino principalmente a las posibilidades de satisfacción de la sociedad en que se afirman".¹⁰⁸ Los derechos individuales son derechos en la sociedad, derechos sociales.¹⁰⁹ Estos son los verdaderos y únicos derechos que perduran, no el derecho privado. El derecho al ser social realiza la función de regular la vida social y "cuando más dura sea ésta mayor será su desarrollo"¹¹⁰ y al revés.

101. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 127.

102. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 128. Cfr. MARX, K. *Manuscritos de 1844*, París, Editons Sociales, 1962 (edición a cargo de E. BOTTIGELLI) pp. 67-69, donde afirma que la propiedad privada es contraria a la naturaleza y al hombre.

103. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, pp. 129-132.

104. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 132.

105. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, pp. 133-134.

106. La necesidad es inherente a la condición humana, cfr. MARX, K., *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 25, p. 828. F. ENGELS afirma que la ciencia, el avance tecnológico, el trabajo, etc, surgen de la necesidad véase *Anti-Dühring*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 20, p. 36.

107. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 134. Todo lo contrario a la proclamación de unos derechos innatos, eternos, abstractos y absolutos.

108. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 135.

109. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 136.

110. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1969, p. 139.

c) *Crítica al sistema político liberal*¹¹¹

Esta crítica se desarrolla en dos planos: de un lado, critica los fundamentos teóricos sobre los que se contruye y sirven de justificación el sistema político democrático liberal; de otro, su práctica histórica, concreta, y sus consecuencias.

Después de haber desmontado los principios jurídicos de la burguesía Ramos va a criticar el sistema político que configura el estado individualista y liberal. Afirma que la democracia y el Parlamentarismo son ineficaces, se han convertido en estados de poder que sirven para mantener —como función primaria— el dominio de una clase dirigente, “la libertad que a uno le corresponde depende del poder de los otros, y la norma de la convivencia no está determinada por la posibilidad de la misma, sino por el poder que ostentan unos sobre otros”.¹¹² De este modo el estado de derecho se convierte en estado de poder. Todas las democracias insisten en dominar la mayoría para poder hacer valer los intereses de una minoría,¹¹³ este es el final de la democracia. El sistema político que propone es la democracia social en la que “no existe dominación y la explotación de un hombre por otro”,¹¹⁴ esta dominación sólo existe en la democracia política que consagra el dominio de una clase por otra.¹¹⁵

La democracia social se funda en la igualdad social de todos los miembros de la colectividad formando parte todos los miembros del pueblo como institución.¹¹⁶ Pero esto no deja de ser una utopía, pues estamos políticamente entre dos extremos: las dictaduras del capitalismo o la del proletariado,¹¹⁷ que son las clases más influyentes.¹¹⁸ Insiste en el fracaso de la democracia liberal que esconde detrás de una máscara jurí-

111. Lo desarrolla en RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual. Derecho individual y social. Población y producción. Trabajo y ocio.* Madrid 1976. La crítica del marxismo al estado burgués es muy amplia, véanse a título de ejemplo, los siguientes pasajes: MARX, K., *Zur Kritik den politischen Oekonomie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 13, *Die Klassenkämpfe in Frankreich*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 7, *Der 18^{te} Brumaire*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 18, pp. 131-139, donde critica las instituciones francesas de la época de Luis Felipe, *Manuscripts ded 1844*, Paris, Editions Sociales, 1962 (edición a cargo de E. BOTTIGELLI), p. 176; Engels, F.-MARX, K., *Die Deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 3, pp. 62-65 y 182-184 donde exponen la crítica al uso de la deuda pública por parte de la burguesía para hacer con el control del Estado.

112. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976 pp. 20-21.

113. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 24.

114. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 24.

115. Cfr. ENGELS, F., *Die Lage der arbeitenden Klasse in England*, W.T. 2, pp. 334-336.

116. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 26. Cfr. MARX, K. *Das Kapital*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 23, pp. 92-93 y Engels, F., *Anti-Dühring*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 20, pp. 166-167.

117. Estos extremos fueron puestos de manifiesto por ENGELS, F.-MARX, K., *Die Heilige Familie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 2, p. 37.

118. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976 pp. 26-27.

dica la desigualdad y la injusticia social.¹¹⁹ Este fracaso ha llevado a las dictaduras que suponen el dominio de la fuerza, el apabullamiento de la razón ante la fuerza, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.¹²⁰ ¿Cuál es la repercusión de esta situación en el derecho?

No existe ningún orden jurídico homogéneo, o mejor dicho, no hay homogeneidad entre los ordenamientos jurídicos porque todos tratan de responder a las cuestiones básicas: quién debe detentar el poder —soberanía— y qué y de quiénes es la propiedad. Las respuestas a estas cuestiones depende de la jerarquía valorativa que tiene, en cada caso, el legislador.¹²¹ A su vez la eficacia del modelo económico dependerá de la respuesta a estas preguntas. Pero las soluciones deben tener en cuenta los hechos históricos que concurren en el momento histórico: la lucha de clases, el imperialismo y la dictadura, de lo contrario las respuestas podrían ser, en buena medida, utópicas.¹²² La teoría del liberalismo democrático ha prescindido de estos hechos y pretendió mantener la soberanía de los estados y dar una solución parcial a los problemas sociales. De ahí la ineficacia de la solución que ya no es “doméstica”, para andar por casa, pues la sociedad que está enferma es la que llamamos internacional. pero como el orden internacional descansa sobre las mismas bases que el nacional, es igualmente eficaz.¹²³ Desde esta postura intentar “conservar la forma jurídica actual... y querer que ésta se desarrolle pacífica y eficazmente es querer resolver la cuadratura del círculo”.¹²⁴ La organización social requiere una nueva situación creada por la técnica, que no debe ser la igualdad en general, sino la satisfacción igual de las necesidades de todos los hombres. En esa sociedad habrá desaparecido la explotación, y el trabajo será la primera necesidad de la vida.¹²⁵ Por otro lado, las instituciones del estado burgués —nacionales e internacionales— han dejado de ser eficaces porque han sido incapaces de dar cumplida respuesta a esta situación, ante esa impotencia han querido cambiar el fin para el que fueron creados, enmascarando otros fines, que no son tan “nobles”, sino que atienden al dominio de una clase por otra.

119. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976 pp. 28-32. Cfr. Marx, K. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie Einleitung*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 1, p. 390, *Kritik der Hegelschen Staatsrechts*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 1, pp. 323-324; ENGELS, F., *Die Lage der arbeitenden Klasse in England*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 7, p. 443.

120. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976 pp. 35-36.

121. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 41.

122. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 43.

123. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976 pp. 44-45.

124. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 46.

125. Cfr. MARX, K., *Kritik des Gothaer Programms*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 19, pp. 20-22 y 25-26 donde critica la deficiente distribución de los bienes de consumo.

d) *Los fundamentos del derecho social*

Una vez que la crítica demoledora de Ramos ha desmontado el derecho privado, el derecho político y los principios políticos de la burguesía, sólo queda llegar a la propuesta concreta sobre qué es y en qué se fundamenta el derecho social.

De los análisis precedentes se deduce que el derecho individual no responde ni a la situación creada por el avance tecnológico, ni las nuevas teorías sociales y sobre todo tampoco a las tendencias filosóficas. En suma, el derecho individual no satisface las exigencias sociales del hombre actual, ni puede armonizar las relaciones sociales. La alternativa que se presenta como inevitable es el derecho social.

La actitud que hay que tener es la que califica como humanista que se resume en una "liberación de las necesidades materiales de la existencia" para centrarse en lo más propiamente humano: el cultivo del espíritu.¹²⁶ Ninguna de las corrientes de pensamiento dominantes: existencialismo, vitalismo, filosofía de los valores, dan una respuesta adecuada a estos problemas, puesto que no buscan solucionar la cuestión de las necesidades, sino la formulación de unos principios generales, abstractos, hay que determinar las necesidades tal como hicieron Epicuro y Schopenhauer, se trata de una visión pragmática tal como proponía Marx y Dewey.¹²⁷

Este pragmatismo se manifiesta en que la organización social debe apoyarse en las necesidades humanas más urgentes y elementales, de esa forma la sociedad será un lugar de cooperación entre los hombres en la lucha por el dominio de la naturaleza.¹²⁸ La sociedad debe atender primeramente a la satisfacción de los instintos y necesidades más preeminentes, que constituyen la base de la convivencia entre los hombres.¹²⁹ Desde este punto de vista lo único que estrictamente le corresponde regular a la sociedad es la actividad económica con el fin de conseguir que cada hombre tenga lo mínimo indispensable para poder vivir.

En este contexto se ocupa otra vez con más profundidad de la justicia. Ya en su tesis doctoral Ramos se preguntaba cómo hallar el contenido justo del derecho, es decir, cómo encontrar un criterio de valoración de la experiencia jurídica. Para él hubo cuatro tentativas: a) el iusnaturalismo que ponía la norma y el criterio en la naturaleza; b) la Escuela Histórica que veía el espíritu del pueblo como informador del derecho positivo; c) el materialismo histórico que considera la in-

126. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 52. Aquí se ve un alejamiento de la teoría marxista ya que ésta considera al hombre sólo como materia.

127. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 54. Cfr. MARX, K. *Kritik der Gothaer Programms*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 19, p. 21.

128. Cfr. ENGELS, F. -MARX, K., *Deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 3, pp. 20-21.

129. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 56.

fraestructura económica como determinadora de la superestructura jurídica; d) finalmente, el criterio formal del derecho justo de Stammler que pone como ideal social la comunidad de los hombres autónomamente libres.¹³⁰ Una vez que ha pasado el tiempo al hilo de la determinación del derecho social, va a hacer unas propuestas concretas: la justicia consiste en mantener un equilibrio entre distintas tendencias para lo cual “es necesario relacionar la justicia como igualdad y proporción entre elementos opuestos con la idea de equilibrio del hombre y de la sociedad”.¹³¹

La igualdad en la sociedad no está asegurada, los desarrollos sociales no son armónicos, y se producen aniquilamientos, “cualquier desarrollo social excesivo de un valor en detrimento de otros es injusto por paradójico que pueda parecer”.¹³² Y precisamente la justicia será el medio eficaz para conseguir la armonización de las antinomias, además de ser el corrector de los excesos o defectos del desarrollo de determinados elementos en la sociedad.

La justicia debe responder no a una escala de valores abstracta, sino a las necesidades más inmediatas, las espirituales y materiales, porque el hombre es al mismo tiempo cuerpo y espíritu, y esa es la razón por la que “el derecho social ha de situar a todos los hombres en condiciones de igualdad para el desarrollo de sus facultades físicas e intelectuales”.¹³³ Pero en la sociedad deben existir dos formas de realización de la justicia. La primera es la vieja fórmula de Platón, que consiste en fijar exactamente la tarea que corresponde a cada uno en la sociedad. La segunda, la distribución adecuada y proporcional del trabajo social.¹³⁴ Si estas dos formas de realizar la justicia se llevan a cabo, se consigue un desarrollo equilibrado del hombre.

El título del libro nos lleva una vez más a mirar a la realidad, y en ella nos encontramos con que no parece tan evidente que las formas de realización de la justicia sean esas. Se da una tendencia a la explotación de un hombre por otro, para evitarlo propone tres medidas, que son en realidad una declaración de principios: a) no se puede sacrificar el hombre actual al futuro; b) no se puede sacrificar el ocio cerador al avance en la escala de satisfacción de necesidades; c) el progreso en la escala de necesidades debe ser paulatino, nadie puede avanzar si alguien no tiene satisfecho el nivel mínimo.¹³⁵

130. RAMOS SOBRINO, B., *La concepción social de Rousseau*, tesis doctoral inédita, Madrid 9 de junio de 1913, p. 23.

131. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 59.

132. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 60.

133. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 63.

134. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 65. Cfr. ENGELS, F-MARX, K., *Deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín, Dietz Verlag, Tomo 3, p. 21 donde desarrolla la tesis de que el trabajo diferencia al hombre de los animales.

135. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, pp. 68-70.

Finalmente, Ramos afirma que el derecho social consiste en satisfacer las necesidades elementales de todos y cada uno de los hombres para que puedan vivir, desenvolverse y realizar los fines propios de los hombres dentro de la sociedad.¹³⁶ Esto implica necesariamente la modificación de muchas instituciones jurídicas, unas verán mermada su funcionalidad —la familia que no será tan importante como la regulación de la población—, otras desaparecerán —los contratos, la herencia y la propiedad privada— e incluso alguna ampliará su campo de acción, como por ejemplo el trabajo que actuará como aglutinante de las normas jurídicas.¹³⁷ El cambio más radical será que el derecho social se fundamentara en el trabajo¹³⁸ y la población,¹³⁹ y no sobre la propiedad y la familia.¹⁴⁰

4. CONCLUSIONES

Parece imprescindible cerrar el estudio —por breve que sea— de un autor con una mirada retrospectiva para conseguir establecer cuáles fueron las distintas tendencias que confluyeron en la fijación de su pensamiento.

Desde un principio Ramos no se identifica con el iusnaturalismo dominante. Es cierto que no podemos detectar signos de adversidad manifiesta, pero sí se puede ver que no cultiva los temas típicos y los tópicos de la época. Ramos está siempre muy preocupado por conseguir comprender la sociedad en la que vivía, para aportar soluciones prácticas a los problemas que detectaba. Tampoco se identifica con los autores que en su primera navegación fueron sus maestros: Stammler y Kelsen, a pesar de que ambos ejercieron una notable influencia en el pensamiento jurídico del momento. Es más, hizo duras críticas hacia ellos, sobre todo al segundo.

Sin embargo no ocurre lo mismo con J. Dewey, maestro de la segunda navegación, de quien, como se ha visto, acepta su filosofía pragmática como método de análisis y, en parte, de solución de los problemas sociales. La evolución del pensamiento de Ramos le lleva a recalar en otro puerto: el marxismo. La concepción marxista de la historia como la evolución coherente de la estructura de las sociedades humanas desde las primitivas tribales y agrícolas, pasando por las teocracias, monarquías y aristocracias, hasta llegar a las formas políticas, como la democracia liberal y el capitalismo impulsado por la tecnología, encajan a la perfección con el planteamiento de Ramos, algo de esto ya se ha puesto de relieve en las notas al trabajo.

136. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 71.

137. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, pp. 75-76.

138. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, pp. 111-147, dedica un capítulo completo al trabajo y al ocio.

139. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, pp. 81-107, dedica un capítulo completo al estudio de la población y la producción.

140. Cfr. RAMOS SOBRINO, B., *El derecho y el hombre actual*, 1976, p. 78.

No puede dejar de cuestionarme ¿por qué ese alejamiento tan radical de cualquier planteamiento teórico? ¿Por qué buscó siempre una vertiente pragmática a su pensamiento? La respuesta es difícil y haría falta conocer más datos de biografía, de todas formas he esbozado algunas posibles explicaciones. No cabe duda que la filosofía desde el fracaso de Hegel, que intentó pensar la situación agudamente crítica de la época, es decir, desde que intentó sacarla del atolladero, de darle una solución no de compromiso sino que fuera duradera, la filosofía navegaba sin rumbo. El hombre había perdido su confianza en la razón y el futuro del pensamiento estaba obturado. En esta encrucijada los intentos filosóficos de reposición fracasan, sólo la ciencia parece que consigue éxitos. El pensamiento teórico se ve inerte ante la complejidad de la situación humana en todas sus facetas y es parcial en la aplicación de procedimientos para enfrentarse con ella o asumirla. Se produce un desfase de nivel entre la situación y las actitudes.

Por otro lado, el avance científico y tecnológico provocan una complejidad del mundo humano cada vez mayor. La inspiración para enfrentarse a los problemas no fue paralela a la complejidad. Ramos detecta que hay un desfase entre la situación real y el modo como se actúa en ella. Es de suponer que en su ánimo se produjo la desilusión: la teoría no resuelve los problemas de la práctica, por muy abundante que sean las filosofías, ninguna es eficaz, o plenamente eficaz. La situación es todavía más complicada, porque los remedios terapéuticos fallan y el enfermo se desmoraliza. Finalmente, hay que añadir que se sentía un gran miedo ante la ciencia porque es poderosa. Ramos denuncia que ese poder en manos de gente poco escrupulosa, sin valores, puede desatar el infierno, incluso dada la capacidad humana para usarla correctamente, se provoca el miedo a la aniquilación del hombre y, por ende, de la sociedad por la máquina, porque el gran medio de dominio —la ciencia— y sus resultados —la máquina— ya no sirven al hombre, sino que van en contra de él. La ciencia nos ha robado el futuro, y sin futuro el hombre, está cansado y decrepito, es incapaz de apuntar soluciones. Ramos concluye que la teoría no sirve, los grandes sistemas filosóficos y filosóficos-jurídicos son inoperantes, por eso vuelve sus ojos al pragmatismo de Dewey y al marxismo. Como es sabido, este último nació como crítica, teórica y práctica, a toda la realidad anterior a él y presente. Situación que era muy semejante a la que sufría el mundo occidental en el período de entreguerras, que fue sobre el que pensó y quiso buscar soluciones Ramos.

III
DEBATES

Las razones del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Oviedo

En este libro el profesor MANUEL ATIENZA * nos brinda una completa, detallada y crítica exposición de las más relevantes doctrinas actuales que se pueden acoger al rótulo de «teorías de la argumentación jurídica». El comentario que me propongo creo que tiene más sentido en cuanto discusión con las críticas que ATIENZA expresa y con sus aportaciones personales al tema, que como reproducción resumida de lo que ATIENZA explica que dicen otros. Pero conste el reconocimiento de la importancia didáctica y académicas de este tipo de exposiciones, máxime cuando, como en este caso, son fruto de un conocimiento serio y riguroso de la materia de que se habla.

El *capítulo primero* sitúa el tema sobre la base de diferenciar los ámbitos en que opera la argumentación jurídica (legislación, dogmática y aplicación de las normas jurídicas). A continuación traza una serie de distinciones aclaratorias del marco en que se sitúa y trata de ser útil la t.a. Así, distingue entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, con la consiguiente distinción también entre razones explicativas y justificatorias (23), corrección formal y material de los argumentos, silogismo teórico y práctico, argumentos deductivos y no deductivos, aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica, justificación externa e interna, etc. También glosa en este capítulo «el concepto de validez deductiva», «el silogismo judicial y sus límites», así como las diferencias y el distinto alcance de la lógica jurídica y la argumentación jurídica. En ese marco, la t.a. se sitúa «en el contexto de justificación de los argumentos» (24). El respeto a las reglas de la lógica es condición de corrección formal de los argumentos, pero no condición suficiente para la corrección de la justificación, que tiene que ver con la verdad o corrección de las premisas, normativas o no, y no sólo con el paso, formalmente adecuado, a las conclusiones. Esa corrección formal se corresponde con la justificación interna, pero la t.a. se ocuparía

* ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 268 pp.

fundamentalmente de la justificación externa, es decir, de justificar la opción por unas u otras de las premisas posibles o admisibles. La explicación que de todo ello nos proporciona el autor es clara y sencilla.

Se podría resaltar el hecho de que ATIENZA, tanto en este capítulo como en alguno de los posteriores, tiene como uno de sus hilos conductores la contraposición entre lógica y argumentación. Pero quizá con ello se otorga demasiada relevancia a una alternativa que en la mayor parte de las doctrinas de t.a. se presenta o bien con fines puramente polémicos, pero no como tesis de fondo convenientemente articulada, o bien con matices que la atenúan. Las doctrinas argumentativas ni siquiera en un primer momento negaron terminantemente (salvo algún extremista aislado, como RODINGEN) la importancia de las reglas lógicas del razonamiento como condición necesaria de corrección, aunque pusieron especial énfasis en destacar el carácter al mismo tiempo insuficiente de la referida condición. Esa es la diferencia básica: estando todos de acuerdo en que la lógica es condición necesaria pero no suficiente de racionalidad, corrección o fundamentación, los unos hicieron especial hincapié en su necesidad y los otros —los precursores y cultivadores de las t.a.— en su insuficiencia. Pero, ante lo ficticio en la radicalidad del enfrentamiento, quizá no es lo más adecuado presentar la t.a. y su alcance por relación o comparación con la lógica.

El *capítulo segundo* y siguientes se dedican a las doctrinas precursoras de las teorías de la argumentación, concretamente las de VIEHWEG, PERELMAN y TOULMIN. De la tópica jurídica de VIEHWEG realiza una presentación sumaria y clara. También quedan bien explicadas las críticas fundamentales que cabe dirigir a la obra de Viehweg, críticas centradas ante todo en la vaguedad o imprecisión de los principales conceptos con que la construye («*topos*», «*problema*», «*lógica*», «*sistema*»), así como en lo equívoco del estatuto mismo del que la tópica, en tanto que doctrina o teoría, se presenta revestida. A esas críticas se añaden las de ingenuidad o trivialidad en el diseño de la labor jurisprudencial que dibuja VIEHWEG, y la unilateralidad de la perspectiva que del trabajo jurídico se ofrece, pues se dejaría de lado el papel que en él juegan la ley, la dogmática y el precedente. También se menciona la insuficiencia de la tópica jurídica en cuanto teoría normativa de la argumentación, por no ofrecer criterios para jerarquizar los tópicos en conflicto ante cada caso. Todo ello haría, para el autor, que la tópica jurídica de VIEHWEG sea insuficiente tanto como descripción de la praxis argumentativa real como en tanto que teoría normativa de la argumentación jurídica. Finaliza ATIENZA el apartado dedicado a la tópica valorando su función histórica de precedente de las t. a. e invocando la utilidad de la vía que abre para la elaboración de sistemas jurídicos expertos.

El *capítulo tercero* versa sobre la t.a. de PERELMAN. En mi opinión la claridad expositiva queda en esta parte un tanto limitada porque ATIENZA no separa suficientemente dos aspectos de la obra de PERELMAN que, a mi modo de ver, marcan la tensión principal que la atraviesa toda ella. Me refiero a lo que podríamos denominar como la dimensión instrumental y la

dimensión de racionalidad práctica. Creo que lo que se relaciona con y ha podido influir en la posterior t.a. es este segundo aspecto, que tiene sus nociones centrales en las de auditorio universal y particular, por un lado, y convencer y persuadir, por otro. Pero pienso que ATIENZA no profundiza suficientemente en la exposición y crítica de estas nociones y en la correlativa cuestión de la racionalidad de la argumentación según PERELMAN, y concede más espacio a la presentación de los recursos retóricos o instrumentos pragmáticos de la argumentación, tal como PERELMAN los desarrolla principalmente en el *Traité*. Sí que puntualiza, con acierto, que no queda «nada claro que el criterio del auditorio universal se aplique también al discurso jurídico, bien se trate del discurso del juez o del legislador» (98).

Tras la descripción de las teorías de PERELMAN, descripción que, como he dicho, adolecería de no poner de manifiesto esa dualidad o duplicidad de la t.a. perelmaniana (duplicidad que se convierte en problema precisamente cuando nos preguntamos de qué manera se pueden compatibilizar ambas partes, de modo que pueda ser racional la argumentación que usa de aquellos instrumentos retóricos que PERELMAN describe), dedica ATIENZA una extensión importante a la consideración crítica de la obra de Perelman. Y al respecto hay una objeción que me suscita cierta perplejidad. Me refiero a la «crítica ideológica», que tilda al pensamiento perelmaniano de «conservadurismo ideológico». Según ATIENZA, la noción de razonabilidad de la decisión, que PERELMAN usa como vía intermedia entre la plena racionalidad, inalcanzable o indemostrable en asuntos de la acción práctica, y el irracionalismo, no proporciona el criterio para una única decisión correcta, por lo que pueden ser razonables toda una serie de decisiones distintas del caso, siempre que quien decide proceda de manera imparcial, respete la idea de justicia formal y parta del orden establecido y aceptado en ese momento, teniendo que justificar únicamente el cambio y siempre sobre la base de otros valores también aceptados en el medio. Pero me pregunto por qué se tilda de conservadora esta visión. ¿No ha de partir siempre el juez de todo un entramado u orden previo de normas legales o consuetudinarias, precedentes, principios, valores del ordenamiento, construcciones dogmáticas, valores sociales, etc, todo ello prefijado y de algún modo vigente en la sociedad en la que opera, constituyendo el orden social imperante? ¿Y no es cierto también que los cambios que el juez de nuestros sistemas jurídicos puede introducir son sumamente limitados y parciales, de modo que afecten únicamente a aspectos muy concretos y limitados de ese conjunto? ¿Y no es verdad precisamente que ésa ha sido una de las conquistas más «progresistas» del derecho moderno? ¿O acaso es más progresista la imagen del juez que decide en equidad o buscando la justicia del caso por encima de cualesquiera concesiones al sistema o el orden jurídico establecido o al consenso social, tal como parecen proclamar en las últimas décadas ciertos defensores del «realismo clásico» que difícilmente se pueden tildar de progresistas? ¿Acaso «aceptar las reglas, el orden establecido» es siempre y por definición menos progresista que rechazarlas, sea

cual sea la índole de esas reglas y de ese orden (democrático, por ejemplo) y cualesquiera que sean también los móviles de su rechazo? No creo que sea procedente interpretar la obra de PERELMAN en términos de inmovilismo político, tal como nuevamente insiste ATIENZA en la conclusión de este capítulo, como si el jurista que operase con arreglo a los esquemas argumentativos que PERELMAN describe no pudiese en ningún caso «plantearse la modificación del propio orden jurídico» o sumarse a una «concepción crítica o conflictualista» del derecho y la sociedad. Me atrevería a decir que esos elementos que PERELMAN destaca como ineludibles para la aceptabilidad de la decisión, esto es, la imparcialidad y el respeto al principio de justicia formal, tal vez no sean condición suficiente, pero son condición ineludible para una práctica jurídica que quiera ser progresista, si por tal se entiende (problema harto difícil en los tiempos que corren) lo opuesto a la arbitrariedad de cualquier tipo. Tal vez sea preferible depender de un mal derecho positivo no manifiestamente aberrante, que de una (que se tenga por) buena conciencia, aunque se vista de conciencia crítica. Y calificar estas u otras posiciones teóricas o doctrinales como conservadoras o progresistas es tan poco ilustrativo para las cuestiones de fondo que realmente se discuten como llamarlas hermosas o feas, alegres o tristes, amarillas o rosas.

Más ajustada parece la crítica de la visión del positivismo jurídico que PERELMAN sostiene, positivismo que se correspondería más bien con el decimonónico que con el actual, que ATIENZA ejemplifica en HART. Y atinada es también, desde mi punto de vista, la crítica que se refiere a «la pretensión de PERELMAN de que el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de manera distinta en una argumentación y en una deducción, porque en el primer caso el paso de un argumento a una decisión no puede tener carácter necesario» (100). El error radicaría, según ATIENZA, en entremezclar el lado formal del razonamiento con su componente de contenido, desconociendo que la necesidad lógica con que se sigue la conclusión de las premisas es distinta de la no necesidad de decidirse precisamente por esas premisas, a fin de concluir de otra manera, de tomar otra decisión.

En el *cuarto capítulo* se trata de la t.a. de TOULMIN. El famoso esquema argumentativo que TOULMIN desarrolla en su *The Uses of Argument*, con la distinción entre «pretensión», «razones», «garantía» y «respaldo» es presentado de modo convincente. Pero tal vez lo que quepa cuestionar es la pertinencia del capítulo mismo. Por un lado, sigue manteniéndose, al llegar a este lugar del libro, la ambigüedad del sentido en que se habla de t.a., pues los parámetros y planteamientos son notoriamente diferentes según que aquélla se entienda en sentido descriptivo o normativo, es decir, mostrando cómo se argumenta en la práctica o cómo debe argumentarse para que las razones expuestas puedan tenerse por aceptables entre seres racionales. Ahora bien, en mi opinión, la teoría de TOULMIN es fundamentalmente descriptiva, por mucho que se aluda en ella no sólo a la estructura de los argumentos, sino también a su fuerza, cuestión esta última, y esta es la clave, para la que no se apuntan criterios sino, nuevamen-

te, esquemas estructurales (vid.109 ss.) y por mucho que afirme ATIENZA que TOULMIN se interesa «por problemas ajenos a la lógica en sentido estricto, como es el de establecer criterios sobre la corrección material de los argumentos» (128). A mi juicio, no hay aquí tales criterios materiales, sino criterios puramente esquemáticos o estructurales de la argumentación, esto es, esquemas del argumentar correcto pero de los que no se establecen (salvo muy vagas alusiones al sentido común y el contexto social) incompatibilidades con ningún contenido o ningún presupuesto normativo de carácter material u objetivo, tal como sí ocurrirá en la teoría de la argumentación de, por ejemplo, ALEXI. Por tanto, aún cuando TOULMIN trate de ir más allá de la lógica formal, es para ofrecer otra perspectiva de la argumentación, un dibujo más exacto y completo, como el propio ATIENZA parece indicar. Pero lo que me interesa resaltar es que el parentesco de esta construcción con la teoría *normativa* de la argumentación es colateral: el mismo que ésta tiene con la lógica. Atentar contra ciertas formas, reglas formales o estructuras argumentativas supone atentar contra la racionalidad de la argumentación, pero ésta no se agota en esos aspectos y, en lo que va más allá, no se contienen en TOULMIN criterios de racionalidad del tipo de los que hemos visto que trataba de ofrecer PERELMAN y que, más claramente, ofrecerá por ejemplo ALEXI. Al valorar precisamente Atienza «la contribución de TOULMIN a una teoría de la argumentación», parece querer indicar algo similar a lo que acabo de expresar, pero no queda nada claro este apartado, en el que se remite a HABERMAS y establece entre ambos autores un cierto paralelismo, que queda considerablemente oscuro por falta de desarrollo.

A las teorías desarrolladas en los tres últimos capítulos les otorga ATIENZA valor como precursoras de las actuales teorías de la argumentación, si bien a ninguna de las tres les reconoce desarrollo y complejidad suficiente como para merecer con propiedad esa misma denominación. De la t.a., de la que acertadamente dice que «viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico» (132), se ofrecen en los capítulos siguientes las que denomina versiones standard, esto es, las de MACCORMICK y ALEXI.

A MACCORMICK se dedica el *capítulo quinto*. Se explica cómo en este autor los casos difíciles no admiten una justificación meramente deductiva o interna, entendiéndose por casos difíciles aquellos que presentan problemas de interpretación, relevancia, prueba o calificación. Para que la decisión de esos casos se pueda considerar justificada ha de reunir los requisitos de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias postuladas. Ahora bien, siendo lo anterior claro, lo fundamental en MACCORMICK es su rechazo de la tesis de la única respuesta correcta, con lo que siempre se podrá optar entre decisiones igualmente justificadas con arreglo a los requisitos mencionados, y esa opción última dentro de esos moldes ya no aparece como reglada por criterios de la racionalidad práctica. Las razones que puedan alegarse en favor de esas elecciones últimas, guiadas por los correspondientes principios o valores,

ya no serán razones concluyentes, y para que sean las mejores se precisará de otro tipo de requisitos relativos a la personalidad del que decide, como su buen juicio, perspicacia, valentía, etc.

Al criticar las tesis de MACCORMICK, ATIENZA concede gran espacio a las críticas a la presentación del razonamiento jurídico como deductivo y reproduce hasta once críticas referidas al manejo de la lógica por MACCORMICK. Con ello vuelve a mostrarse el gran peso que las cuestiones de este género adquieren en este libro, lo que suscita la duda sobre si realmente para la t.a. son relevantes o decisivas las consideraciones relativas al tipo de lógica empleada para la presentación formal del razonamiento judicial, a la discusión sobre la verdad de las normas, a la insuficiencia de la lógica proposicional, etc. La extensión de este apartado suscita la duda de si la lógica jurídica es una parte sustancial o previa, en toda su extensión, de la t.a. o si, por el contrario, los problemas y tesis presentes en la t.a. no varían con las diferentes respuestas dadas a cuestiones lógicas como las que se acaban de ejemplificar. De ser esto último cierto, la amplitud otorgada por ATIENZA a estas cuestiones lógicas perdería buena parte de su justificación en un libro con la temática a que alude el título del suyo. Al fin y al cabo, como se reconoce a lo largo de todo el libro, la justificación interna o deductiva es condición necesaria, pero no suficiente de la racionalidad de la decisión. Y como se muestra en la undécima crítica «lógica» a MACCORMICK, apenas es posible hallar casos fáciles, esto es, que se resuelvan de modo puramente lógico o deductivo, en los que la deducción agote la justificación. Y la t.a., en mi opinión, se centra en lo que queda fuera de ese marco deductivo, por lo que sus consideraciones sobre la lógica sirven a los efectos de delimitación temática o de campos y no abonan una integración entre tal teoría y la lógica jurídica. Allí donde ésta se detiene comenzarían las aportaciones de aquélla, por supuesto sin excluirla.

El segundo grupo de críticas a MACCORMICK en que ATIENZA incide hacen referencia «al carácter ideológicamente conservador de su teoría en cuanto que la misma tiene un sentido fuertemente justificatorio en relación con la práctica de la aplicación del Derecho (especialmente, por parte de los jueces británicos)» (170). Entre los indicios que trae a colación para tal imputación hacia MACCORMICK hay algunos tan llamativos como la prioridad otorgada por éste a «la interpretación literal o interpretación de acuerdo con el sentido más obvio del texto» (170) su escasa proclividad a admitir la interpretación *contra legem* (171) o la caracterización de la actividad judicial como «hacer 'justicia de acuerdo con el Derecho'» (172). La opción de MACCORMICK por una cierta «ética del legalismo» conduce a ATIENZA a preguntarse «hasta qué punto debe un juez o un aplicador del Derecho en general ser fiel al sistema jurídico del que forma parte» (172). Y podríamos nosotros preguntarnos, remitiéndonos a lo dicho ante la imputación conservadurismo a PERELMAN, ¿es más progresista decir que el juez debe ser más fiel o menos fiel al sistema jurídico? ¿Depende en alguna medida la opinión respecto a tal infidelidad del tipo de valores que

muevan a ese juez y al sistema jurídico de que se trate? Y, con alcance más general, ¿es la de conservador/progresista una categorización con la que tenga sentido juzgar el fundamento de una teoría científica o filosófica cuando se hace teoría o filosofía, de modo que teoría más conservadora equivale en términos generales a teoría menos adecuada o acertada y teoría más progresista a teoría más verdadera? ¿Quién define los parámetros de lo que es conservador o progresista y respecto de qué? ¿Es ése, supuesto que pueda definirse, un criterio de verdad en las ciencias sociales?

El tercer tipo de reparos de ATIENZA frente a MACCORMICK se fija en su concepción de la razón práctica y al papel del elemento subjetivo en la decisión. El primer argumento crítico es realmente curioso, pues se rechaza la idea de MACCORMICK de que no cabe en última instancia una justificación objetiva y concluyente de la decisión final, aduciendo que no se puede probar que no exista o se descubra una teoría que permita tal justificación, aunque tampoco podemos probar que exista. Si entiendo bien el argumento, estamos ante una especie de falibilismo de doble faz que, generalizado, nos llevaría al absurdo de no poder afirmar ni que nada es verdadero ni que nada es falso, pues nunca podemos estar seguros de que no vaya a surgir una teoría o dato que muestre la falsedad de lo primero (es obvio que aquí podemos recordar a POPPER), pero, además, y esto sería lo curioso, tampoco de que no vaya a surgir una que muestre que cabe seguridad allí donde había incerteza, o verdad allí donde se alegaba error. Aplicar consecuentemente ese criterio sería ceder al mayor de los relativismos y no merecería la pena seguir preguntándose, por ejemplo, por la posibilidad de construir una adecuada t.a.

El segundo argumento es que ante la pluralidad de opciones subjetivas que pueden ser compatibles con los criterios expuestos de universalidad, coherencia, consistencia y aceptabilidad de las consecuencias, MACCORMICK acaba por señalar que sólo cabe la decisión de la autoridad que el juez representa, con lo que la opción de éste dentro de las soluciones posibles es poco menos que por definición correcta y justificada. Tiene razón ATIENZA al plantear esta limitación, pero con ello lo que está poniendo de relieve tal vez es que MACCORMICK no responde plenamente a la cuestión central de la teoría normativa de la argumentación jurídica (la cuestión, como señala ATIENZA aquí, por fin, de si «no puede introducirse alguna instancia de tipo objetivo que permita optar entre unos u otros valores y que muestre, por tanto, cuáles son las consecuencias más aceptables dentro de los anteriores límites» (175) o la responde negativamente, señalando su imposible resolución. Por último, dentro de este apartado crítico, parece adecuada la objeción a la figura del observador imparcial a que MACCORMICK se remite en algún trabajo reciente para responder a estos problemas, ya que no aclara los perfiles de tal construcción que, además, se compadece mal con sus anteriores observaciones sobre el papel inevitable e irreducible de la subjetividad en la decisión.

El *capítulo sexto* se dedica a la teoría de ALEXY. Resalta cómo entre las diversas influencias teóricas a las que la construcción de Alexy se acoge, la

más palpable es la de HABERMAS, por lo que comienza ATIENZA la exposición de este capítulo explicando la teoría del discurso de HABERMAS. Como la de éste, la de ALEXY es una teoría procedimental de la argumentación y ATIENZA la expone en una treintena de páginas. Tal exposición es exhaustiva en cuanto a la presentación de las reglas y formas del argumentar que ALEXY establece, tanto las referidas al discurso práctico general como al discurso jurídico en cuanto caso especial del práctico general. Pero, en mi opinión, estas páginas adolecen de una considerable oscuridad, posiblemente debido a que ATIENZA entra demasiado rápidamente en la glosa de las reglas, sin haberse extendido bastante en los presupuestos y el contexto teórico general desde el que ALEXY las construye. No se ve con suficiente transparencia de dónde o a cuento de qué vienen tales reglas. Habría convenido, creo, una explicación de en qué consiste una teoría procedimental de la argumentación, explicación más amplia y «didáctica» que la contenida en las páginas 183-185, y una descripción comparativa más clara de en qué consiste la fundamentación «pragmático-trascendental» a que ALEXY se acoge a la hora de basar sus reglas.

Ciertamente, no pueden imputarse a ATIENZA lo que sean oscuridades o insuficiencias del autor en cada caso comentado. Y en el caso de ALEXY, no es desde luego ATIENZA culpable de que la ambición teórica de dicho autor no consiga disipar las dudas acerca de cuestiones tales como la de la fundamentación de las reglas del discurso, la de la fundamentación del principio de universalización, o la sospecha de inconsistencia que cabe derivar del hecho de que un cierto cognitivismo ético se combine con la justificación de la existencia del derecho precisamente como solución a la imposibilidad del pleno acuerdo racional sobre lo debido; o la que se desprende del hecho de que el discurso jurídico racional sirva para asegurar la racionalidad consensual o discursiva de la solución jurídica propuesta pero no para extender ese acuerdo a una única solución, con los consiguientes e inestables equilibrios de ALEXY al polemizar con las tesis de DWORKIN.

Las críticas de ATIENZA a ALEXY son pormenorizadas y en general me parecen atinadas. Pero la descompensación que preside la presentación de las doctrinas de ALEXY por ATIENZA, hace que se critiquen, con acierto, aspectos que apenas fueron mostrados en la exposición, con lo que al lector no versado en la obra de ALEXY le faltan elementos de juicio para ponderar la pertinencia de los desacuerdos.

Tales críticas aparecen divididas en críticas a la teoría del discurso en general y críticas a la teoría del discurso jurídico. No hay lugar aquí ni tiene sentido reproducirlas todas. Particularmente acertadas me parecen las referidas a la fundamentación de las reglas del discurso, donde ATIENZA pone de manifiesto el sinsentido que supone sostener, como hace ALEXY, que el argumento pragmático-trascendental dependa de una premisa empírica; o las dudas que ATIENZA expresa acerca de a qué campos del argumentar jurídico se aplica en concreto la teoría del discurso jurídico de ALEXY y acerca del modo como ALEXY trata infructuosamente de combi-

nar la idea de decisión racionalmente consentida como fruto del procedimiento argumentativo y el inevitable componente decisionista presente en la práctica del derecho; o la mención que hace ATIENZA del problema, por ALEXY no resuelto, de la aplicación de las normas claramente injustas, problema que llevaría a un callejón sin salida la tesis del «caso especial»; o la crítica que se dirige a algunas de las reglas del argumentar jurídico formuladas por ALEXY, como la obligación de citar los precedentes o de usar los argumentos dogmáticos. E importantes, pues son uno de los factores de confusión omnipresentes en las teorías de la argumentación jurídica, me parecen las apreciaciones sobre el entremezclamiento de las perspectivas descriptiva y normativa de la argumentación.

Llamativa es la inclusión como crítica a ALEXY, referida a la cuestión de los límites del consenso, de las hermosas elucubraciones de MUGUERZA sobre el imperativo del disenso, inclusión que a alguien podría sugerirle la habermasiana distinción entre acción comunicativa y acción estratégica. Pero sea la estrategia del tipo que sea, el caso es que resulta un tanto forzado el paso de las elaboraciones de ALEXY por el amplio tamiz de MUGUERZA. Que sea discutible el uso de la idea de consenso en ALEXY es una cosa, y que se haya de sustituir o complementar con la cuadratura del círculo, o por la concordia discorde o por cualquier otra forma de conciencia que viva sin vivir en sí, otra cosa muy distinta. Y aquí nuevamente se insinúa un cierto esquematismo en el uso de las categorías políticas o pseudopolíticas por ATIENZA, cuando nos explica que «la rectificación, o el enriquecimiento, de la ética del discurso que supone la propuesta de MUGUERZA me parece que podría cumplir un papel importante para contrarrestar una cierta tendencia al conservadurismo a la que es proclive (...) la teoría de la argumentación de ALEXY», razón por la cual «el imperativo de la disidencia» «tendría que trasladarse también al campo de la argumentación jurídica» (216). Al margen de que tanto conservadurismo camuflado en las distintas doctrinas puede hacer pensar a algún lector aprensivo en una especie de conspiración internacional, lo que tampoco parece de recibo es la ecuación disidencia igual a progresismo, sin distinguir la índole o legitimación de aquello frente a lo que se disiente; al fin y al cabo, también Hitler fue encarcelado tras los sucesos de 1923 por disentir frente al régimen democrático de Weimar, y también el coronel Tejero puede argumentar que actuó como individuo autónomo y en conciencia al «disentir» de nuestro orden constitucional¹, sin que por ello nos sintamos muy tentados a entender que su acción enriquece o corrige las limitaciones del consenso o exalta el valor del individuo frente a los dictados del acuerdo colectivo. En suma, que disenso del disenso por el disenso, lo cual no ha de desagradar a los partida-

1. Y si se argumenta que el buen disenso ha de ser pacífico, no hay ninguna dificultad en encontrar docenas de ejemplos de sujetos nada progresistas que disienten, de palabra, obra y omisión, de los dictados democráticos y consensuales. Y para mí, entre tales actitudes «críticas» y actitudes como la que ATIENZA reprocha a ALEXY, consistente «en justificar —de manera acrítica— un determinado modelo de Derecho: el del Estado democrático y constitucional» (231), me quedo abiertamente con estas últimas. Entre los críticos y los acríticos también hay clases y conviene, literaturas aparte, no quedarse sólo con la «posse».

rios de éste, si son consecuentes. Además, no se olvide que la idea de disenso o desobediencia ha sido integrada por el propio HABERMAS en su teoría, al hablar de la desobediencia civil y su integración en el Estado de Derecho y como elemento dinamizador de la democracia.

En el *séptimo* y último capítulo se contiene la aportación más personal del autor, pues se propone en él una presentación global de las críticas que en los capítulos anteriores ha ido desgranando a las cinco teorías de la argumentación descritas, así como la exposición de lo que para ATIENZA son «las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría plenamente desarrollada de la argumentación jurídica»(235). A tales fines las consideraciones versan sobre tres aspectos de la t.a.: su objeto, su método y su función.

En cuanto al *objeto* entiende ATIENZA que ninguna de las teorías analizadas lo abarca suficientemente. Una teoría omnicomprendensiva debe ocuparse no sólo de las argumentaciones normativas, sino también de las argumentaciones sobre hechos; tiene que comprender, junto al razonamiento de aplicación del derecho, el de producción legislativa (campo éste en que el propio autor ha realizado en los últimos años aportaciones de gran interés que aquí resume); debe referirse no sólo a la aplicación judicial del derecho, sino también a prácticas jurídicas como la mediación o la negociación. Por último, la teoría ha de poseer una dimensión prescriptiva y una descriptiva, y ello tanto en lo que se refiere al contexto de descubrimiento como al de justificación. Esta extensión que ATIENZA concede al objeto de la t.a. es seguramente un ejercicio de sana ambición, pero puede suscitar la duda de si no se difuminan un tanto los contornos de la teoría, o si no se entremezclan demasiadas cosas bajo un mismo rótulo. Quizá la clave inicial estribe en un adecuado ejercicio de nominación y a tal efecto tal vez resultara más conveniente y clarificador entender que las teorías de la argumentación como las expuestas tienen por objeto el problema de la racionalidad de los juicios de valor en las decisiones jurídicas. Y especial mención haría de la necesidad de separar la dimensión descriptiva y prescriptiva de la argumentación jurídica como objetos de investigación autónomos a los que corresponden métodos distintos, por mucho que existan entre ellos, como entre casi todos los temas, conexiones obvias.

La más clara de esas conexiones y que el propio ATIENZA menciona al hablar del *método* de la t.a., consiste en que se ha de poder describir adecuadamente la práctica argumentativa real para poder, desde ese conocimiento, criticar y mejorar esa práctica por referencia al ideal de argumentación racional que la teoría prescriptiva de la argumentación nos traza. Pero ello no obsta a que se trate de cosas distintas y cognoscibles por vías diferentes, del mismo modo que distinto es, por ejemplo, estudiar el discurso real de los políticos y establecer patrones de racionalidad para el discurso político.

Lo que ATIENZA introduce en este apartado sobre el método es una tercera cuestión que no coincide exactamente con la descripción ni con la prescripción. Se trata de la «representación» de los argumentos jurídicos

mediante imágenes o figuras, representación que, sin duda, es una aportación del máximo interés y útil para la descripción, pero que no agota ésta sino que es un medio auxiliar para la misma. Tiene razón al sostener que, como medio de presentación gráfica de las argumentaciones, sus figuras ofrecen un instrumental más amplio que el lenguaje de la lógica formal deductiva, de la que se sirven MACCORMICK o ALEXY. Son lenguajes que ciertamente se complementan, pero que son distintos y se mueven en lo que podríamos llamar un distinto nivel epistemológico, pues las figuras de ATIENZA reflejan o esquematizan gráficamente argumentos, pero no prescriben nada respecto a los mismos ni llevan implícito ningún elemento normativo, al contrario de lo que ocurre con el lenguaje lógico, que sólo tiene su auténtico sentido sobre el trasfondo de un sistema de reglas y en la medida en que la traducción de los argumentos a este lenguaje es una forma también de controlar su racionalidad en relación con esas reglas, es decir, su racionalidad lógica.

Hecha la anterior salvedad, no se puede discutir la originalidad y elaboración de los modelos representativos que ATIENZA diseña. Pero, no hay en ellos (y tampoco se pretende que lo haya) ningún elemento normativo o prescriptivo del argumentar racional, con lo que poco aportan de lo que, a mi modo de ver, más importa en la t.a. ATIENZA separa adecuadamente ambos aspectos cuando dice que «un método para representar adecuadamente procesos de argumentación es algo bien distinto al establecimiento de los criterios que deban usarse para juzgar acerca de su corrección» (247). Y en cuanto a estos últimos, lamenta la insuficiencia de las propuestas contenidas en MACCORMICK o ALEXY, pues sus criterios de racionalidad práctica «son sólo criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones y formas de argumentación» (248). Pero el problema que quedaría por resolver para la t.a. sería, para ATIENZA, el de cómo acertar entre esas decisiones jurídicas no irracionales con la decisión correcta. ¿Indica esto que ATIENZA suscribe la tesis de que allí donde caben varias decisiones racionales, en el sentido de no irracionales (esto es, varias decisiones compatibles con la correcta aplicación del proceso argumentativo dirimente de la racionalidad práctica), existe, sin embargo, una única decisión objetivamente correcta?

Por último, respecto de las *funciones* o fines de la t.a. jurídica, menciona tres: contribuir a una más completa y perfecta visión del fenómeno jurídico, especialmente en su dimensión dinámica; proporcionar «una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el Derecho», así como para la construcción de sistemas jurídicos expertos y para la enseñanza del Derecho; y, en tercer lugar, alude ATIENZA a una función de tipo político o moral, dependiente de que la t.a. consiga «comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista» (251), corrigiendo así la propensión de autores como MACCORMICK o ALEXY a valorar positivamente

te el derecho de los Estados democráticos. Nuevamente aparece la desazón política del autor. Y aquí habría que decir que la mejor aportación que ATIENZA podría hacernos sería comenzar, como paso previo a la elaboración de una t.a. y dado que es un dato condicionante del acierto de la misma, por pergeñar la teoría de un Estado más justo y legítimo que el constitucional y democrático. Porque, entretanto, al contrario que el gallego del dicho, muchos seguiremos pensando que tales estados mejores, haber habra-los, pero no creemos en ellos. Que junto a los casos fáciles y los difíciles existan casos trágicos (aquellos en los que «no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y moral» (252) no tiene por qué ser un argumento para creer en un Estado de armonía perfecta en que todos los casos fueran fáciles por ser todas las normas claras y justas sin discusión. Personalmente, si he de optar entre ese modelo que podríamos llamar del «Juicio Final» y un modelo de justicia (que podríamos denominar como modelo «Calvo Cabello») en el que «el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo» (251), yo, mientras nos movamos en un Estado constitucional y democrático, opto por la solución de enmedio y prefiero la injusticia del legislador democrático a la justicia del que accede por oposición o concurso a un puesto decisorio. Comparto con ATIENZA la idea de que «el Derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí sea el mejor de los mundos existentes)» (251-2). Sólo que no me hace gracia que sirva la imaginación de cualquiera, sobre todo si no le respaldan los votos, para reemplazar lo mejor de lo que existe, por imperfecto que sea. Y diría más, corre tanto peligro eso que existe, es decir, los mecanismos de la democracia, que todas las fuerzas del progresismo parecen poco para que no nos lo cambien de tapadillo por alguna caricatura trágica. Ahí es donde cabe dar la talla moral cada día, y no sólo argumentando, y ahí sí puede el rebelde y el defensor del disenso ejercitarse en la pugna contra la comodidad o la complicidad con los guiños del poder, y ahí es donde el partidario de la acción comunicativa tiene que asumir el curioso riesgo de acabar hablando solo, o sólo con los que no mandan. Con todo esto me alejo del tema central del libro que comento, pero respondo con mi preocupación a la sana preocupación política que Atienza aplica en el examen de las teorías de la argumentación.

Por lo demás, la obra es sumamente estimulante y su mismo estilo crítico invita al más positivo de los debates. Hay libros de nuestro amplio y renovado gremio que son fruto de la documentación y el intercambio con el mejor pensamiento actual, y los hay que no son más que puro ejercicio de imaginación, más o menos enfebrecida, u homenajes al género fantástico. Yo prefiero, sin dudarlo, los primeros, como este de MANUEL ATIENZA.

Respuesta a Juan Antonio García Amado

Por MANUEL ATIENZA

Alicante

1. En el comentario que hace a mi libro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, JUAN ANTONIO GARCIA AMADO me formula una serie de críticas que quizás se pueden clasificar en dos apartados: en el primero cabe incluir una serie de objeciones concretas a puntos específicos de mi libro; y en el segundo, una objeción de carácter mas general y que —me parece— puede considerarse como el *leit motiv* de toda la crítica.

2. Una primera observación que me dirige es que yo haya utilizado como uno de los hilos conductores del libro la contraposición entre lógica y argumentación, lo que GARCIA AMADO no aprueba: «ante lo ficticio en la radicalidad del enfrentamiento —sostiene— quizás no es lo mas adecuado presentar la teoría de la argumentación y su alcance por relación o comparación con la lógica». La objeción de mi crítico no es una objeción de fondo —esto es, él no piensa que mi forma de entender las relaciones entre lógica y argumentación sea inadecuada—, sino de exposición, lo que hace que no sea tampoco fácil de contestar. Es posible, desde luego, que haya una forma mejor de exponer las teorías de la argumentación jurídica que la que yo elegí en ese libro. Sin embargo, me parece que hay, por lo menos, tres razones de gran importancia para subrayar esa contraposición. La primera es que la dialéctica entre lógica (deductiva) y argumentación (o tópica, o retórica, o como se le quiera llamar) tiene una gran relevancia en la génesis de las teorías de la argumentación jurídica y, por ello mismo, pienso que posee también un considerable valor explicativo. La segunda es que aunque sea cierto que las teorías de la argumentación jurídica —como dice GARCIA AMADO— en general no han negado la importancia de la lógica como condición necesaria para la corrección del razonamiento, él no parece tener en cuenta que desde el otro lado, esto es desde el lado de los lógicos, las cosas no se ven de la misma manera. BULYGIN, ALCHOURRÓN o WEINBERGER —por poner sólo unos pocos ejemplos— se encuentran, sin duda, entre los más importantes lógicos del Derecho contemporáneos, y su actitud con respecto a las diversas teorías de

la argumentación jurídica es, precisamente, de contraposición bastante radical. Y la tercera razón es que yo no creo en absoluto que el problema de las relaciones entre lógica y teoría de la argumentación haya quedado definitivamente resuelto; en contra de lo que GARCIA AMADO piensa —por ejemplo, cuando considera excesiva la amplitud con que trato las críticas dirigidas a MACCORMICK desde un punto de vista lógico— me parece que la respuesta dada a cuestiones lógicas como las que ahí se discuten sí que afectan necesariamente a la teoría de la argumentación jurídica: de hecho, muchas —quizás la mayoría— de las críticas que recojo ahí pretenden refutar la teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK, porque este último *concede demasiado a la lógica*.

Una segunda objeción que aparece en el comentario de GARCIA AMADO es que, en mi exposición de la teoría de PERELMAN, por un lado, no separo «suficientemente» dos aspectos de su obra: la dimensión instrumental y la dimensión de racionalidad práctica; y, por otro lado, no profundizo «suficientemente» en la exposición y crítica de las nociones que son centrales para esa segunda dimensión: las de auditorio universal y particular, y las de convencer y persuadir. Por supuesto, tampoco en este caso tengo ninguna seguridad de que mi exposición haya sido *suficiente*. Lo que sí puedo decir, en relación con los dos primeros aspectos, es que, si no están suficientemente diferenciados, al menos me parece que nadie podría afirmar que están confundidos en mi libro, en el que, además, afirmo expresamente que la importancia de la obra de Perelman «radica esencialmente en su intento de rehabilitar la razón práctica» (p. 86). Y en relación con los conceptos a que se refiere GARCIA AMADO, me parece que puede decirse todavía algo más no sólo no están ausentes de mi libro, sino que creo haberlos explicado, si se quiere someramente. De todas formas, hay una razón que quizás explique el que no haya dado a uno de ellos —el de auditorio universal— la importancia que reclama GARCIA AMADO: se trata de que yo considero —probablemente a diferencia de mi crítico— que esa noción perelmaniana «es más que un concepto cuidadosamente elaborado, simplemente una intuición feliz» (p. 91)

La tercera objeción es que la contribución de TOULMIN a una teoría de la argumentación no queda clara «por falta de desarrollo», lo que ocurre también en mi exposición de la teoría de ALEXY: «estas páginas adolecen de una considerable oscuridad, posiblemente debido a que ATIENZA entra demasiado rápidamente en la glosa de las reglas, sin haberse extendido bastante en los presupuestos y el contexto teórico general desde el que ALEXY las construye». Pues bien —y aceptado desde luego que mi exposición podría haber sido más clara y no sólo en lo que concierne a estos autores—, en relación con TOULMIN, yo no creo —como sostiene GARCIA AMADO y, por cierto, también PERELMAN— que en su obra no se contengan «criterios de racionalidad del tipo de los que hemos visto que trataba de ofrecer PERELMAN». Como afirmo en mi libro, la apelación al «tribunal de la razón» por parte de TOULMIN es el equivalente al «auditorio universal»

de PERELMAN: ambos cumplen la misma función y ambos adolecen de una parecida falta de precisión, lo que justifica –creo– que no me haya detenido excesivamente en ellos. En relación con ALEXY, lo que ocurre es, simplemente, que para aligerar –y hacer más clara– la exposición, algunas cuestiones –como la fundamentación de las reglas del discurso– aparecen tratadas muy someramente en la descripción de la teoría y con una mayor extensión en el momento de efectuar la crítica; eso explica, quizás, una cierta paradoja en la que incurre mi propio crítico, quien comienza reprochándome el que no se vea «con suficiente transparencia de dónde o a cuento de qué vienen tales reglas», para luego declarar que le parecen «particularmente acertadas» las críticas que dirijo a ALEXY referidas a «la fundamentación de las reglas del discurso».

La última de las objeciones concretas se refiere a la crítica dirigida a MACCORMICK –que, a su vez, yo tomaba de HAAKONSSSEN– en la medida en que MACCORMICK pretende justificar los límites de la razón en la argumentación jurídica a partir de la distinción entre desacuerdos teóricos y desacuerdos prácticos, y de la tesis de que en el Derecho existen no sólo desacuerdos teóricos, sino también desacuerdos prácticos genuinos que no cabe resolver por medios estrictamente racionales. Glosando mi crítica, GARCIA AMADO afirma: «Si entiendo bien el argumento, estamos ante una especie de falibilismo de doble faz que, generalizado, nos llevaría al absurdo de no poder afirmar ni que nada es verdadero ni que nada es falso». Efectivamente, GARCIA AMADO entendió mal el argumento, seguramente porque yo no lo expuse tampoco de manera muy clara. En todo caso, la idea es esta: por un lado, la diferencia entre desacuerdos teóricos y desacuerdos prácticos en que se basa la tesis de MACCORMICK no me parece que esté formulada por él de una manera muy clara; y, por otro lado, no se ve por qué de la existencia subjetiva –esto es, de hecho– de desacuerdos prácticos, haya que deducir –como lo hace MACCORMICK– la existencia, en el nivel objetivo, de los mismos

3. Y vamos ya con la objeción a la que, me parece, GARCÍA AMADO concede un mayor peso. Aparece a propósito de lo que denomino «crítica ideológica» y que dirijo tanto a PERELMAN como a MACCORMICK y a ALEXY. Lo primero que quisiera decir es que el «tono» elegido por GARCÍA AMADO –y para ser sincero– no me gusta demasiado. Es –diría– innecesariamente polémico, pues supone en mí una actitud política –o «pseudopolítica», como él mismo la llama– de ingenua irresponsabilidad, para lo que no creo haber dado motivos. Por ejemplo, no se a cuento de qué vienen afirmaciones como las siguientes: «Calificar estas u otras posiciones teóricas o doctrinales como conservadoras o progresistas es tan poco ilustrativo para las cuestiones de fondo que realmente se discuten como llamarlas hermosas o feas, alegres o tristes, amarillas o rosas». «¿Quién define los parámetros de lo que es conservador o progresista y respecto de qué? ¿Es ese, supuesto que pueda definirse, un criterio de verdad en las ciencias sociales?». «Al margen de que tanto conservadurismo

camuflado en las distintas doctrinas puede hacer pensar a algún lector aprensivo en una especie de conspiración internacional, lo que tampoco parece de recibo es la ecuación disidencia igual a progresismo, sin distinguir la índole o legitimación de aquello frente a lo que se disiente». «...No tiene por qué ser un argumento para creer en un Estado de armonía perfecta en que todos los casos fueran fáciles por ser todas las normas claras y justas sin discusión (...) modelo que podríamos llamar del «Juicio Final», etc. Y si no me gusta el tono es porque cualquier lector medianamente inteligente –y GARCIA AMADO es mucho más que eso– se da cuenta de que las anteriores imputaciones son, sencillamente, falsas: pues yo no creo haber confundido en ningún momento la crítica conceptual con la crítica ideológica; nunca he afirmado que esta última sea el criterio de verdad en las ciencias sociales; no he dado a entender de ninguna manera que disidencia sin más sea igual a progresismo; menos aún he postulado un «Estado de armonía perfecta»; y no creo, por cierto, en ninguna forma de juicio final, ni política ni religiosa.

Y si ahora pasamos a las cuestiones de fondo, lo que yo tendría que oponer a la objeción de GARCIA AMADO es lo siguiente. El concepto de ideología –entendido en el sentido que le atribuye la tradición marxista– me parece de una gran importancia para las ciencias sociales y humanas y para la filosofía. Pero la crítica ideológica es algo distinto de la crítica conceptual y de la descalificación ideológica. No creo que sea cuestión de explicar aquí dicho concepto, pero sí quisiera hacer –y para terminar– dos últimas consideraciones que me parecen de un cierto interés. Ambas se conectan, curiosamente, con los dos trabajos de los que me he ocupado en estas últimas semanas.

El primero es un libro escrito conjuntamente con JUAN RUIZ MANERO, que llevará como título *Marxismo y filosofía del Derecho*. Allí, en el capítulo introductorio, efectuamos una caracterización de las tesis que, nos parece, ha sostenido el marxismo jurídico, presentando una versión fuerte y otra débil de cada una de ellas. En nuestra opinión, y en su versión débil, el marxismo ofrece un *background* intelectual del que la filosofía del Derecho de finales del siglo XX no debería prescindir de manera apresurada. Uno de los elementos básicos de ese *background* es el del carácter ideológico del Derecho, entendida la tesis en un sentido que es, precisamente, el que estaba presente en mi libro sobre la argumentación jurídica. De acuerdo con ella, los elementos ideológicos que pueden encontrarse en el Derecho –o en las teorías de la argumentación jurídica– pueden ser «no queridos» por nadie: por eso, atribuir a una teoría un elemento ideológico no tiene nada que ver con ninguna concepción «conspiratoria» de la teoría de la argumentación jurídica, del Derecho o de cualquier otra cosa; e igualmente, esos elementos ideológicos pueden contribuir a una justificación *acrítica* de una determinada realidad, como yo sugería que ocurría, concretamente, con la Nueva Retórica de PERELMAN: «la retórica –al menos como la entiende PERELMAN– cumple ante todo una función *ideológica*

de justificación del Derecho positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son» (p. 101). El hecho de que alguien como GARCIA AMADO no haya entendido el sentido de esa crítica me reafirma en la necesidad de procurar –y ese es básicamente el propósito del libro aludido– que las nuevas generaciones de filósofos del Derecho no caigan en la tentación de apresurarse a *pasar de* MARX antes de haber *pasado por* él.

El segundo comentario se refiere al modelo de justicia que García Amado llama del «Juicio Final» y que ejemplifica en la famosa sentencia absolutoria de un joven «insumiso» dictada recientemente por un juez madrileño. GARCIA AMADO acierta al pensar que una solución semejante pudiera resultar aceptable desde una concepción de la argumentación jurídica como la mía. Pero creo que se equivoca –y, por cierto, en este caso juntamente con todos los representantes del poder que, al parecer, también a él le lanzan «guiños» que se empeña en combatir a base de tópicos– en la descalificación –en mi opinión, un tanto precipitada– que fórmulas: «prefiero la injusticia del legislador democrático –afirma– a la justicia del que accede por oposición o concurso a un puesto decisorio». Yo no sé si lo que voy a decir le parecerá a GARCIA AMADO peligrosamente antidemocrático, fruto de un esquematismo pseudopolítico, etc. pero, en general, prefiero la justicia –provenga o no de un funcionario– a la injusticia. Y pienso, además, que la decisión del juez a la que él alude no sólo era la solución más justa al caso en cuestión, sino que, me parece, es también la que mejor puede justificarse mediante una argumentación jurídica suficientemente compleja, como el caso requiere. Eso es precisamente lo que he tratado de mostrar en un artículo reciente respecto del cual –desde luego– tendría el máximo interés en conocer las críticas que, sin duda, habría de formularme GARCIA AMADO.

Ideología *versus* lógica en las interpretaciones de Kelsen*

Por LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN

Oviedo

LEGAZ LACAMBRA nos decía que la doctrina de KELSEN había ejercido sobre los hombres de su generación «un atractivo irresistible en virtud de dos características constitutivas de la misma, a saber, el principio de pureza metódica y la espléndida y coherente arquitectura de su construcción racional»¹.

Hoy día, a juzgar por la gran cantidad de obras —de indiscutible calidad— que siguen apareciendo sobre el pensamiento de KELSEN, podemos afirmar que ese «atractivo irresistible» no sólo permanece, sino que incluso ha ido aumentando, ya que no sólo obedece a la *espléndida y coherente arquitectura* de su construcción racional, sino también —y últimamente sobre todo— a su *espléndida incoherencia y a su espléndido irracionalismo*.²

El título de este trabajo —Ideología versus lógica— no pretende disfrazar la temática kelseniana —tal vez ya un poco aburrida por demasiado manida— en algo más misterioso y por lo tanto más actual y atrayente para el sufrido lector kelseniano. Las razones son muy distintas y concretas: Acabo de leer el reciente y documentado libro del profesor RUIZ MANERO, *Jurisdicción y Normas*, cuyo primer capítulo (pp. 25 a 97) está dedicado al análisis de la *función jurisdiccional en la Teoría Pura del Derecho*. En el apartado tercero de este primer capítulo el profesor RUIZ MANERO aborda el tratamiento que KELSEN da al problema de «los conflictos de normas» en la Teoría Pura del Derecho de 1960 y en las obras posteriores a 1960. La tesis defendida por RUIZ MANERO en este punto es una tesis continuista, en el sentido de que no ve ruptura ni contradicción entre el pensamiento kelseniano de la TPD de 1960 y el pensamiento recogido en sus obras posteriores, principalmente en la TGN. Esta tesis de RUIZ MANERO, a mi juicio, no es defendible

* Reflexiones en torno al libro de JUAN RUIZ MANERO, *Jurisdicción y Normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y Teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, col. El Derecho y la Justicia, n.º 18, 1990, 205 pp.

1. L. LEGAZ LACAMBRA, «Kelsen Hoy», *A.F.D.*, t. XVI, 1971-72, pp. 77-93. En concreto la p. 79, el subrayado es nuestro.

2. En esta línea habría que situar, entre otros, a autores como O. WEINBERGER, M. G. LOSANO, S. L. PAULSON, L. MARTÍNEZ ROLDÁN. Aunque las posturas de estos autores difieran sustancialmente entre sí.

—como luego veremos— ni siquiera abordando la problemática kelseniana desde una dimensión puramente lógica y conceptual, es decir, entendiendo las posibles contradicciones de KELSEN como el resultado del esfuerzo de este autor por perfeccionar y enmendar errores lógicos anteriores³.

Pero es que además el problema para mí está en que no se debe pretender explicar las posibles contradicciones kelsenianas desde una dimensión lógica, sino desde una dimensión ideológica, es decir, verlos como el resultado de la fuerte tensión a la que KELSEN se ve sometido al encontrarse entre dos fuegos: Por una parte su talante de hombre coherente, de justicia, tolerante y rigurosamente razonable; y por otra parte un modelo de ciencia positivista —al que él se adhiere de forma incondicional— y que le lleva a un Derecho incoherente, ilógico; injusto e irracional.

KELSEN científicamente es un positivista riguroso, pero ideológicamente yo ya no me atrevería a afirmarlo de forma tan rotunda. A lo largo de la historia se ve muy claramente como en distintos momentos las ideologías han configurado distintos modelos de ciencias en las que se han apoyado y mediante las cuales han pretendido disfrazarse de objetividad y de racionalidad. En este sentido personalmente me parece claro que el iusnaturalismo es un ejemplo típico. Sin embargo, también a lo largo de la historia hemos visto como distintos modelos de ciencia han segregado determinadas ideologías, y personalmente creo que este es el caso del positivismo científico⁴. KELSEN es un acérrimo defensor del positivismo científico, sin embargo pienso que no comparte la ideología positivista y si en algo la comparte es totalmente forzado por el modelo de ciencia positivista al que se adhiere.

Sinceramente creo que es en esta tensión ideología versus ciencia donde se encuentra la verdadera explicación del pensamiento de KELSEN y de sus plurales y manifiestas contradicciones.

Pero veamos cual es el problema concreto que nos ocupa: ¿Hay continuidad y coherencia en la dilatada obra kelseniana o por el contrario podemos distinguir etapas claramente diferentes? De forma muy sucinta creo que las principales posturas al respecto serían las siguientes:

Primera postura (defendida por ej., por LOSANO y WEINBERGER): El pensamiento de KELSEN es totalmente coherente hasta la TPD de 1960 inclusive y a partir de aquí, en sus obras posteriores (sobre todo en *Derogación, Derecho y Lógica y Teoría General de las Normas*), se habría operado un cambio fundamental. Su teoría, pues, es que la obra de KELSEN no es coherente y que en ella se pueden establecer dos etapas claramente distintas: La primera que comprendería todas las obras publicadas hasta 1960 inclusive. Y la segunda que estaría formada por todas aquellas obras posteriores a esta fecha.

3. En este sentido no creo que los conocimientos de lógica del KELSEN de la TPD de 1960 fuesen inferiores a los del KELSEN de 1962, 1965 ó posteriores. Fechas en las que aparecen sus obras *Derogation, Recht und Logik* o la *Teoría General de las Normas* de 1979.

4. Estas afirmaciones lógicamente requieren un estudio más detallado en orden a intentar fundamentarlas. Personalmente estoy en ello pero serán objeto de otro trabajo.

Segunda postura (creo que es la postura defendida por la mayoría de los autores de forma expresa o tácita y es en concreto la teoría que mantiene el prof. RUIZ MANERO): El pensamiento de KELSEN evoluciona a lo largo de toda su obra de forma coherente y continuista y no hay razón para establecer etapas diferentes. Nada dice KELSEN en la TGN —o en cualquiera de sus obras posteriores al sesenta— que no hubiese dicho en la TPD de 1960, y nada dice en esta fecha que no hubiese dicho con anterioridad, (esto último creo que se deduce de forma clara del estudio de RUIZ MANERO, aunque de forma más implícita que explícita).

Tercera postura (defendida entre otros por PAULSON⁵) No hay una unidad y coherencia entre el KELSEN de la TPD de 1960 y el KELSEN posterior de la TGN —por citar la obra más significativa de este período— (hasta aquí coincidiría con la primera postura de LOSANO y WEINBERGER). Pero, añade, tampoco hay unidad y coherencia en las obras de KELSEN anteriores a la TPD de 1960.

Esta tercera postura más que destacar distintas etapas en el pensamiento kelseniano, entiende que en toda la obra del autor están presentes tal variedad de doctrinas que la convierten en algo incoherente.

*Cuarta postura*⁶: Se da una verdadera unidad, coherencia y continuidad entre el pensamiento kelseniano anterior a la TPD de 1960 y el pensamiento posterior a la misma; sin embargo esa unidad y coherencia no se da con respecto a la doctrina expresada en su TGD de 1960. Esta sería la tesis que yo considero más correcta.

La TPD de 1960 —considerada normalmente como la consagración definitiva del pensamiento jurídico de KELSEN— para mi no es más que una especie de paréntesis dubitativo e incierto en la evolución de su pensamiento, y supone una ruptura y una incoherencia con respecto al pensamiento kelseniano anterior y posterior a la misma.

No es mi intención hacer aquí un análisis de todas y cada una de estas cuatro posturas reseñadas. Simplemente quería hacer unas breves reflexiones críticas de la segunda postura —que es la defendida por RUIZ MANERO en su libro—, e incidir nuevamente sobre los argumentos que, a mi juicio, llevan a considerar la cuarta postura como la más acertada.

Para RUIZ MANERO existe a lo largo de toda la obra de KELSEN unidad, coherencia y continuidad, incluso —y en este punto es en el que principalmente se detiene su reflexión— entre la TPD de 1960 y sus obras posteriores (por ej. TGN).

Para demostrar su tesis RUIZ MANERO centra su reflexión en dos problemas, e intenta ver cual es la solución que KELSEN da a los mismos en la

5. Vid. S. L. PAULSON «El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o continuidad?», publicado en *Doxa*, n.º 2, Alicante 1985, pp. 153-157. Donde nos viene a decir que la comparación que WEINBERGER hace entre las posiciones de KELSEN antes y después de 1960 fomenta la creencia de que el trabajo anterior a 1960 forma una unidad. Tal creencia, dice, está fuera de lugar si tenemos en cuenta la variedad de doctrinas presentes en la obra de KELSEN (Cfr. p. 153).

6. Esta es la postura que yo entiendo más correcta y así lo he intentado demostrar en mi libro *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, La Ley, Madrid 1988.

TPD de 1960 y en las obras posteriores (*Derogación, Derecho y Lógica* y *TGN* principalmente). Los dos problemas lógicamente son:

1. El de los conflictos de normas (en concreto, si el principio lógico de contradicción es o no aplicable a las normas)
2. El problema de la aplicabilidad de las reglas de inferencia a la relación entre normas generales y normas individuales (en concreto, si el principio lógico de deducción es o no aplicable a las normas).

EL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS ENTRE NORMAS

El tratamiento que KELSEN da al primer problema (conflictos de Normas o aplicabilidad del principio de contradicción a las normas) en la *TPD* de 1960, según RUIZ MANERO —y en esto estoy de acuerdo— es el siguiente:

1°. Primero KELSEN nos dice cuando hay conflicto entre normas: «Cuando una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera» (*TPD*, p. 214).

2°. Este conflicto normativo no implica una contradicción lógica, pues las normas carecen de valor veritativo: «Los principios lógicos y en especial el principio de contradicción, sólo se aplica a enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos; una contradicción lógica entre dos enunciados consiste en que sólo el uno o el otro de ellos puede ser verdadero, en tanto en cuanto uno es verdadero el otro tiene que ser falso. Pero una norma no es verdadera ni falsa, sino válida o inválida» (*TPD*, p.214).

3°. No obstante esos mismos principios lógicos —en concreto el principio de contradicción— pueden ser aplicados indirectamente a las normas jurídicas «en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos», luego parece claro que «dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen» (*TPD*, pp.87-88).

4°. Y a modo de conclusión del KELSEN de la *TPD* de 1960 —con la que parece estar de acuerdo el prof. RUIZ MANERO—: No existen conflictos de normas, porque un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sin sentido. Y si apareciese en el material jurídico algún tipo de conflicto debe de ser solucionado por la ciencia del Derecho —y más en concreto por la interpretación— que debe transformar esos materiales jurídicos en algo coherente y unitario.

Veamos ahora cual es el tratamiento que KELSEN da a este mismo problema en sus obras posteriores principalmente *Derogación; Derecho y Lógica* y *Teoría General de las Normas*. Tratamiento que, siguiendo a RUIZ MANERO se podría concretar en los siguientes puntos, que yo creo también perfectamente válidos:

1º. Los conflictos de normas son posibles e incluso frecuentes. (lo cual contradice lo señalado por el kelsen de 1960 en el punto cuatro, y RUIZ MANERO así lo señala).

2º. La descripción de un conflicto de normas no implica una contradicción lógica entre las proposiciones normativas que describen a una y a otra de las normas en conflicto. (lo que claramente contradice lo señalado por el KELSEN de 1960 en el punto tercero, también RUIZ MANERO está de acuerdo).

3º. Los conflictos de normas no tienen naturaleza lógica. (Esta afirmación RUIZ MANERO entiende que si está en consonancia con el pensamiento del KELSEN de 1960, aunque por su parte le haga una serie de apreciaciones críticas).

Después de haber procedido a hacer este estudio comparativo de las dos etapas del pensamiento kelseniano, vemos que hay diferencias sustanciales entre lo expuesto en la *TGD* y lo expuesto en sus obras posteriores (*TGN*). Diferencias de las que RUIZ MANERO es perfectamente consciente; pero que, sin embargo, no son tenidas en cuenta en la conclusión a la que llega y que a mi sinceramente no me parece acertada. El Prof. RUIZ MANERO concluye que «no hay solución de continuidad entre la versión clásica de la teoría pura del Derecho (la contenida en la 2ª ed. *TPD*) y la ofrecida por el último KELSEN» (p. 93 del trabajo de MANERO). Y la razón que da es la siguiente: «De hecho, el único punto de ruptura entre ambas reside en el abandono de la insostenible tesis de la correspondencia entre los valores de validez/invalidéz de las normas y verdad/falsedad de las proposiciones normativas a ellas referidas» (p. 93) Para RUIZ MANERO, pues, lo único que sucede es que el KELSEN del sesenta comete un error doctrinal y que en su etapa posterior los subsana. El error es pensar que dos proposiciones normativas que enuncian dos normas en conflicto se contradicen, cuando ésto no es cierto porque ambas proposiciones son verdaderas al enunciar dos normas válidas —que precisamente por serlo y por ser contrarias hay conflicto—. El error de KELSEN, dice RUIZ MANERO en expresión de ALCHURRON y BULYGIN, es no advertir que «nada hay de paradójico en una descripción coherente de un sistema incoherente». Este error —que RUIZ MANERO se explica por el hecho de que en KELSEN validez no solo implica existencia de la norma, sino también que ésta debe ser obedecida, lo cual hace que nos cuestionemos el carácter meramente descriptivo de las proposiciones normativas de deber ser— queda perfectamente subsanado en el KELSEN posterior que entiende que no hay contradicción entre dos proposiciones que enuncian dos normas en conflicto, ya que solamente habría contradicción entre una proposición normativa que enunciase la validez de una norma y otra proposición normativa que enunciase la no validez de esa misma norma.

Las anotaciones que yo haría a esta conclusión de Ruiz Manero serían las siguientes:

1ª. La versión clásica de la teoría pura del Derecho de KELSEN no es la expresada en la *TPD* de 1960, ya que en sus obras anteriores no mantiene estos mismos puntos. Lo que se mantiene en sus obras anteriores —y que

efectivamente es su versión clásica— es todo aquello que está en consonancia con su voluntarismo jurídico y sobre todo con su positivismo científico. El Derecho es un puro hecho social —en conexión con otros hechos o fenómenos sociales— producto de la voluntad, y en consecuencia al margen de criterios lógicos y racionales. En este sentido, la ciencia del Derecho lo único que hace es describirlo y enunciarlo con objetividad⁷, es decir, tal cual es y nunca tal como debiera ser desde determinados criterios valorativos, ideológicos o políticos. KELSEN efectivamente entiende que es totalmente posible —precisamente esta es la función de la ciencia— dar una explicación coherente de algo incoherente.

En las obras anteriores a la *TPD.* de 1960 —de las que podemos tomar como punto de referencia la primera edición de la *TPD*⁸ de 1934 y la traducción francesa que de esta primera edición se hace en 1953⁹, y que algunos consideran a mitad de camino entre la primera y la segunda edición de la teoría pura— KELSEN siempre mantuvo que los conflictos entre normas no solo existían, sino que eran frecuentes, y nunca mantuvo que estos conflictos implicasen una contradicción lógica —lo cual iría en contra de su concepción voluntarista y positivista— y siempre entendió que la ciencia no debía solucionar estos conflictos, sino dar una explicación coherente de la existencia de estos conflictos y una explicación coherente de la solución de dichos conflictos.

Existen estos conflictos porque se trata de la «norma antinormativa», es decir, «de el problema de la ley inconstitucional, del reglamento ilegal, de la sentencia judicial o del acto administrativo ilegal o contrario al Derecho»¹⁰. Y esto desde el punto de vista de la realidad no se puede negar y sería ilógico que implicase una contradicción lógica, ya que estamos en la esfera de la voluntad y no de la razón, en la esfera de la validez —existencia— y no de la verdad.

El verdadero problema es poder explicarse científicamente este fenómeno jurídico, y es aquí cuando él acude al carácter alternativo de los preceptos jurídicos¹¹. Y explicarse científicamente la solución de estos conflictos —y esta es tarea también de la ciencia: no el solucionar el conflicto, sino explicar científicamente esa solución que vendrá dada en el ámbito de la voluntad, es decir del Derecho,— y es aquí cuando acude a la norma derogatoria y cuando afirma que los principios «lex posterior derogat anterior» —o el de «lex specialis»—, no son nunca principios lógicos o científicos, sino siempre auténticas normas jurídicas impuestas de forma expresa o tácita. Todo esto sí es co-

7. Este carácter meramente descriptivo y enunciativo de la ciencia no se ve empañado para nada en el pensamiento de KELSEN, por el hecho de que él afirme en algún momento que la ciencia tiene una función configuradora y creadora de su objeto, ya que esta afirmación solo tiene un sentido epistemológico, siguiendo la teoría del conocimiento kantiana.

8. HANS KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.

9. HANS KELSEN, *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, Editions de la Baconniere, Neuchâtel, 1953. Hay traducción castellana de MOISÉS NILVE, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Eudeba, Madrid 1960.

10. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 1.ª ed., p. 120.

11. Vid. las páginas 123-124 de la *TPD*, 1.ª edición.

herente con su positivismo científico-jurídico, con su voluntarismo, con su concepción del ordenamiento jurídico como un ordenamiento dinámico, y hasta con su decisionismo judicial que, en mi opinión, sería la conclusión más lógica dentro de la coordenadas de la teoría pura del Derecho.

Pero todo esto —que es lo que se mantiene en las obras anteriores a la *TPD* de 1960 y también en las obras posteriores— es muy diferente de lo que mantiene en la *TPD* de 1960, donde ya no admite conflictos, donde dice que estos suponen —aunque sea indirectamente— una contradicción lógica y en consecuencia son un sinsentido, donde dice que estos conflictos deben ser solucionados por la ciencia del Derecho —lo que contradice toda su concepción positivista—, donde dice que el ordenamiento jurídico aún siendo dinámico debe ser coherente —lo que ha llevado al prof. DELGADO PINTO a entender que el ordenamiento jurídico en Kelsen es mixto—.

Sin embargo, todo esto, según el prof. RUIZ MANERO, se debe a que el KELSEN del sesenta comete un error —creer que entre dos proposiciones normativas que enuncian dos normas en conflicto hay contradicción— que subsana en sus obras posteriores.

2º. Aún admitiendo que el cambio se deba simplemente a un error doctrinal, creo que el cambio existe y que por tanto no se puede hablar sin más de total continuidad y coherencia. Prueba de que ha habido cambio es que las conclusiones sacadas por algunos autores, basándose en el pensamiento kelseniano del sesenta, no serían válidas, pues estarían basadas sobre ese error que KELSEN posteriormente, según Ruiz Manero, subsana. Por ejemplo, el prof. DELGADO PINTO¹² dice que «es indagando en la exigencia kelseniana de que el Derecho se interprete y se describa como un conjunto normativo sin contradicciones, como cabe encontrar dentro de su pensamiento la limitación del afirmado carácter dinámico del sistema jurídico... y el reconocimiento tácito de que el principio estático de validez juega un cierto papel dentro del orden del Derecho positivo». Este texto solamente sería cierto partiendo del pensamiento erróneo de KELSEN, es decir, que si se advierte ese error no se podría llegar a esa conclusión.

3º. Es cuando menos sospechoso que KELSEN tarde tanto en cometer un error, que además le lleva a tirar por tierra gran parte de su pensamiento expuesto y defendido durante tanto tiempo, cuando además ya con anterioridad se dan todos los condicionamientos a los que RUIZ MANERO atribuye tal error. Efectivamente RUIZ MANERO viene a decirnos que la explicación más plausible —sugerida por C. S.NINO— de tal error es «que en la doctrina kelseniana afirmar que una norma es 'válida' no significa solamente que tal norma 'existe' o 'pertenece al sistema', sino también que esa norma 'debe ser obedecida'»¹³. Y todo ello se debe, según RUIZ MANERO,

12. JOSÉ DELGADO PINTO «El voluntarismo de HANS KELSEN y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», en *Filosofía y Derecho, Estudios en honor del profesor José Cortés Grau*, Universidad de Valencia 1977, p. 190.

13. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 56.

a que «el intento de construir la categoría de ‘enunciados descriptivos de deber ser’ como tercer género entre las aserciones acerca de hechos y las prescripciones resulta fallido; los pretendidos ‘enunciados descriptivos de deber ser’ resultan indistinguibles de las prescripciones»¹⁴.

No quiero entrar en la problemática que plantean las proposiciones de deber ser —la regla de derecho— objeto de bastantes críticas y que para muchos no es más que una pueril e inútil reduplicación de la misma cosa¹⁵. Tampoco quiero discutir la cuestión de si en KELSEN decir que una norma es válida implica decir no solamente que existe como tal norma, sino también que debe ser obedecida, como consecuencia de la proposición de deber ser que utiliza —lo que si parece claro es que ésto no es lo que él quiere decir, ni lo coherente con su concepción positivista de la ciencia—. Lo que si quiero dejar claro es que estas proposiciones descriptivas de deber ser —necesarias según KELSEN para poder expresar correctamente la relación establecida en una norma— ya eran defendidas por KELSEN muchos años antes de la *TPD* de 1960. En su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*; en la *TPD* de 1934 y en otras muchas ya afirma que las normas deben ser descritas mediante proposiciones de deber ser y sin embargo en ninguna de estas obras comete el error de la *TPD* de 1960. En sus obras posteriores a 1960 sigue entendiendo las proposiciones descriptivas de deber ser de la misma manera, sin que ello le lleve a esas conclusiones erróneas. Si esa hubiese sido la causa, el efecto debiera haber aparecido en el momento en que se dió la causa y debiera permanecer mientras ésta no desapareciese, maxime tratándose de una doctrina y de un autor donde el rigor lógico era una de una de sus metas principales.

4º. Para RUIZ MANERO las dos afirmaciones que KELSEN hace en la *TPD* de 1960 solamente serían compatibles de una determinada manera. Las dos afirmaciones serían las siguientes:

Primera.—El problema entre una norma superior y una norma inferior surge «dado que una norma sólo pertenece a un determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante».

Segunda.—Que la «inexistencia de normas cuya producción no corresponda a la norma superior determinante es un rasgo necesario de todo sistema jurídico», «pues si hubiera algo así como un Derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma ‘contraria a norma’ es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general no constituye norma jurídica alguna»¹⁶.

14. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 56.

15. C. COSSIO «La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad», Abeledo—Perrot, 29 ed. , Argentina 1964, p. 402.

16. J. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 61.

RUIZ MANERO analiza tres posibles vías para hacer ambas afirmaciones compatibles, descarta dos de ellas, a mi juicio correctamente, por entenderlas absurdas, y entiende que la única vía posible sería la tercera, es decir, «reformular el contenido de las normas superiores determinantes de forma tal que resulten necesariamente inviolables por parte de los órganos de producción normativa inferior y no pueda, por tanto producirse conflicto entre aquellas normas y las normas dictadas por éstos»¹⁷. En definitiva mediante la Regla alternativa.

Todo esto quiere decir, si no entiendo mal, que la regla alternativa es el argumento que KELSEN utiliza para demostrar que no hay ni puede haber conflictos –afirmación que hace en la *TPD* de 1960–.

Si ésto es así lógicamente no puedo estar de acuerdo, pues el recurso a la regla alternativa KELSEN ya lo utiliza en sus obras anteriores y también en sus obras posteriores a 1960 y no precisamente para demostrar que no hay ni puede haber conflictos, sino todo lo contrario para dar una explicación lógica de la existencia de esos conflictos, es decir, para poder explicarse el hecho de que una norma inferior contraria a la superior sea válida y por lo tanto haya conflicto.

La Regla alternativa en toda la obra de KELSEN –excepto en ese paréntesis incoherente que supone la *TPD* de 1960– es entendida no como un medio de demostración de la inexistencia de conflictos normativos, sino como un medio de explicación lógica y coherente de la existencia de conflictos.

5º. Yo creo que lo expresado por KELSEN en la *TPD* de 1960 es distinto e incoherente con lo que había dicho antes y con lo que él dice después, y pienso que la causa de ese paréntesis dubitativo e incierto que para mí constituye la *TPD* de 1960 en la evolución del pensamiento kelseniano, no se debe a ningún error de tipo conceptual, sino a las contradicciones internas que Kelsen sufre como consecuencia de que su ideología no concuerda con los resultados extremos a los que su modelo de ciencia le lleva.

Sigo pensando que esta edición es una especie de paréntesis dubitativo –en la lógica evolución de su obra– en el que utiliza un lenguaje abstracto e incierto, que sin duda es reflejo de incertidumbres aún no superadas y que le llevan a caer en claras contradicciones, y a desequilibrar conceptos básicos y fundamentales de su pensamiento, como pueden ser: El carácter puro y neutral de la ciencia; la separación entre razón y voluntad; el carácter alternativo de la norma superior en conexión con el carácter dinámico y formal del sistema jurídico; la doctrina de la interpretación etc.

La *TPD* de 1960 pretende compatibilizar el racionalismo con el voluntarismo; pretende trasladar la lógica de la ciencia al mundo de la voluntad. El modelo de ciencia –que aquí se plasma– es el menos positivista y la interpretación comienza a tener funciones prácticas incompatibles con su concepción anterior meramente descriptiva y avalorativa. Aunque parezca paradóji-

17. J. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 61. El subrayado es nuestro.

co la *TPD* de 1960 es la obra menos kelseniana, y sin embargo —yo creo que es precisamente por eso— se viene entendiendo, de forma más o menos generalizada, como la consagración definitiva del pensamiento de KELSEN.

Dejemos ya el problema de los conflictos de normas —la aplicabilidad del principio lógico de contradicción a las normas— y veamos el segundo problema analizado por RUIZ MANERO.

EL PROBLEMA DE LAS REGLAS DE INFERENCIA ENTRE NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES

Pasemos ahora a analizar el problema de la aplicabilidad del principio lógico de deducción a las normas:

¿Cual es la solución que da KELSEN a este problema en la *TPD* de 1960?: La solución es que sí existe la posibilidad de obtener, por medio de una inferencia deductiva, normas individuales a partir de normas generales. «Una norma jurídica, dice KELSEN, puede ser inferida de otra cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico»¹⁸. Luego el principio lógico de inferencia es aplicable —aunque sea indirectamente— a las normas en la medida en que éste es aplicable a los enunciados jurídicos que las describen.

¿Cual es la solución que Kelsen da a este problema en sus obras posteriores a la *TPD* de 1960?: La solución es que el principio lógico de inferencia no es aplicable ni directa ni indirectamente a las normas, porque «la validez de la norma individual no está implícita en la validez de la norma general a la cual corresponde...»; «porque la validez de una norma está condicionada por el acto de voluntad del cual es el sentido..»; porque «dado que entre la validez de la norma general y la validez de la correspondiente norma inividual debe insertarse un acto de voluntad, cuyo sentido es la norma individual, la validez de la norma individual no puede derivar de una operación lógica, es decir, de un proceso lógico, mientras que, por el contrario, la verdad de una aserción individual deriva de la verdad de la aserción general, la que concuerda la aserción individual».¹⁹

RUIZ MANERO está de acuerdo con que efectivamente éstas son las soluciones que KELSEN da al problema en 1960 y después de 1960, sin embargo no encuentra solución de continuidad entre ambas soluciones, es decir, entre ambas etapas del pensamiento kelseniano. Dice RUIZ MANERO: «En cuanto a la cuestión de las relaciones de inferencia deductiva entre normas, la existencia de tales relaciones es, desde luego, *expressis verbis* afirmada por el KELSEN de 1960 y negada por el KELSEN posterior; pero la admisión de tal entre normas resulta inconsistente —como se ha puesto de

18. H. KELSEN, *TPD*, 1960, p. 88.

19. Así se expresa KELSEN en la *TGN*. He querido copiar los mismos párrafos —habría muchos más— que RUIZ MANERO recoge en su *Op. cit.*, pp. 88-89.

manifiesto— con algunas de las tesis más básicas de la teoría pura del Derecho, tal como aparecen en la propia versión de 1960. La negación, por parte del último KELSEN, de la existencia de relaciones de inferencia deductiva entre normas no supone, pues, otra cosa mas que un mayor nivel de autoconsciencia de las implicaciones de su propia teoría»²⁰.

Luego si admitimos que la solución que da KELSEN a este problema en la *TPD* de 1960 es inconsistente con el pensamiento general de Kelsen expresado incluso en esa misma edición de la *TPD*, habrá que concluir —en contra de RUIZ MANERO— que el pensamiento de KELSEN de la *TPD* de 1960 es cuando menos incoherente y contradictorio.

Tampoco se puede decir, como hace RUIZ MANERO, que la solución que KELSEN propone en sus obras posteriores a 1960 estuviese ya «completamente explicitada en la segunda edición de la *TPD*»²¹. RUIZ MANERO pretende demostrar esto y efectivamente lo consigue, pero de forma, a mi entender, poco lógica. Veamos: Como el pensamiento de KELSEN de 1960 es incoherente, RUIZ MANERO dice que lo dicho por el KELSEN posterior ya lo había dicho en 1960, y efectivamente es cierto, pero es que dijera lo que dijera siempre sería coherente con algo de lo dicho en 1960 pues en esta fecha dijo de todo.

Para mi lo dicho con posterioridad a 1960 es coherente con los grandes principios del pensamiento kelseniano mantenidos desde el principio de sus obras, nunca en sus obras anteriores había sostenido tal afirmación. Pero estos principios, en la segunda edición se ven empañados por una serie de afirmaciones que claramente los contradicen haciendo esta obra inconsistente con el resto de su pensamiento. En todas sus obras anteriores y posteriores siempre había sostenido KELSEN que la conclusión a la que lógicamente se puede llegar, partiendo de la norma general no es nunca una norma mientras no sea querida así por una autoridad competente, es decir, mientras no sea respaldada por un querer o por un acto de voluntad cuyo sentido subjetivo coincida con el sentido objetivo expresado en la norma superior.

Por otro lado RUIZ MANERO, para demostrar que la afirmación que KELSEN hace en la segunda edición de «que una norma jurídica puede ser inferida de otra cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico» es incoherente (parece que RUIZ MANERO se mueve entre la coherencia y la incoherencia) con los principios expresados en esa misma edición; nos dice que no podría articularse sin inconsistencia con la concepción kelseniana de la norma jurídica general, ni con su carácter del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, ni con su tesis acerca del carácter constitutivo de la sentencia judicial...ni con la clausula alternativa, pues el «que el contenido de una norma individual resulte inferible deductivamente del contenido de una norma general no es ni siquiera condición necesaria de la validez de la primera: En virtud de

20. J. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 93.

21. J. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, p. 89.

la cláusula alternativa tácita que acompañaría a todas las normas aplicables para la creación normativa, pueden adquirir validez normas individuales cuyo contenido resulte incompatible con el contenido —expreso— de las normas generales correspondientes»²². Luego la cláusula alternativa es un recurso lógico para explicar la existencia de conflictos. ¿Pero no había dicho el prof. RUIZ MANERO que en el KELSEN de 1960 la cláusula alternativa era la única forma de demostrar la inexistencia de conflictos?...

Respecto al problema de la inferencia, creo que el pensamiento de KELSEN de 1960 también es incoherente con su pensamiento anterior y posterior, y creo que la única explicación debe buscarse en la misma línea que hemos apuntado en el anterior problema de los conflictos normativos, es decir, la incoherencia entre postulados ideológicos a los que KELSEN se resiste a renunciar y las exigencia de un modelo de ciencia rigurosamente positivista.

Creo que al final de su obra KELSEN toma una opción muy clara: sacrifica toda su ideología en aras de un rigor científico, aunque éste le conduzca a un mundo jurídico contradictorio, incoherente, voluntarista, injusto e incluso a un puro decisionismo judicial. Es la consolidación que KELSEN hace de forma consciente y valiente —aunque personalmente no la comparto— de la pureza metodológica y científica que desde siempre había perseguido y la consolidación también del Derecho como sentido de actos de voluntad, cuya unidad es puramente epistemológica y formal.

Una vez que Kelsen se decide por esta opción, no es extraño que él mismo no esté de acuerdo con muchas de las afirmaciones vertidas en su *TPD* de 1960. Incluso en la traducción italiana que se hace en 1966 de la *TPD* del sesenta, KELSEN pretende ya introducir una serie de modificaciones para corregir esas disonancias. Modificaciones que han sido recogidas y ordenadas en un ensayo por RUTH ERNE²³, y que en la traducción italiana quedan reducidas a una nota a pie de página en la que se remite —respecto a la aplicación de los principios lógicos a las normas— al artículo «Derogation». Una prueba más de la incoherencia que en el pensamiento kelseniano supone lo expuesto en la *TPD* de 1960, es que el mismo KELSEN reconocería más tarde que se había abstenido de introducir más modificaciones porque ello hubiera hecho necesario «una alteración demasiado amplia y general del texto» de la *TPD* de 1960²⁴.

No creo, pues, que las incoherencias del pensamiento kelseniano en su *TPD* de 1960 se puedan explicar como la consecuencia de errores conceptuales cometidos por KELSEN en un determinado momento y su intento posterior de enmendarlos y corregirlos, creo que la explicación es muy diferente y siempre en la línea que he dejado apuntada en este trabajo.

22. J. RUIZ MANERO, *Op. cit.*, pp. 85-86.

23. R. ERNE «Eine Letzte authentische Revision der Reine Rechtslehre» cit. por M. G. LOSANO en *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, recogido como introducción a la *Teoria Generale delle Norme*, Einaudi Editore, Torino 1985, p. XX.

24. Cfr. M. G. LOSANO, *Op. cit.*, p. XXI.

Respuesta a Luis Martínez Roldán

Por JUAN RUIZ MANERO

Alicante

1. En su trabajo *Ideología "versus" lógica en las interpretaciones de Kelsen*, subtulado *Reflexiones en torno al libro «Jurisdicción y Normas» de Juan Ruiz Manero*, LUIS MARTINEZ ROLDÁN critica la manera como en el citado libro presento la relación entre el KELSEN de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* y el último KELSEN y, sobre todo, insiste en la reconstrucción de las etapas del pensamiento kelseniano que ya ofreciera en su libro *Nueva aproximación al pensamiento Jurídico de Hans Kelsen* (1988).

Debo decir, de entrada, que entre los trabajos de LMR y mi libro no hay propiamente una comunidad de intereses: a él –tanto en su libro de 1988 como en el trabajo que se publica en este número de AFD– lo que le interesa básicamente es la articulación de las diversas etapas del pensamiento kelseniano, esto es, los elementos de ruptura y/o de continuidad entre ellas; lo que a mí me interesó fue el poner de relieve la impotencia del kelsenismo (tanto en su versión 1960 como en la ofrecida en los últimos años) para dar cuenta de la virtualidad de] sistema jurídico como guía efectiva del ejercicio de los poderes normativos de la judicatura. En este sentido, los problemas internos del kelsenismo –que ocupan un lugar central en los trabajos de LMR– se encuentran, en mi libro, desplazados a una posición más bien secundaria. A esto hay que añadir que mientras que el libro de LMR analiza la evolución kelseniana desde la primera edición de la *Teoría pura* (1934) hasta la póstuma *Teoría general de las normas*, yo dejaba de lado todas las versiones de la teoría pura anteriores a la *TPD* de 1960 y limitaba mi atención a esta obra y a los escritos posteriores a la misma. Por ello, cuando LMR me adscribe una postura global en torno a la evolución kelseniana, no puedo sino decir que el ámbito temporal sobre el que versan estas posturas rebasa con mucho lo que fueron mis intereses en *Jurisdicción y Normas*.

En todo caso, ahora es LMR el que marca el terreno de la discusión y a la *agenda* por él establecida me voy a atener en lo que sigue.

2. El punto central de esta *agenda* es la reconstrucción global de la evolución kelseniana presentada por LMR en 1988 y reafirmada ahora. Su hilo conductor viene a ser el siguiente: en la evolución kelseniana habría una continuidad que se extiende desde la primera edición de la *TPD* de 1934 hasta la *Teoría general de las normas*. Esta continuidad tan sólo se encontraría alterada por la edición de 1960 de la *TPD*, que vendría a constituir una “ruptura incoherente con respecto al pensamiento kelseniano anterior y posterior a la misma”, una suerte de “paréntesis dubitativo” en dicha evolución (LMR, 1988, p. 141; en términos similares LMR, 1992). La *TPD* de 1960 supondría tal ruptura incoherente porque en ella KELSEN se apartaría de lo sostenido por el hasta entonces —y luego retomado en la última etapa— respecto a la aplicabilidad de los principios lógicos al Derecho: el principio de no contradicción (el problema de los conflictos de normas) y las reglas de inferencia (su aplicabilidad a las relaciones entre normas).

Según LMR, KELSEN habría sostenido hasta 1960 que los conflictos de normas no constituyen contradicciones lógicas, que son posibles en el Derecho y que la cláusula alternativa tácita constituye un instrumento para resolverlos; en 1960, en cambio, habría sostenido la tesis de la naturaleza lógica de los conflictos de normas y habría utilizado la tesis de la cláusula alternativa tácita para mostrar la imposibilidad de los conflictos de normas. Pues bien: a mi juicio, y atendiendo a los propios textos en los que se apoya LMR en su libro de 1988, la conclusión que cabe obtener es bien distinta. Pues tanto en la *TPD1* como en la *TPD2* Kelsen viene a decir, de forma coincidente, sustancialmente lo siguiente: que, caso de que en el Derecho hubiera genuinos conflictos de normas éstos implicarían una contradicción lógica, que el problema de los conflictos de normas es meramente aparente, pues aunque los materiales normativos con los que trabaja el jurista exhiban tales conflictos, éstos pueden y deben ser disueltos por vía de interpretación, esto es, atendiendo a la cláusula alternativa tácita. La única variación va exactamente en el sentido opuesto al señalado por Roldán: tanto en la *TPD1* como en la *TPD2* los conflictos de normas implicarían contradicciones lógicas, pero en la *TPD1* *directamente* (esto es, Kelsen considera aquí al propio conflicto de normas como una contradicción lógica) mientras que en la *TPD2* el conflicto de normas implicaría una contradicción lógica sólo indirectamente (por cuanto serían contradictorias las proposiciones normativas referidas a una y otra de las normas en conflicto). Como ROLDÁN no objeta mi interpretación de la *TPD2*, me limitaré a aducir algunos textos de la *TPD1*.

En dicha obra, tras indicar que entre la norma secundaria que estatuye la conducta que evita la sanción y la conducta antijurídica no hay «contradicción lógica alguna», KELSEN escribe que «ésta (la contradicción lógica] puede existir solamente entre dos proposiciones de *deber*, o entre dos proposiciones de *ser*, pero nunca entre una proposición que

enuncia un deber ser, y otra que enuncia un ser; puede muy bien existir, por lo tanto, entre dos normas, no así entre una norma de *deber* y una situación fáctica del *ser*» (TPD1, p. 58). Es a partir de estas coordenadas como hay que entender la afirmación de que «si el fenómeno designado como norma antinormativa –la ley inconstitucional, la sentencia ilegal, etc.– importara realmente una contradicción lógica entre una norma de grado superior y otra de grado inferior, se habría perdido entonces la unidad del orden jurídico. Pero esto de ningún modo ocurre» (*ibid.* pp. 120-121). Y no ocurre de ningún modo porque «el carácter alternativo de la norma superior determinante de la inferior excluye la posibilidad de que la norma inferior aparezca en contradicción lógica efectiva con la superior; pues una contradicción con el primero de los dos preceptos alternativos en que se divide la norma integral de grado superior, no es una contradicción con la norma integral alternativamente configurada» (*ibid.*, pp. 124-125).

No es, pues, cierto, en mi opinión, que el conflicto normativo «no supone nunca para KELSEN –como dice LMR en referencia a la TPD1– una contradicción lógica» (LMR, 1988, p. 85). No se trata de esto, sino más bien de que los conflictos entre normas de grado diferente son meramente aparentes y la apariencia de conflicto se disipa atendiendo a la cláusula alternativa que acompaña tácitamente a toda norma expresa determinante de la producción normativa inferior. La interpretación de LMR de este punto en la evolución kelseniana resulta, pues, a mi juicio, equivocada. Según dicha interpretación, KELSEN (1) no admitiría la aplicación del principio de no contradicción a las normas, ni directa ni indirectamente en la TPD1; (2) admitiría su aplicabilidad indirecta a las normas (por medio de las proposiciones normativas) en la TPD2; y (3) volvería en la TGN a la posición de la TPD1. La verdad parece ser más bien la siguiente: (1) En la TPD1, KELSEN admite la aplicabilidad *directa* del principio de no contradicción a las normas; (2) En la TPD2 sostiene que tal principio sólo puede aplicarse *indirectamente* a las normas, por cuanto que es aplicable a las proposiciones normativas que describen a las normas supuestamente en conflicto; (3) En la TGN niega que tal principio sea aplicable a las normas *ni directa ni indirectamente*.

3. Menor atención dedica LMR en su comentario a mi libro a la cuestión de la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las normas en el pensamiento de KELSEN. Ello no obstante, sí quisiera contestar a un párrafo de su comentario que transcribo a continuación y terminar esta respuesta con una breve consideración adicional respecto de esta cuestión. Se refiere LMR en los siguientes términos a mi opinión de que la admisión por parte de KELSEN, en la TPD2 y en algún otro texto del período, de la posibilidad de fundamentar la validez de la norma individual contenida en la sentencia en su carácter de conclusión de una inferencia lógica que tenga como premisa a una norma ge-

neral es incompatible con algunas determinaciones básicas del pensamiento kelseniano:

“[RUIZ MANERO] nos dice que no podría articularse sin inconsistencia con la concepción kelseniana de la norma jurídica general, ni con el carácter del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, ni con su tesis acerca del carácter constitutivo de la sentencia judicial...ni con la cláusula alternativa, pues –añade citando un párrafo de mi libro– el “que el contenido de una norma individual resulte inferible deductivamente del contenido de una norma general no es ni siquiera *condición necesaria* de la validez de la primera: en virtud de la cláusula alternativa tácita que acompañaría a todas las normas aplicables a la creación normativa, pueden adquirir validez normas individuales cuyo contenido resulte incompatible con el contenido –expreso– de las normas generales correspondientes’. Luego –añade LMR– la cláusula alternativa es un recurso lógico para explicar la *existencia de conflictos*. ¿Pero no había dicho el prof. RUIZ MANERO que en el KELSEN de 1960 la cláusula alternativa era la única forma de demostrar la *inexistencia de conflictos?*...”

Efectivamente: lo había dicho y lo mantengo. Para el KELSEN de 1960, en efecto, «dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los enunciados jurídicos que las describen se contradicen» (TPD2, p.87). Tal ocurre, en opinión de KELSEN, «cuando una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera», como por ejemplo «si una norma determina que el adulterio deberá ser castigado y otra que no deberá serlo» (TPD2, p.214). Aquí se contienen dos importantes tesis: primera, dos normas en conflicto no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas. O, lo que es lo mismo, una de ellas es una no-norma (puesto que la ‘validez’ no es, en la concepción de KELSEN, una cualidad que la norma pueda poseer o no poseer, sino la ‘existencia específica’ de la norma): el conflicto de normas es, pues, un *problema aparente*. Segunda, si se admitiera que hay dos normas en conflicto entre sí, las correspondientes proposiciones de la ciencia jurídica serían contradictorias entre sí. En *Jurisdicción y Normas* argumenté ampliamente mi opinión de que ambas tesis son inaceptables. Pero esto no quita ni pone para que éstas sean, en efecto, las tesis que Kelsen defiende en la TPD2. Y la cláusula alternativa tácita le sirve, en efecto, para fundamentar la afirmación de que los conflictos de normas son meramente aparentes, pues la norma inferior supuestamente en conflicto con la norma superior determinante lo está tan sólo con el *contenido expreso* de esa norma y no con la misma norma *integralmente formulada* (esto es, añadiendo al contenido expreso la cláusula alternativa tácita que acompaña a todas y cada una de las normas utilizables para la producción normativa).

Para terminar: me parece que el tratamiento kelseniano del problema de la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las normas

esta viciado, tanto en la TPD2 (en que admite su aplicabilidad indirecta por medio de las proposiciones normativas) como en la TGN (en que rechaza de plano su aplicabilidad), por la equivocada asimilación de este problema al de si es posible fundamentar la validez de la norma individual contenida en la sentencia por medio de una inferencia deductiva a partir de la norma general aplicable. En su última época, KELSEN creyó que la respuesta negativa a esta segunda cuestión implicaba una respuesta igualmente negativa a la primera. Pero esto es infundado. Pues resulta perfectamente compatible admitir, de un lado, la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las normas y negar, de otro, que el que el contenido de una norma individual se infiera del contenido de una norma general constituya condición suficiente o necesaria de la “validez” (en el sentido kelseniano de “existencia”) de la primera. Pues –supuesta la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las normas– por medio de una inferencia deductiva a partir de una norma general hipotética dirigida al juez competente puede obtenerse como conclusión el *contenido* de la norma individual que el juez tiene el deber jurídico de dictar, pero lo que no es posible por medio de inferencia deductiva alguna es *alumbra* *la existencia de una norma individual* con ese contenido. Veámoslo mediante un ejemplo:

- «Si alguien mata a otro, el juez competente debe imponerle la sanción X».
- «García ha matado a otro».
- «El juez competente debe imponerle a García la sanción X».

La conclusión de este silogismo normativo no es, como puede verse, la norma individual dirigida a los órganos de ejecución «García debe sufrir la sanción X». La conclusión no contiene –como no puede contener en ningún razonamiento deductivo– nada que no esté en las premisas. Para que la norma individual dirigida a los órganos de ejecución sea *válida* (en sentido kelseniano, es decir, *exista* como tal norma individual) es preciso que el juez competente la dicte. El que su contenido resulte inferible deductivamente del contenido de la norma general aplicable (más la descripción del caso) no constituye *condición suficiente* para la *validez* (=existencia) de la norma individual. Y ni siquiera es *condición necesaria* de esa misma existencia: la sentencia *contra legem* no deja por eso de ser *sentencia* (esto es, *existe* como norma obligatoria para los órganos de ejecución, prescindiendo de la eventual posibilidad de un sistema de recursos). Pero todo ello es una consecuencia del carácter *dinámico* del ordenamiento jurídico y nada tiene que ver con la cuestión de la aplicabilidad de las reglas de inferencia a razonamientos cuya premisa mayor esté constituida por una norma.

REFERENCIAS

- LMR, 1988: LUIS MARTINEZ ROLDAN, *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, Ed. La Ley, Madrid.
- LMR, 1992: LUIS MARTINEZ ROLDAN, «Ideología versus lógica en las interpretaciones de Kelsen. Reflexiones en torno al libro 'Jurisdicción y Normas' de Juan Ruiz Manero», en este número del *Anuario de filosofía del Derecho*.
- TPD1: HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed., 1934), trad. de JORGE G. TEJERINA, Editora Nacional, México, 1981.
- TPD2: HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960), trad. de ROBERTO J. VERNENGO, UNAM, México, 1982.
- TGN. HANS KELSEN, *Teoria generale delle norme*, trad. de MIRELLA TORRE, Einaudi, Torino, 1985.

IV
INFORMACIONES

II Jornadas de Filosofía del Derecho “Moral y Derecho, hoy”

Persiguiendo una continuidad que es ya del todo segura, la labor del profesor SEBASTIAN URBINA, de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Insular Balear, posibilitó los días 14 y 15 de noviembre de 1991 la celebración de las *II Jornadas de Filosofía del Derecho*, para esta oportunidad convocadas bajo el título «Moral y Derecho, hoy». Su desarrollo estuvo encomendado a las intervenciones de los profesores ALBERT CALSAMIGLIA (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts Universität, Kiel), AULIS AARNIO (University of Helsinki) y ALEXANDER PECZENIK (University of Lund). Por mi asistencia a las mismas, y ayudado de los apuntes que he conservado sobre las diferentes ponencias, compongo ahora esta información.

Profesor CALSAMIGLIA, «Moral y justificación jurídica». Reconociendo la amplitud del tema pasa al análisis de las relaciones entre Moral y Ciencia de la Legislación desde la perspectiva de los juristas. A la interrogante de si debe considerarse la moral como único y suficiente criterio para la legislación responde negativamente. En el examen práctico de la labor de producción jurídica en una comunidad jurídico-dogmática se observa la ausencia de modelos teóricos subyacentes. A diferencia de lo que ocurre en relación con los momentos interpretativos y de aplicación, donde existe una red conceptual y técnica importante, en la fase de diseño y elaboración de productos jurídicos no opera otro criterio que el de la intuición sobre lo éticamente bueno. De esta situación se desprende tanto que la red conceptual y de categorías manejada por el jurista se orienta fundamentalmente a la descripción, como que parece necesario proceder a construir una disciplina científica de la Legislación. En esa tarea convendrá asimilar las consecuencias de la crisis y transformación del modelo de Estado liberal, particularmente para lo relativo a la quiebra de la eficiencia del mercado y por tanto del producto justo como resultado de esa eficiencia. Una comprensión actualizada de las normas como incentivos de la acción ha de comprometerse con más incentivos que los de la pura legalidad; así, con la eficiencia y la gestión. CALSAMIGLIA atendió igualmente a la propuesta formulada por M. ATIENZA (vid. «Sociología jurídica y ciencia de la legisla-

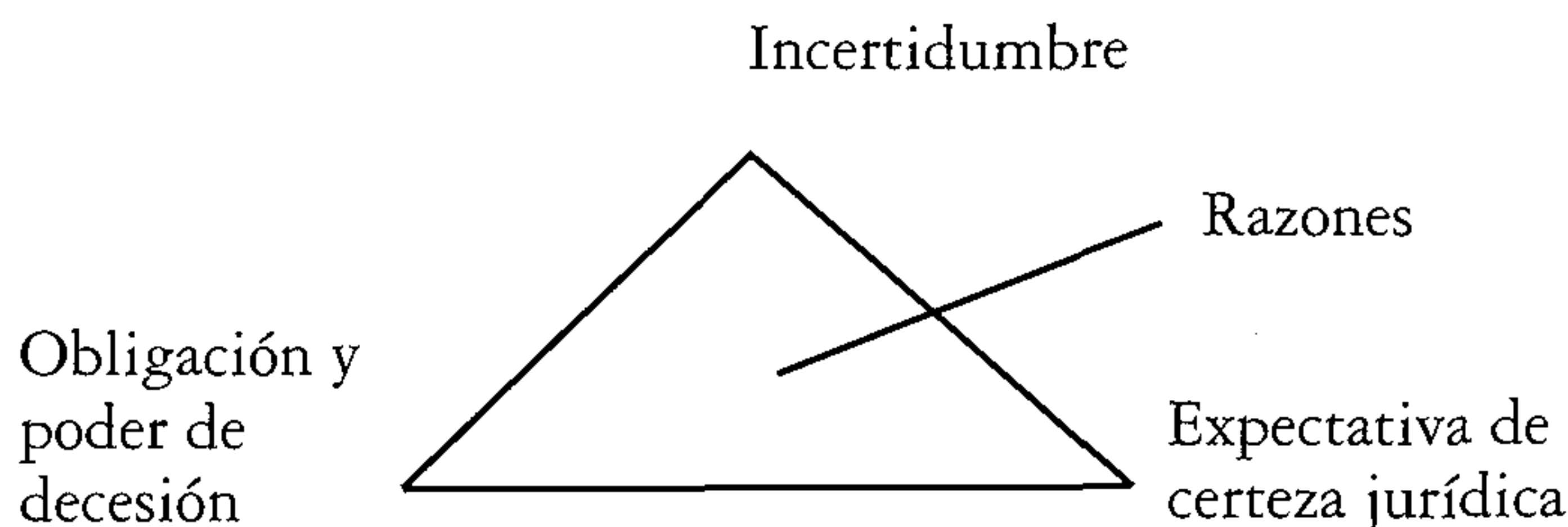
ción», en R. BERGALLI (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona, 1989, y «Contribución para una teoría de la legislación», en *Doxa*, 6, 1989, pp. 385-403) en lo que éste llama niveles de racionalidad lingüística, lógica, pragmática, teleológica y ética, proponiendo varias observaciones críticas. Entendiendo, por ejemplo, que sería quizás más recomendable que tales exigencias aparecieran no tanto como niveles de racionalidad sino en categoría de problemas afectados (de claridad lingüística, consistencia lógica y coherencia sistemática, eficacia y eficiencia, etc...), e insistiendo sobre todo en que la prioridad ética, indiscutible, puede quedar depreciada sin una adecuada asignación de recursos. De ahí que para llevar a cabo con control sobre los productos legislativos, y de los derechos, la verificación de la existencia de oportunos recursos constituya un test de enorme valor y significación. (Una exposición detallada de estos temas se hallará en A. CALSAMIGLIA, «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», en *Documentación Administrativa*, 218-219, 1989, pp. 113-151). Al término, tengo anotadas para la reflexión algunos temas: baja-mala calidad de los productos jurídicos; calidad y obsolescencia calculada en el diseño y rendimiento de algunos productos e instrumentos jurídicos; ausencia de parámetros y mecanismos para detectar ex-ante posibles lagunas y contradicciones; determinación ex-post y conflictividad; inconvenientes de las dicciones generalizadoras y de la llamada derogación enfática para el juicio de vigencia normativa; por último, progreso alcanzado en el campo de las técnicas legislativas (así, la Checklisten o Prüffragen alemana) y recientes directrices gubernamentales en nuestro país (vid. acuerdos del Consejo de Ministros de 26 de enero 1990 y 18 de octubre de 1991. Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno).

Profesor ALEXY, «A non positivistic concept of Law». Aborda como cuestión particular el problema de si las normas jurídicas conservan su validez cuando violan normas morales. En este contexto, si existe relación necesaria entre Derecho y Moral, sólo parece adecuado adoptar un concepto no positivista del Derecho. Recurre a la tesis de GUSTAV RADBRUCH en los períodos de preguerra y postguerra europea; en el primero de ellos se encuentra la afirmación de que la resistencia a un derecho inicuo o corrompido debía considerarse problema de conciencia personal, moral, pero que la validez del derecho no era afectada y menos aún impugnada por tales razones; más tarde, ya para el segundo período, Radbruch expondrá la convicción de que ante conflictos entre justicia y certeza había que resolver a favor del derecho positivo, excepto en los casos en que las contradicciones Derecho positivo-Justicia fueran demasiado fuertes, intolerables, por tanto finalmente introduciendo principios de moral en el concepto de juridicidad y sosteniendo que los criterios de validez formal de un sistema jurídico ceden y decaen allí donde la injusticia es insufrible. ALEXY distingue en esta última fórmula lo que llama el punto de vista del observador, desde el que no sería sostenible, y del participante, desde el que po-

dría resultar aceptable. En esta última dimensión será donde desenvuelva su exposición, ofreciendo en este sentido ocho argumentos para la defensa de la más cercana en el tiempo de tesis de Radbruch: lenguaje, claridad, eficacia, certidumbre, relativismo, democracia, necesidad y honradez.

Su discurso se organiza mostrando el argumento, seguido de la objeción y, finalmente, proponiendo un análisis crítico del mismo. Su exposición sigue en lo básico la estructura de la polémica entre HART («Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629) y FULLER («Positivism and Fidelity to Law», *ibíd.*, pp. 630-672). (Una exposición detallada de varios aspectos del problema se hallará en R. ALEXI, «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, 2, 2, 1989, pp. 167-183). Entre mis notas encuentro lo siguiente: envidiable claridad expositiva y riguroso orden de discurso; como sugerencia, considerar para las relaciones entre Derecho y Moral el dato de lo que el orden jurídico contempla en el expediente técnico-jurídico de subsanación del defecto de justicia en un juicio de legalidad formalmente correcto, así en el derecho de gracia, si bien conviene no olvidar que en su aplicación a menudo inciden más razones que las morales, y a veces de índole y grado muy diferente a éstas (oportunidad política, indulgencia, etc...).

Profesor AULIS AARNIO, «A Legal theoretical Point of View». Arranca de las consideraciones de ALEXI en torno al dilema de RADBRUCH, pero advirtiéndole que no se ocupará del problema de la validez, sino de las relaciones entre Derecho y Moral desde la actividad jurisdiccional, esto es, de las sentencias y aplicación jurídica de los Tribunales. Asume igualmente las propuestas de ALEXI en su *Teoría de la Argumentación jurídica* (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978, trad. castellana M. ATIENZA e I. ESPEJO, C.E.C., Madrid, 1989) considerando que la argumentación jurídica es un subtipo de razonamiento práctico y es también un subgrupo del razonamiento ético. Sobre esa base se pregunta por qué la justificación jurídica ha cobrado tan notable interés en el mundo moderno. Como respuesta primaria y todavía parcial propone que obedece a un interés más que meramente teórico, es decir, que existen motivaciones sociales más amplias que en verdad impulsan el tratamiento de esta cuestión. Profundizando en ello acude al esquema utilizado en su obra *Lo racional como razonable* (D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, versión castellana E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING) (vid. p. 5 inglesa, ó 28 castellana).



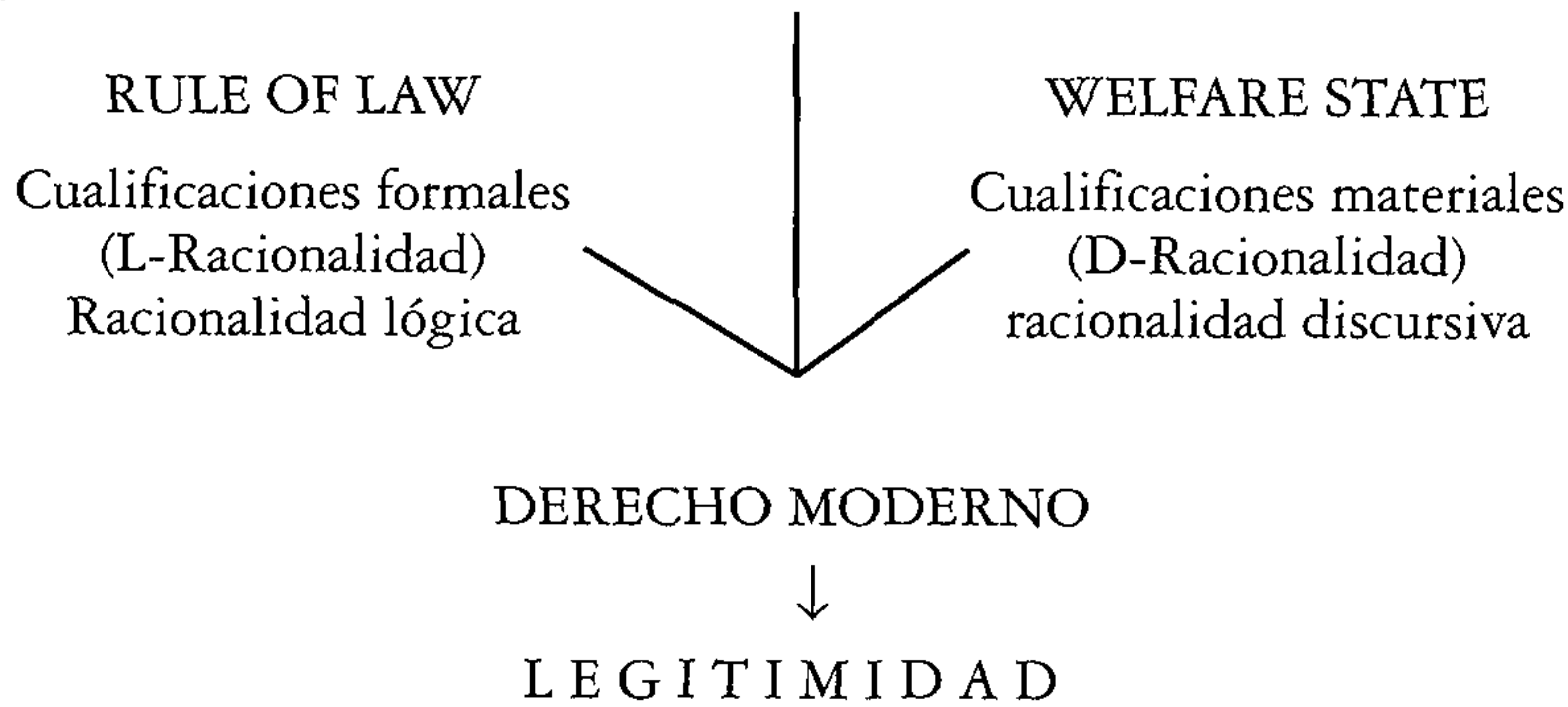
En cualquier situación existe un Tribunal o juez con competencia (obligación y poder) para resolver. Su punto de vista es interno y su condición la de participante del sistema. La actividad que desenvuelve se produce en la incertidumbre sobre hechos y normas. En adelante Aarnio se limitará a tratar de la incertidumbre normativa, o sea, del problema de cómo realizar la expectativa de certeza. Señala los dos tipos de soluciones existentes; en determinadas sociedades a través de la autoridad, en otras mediante razones, lo que parece que generalmente preferido. Se interroga entonces por el significado de «expectativa de certeza jurídica». Su respuesta comporta dos elementos: interdicción de arbitrariedad y aceptabilidad. El primero, concierne con la idea de predictibilidad y racionalidad del discurso (D-racionalidad). El segundo admite ser entendido como existencia de criterios formales (soluciones respetuosas con el principio de legalidad) o como existencia de criterios materiales (las soluciones deben ser concordes con los hechos sociales, con ciertos valores, con la moralidad). Por tanto, el problema de la certeza jurídica tiene una doble dimensión: procedimiento y resultado. Pues bien, en la sociedad moderna la expectativa de certeza incluye junto a aspectos procedimentales también facetas valorativas de tal manera que los temas de argumentación y racionalidad jurídica se reconducen al debate en torno a la conexión Derecho-Moral.

Trasladando este enfoque a la transformación operada sobre los rasgos del principio de legalidad por el Welfare State, AARNIO presenta el siguiente esquema:

RULE OF LAW	WELFARE STATE
Separación de poderes.	La clásica separación de poderes no aparece tan definida en la práctica.
Protección jurídica. (De individuos para con individuos; de individuos para con el Estado).	id.
Certidumbre jurídica (Existencia de órganos jurisdiccionales, de leyes procesales, sistemas de recursos, etc.).	id.
Defensa jurídica conducida a través de profesionales del Derecho (Abogados).	La actividad jurídica se ha extendido enormemente. Hoy en día los asuntos jurídicos no están encomendados en exclusivo a los clásicos profesionales del Derecho.

Estructura normativa.	En la actualidad la estructura normativa clásica ha cambiado. Existen no sólo normas, sino también principios, condiciones generales de los contratos, etc.
Justicia formal.	Justicia material.
Estructura formal de las decisiones. (silogismo, subsunción)	No basta la pura y simple subsunción. Se precisa la justificación mediante procedimientos de racionalidad discursiva.

Siendo así, el derecho moderno resulta para Aarnio de una intermediación entre Rule of Law y Welfare State, trayendo por consecuencia la elaboración y diseño de decisiones mejor justificadas y más legítimas.



A partir de reconocer estas transformaciones el problema se conduce en cómo determinar qué clase de razones legitiman las decisiones en el derecho moderno. AARNIO entiende que, acogiendo la tesis de GUNNAR BERGHOLTZ (vid. su trabajo «*Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*», en *Doxa*, 8, 1990, pp. 75-85), es posible constatar el desplazamiento del núcleo de importancia en el problema de la decisión judicial desde la autoridad del que toma la decisión al interés por la decisión razonada. La relevancia de esta nueva dimensión se puede percibir considerando que las exigencias de justificación son paralelas al desarrollo de la democracia. En Democracia es fundamental el control y análisis crítico de las decisiones lo que se hace imposible a falta de motivaciones. También en relación al ejercicio de derechos contemplados en un sistema de recursos procesales. Sin motivación se hace imposible recurrir. Por último, la interdicción de arbitrariedad y el control de la actividad jurisdiccional igualmente se facilita desde la existencia de decisiones motivadas. Al propio tiempo, la nueva situación originada por el desarrollo y evolución del Welfare State exige el

planteamiento de las relaciones Derecho-Moral como «ponderación y equilibrio».

En resumen, hoy se precisa: racionalidad discursiva o comunicativa, construcción de teorías basadas en criterios sustanciales, teoría de ponderación y equilibrio y, terminando, evitar el peligro de una excesiva sectorialización o segmentación en los análisis, procurando más bien favorecer la disponibilidad de la autocomprensión desde teorías puente (teorías «carpa»).

La exposición de AARNIO suscitó sugestivas intervenciones por parte de todos los profesores asistentes a estas Jornadas. De entre ellas destacaría las de ALEXY, PECZENIK y MICHELE TARUFFO, ocasional asistente al acto.

Las observaciones de ALEXY, aceptadas por AARNIO, se dirigieron en línea a subrayar que la visión de la sociedad y derecho modernos resultaba no tanto de enfrentar los modelos de ROL y WS, como de advertir su comunicabilidad. Personalmente soy de la opinión, por lo demás compartida por otros asistentes, que la sinopsis ROL/WS es ilustrativa, aunque de la Rule of Law se hace un empleo semántica y funcionalmente que cuando menos no es el más frecuente, y acaso no sea el más adecuado, para expresar con claridad el concepto con que por lo general se le identifica en nuestra cultura jurídica. Peczenik por su parte reordenó de otro modo el discurso de Aarnio en torno a las relaciones entre «predictibilidad-aceptabilidad-racionalidad», sugiriendo los siguientes pasos.

0. Punto de partida del razonamiento jurídico: hechos y valores.
1. El razonamiento jurídico se hace racional si satisface: a. el expediente de L-racionalidad (inferencias lógicas correctas). b. ponderación y equilibrio, que le presta coherencia. c. los criterios de racionalidad discursiva, o reglas de discurso que promueven el «fair discursen». Todo ello colabora a diseñar un procedimiento racional como lógico, coherente y armónico.
2. Además de un procedimiento racional es necesario alcanzar un resultado racional, en el sentido de predecible y aceptable.

La interrogante para PECZENIK se abre al querer determinar qué se deba entender por «aceptable», inclinándose por una posición de «auditorio». En cuanto a TARUFFO, su comentario estuvo orientado a establecer la no despreciable importancia que habría que conceder, para con lo relacionado con la obligación formal de expresar las razones de la decisión, junto a la coherencia normativa también a los «hechos», es decir, también al control de la narratividad, a la cuestión de la «coherencia narrativa».

(De utilidad considero la consulta del trabajo de A. AARNIO, «On the Legitimacy of Law: A Conceptual Point of View», en *Ratio Juris*, 2, 2, 1989, pp. 202-210). Las Jornadas se cerraron con A. PECZENIK que trató sobre «Law, Morals and Overriding Duties». Si no me equivoco en la identificación, el conferenciante inició el tema con la lectura de un texto que procede de su obra *On Law and Reason* (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 63-64), refiriéndose en particular al consenso más bien generalizado que presenta determinados principios como morales y entiende que es «prima facie» moralmente bueno guiarse por ellos. A esa condición «prima facie» otorga PECZENIK, como se sabe, un carácter provisional, indicando para ella dos conceptos de distinta índole: prima-facie-1, o lingüísticamente posible, y prima-facie-2, o principio moral relevante. En un caso el lenguaje muestra tal principio no extraño dentro de la ponderación y equilibrio que ha de concretar como acción u omisión el comportamiento moral. En otro, es el marco cultural quien compele a tomarlo en consideración dentro de la ponderación y equilibrio que ha de determinar como acción u omisión el comportamiento moral. A partir de aquí pasó a examinar de qué modo habría que interpretar lo «relevante». En una de sus afirmaciones se recogía la siguiente tesis: un supuesto no justificado subyace a toda justificación; lo que se resuelve o decide en determinado momento descansa en preferencias personales. En todo problema de moralidad prima-facie-2, como relevancia, existe el factor de lo que llamó relevancia secundaria o conformación del juicio moral definitivo a través de «considerar todas las cosas», de seguir el mejor compromiso, alcanzado luego por ponderación y equilibrio entre diferentes principios valorativos, pero no en sentido estricto, irrealizable por cuanto el individuo no puede formular juicios «considerando todas las cosas», sino en un sentido amplio, es decir, considerando cuantas circunstancias moralmente relevantes le sea posible y llevando a cabo un razonamiento coherente mediante tantos criterios como le sea posible.

Conociendo así el papel que juega la ponderación y equilibrio, qué ocurre ante la emergencia de nuevos valores en relación con valores tomados como relevantes por una cultura. La situación puede devenir en armonía o conflicto. PECZENIK sostiene en ello lo que denominó teoría de los valores escindidos esto es, que dentro de una cultura que tiene reconocidos determinados valores prima-facie-2, existen valores que alcanzan a sobreponerse a la mayor relevancia o mayor peso específico de otros, emergiendo tras de ellos luego de haber permanecido hasta entonces ocultos.

Dedicó también atención al problema de la relevancia particular o específica de ciertos valores en el Derecho. La ley jurídica, afirmó, posee relevancia moral; por consiguiente, no se la debe ignorar. Ha de tenerse en cuenta, además de los valores generales, el valor jurídico y su relevancia moral. Cuestiones concretas, a plantear en este ámbito son la pérdida de

relevancia específica, así la desaparición de la validez de una norma, que inicialmente era relevante, y que a su juicio se produce cuando su peso es menor que el de los valores morales generales.

Por último, PECZENIK aludió a qué entender por valores generales objetivos. Su propuesta es tratar de hallar una síntesis entre objetivismo y subjetivismo y así considerar que tales valores existen con esa cualidad de objetivos, aunque no en el sentido de que sigan a la naturaleza sino de seguir al lenguaje y la cultura. Cuando entran en conflicto hay que proceder a una ponderación, y sobre lo que resulta finalmente de mayor peso se decidirá conforme a preferencias personales.

La sesión se prolongó con el debate entre AARNIO y ALEXI. Es bien conocido que ambos autores mantienen opiniones discrepantes respecto de la posibilidad de discusión racional entre formas de vida diferentes. Diría que la posición de AARNIO es, por influencia de WITTGENSTEIN y como partidario del «auditorio» de PERELMAN, desfalleciente a la hora de conceder una fundamentabilidad mediante discusión racional justificativa de la preferibilidad entre «formas de vida» valorativamente divididas o mutua y compulsivamente contendientes (vid. A. AARNIO, entre otros trabajos, «Linguistic Philosophy and Legal Theory», *Rechtstheorie*, 1, 1979, pp. 17 y ss, y *Lo racional como razonable*, en espc. cap. IV, 2.5. y 2.6.). Por el contrario, calificaría de resistente la posición de ALEXI, convencido de que aquella discusión y fundamentabilidad de las elecciones y preferencias valorativas entre «formas de vida» diversas es siempre en alguna medida posible (vid. R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 68, y «Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnio Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation», en *Reasoning on Legal Reasoning*, A. Peczenik-J. Usitalo (eds.), The Society of Finnish Lawyers Publications Group D n° 6, Vammala, 1979, pp. 121 y ss.)

(Sobre los problemas abordados por PECZENIK ha de resultar sin duda de gran provecho la consulta de su trabajo «Dimensiones morales del Derecho», en *Doxa*, 8, 1990, pp. 89-109).

Me resta sólo reiterar nuevamente, también desde estas páginas, mi felicitación al prof. Urbina por el importante nivel y la afortunada realización que han alcanzado ya las *Jornadas de Filosofía del Derecho en la Universidad de Palma de Mallorca*, ejemplo de esa constante actualización y apertura de preocupaciones que en nuestra disciplina hoy se registra, no menos que prueba del siempre deseable estímulo de colaboración universitaria.

José CALVO GONZÁLEZ

† José María Rojo

El pasado 19 de marzo falleció en Palermo, a donde se había trasladado a firmar un convenio de cooperación con aquella Universidad, JOSÉ MARIA ROJO SANZ, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia.

JOSÉ M.^a ROJO se licenció en Derecho por la Universidad de Valencia en 1976 obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. En 1984 obtuvo, asimismo el Premio Extraordinario de Doctorado, por su tesis *Persona, Sociedad y Derecho en Julián Marías*, realizada bajo la dirección del Prof. JESUS BALLESTEROS. Desde 1984 fue Profesor Ayudante de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, y desde 1987 Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Desde 1987 a 1990 desempeñó el puesto de Vicedecano de Ordenación Académica. Miembro de diversas asociaciones de filosofía jurídica, participó en numerosos congresos, especialmente universitarios y relacionados con la Juventud.

La preocupación del prof. ROJO por la defensa de la vida humana, entendida de modo global, sin reduccionismos, o mejor como «realidad radical», en expresión de ORTEGA, marcó su labor investigadora orientando todos sus trabajos hacia distintos aspectos de la vida y la persona: dignidad, libertad, conciencia, paz, justicia y derechos humanos, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

La postura mantenida por el prof. ROJO ante estos diferentes temas no implican sino otra forma de acercarse a su tema fundamental. Así la necesidad de considerar al hombre como persona, «como fin en sí mismo», y de hacer de la vida un diálogo continuo entre el presente el pasado y el futuro, es una idea común a varios de sus trabajos. Pero lo que podría considerarse como el resumen de su filosofía se encuentra, sin duda, en *Fundamentos antropológicos de la defensa de la vida humana* (1989), al afirmar que el objetivo último de toda acción en defensa de la vida humana ha de ser la derogación de cualquier tipo de norma que impida la máxima protección jurídica y social de la vida humana desde la concepción, hasta el momento de la muerte natural de cada ser humano. Esta afirmación del valor superior de la vida humana lo encontraba el prof.

ROJO en la dignidad del ser humano, tema al que también dedicó alguno de sus trabajos (p. ej.: *Il riconoscimento della dignità umana nell'ordinamento giuridico spagnolo*, 1989) y que fundamentaba en una concepción personalista cristiana, en su «carácter misterioso y sagrado». En esta misma línea se sitúa su concepción de los derechos humanos, como derechos inalienables, su rechazo hacia cualquier postura que los considerara como derechos subjetivos patrimoniales, y, por tanto, susceptibles de enajenación, tema sobre el que impartió numerosos seminarios y cursos. En este sentido merece ser destacado su trabajo sobre *Los derechos morales en el pensamiento angloamericano*, entre otros: *Introducción a la investigación sobre derechos humanos*, *La reforma de la constitución en materia de derechos fundamentales*; *Los derechos humanos en las culturas actuales*. Especial atención dentro del ámbito de los derechos humanos, mereció el tema de la objeción de conciencia (*Objeción de conciencia y guerra justa* 1984, *Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz* 1985 y *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, 1986), de cuya regulación afirmó que «introduce una normatividad no positiva que rompe con el monopolio de la creación del Derecho por parte del Estado primándose, de algún modo, la conciencia individual sobre la ley general en algunos casos concretos».

Siendo coherente con su respeto a la vida como globalidad, el prof. ROJO profundizó en el tema de las futuras generaciones como posibles sujetos de derechos (Vid. «Los derechos de las futuras generaciones», en *AAVV, Derechos Humanos*, 1992), lo cual le llevó a conectar con las exigencias de protección del medio ambiente y a indagar una nueva concepción ecológica de la vida, materia ésta sobre la que se encontraba trabajando en la actualidad.

Esperanza FERRANDO

Jornadas sobre Neoliberalismo y Estado

Coordinadas por el prof. JORGE MALEM de la Universidad Pompeu Fabra se celebraron los días 7 y 8 de mayo, en Tossa de Mar, unas *Jornadas sobre Neoliberalismo y Estado*.

Distribuidas en sesiones de mañana y tarde, las ponencias corrieron a cargo de los profesores CARMEN HERRERO BLANCO, de la Universidad de Alicante, XAVIER CALSAMIGLIA I BLANCAFORT, de la Pompeu Fabra, REINHARD ZINTL, de la Universidad del Ejército Federal de Munich, y JOSEP M. COLOMER I CALSINA, del Instituto de Estudios Sociales Avanzados del CSIC.

Tras la bienvenida de la alcaldesa de Tossa de Mar a los asistentes, la jornada del día 7 de mayo giró en torno al tema «Racionalidad individual y colectiva: una introducción a los mecanismos económicos». En la sesión matinal, la prof. CARMEN HERRERO abordó los problemas de equidad en ese ámbito, mientras que, por la tarde, el Prof. CALSAMIGLIA se centró en los problemas de puesta en práctica.

El viernes día 8 transcurrió entre las Intervenciones de los profesores REINHARD ZINTL, que disertó sobre «Neoliberalismo, Justicia Social y Estado Social» y JOSEP M. COLOMER, ofreciendo éste último una panorámica sobre «Los límites económico políticos de la intervención estatal». Todas las ponencias estuvieron seguidas de un extenso y animado coloquio.

José Angel MORENO

Encuentro internacional “Derechos Humanos en América: Una Perspectiva de cinco siglos”

El Consorcio para la Conmemoración en Valladolid del V Centenario de la presencia española en América organizó del 11 al 16 de mayo un Encuentro Internacional sobre *Derechos Humanos en América: Una perspectiva de cinco siglos*. Se buscaba un elemento reflexivo y no sólo festivo del Descubrimiento de América en el que Castilla fue protagonista.

Durante estos días en ocho sesiones intensivas se presentaron diecisiete ponencias y once comunicaciones en el marco, donde según acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua se invita a los universitarios a desarrollar su labor durante el curso (Parainfo de la Universidad de Valladolid).

Se abrió el turno de las ponencias con la intervención del Catedrático Prof. Dr. D. JOSÉ L. MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ sobre «Los derechos de los indios en la acción evangelizadora y cultural de la monarquía española en las leyes de Indias», en la que se llegó a la conclusión: «que las normas de Indias están impregnadas de un alto sentido de humanismo, si bien, por diversidad de razones tales normas no han tenido un despliegue plenamente satisfactorio, apuntándose sinceramente por el ponente la esperanza de que sea el siglo XXI el momento para que podamos presenciar el desarrollo de estos países».

La Segunda Ponencia presentada por el Prof. Dr. D. ANTONIO TRUYOL SERRA con el tema, «Los clásicos españoles del derecho de gentes y la protección de los indios». El ponente experto en la figura de Francisco Vitoria –padre del Derecho de gentes–, como demuestra su obra científica, fue completada por la Comunicación de D. FERNANDO ROVETTA KLIVER «Hacia un modelo iberoamericano de los derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria». Terminó la sesión del día 11 con comunicación de D^a PILAR ALLEGUE AGUETE con el título «El derecho a la/de Igualdad de los indios en el último cronista general de Indias» (FRAY MARTIN SARMIENTO, Cronista General de Indias, monje benedictino).

La sesión de la tarde comenzó con la intervención del Dr. MANUEL FERNANDEZ ESCALANTE, catedrático de Filosofía del Derecho sobre «Los Derechos humanos y el derecho de frontera en la conquista de las Indias», seguida de la cuarta ponencia presentada por el Dr. D. DEMETRIO RAMOS PÉREZ, miembro de la Real Academia de la Historia bajo el título «La gran reunión para la defensa de los derechos de los indios celebrada en Valladolid en 1551» un encuentro entre la verdad generosa de Bartolomé de las Casas y la maldad de Sepúlveda, concluyendo el ponente que: «se quiere velar de tal manera por los derechos humanos de los indígenas que el enfrentamiento armado se reglamenta a supuestos de hecho determinados y se reconoce el mantenimiento de los señores naturales, siempre que no sea obstáculo para la propagación de la fe. Esta ponencia se complementó con la comunicación de la Dr^a. D. EMELINA MARTIN ACOSTA sobre «El lugar de celebración de las Juntas de Valladolid de 1550-1551», concretando la autora el lugar en lo que hoy se llama «la casa del estudiante», que está enfrente de la actual parroquia de San Pedro, en la Avenida Real de Burgos y que eran las casas de Pero González de León.

Finalizó el primer día con las Comunicaciones de D. JOSÉ ANTONIO BENITEZ RODRIGUEZ, «Los derechos humanos de los indios en los sínodos y concilios americanos (1551-1622)» y D. RENATO RABBIBALDI CABANILLAS «La superación del pensamiento aristotélico en el debate sobre los derechos de los indios», que puede interpretarse como el salto de la esclavitud natural (ARISTOTELES) a la defensa de la igualdad de hombres y pueblos por FRANCISCO VITORIA.

La quinta ponencia fue defendida por el Dr. DIEGO URIBE VARGAS, embajador de Colombia y catedrático de Derecho Internacional Público, con el tema «Las nuevas leyes de 1542 y su actualidad en la América hispana».

El Coordinador científico del Encuentro el Dr. D. ALBERTO HERRERO DE LA FUENTE, catedrático de Derecho Internacional Público expuso la sexta ponencia «La defensa de la democracia en América y el Derecho Internacional», haciendo especial hincapié en el Compromiso de Santiago de 1991 y la posibilidad de obtener resultados positivos porque se ha comenzado a sacar las cuestiones relativas a los derechos humanos fuera de la competencia exclusiva de los estados. Esta ponencia fue seguida de la comunicación de D. FLORENTINO RUIZ RUIZ sobre «El Parlamento Europeo y la Democracia en Latinoamérica», que ponía de relieve las actuaciones del Parlamento en favor y desarrollo de la Democracia en estos países ya sea con ayuda política o económica.

La mañana del día 12 terminó con una comunicación presentada por la Dr^a AVELINA CARRERA DE LA RED, profesora Titular de Filología Clásica «La dignitas hominis y la enseñanza del latín a los indios en el Siglo XVI» que servía de nexo a la tarde para la octava ponencia presentada por el Dr. D. CÉSAR HERNANDEZ ALONSO, catedrático de Filología Española «Política lingüística de España en América Latina» y la comunicación del Dr.

D. FRANCISCO J. ZAMORA SALAMANCA. «Contactos lingüísticos entre españoles e indios en un temprano pleito de la isla Española», presentándose el derecho a la educación de los indígenas bajo el lema de la evangelización, por lo que se presentan las Leyes para que aprendan la lengua castellana y que en las Universidades de Lima y México se creen cátedras de lengua general.

Dejamos apartada del hilo conductor –cronológico–, la séptima ponencia que expuso el Dr. D. JOAQUIN RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, presidente del Comité Español de Unicef, catedrático de Filosofía del Derecho sobre «1992 como reto para los derechos de la infancia en Iberoamérica», pero dejando constancia de su importancia.

La quinta sesión se dedicó a temas puntuales y actuales de América Latina, y así con la presidencia del Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Valladolid se presentaron tres ponencias:

La novena ponencia «Los problemas de la América Latina y la integración económica», que dictó el Dr. D. MANUEL VARELA PARACHE, catedrático de Organización Económica Internacional, presentando un alto nivel de endeudamiento, y la falta de desarrollo y estabilidad que propicie el establecimiento de sistemas verdaderamente democráticos.

La décima ponencia «Las relaciones de la Comunidad Europea con América Latina», que impartió el Dr. D. FRANCISCO BATALLER, director general en la Comisión de la CE para las Relaciones con América Latina, que presentó el doble sentido de las actuaciones que van desde adopción de medidas de presión económicas por parte de la Comisión, medidas de presión política y diplomática por parte del Consejo, y por otro lado incremento de ayudas y facilidades en favor de aquellos Estados que regresan a la legitimidad democrática.

La Decimoprimer ponencia trató «Los derechos humanos en Centroamérica», con exposición del Dr. D. FERNANDO ALVAREZ DE MIRANDA, Consejero de Estado, antiguo embajador de España en el Salvador.

La sexta sesión se dedicó a la protección jurisdiccional de los Derechos Humanos presentándose 2 ponencias:

La decimosegunda ponencia presentada por el Dr. D. HÉCTOR FIX ZAMUDIO, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trató de «La protección de los Derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos actuales», que presentó diez conclusiones de las que hay que destacar la gran complejidad por las diversas influencias recibidas, si bien es la influencia de creación de Tribunales Constitucionales (Kelsen-Austria) y más recientemente la influencia del Ombudsman, que en el ordenamiento Mexicano se refleja en otras instituciones como en la Universidad (Defensoría de los Derechos Universitarios).

La decimotercera ponencia ilustrada por el Dr. D. ANTONIO CANÇADO TRINDADE, juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, versó sobre «Desarrollos recientes en el agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», testimoniando la gradual expansión de la protección internacional de los derechos humanos, si bien hay que seguir buscando la flexibilización del requisito del previo agotamiento de los recursos eficaces de derecho interno.

Completaron esta sesión dos comunicaciones: «El ejercicio del sufragio como derecho y deber cívico en Latinoamérica» expuesta por el Dr. D. MIGUEL REVENGA SANCHEZ y «Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado en América Latina», por el Dr. D. PABLO A. FERNANDEZ SANCHEZ.

La séptima sesión tuvo como contenido dos ponencias y una comunicación.

La decimocuarta ponencia «Significado de la Constitución mexicana de 1917 en la historia del constitucionalismo» que impartió el Dr. D. ALFONSO FERNANDEZ MIRANDA, catedrático de Derecho Constitucional, que dejó constancia de los avances constitucionales que supone el texto de Querétaro con respecto a posteriores Constituciones. La comunicación «El art. 23.1 de la Declaración de los Derechos Humanos y sus manifestaciones constitucionales en América Latina», presentada por D. JOSÉ JESUS DE VAL ARNAL, Prof. Apto. de Derecho del Trabajo completó el homenaje a la Constitución Mexicana al señalar el avance en materia de Derechos Sociales que supuso una auténtica revolución para el Derecho del Trabajo con manifestaciones en posteriores Constituciones, aunque el texto Constitucional no reconoció el derecho al trabajo hasta la reforma de 1978. Se completó esta sesión con la decimoquinta ponencia «Los derechos humanos y la influencia de la Revolución Francesa» con exposición del Dr. D. JOSEPH PÉREZ, Profesor de Historia Moderna y Contemporánea.

Cerraron este Encuentro Internacional dos ponencias con temática muy actual:

Decimosexta ponencia, «Política de derechos humanos y política con los derechos humanos en América Latina», a cargo del Dr. D. ANTONIO REMIRO BROTONS, Catedrático de Derecho Internacional Público y la decimoséptima ponencia, «El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado en América» por el Dr. D. HÉCTOR GROS ESPIELL, ministro de Asuntos Exteriores de Uruguay.

Sirva esta crónica para poner de manifiesto mi agradecimiento al Organizador Científico el Dr. D. ALBERTO HERRERO DE LA FUENTE, y al Consorcio por la acogida manifestada.

José Jesús DE VAL ARNAL

V
CRONICA BIBLIOGRAFICA

Crónica Bibliográfica 1992

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Málaga

De entre la muy abundante producción científica que constantemente suscita el estudio del pensamiento kelseniano cabe reseñar lo siguiente. Bajo la coordinación de L. GIANFORMAGGIO, *Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic point of view*, G. Giappichelli, 1990, 192 pp., destaca la polémica entre los distintos puntos de vista ofrecidos en sus interpretaciones por S. PAULSON y M. LOZANO. Mientras PAULSON ensaya la reconstrucción de la obra de KELSEN distinguiendo cuatro períodos, LOZANO opone el argumento metodológico de evitar confundir lo que en tal proceso quepa extraer mediante una reconstrucción histórica con lo que resulte de una analítica. PAULSON sostiene que existió una primera etapa, a la que llama 'constructivista' donde la concepción de la voluntad dio en identificarse a la imputación estatal, detectando la influencia de JELLINEK y GERBER. Siguiéron dos intermedias, situadas todavía con anterioridad a la Primera Guerra, caracterizando como problema fundamental el de la imputación normativa, con directa influencia de COHEN y NATORP. La última, sobre inicios de los 60, representa a su juicio un retorno al voluntarismo del 'Isolierung' a través del empirismo de HUME y posiblemente también de la filosofía analítica anglosajona. Entre nosotros, si adoptáramos esa periodificación propuesta, el interés por los períodos intermedios parece haber sido escaso. En Italia por el contrario, directa o indirectamente, si ha merecido atención la orientación neokantiana caracteriza la obra de COHEN y NATORP. Así, manteniendo continuidad, títulos como los de A. POMA, *La filosofia crítica di Hermann Cohen*, Mursia, Milano, 1988, 267 pp., I. KAJON, *Ebraismo e sistema di filosofia in Hermann Cohen*, Cedam, Padova, 1989, 189 pp., G. GIGLIOTTI, *Avventure e disavventure del trascendentale. Studio sul Cohen e Natorp*, Guida, Napoli, 1989, 367 pp., o más recientemente la misma traducción italiana, por L. BERTONINI, de *La teoría kantiana dell'esperienza*, de H. Cohen, en Franco Angeli, Milano, 1989, 273 pp.

Igualmente bajo dirección de L. GIANFORMAGGIO, *Sistemi normativi statici e dinamici*, G. Giappichelli, Torino, 1991, 461 pp., discutiendo sobre la compatibilidad de las concepciones estática y dinámica del ordena-

miento jurídico. Acerca de este mismo problema, criticando la distinción entre orden estático y dinámico, O. WEINBERGER escribe en *Ratio Juris*, 1, 1991, «The Theory of Legal Dynamics Reconsidered». Otras orientaciones relacionadas con la materia en A. CARRINO, «Autopoiesis dell'ordinamento dinamico. Diritto e Sociologia», en *Sociologia del Diritto*, XVIII, 1991, 2, y R. TREVES, «Societa e natura nell'opera de hans Kelsen», en *Sociologia del Diritto*, XVIII, 1991, 3.

En cuanto a filosofía política, los *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1990, estuvieron dedicados a «La pensée politique de Hans Kelsen», con colaboraciones de S. GOYARD-FABRE, S.L. PAULSON, M. TROPER y P. AMSELEK. De modo específico, también la obra de L. RIZZI, *Legitimita e democratia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Giuffrè, Milano, 1990, 310 pp. El sentido de su investigación se mueve a probar la autonomía de la teoría política de la democracia respecto de las claves epistemológicas de su positivismo jurídico, a evidenciar el componente crítico y constructivo de origen kantiano que guiará su proyecto, bien que luego quedarán en parte ensombrecidos tras el desarrollo analítico del iuspositivismo, y a entender la interpretación política de la democracia como ordenamiento en Kelsen en tanto que teoría «especial» dentro de su teoría «general» de la Democracia.

En esta misma línea temática A. CARRINO (ed.), *Kelsen e il problema della Sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma/Napoli, 1990, 153 pp, donde contribuyen R. TREVES, V. FROSINI, G. SPERDUTTI, S. PAULSON, E. CASTRUCCI, M. PENNESILICO, F. RICCOBONO y G. STELLA.

G. Poggi se ocupa en *Il Mulino*, XL, 5, 91 de sobre «Simmel e la modernità del denaro». Como se sabe, la clásica obra de SIMMEL, *Filosofía del Dinero*, traducida hace años por R. GARCIA COTARELO (I.E.P., Madrid, 1977, 663 pp.) pero que está relativamente poco estudiada en nuestro país, presenta un originalísimo enfoque simbólico del dinero y la riqueza. Creo que en su lectura un filósofo del derecho puede hallar una atractiva teoría del «valor» muy útil a algunas de sus construcciones en axiología jurídica.

Han aparecido los *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, organizados en dos volúmenes compuestos respectivamente de *Saggi storici* y *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, 609 y 773 pp.

En principio pareciera que preferentemente dedicado a teoría, ciencia y técnica de la legislación el *Corso di studi legislativi*, Cedam, Padova, 1990, 864 pp., coordinado por M. D'ANTONIO, resulta de su examen en materias temáticamente más diversificadas aunque sin resentirse por falta de cohesión interna. Trabajos de G. AMATO, «Principi di tecnica della legislazione», G. CARCATERA, «Metodologia giuridica», V. FROSINI, «L'interoretazione della legge», M. S. GIANNINI, «L'ordinamento giuridico», y F. SABATINI, «Analisi del linguaggio giuridico».

Sin que haya mediado apenas tardanza se presenta en nuestro país la última obra de N. BOBBIO (*L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 252 pp.), traducida por R. de ASIS ROIG, *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991, 256 pp.. Esta edición castellana muestra no obstante otro tipo de diferencias, que ciertamente mejoran el original italiano. Así, el Prólogo de G. PECES-BARBA (pp.7-11) subrayando la unidad conceptual de los trabajos reunidos tanto como el específico carácter y tipo de fundamentación defendida por el A. para con el origen, evolución histórica y proyección futura del concepto de derechos humanos, situada en el ámbito de las éticas de la razón, y en particular enunciada como ética racional inserta en la historia. No por menos quedan así de relieve bastantes coincidencias entre Bobbio y el prologuista; relación entre derechos humanos, democracia y paz, desconfianza para con ciertas terminologías (derechos naturales, derechos morales), derechos humanos en su valor de focalidad y núcleo de y para la legitimidad de los sistemas democráticos, y antropocentrismo (dignidad del individuo) como rasgo de la modernidad. Por otra parte y en igual sentido, conviene que referir el acertado criterio del traductor al incluir de varios trabajos que no figuraban en la edición italiana. Se trata de los titulados «Gurvicht y los derechos sociales» (pp. 2735), «Igualdad y dignidad de los hombres» (pp.37-52), y «¿Existen derechos fundamentales?. Conversación con Giuliano Pontara» (pp. 85-95).

El traductor en la anterior referencia, R. DE ASIS ROIG, es autor de *Deberes y obligaciones en la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1991, 508 pp., con Prólogo de G. PECES-BARBA (pp.15-18). En él se califica la obra de «teoría general de la obligación jurídica». Sobre la diferenciación de los ámbitos moral y jurídico de los deberes y obligaciones fundamentada en KANT, el A. atiende en la primera parte a la identificación del concepto general de obligación jurídica, siendo el análisis de las obligaciones básicas objeto de examen en la segunda, con un detenido recorrido que iniciándose en la distinción entre obligaciones superiores, fundamentales y constitucionales abarca también desde problemas como la obediencia y desobediencia hasta lo concerniente a las obligaciones de los poderes públicos, que DE ASIS denominará de gobierno y de buen gobierno», tanto como la materia de derechos fundamentales, necesidades básicas y otros concretos tipos de obligaciones constitucionales.

G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. (I). Teoría general*, Eudema Universidad, Madrid, 1991, 271 pp.. Superación de los reduccionismos fundamentalista y funcionalista, vinculándolos en una actividad intelectual integradora de lo que el A. denomina Filosofía de los Derechos y Derecho Positivo. De ahí esa caracterizadora estructura capaz de articular conjuntamente una comprensión diacrónica y sincrónica del fundamento y el concepto de los Derechos —la Historia en la Razón— posibilitando al cabo, diría, «dar cuenta» de ellos coherentemente y de modo material en un sistema no cerrado ni excluyente de valores que, paulatinamente determinados a través de su racionalización histórica en el esta-

do y nivel de legitimidad del poder en las actuales sociedades democráticas, constituyen el índice y expresión de la realidad ético-jurídica más inmediata de los individuos y grupos.

Desde mi punto de vista, obra de J. DE LUCAS, *Europa: convivir con la diferencia*, Tecnos, Madrid, 1992, 103 pp. puede muy bien tomarse como novedosa y sugestiva línea de investigación y desarrollo en el problema y la filosofía de los Derechos Humanos. Compendia varios trabajos aparecidos en la *Revista Jueces para la Democracia, Claves de Razón Práctica* (concretamente el núm 13, 1991, que recogió también el de J. ARANZADI, «Racismo y piedad, reflexiones sobre un judío y un chimpancé») y nuestro mismo *Anuario de Filosofía del Derecho*. Los temas son Ley de Extranjería, exilio, xenofobia, racismo y nacionalismo bajo el prisma de la preocupación por la tolerancia. Así también, en particular, «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», en *Sistema* 106, 1992. E igualmente, el sereno y comprometido trabajo de E. GARZON VALDÉS, «No pongas tus sucias manos sobre mi Mozart». El concepto de tolerancia», en *Claves de Razón Práctica*, 19, 1992.

A cuestiones de esta índole alude el Prólogo de V. CAMPS a su nueva edición de *La imaginación ética*, Ariel, Barcelona, 1991, 217 pp. «El imperativo categórico habrá de responder a la pregunta moral -¿qué debo hacer?- y decirnos cuál es la norma de conducta obligada en cada caso, independientemente de que, después, la sigamos o no. Es ahí donde empiezan mis dudas, pues no es cierto que ningún imperativo categórico, ningún criterio ético, se base en la razón, en el sentimiento o en el lenguaje, sea suficiente para despejar totalmente la incertidumbre y compensarnos, además, con la seguridad de que nuestra opción es la buena... Si la igualdad de razas se acepta en teoría como un derecho irrefutable, sin embargo parece que deja de serlo y es fácil encontrar argumentos contra él cuando las tasas de inmigración ponen en peligro no ya el crecimiento económico, sino un valor tan discutible como la integridad cultural... Ahora bien, una ética insegura no es necesariamente una ética escéptica» (p. XV).

Tales dudas las formula E. FERNANDEZ como interrogantes de ¿qué identidad? y ¿qué diferencias? «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», en *Sistema*, 106, 1992, extendiéndose respecto a qué mecanismos políticos y jurídicos deben ser creados para una efectiva protección de las minorías. El presupuesto de su posición lo expresa del siguiente modo: «Nunca me ha gustado la expresión derechos de las minorías, porque da la impresión de significar un tipo de derechos especiales para personas especiales, al margen de la idea de los derechos fundamentales como derechos de todos los seres humanos. Es decir, da la impresión de que las minorías piden un trato particular o especial cuando de lo que se trata básicamente es de la exigencia de un trato igual». A este respecto, la sección de informaciones y documentación de la *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1, 1991 reproduce la «Pro-

posta sulle minoranze nazionali», en 20 puntos, llevada a la reunión de Copenhague (CHDC.5, 5 enero 1990) por las delegaciones de Austria, Checoslovaquia, Italia, Yugoslavia y Hungría instando la activación de las resoluciones finales y conclusivas de Helsinki, Madrid y Viena sobre obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia de minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas.

Como añadido todavía relacionado con lo anterior, la Colección Tel de la editorial Gallimard adquirió los derechos de publicación de la obra de P.-A. TAGUIEFF, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles* (1990, 646 pp.) que previamente había imprimido Editions La Découverte (1987). Se trata de una amplísima investigación sobre el pensamiento «diferencialista» y «desigualitario» cuyos enfoques epistemológicos, filosóficos y antropológicos pueden resultar de enorme utilidad. Comienza por la crítica de la razón anti-racista, a lo que sigue una cronología de la crítica dogmática de los «prejuicios», para terminar con el estudio (paradojas, análisis, modelos, teoría) de las posiciones racistas y anti-racistas.

Referencias complementarias y bibliografía de interés se hallarán consultando «The New Racisme», *American Journal of Political Science*, 35, 2, 1991, de P.M. SNIDERMAN *et al.*

Para finalizar, recogiendo puntualmente el fleco de algunos temas arriba indicados, acerca de identidad nacional, post-nacionalismo (nación como referente positivo, pero residual) y solidaridad en el «discurso público», puede verse en *Il Mulino*, 1/91, G. E. RUSCONI, «Identità nazionale e solidarismo». Desde el convencimiento de que el concepto nación pertenece a la mitología del Estado moderno, la interpretación marxista de E. J. HOBBSAWM, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, traducción de J. BELTRÁN, Crítica, Barcelona, 1991, 206 pp., sienta la conclusión de un sincero escepticismo hacia el futuro y la posible aportación del nacionalismo en la solución de los problemas de finales de siglo.

En cuanto a un concepto del deber de solidaridad ligado a una idea no restrictiva de los derechos humanos como sola atribución de deberes negativos, J. GONZALEZ AMUCHASTEGUI, «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 101, 1991. Para la imbricación de la acción solidaria en los valores de una democracia participativa, J. M. ROSALES, «Democracia y Solidaridad. Rudimentos para una ciudadanía democrática», en *Sistema*, 107, 1992.

V. CAMPS-S. GINER, *El Interés Común*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 56 pp. (núm. 34 de la Colec. «Cuadernos y Debates»). Tomando como punto de partida un enfoque sociologista y conflictivista, endógeno, de la ética, aunque sin perjuicio de la posibilidad de autonomía moral, los A. indagan en posición neokantiana la construcción y reconocimiento de la idea de «interés común», preferida a la de «bien común» o de «voluntad general». Se atiende a proponer la resolución ética y no sólo po-

lítica de los conflictos entre intereses organizados, al propio tiempo tomando conciencia, en opinión pública autoconsciente, como opinión fundamentalmente crítica, de los intereses no manifestados o dispersos. Interés común entendiendo lo común, la sociedad, en el interés de todos y cada uno, sin excluir a las generaciones venideras, y despertando de la somnolencia ética a que conduce como deterioro de los bienes colectivos el ethos hedonista del consumismo. «El interés común lo es a largo plazo, pero su sentido no está del todo oculto. Su descubrimiento y reivindicación es una tarea inacabable, como lo es la realización de los fines de la ética. La igualdad o la libertad, la protección de la naturaleza, la paz y la concordancia entre los pueblos, la no discriminación, son ideales de largo recorrido porque el camino que conduce a ellos no tiene fin. Pero pensar en esos ideales o intereses no puede significar otra cosa que empezar desde ahora mismo la carrera de su persecución. Una persecución éticamente universalista y racional, que no puede estar sujeta a ningún particularismo nacional, ético o ideológico. Son intereses que, en manos exclusivas de la gestión política se degradan y deterioran. Para evitarlo, sin embargo, está la clase cívica, compuesta por ciudadanos que saben estar también más allá de la política, cuyo deber es recordar, insistir, no cejar en el empeño de ir descubriendo y construyendo el interés común» (pp. 55-56).

F. SAVATER escribe en *Claves de Razón Práctica*, 20, 1992, «Filosofía y Apocalipsis. Los otros fundamentalistas». Su reflexión recorre los itinerarios de cuestionamiento del laicismo moderno y la religión racional entre los fanatismos del nuevo pensamiento dentro de los viejos predicadores del apocalipsis, indistintamente cristianos, musulmanes y judíos. Al principio de su trabajo puede leerse: «En el islam nunca se ha dado una secularización efectiva que separe el reino de Alá del de Cesar y permita la institución democrática moderna, lo cual explica en parte el problema actual. Pero lo espectacular de estas posturas de integrismo musulmán no las convierte, por desgracia, en algo único: no es difícil encontrar actitudes semejantes entre los judíos más ortodoxos y también entre los miembros de la jerarquía católica».

En la *Revue Française de Science Politique*, 41, 3, 1991 se contiene el trabajo de G. SALAMÉ, «Sur la causalité d'un manque: pourquoi le monde Arabe n'est-il donc pas démocratique?». Aunque algunas descripciones y explicaciones a veces se rozan demasiado patentemente con la justificación, en general presenta interpretaciones y argumentos atendibles. Debe verse también R. GARAUDY, *Los integrismos. Ensayo sobre los fundamentalismos en el mundo*, Gedisa, Barcelona, 157 pp., particularmente el capítulo dedicado al integrismo islámico, así como el trabajo de G. FOUREZ, «Les mouvements religieux de l'irrationalisme», en J. LEMAIRE, *Le Rationalisme est-il en crise?*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1991, 165 pp., y en la sección «L'enigma islamico» de *Il Mulino*, 2/91 las colaboraciones de B. LEWIS, «Gioco di specchi. L'Europa di fronte all'Islam», E. PACE, «Il turbante e l'elmetto. La secolarizzazione nell'Islam», y S. MAGISTER, «Il sogno islamico di papa Wojtyla».

A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Puf, París, 1991, 304 pp. presenta una síntesis histórica acompañada del seguimiento de temas recurrentes a través de las fuentes de regulación jurídicas europeas, bajo el prisma de «respeto al pluralismo» y «gestión de la complejidad» y la confrontación con obstáculos como Estado-nación en la construcción europea.

Al tema «L' Europe et le Droit» dedicó *Droits*, su número 14 de 1991, en el que se registra igualmente una colaboración de ARNAUD, «Ces apres particularismes...». Destacaría en él su epígrafe «D'une difference nationale et culturelle a une différence paradigmaticque». De entre el resto de trabajos, por proximidad a nuestra área de temas, B. de WITT, sobre derecho comunitario y valores constitucionales de los países miembros, J. BOULOUIS, con reflexiones acerca del lenguaje jurídico comunitario o F. SUDRE, ocupándose de la Europa de los derechos del hombre. Se incluyó traducción francesa —«La situation de la science europeenne»— del original alemán (en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker und Humblot, 1950, pp. 386-427) de una conferencia pronunciada por C. SCHMITT en distintos países europeos los años 1944-1945. Realmente, ni por el contenido material, ni por el alcance ideológico resulta muy justificada la elección del autor y texto. Algo similar sucedió también en uno de los números dedicados al tema «Definir le Droit».

Más acertada me ha parecido la elección y, en todo caso la oportunidad, en el trabajo de CH. MOUFFE, «Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt», en *Revue Française de Science Politique*, 42, 1, 1992.

Ciertamente conectado a modernos problemas de Democracia se nos presenta el trabajo de J. DE LUCAS «Approches de la formulation juridique du principe de la publicité», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1991, 27, dando a ver una interpretación actualizada de las reflexiones de Bentham sobre el principio de publicidad. Un planteamiento que por su atención a la dicotomía privado-público acierta en algunas semejanzas con lo anterior se hallará en S. Leader. «Le droit au respect de la vie privée, la mise en oeuvre de la morale et la fonction judiciaire: un débat», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1991, 26.

Presses Universitaires d'Aix-Marseille publican (1992), en la Colección «Histoire des Idées Politiques» dirigida por M. GANZIN, *Etat et Pouvoir. L'idée européenne*, conteniendo las Actas del VIII^o Coloquio de la Association Française des Historiens des Idées Politiques, celebrado en Toulouse abril de 1991, con un total de veinticuatro colaboraciones. Su contenido se organiza en tres secciones: «Etat et pouvoir», «L'idée européenne» y «Federalisme, décentralisation et minories». De la primera resaltar los trabajos de P. J. QUILLIEN («René Descartes lecteur de Machiavel»), G. SICARD («L' Etat dans les Encycliques sociales») y N. DOCKES («L'ideologie de la Charte du Travail» de 1940). En la segunda, L. ABOUCAYA («Essai d' interpretation d'un ordre européen, de la fin du XV^o au début du XIX siècle»), M. GANZIN («La pensée européenne de Saint-Si-

mon: réorganisation et prophétisme»), J. OSES-GORRAIZ («L'Europe dans la pensée politique et sociale de José Ortega y Gasset»), y el interesante y documentado de M.-L. CICALESE («L'idée d' Europe chez les maitres-a-penser du facisme»). Por último, en la sección tercera, E. A. ALBERTONI («Centralisme et fédéralisme dans la politique italienne du Risorgimento»), G. CAVALLARI («Luigi Sturzo: régionalisme et libéralisme») y G. BRUSCHI («Le statut juridique des immigrés en Europe»).

En relación a la racionalidad de la decisión y el problemas de sus limitaciones existe ya traducción castellana de la obra de J. ELSTER, *Solomonic Judgements* (Cambridge University Press, 1989), *Juicios salomónicos, Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Gedisa, Barcelona, 1991, 231 pp.. Tienen singular interés para la Teoría del Derecho los caps. 2.º y 3.º, «La domesticación del azar: selección aleatoria en las decisiones individuales y sociales» y «Juicios salomónicos: contra el interés del niño», pp. 40-107 y 108-147 respectivamente. La versión de C. GARDINI acusa el empleo de giros y expresiones que no corresponden de la mejor forma a nuestra lengua y que en cuanto a léxico jurídico son a veces incorrectas, por ej. «tenencia de los hijos», en vez de «custodia». El trabajo que alude a la experiencia legislativa y jurisprudencial norteamericana en asuntos derivados de separaciones matrimoniales y divorcios presenta la original y aparentemente «escandalosa» tesis de Elster acerca de la utilización de procedimientos aleatorios, tales como «arrojar una moneda», en cuanto a determinar preferibilidad entre opciones equióptimas mutua y compulsivamente competitivas. Su idea puede ser aceptada quizás sólo hasta donde lo que se discuta sea sobre adjudicación de bienes escasos, así en efecto el problema de los trasplantes de órganos, pero sería ciertamente difícil de mantener en orden a derechos fundamentales.

El cap. 2.º de esta obra se encuentra también publicado por Paidós/I.C.E.-U.A.B., Barcelona, 1991, 167 pp., como *Domar la suerte*, en traducción de C. CASTELLS, en mi opinión más cuidada que la anterior, y con Introducción de A. DOMENECH.

También de ELSTER, *Introducción a Karl Marx*, Siglo XXI Editores de España, Madrid, 1991, 212 pp. donde las cuestiones del análisis racional de las decisiones se orientan sobre temas de elección colectiva.

ELSTER ha visto traducido entre nosotros en los últimos años también *The Cement of Society. A survey of Social Order*, aunque en materias como las mencionadas todavía su bibliografía contiene algunos otros títulos de interés, como *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge University Press, 1989, 192 pp.. En todo caso, la lectura de ELSTER puede muy bien verse acompañada de I. LEVI, *Hard Choices. Decision Making Under Unresolved Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 262 pp., y de E.F. MACCLENNEN, *Rationality and Dinamic Choice. Fundamental explorations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 311 pp.. De ésta última pueden destacarse caps. como «The Problem of justification»,

«Pragmatics arguments», «Dynamic choice problems», «Rationality conditions on dynamic choice», «Consequentialist constructions», «Reinterpreting dynamic consistency», y en la parte final, «Potscript», los apartados «Resolute choice and game theory» y «Resolute choice and morality».

Otra lectura, más variada en sus enfoques, *Le rationalisme est-il en crise?*, Dossier ed. por J. LEMAIRE (cit. supra), con trabajos de J. SEVERY, «Le hasard: une illusion?», o R. STEENHOUT, «Rationalisme et empirisme».

«Para «racionalidad jurídica», específicamente, el trabajo de R.J. VERNENGO, «La racionalidad en el Derecho», *Sistema*, 107, 1992, reclamando atención no sólo para las construcciones lógicas, sino en favor también de la racionalización en las funciones prescriptivas del Derecho.

B. LARA, *La decisión. Un problema contemporáneo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, 462 pp., muestra una bien estructurada sistemática de la decisión distinguiendo el momento de la comprensión del acto de decidir, la organización racional de la experiencia y los mecanismos procedimentales e instrumentales en la resolución de la decisión

Otras diversas formas de planteamiento para el tema de la elección racional en «Rational Choice Theory and Institutional Analysis: Toward Complementary», en *American Political Science Review*, 85, 1, 1991; «Rational Choice and Politics», de I. MCLEAN, en *Political Studies*, 39, 3, 1991, además de la primera sección, «Rational Choice and Critique», en el núm. 2, 1991 de *Political Theory*, así «Hobbesian Political Order», de R. HARDIN, y «Habermas on Strategic and Communicative Action» de J. JOHNSON.

«Sobre justificación de las decisiones jurídicas» es la sección primera de *Doxa*, 8, 1990, con trabajos de A. AARNIO «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento», M. ATIENZA «Para una teoría de la argumentación jurídica» (versión inglesa «For a Theory of Legal Argumentation», en *Rechtstheorie*, 4, 1990), J. BARRAGÁN «La respuesta única correcta y la justificación de la decisión jurídica» y G. BERGHOLTZ «Ratio et Autoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones».

En el mismo número las secciones «Derecho y Moral» —con la contribución de A. PECZENIK («Dimensiones morales del Derecho»), E. GARZON VALDÉS («Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral»), F. LAPORTA («Derecho y moral: Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista») y R. SILHALA («Derecho, moral y leyes inmorales») — «Artículos» —entre otros, E. P. HABA «Racionalidad y método para el derecho: ¿Es eso posible? (II)»— y Notas. También la entrevista de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO a R. TREVES.

Una entrevista, igualmente, cierra el núm. 9, 1991, esta vez con J. RAZ a cargo de J. RUIZ MANERO. En el resto de contenidos, la sección «Ética y Bienestar», con trabajos de J. GRIFFIN («Contra el modelo del gusto»), M.

VALDÉS («Dos aspectos en el concepto del bienestar»), J. BARRAGÁN («La función de bienestar colectivo como decisión racional»), M. D. FARREL («El nivel de vida») y L. PRIETO SANCHIS («Notas sobre el bienestar»). Para la sección «Artículos», entre otros, J. R. CAPELLA con «El tiempo del 'progreso». La de «Notas» se dedica a la regla de reconocimiento, colaborando E. BULYGIN y J. RUIZ MANERO, que entablan polémica acerca de su carácter como norma de obligación o criterio conceptual, además de R. A. CARACCILO, «Sistema jurídico y regla de reconocimiento».

Sirvió de «Presentación» a este núm. un *In memoriam* sobre «Felipe González Vicén (1908-1991)», por E. DIAZ.

«Los rostros del conservadurismo» es el título elegido para la sección central del núm. 3, 1991 de *Political Theory*, específicamente dedicado a Burke. Los trabajos recogidos son D. HERGOZ, «Puzzling Through Burke», S.J. LENZNER, «Strauss's Three Burkes: The Problem of Edmund Burke in Natural Right and History», y M. A. MOSHER, «The Skeptic's Burke: Reflections on the Revolution in France, 1790-1990».

Un esclarecedor trabajo con más actuales resonancias en C.S. NINO, «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *Sistema*, 101, 1991

Teoría de Juegos. Referencias y diversas aplicaciones de utilidad para la Teoría del Derecho nos presenta *Droit et Société*, 17-18, 1991, «Droit et Jeu. Variations interdisciplinaires». Figuran trabajos sobre Derecho procesal, así de G. SOULIER, «Le théâtre et le proces» y S. ANDRINI, «Huizinga et le droit: le proces et le jeu en Italie», en Historia del derecho, por P. ROBERT, «Les origines de la répression des jeux en droit anglo-saxon: le controle de l'homo ludens dans l'Angleterre du XIVe au XVIe siècle», para teoría del derecho y sociología jurídica, a cargo de J.-A. ARNAUD, «De jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit post-moderne», E. MACKAAY, «Le droit saisi par le jeu», A. G. CONTE, «L'enjeu des regles», F. OST & M. VAN de KERCHOVE, «Le jeu: un paradigme fécond pour la théorie du droit?», y Semiótica jurídica, con «Towards a Semiotics Model of the Games analogy in Jurisprudence», de B. S. JACKSON (versión francesa, «Pour une modele sémiotique de l'analogie du jeu en théorie du droit», en *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. V, 13, 1991).

Igualmente, OST y VAN de KERCHOVE por trazar un marco de aprovechamiento entre las nociones de bipolaridad («bipolarité de erreurs») — conciliación al relacionarlas con los trabajos sobre argumentación de Ch. PERELMAN, en «De la théorie de l'argumentation au paradigme de jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique?», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1991, 27.

Entre nosotros, una construcción que, desde la semiótica de la intertextualidad y las tesis de la Rezeptionsästhetik, ensaya distintas posibilidades descriptivas y explicativas del proceso y acto de experiencia interpretativa en la comunidad jurídica mediante modelos de «juegos de ingenio», J.

CALVO GONZALEZ, *Comunidad jurídica y Experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992, 155 pp.

Mercado y análisis económico. «L'Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique?», por H. DUMÉZ y A. JEUNEMAITRE, en *Revue Française de Science Politique*, 42, 2, 1992.

Muy cuidada y en extremo interesante la ed. de W. J. SAMUELS, *Economics as Discourse. An Analysis of the language of Economists*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1990, 258 pp., trasladando alguno de los trabajos la investigación hermenéutica a un campo no demasiado frecuentado en tales perspectivas

Sobre análisis económico del Derecho consúltese el vol. 11, 3, 1991 de la *International Review of Law and Economics*, que con carácter monográfico contiene hasta una decena de trabajos. Aparte las colaboraciones relacionadas con supuestos de aplicación concreta a problemas de responsabilidad y daños, derecho procesal y derecho civil, presenta un interesante panorama sobre la recepción y cultivo del Análisis Económico del Derecho en Alemania, España, Japón, Suecia y Austria. El trabajo «Law and Economics in Spain» va a cargo de S. PASTOR y refiere el interés ya existente en Universidades como Madrid -Complutense y Carlos III- Barcelona, Extremadura, Málaga y Valladolid, así como la más reciente extensión también a otros centros académicos universitarios (Sevilla y Oviedo).

En perfil al movimiento de los Legal Critical Studies, J.B. WITHE, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, University of Chicago Press, 1990, 314 pp. creo que sugiere un planteamiento que podría tenerse de estética jurídica. La justicia como «translation» se concibe por complejo fenómeno traducción y trasposición («The Activity of Translation», parte 3.). Enormemente sugerentes los contenidos y la conclusión de la segunda parte, «The Judicial Opinion as Form of Life».

Un claro enfoque sociológico en el ámbito de la teoría y pensamiento económico presenta la edición compartida de S. KENDRICK & P. STRAW & D. McCRONE, *Interpreting the Past Understanding the Present*, St. Martin's Press, New York, 1990, 218 pp.. Entre los estudios reunidos destacan a mi parecer los cinco primeros: el de los editores, «Introduction: Sociology and History, The Past and the Present», «Future History» de CH. TILLY, «What Is Sociological History» por C. HAY, «The Currency of History for Sociology» de G. WIVCKMAM y «Biography, Family History and the Analysis of Social Change» por B. ELLIOT. Hacia el final de la obra, luego de varios estudios de aplicación específica, también los de R. PENN, «History And Sociology in the New Economic Sociology: A Discourse in Search of a Method» y H. BRADLEY, «Change and Continuity in History and Sociology: The Case of Industrial Paternalism». Entrecruzan frecuentemente los textos citas a E. H. CARR, H. WHITE, M. FOUCAULT y J.-F. LYOTARD.

De la importancia del discurso de los hechos, H. WHITE, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, traducción de J. VIGIL RUBIO, Paidós, Barcelona, 1992, 229 pp.. A mi modo de ver, un texto fundamental sobre la teoría de la narratividad que aporta una sugestiva contemplación filosófica de la literatura y la historia de fecundo provecho también para la teoría de la interpretación jurídica.

De «La famille, la loi, l'Etat. Débats révolutionnaires, problèmes d'aujourd'hui», monográfico de *Droit et Société*, 14, 1990, destacar los trabajos de J. CARBONIER, «Légiférer avec l'histoire» y G. GENGEMBRE, «Vertus privées, vertus publiques. Individu et Etat».

R. E. EWIN, *Virtues and Rights. The Moral Philosophy of Thomas Hobbes*, Westview Press, Colorado, 1991, 231 pp. Interpretación sobre relaciones entre filosofía moral y política en HOBBS con temas como cálculo racional, naturaleza auto-interesada y preservación individual, derecho natural, etc.

Obediencia y desobediencia. El primer fascículo correspondiente a 1991 de la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, recoge dos trabajos sobre el tema. E. RIPEPE plantea el suyo sobre todo con proyección filosófica política, «La questione della crisi del diritto e dello Stato come messa in questione dell' obbligatione giuridica e dell' obbligatione politica», en tanto que el enfoque filosófico-jurídico corresponde principalmente al de M. GASCON ABELLAN, «Notas sobre la existencia de un posible derecho general a la desobediencia».

Por último, en *Obligatoriedad y Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991 (Actas de las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social), las referencias se establecen en perspectiva a la moral como fundamentación del deber jurídico, así las ponencias de J. DELGADO PINTO, «El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho», E. FERNÁNDEZ, «La obligación moral y la obligación jurídica», L. GARCIA SAN MIGUEL, «Consideraciones morales sobre la obediencia al Derecho». En la misma obra, entendiendo que el problema representa un punto de encuentro entre la valoración moral de la acción individual y la dimensión política de la convivencia colectiva, J.A. GARCIA AMADO analiza el papel de la idea de desobediencia en las filosofías de HABERMAS y LUHMANN, «Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra Teoría de sistemas». Del mismo A., también el artículo que titula «Justicia, Democracia y validez del Derecho en Jürgen Habermas», *Sistema*, 107, 1992.

Con semejanzas temáticas los trabajos de A. E. PÉREZ Luño, «¿Qué moral?. Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», en *Sistema*, 102, 1991, y V. D. GARCIA-MARZA, «Ética discursiva: ¿Moral o Derecho?», en *Sistema*, 101, 1991.

En una selección de estudios sobre el pensamiento de Rawls se incluirían los siguientes. J.W. NICKEL, «Rawls on Political Community and Principles of Justice», en *Law and Philosophy*, 1990; P. RICOEUR, «John

Rawls: de l'autonomie morale a la fiction du contrat social», en *Revue de métaphysique et de morale*, 3, 1990; A. CLAIR, «L'affirmation du droit: réflexions sur la Theorie de la Justice de Rawls», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1990, 4; PH. ADAIR, «La Théorie de la justice» de JOHN RAWLS. «Contrat social versus utilitarisme», *Revue Francaise de Science Politique*, 41,1, 1991; E.G. MARTINEZ NAVARRO, «La polémica de Rawls con los comunitaristas», *Sistema*, 107, 1991

Sobre Hart, mencionar la traducción alemana de la entrevista que sostuvo con J. R. DE PÁRAMO, ya aparecida en la revista *Doxa*, ahora como «Harts 'Concept of Law' nach dreissig Jahren, Ein Interview mit dem Autor», en *Rechtstheorie*, 22, 1991, 4. En *Ratio Juris*, 2, 1991, encontramos los trabajos de A. OLADESU, «H. L. A. Hart on Legal Obligation» y H. HÄYRY, «Liberalism and Legal Moralism: The Hart-Delvin Debate and Beyond».

Bioética y problemas en su entorno. La *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2, 1990 contiene trabajos de J.-C. GALLOUX, «L'encadrement des biotechnologies: de la normalisation a la réglementation des pratiques» y A. SÉRIEUX, «Questions d'éthique», que resume las posiciones «tradicionales» relacionadas con el tema de la procreación artificial y la eutanasia. *Droits* 13, 1991 organizó su monográfico «Biologie, personne et Droit» reuniendo trabajos de O. CAYLE, B. EDELMAN, L. FERRY, D. JANICAUD («Du Droit de mourir. Un regard philosophique sur une question controversée»), F. FAVOREAU, A. CAILLÉ («La bioéthique, le risque écologique et les deux démocraties. Recherche d'un principe normatif non utilitariste»), B. LEMENNICIER («Le corps humain: propriété de l'Etat ou propriété de soi?»). También *Pouvoirs*, 56, 1991, monográficamente dedicado a temas semejantes; genética, eugenesia, procreación, etc..

Dando a ver el amplio dominio de los recursos obtenidos en el cultivo y formación clásica, especialmente helénica, que frecuentemente caracteriza sus trabajos, S. TZITZIS, «Le Droit du Mort (dike thanonton) et les Droits de l'Homme», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1991.

G. BOURGEAULT, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales. Prolégomenes pour une bioéthique*, De Boeck, Bruxelles-Montréal, 1990, 254 pp. Suministra, principalmente con destino a profesionales de la Medicina, una introducción en las facetas jurídicas relacionadas con estos problemas. En el propósito de presentar una elaboración ético-filosófica de sentido cristiano, R. LOW (ed.), *Bioethik. Philosophisch-Theologische. Beitrage zu einem brisanten Thema*, Communio, Koln, 1990, 199 pp.. Sobre cuestiones de material genético muestra la posición de la Iglesia Católica en el Derecho canónico A. ZANOTTI, *Le manipolazione genetica e il diritto della Chiesa*, con Prefazione de A. DE LA HERA, Giuffrè, Milano, 1990, 440 pp.

Entre nosotros, J. RUBIO CARRACEDO incluye en *Etica constructiva y Autonomía personal*, Tecnos, Madrid, 1992, 307 pp. (vid. en este Anuario,

«Crítica bibliográfica») el trabajo «Autonomía para morir: eutanasia y autotomotanasia», aparecido con anterioridad en *Claves de Razón Práctica*, 14, 1991. Con visión jurídica y valorativa M. GASCON ABELLAN, «Problemas de la eutanasia», *Sistema*, 106, 1992 presenta una clarificación conceptual, procede a sistematizar las conductas por relación a las ordenación legislativa penal existente, examina el contenido constitucional del «derecho a la vida» conforme a la idea de la dignidad como principio inspirador del ordenamiento jurídico en su conjunto, y finaliza examinando las diferentes gradaciones de justificación jurídica de la eutanasia según se trate de la modalidad activa o pasiva. Brinda una contemplación de ética aplicada para casos de interrupción voluntaria del embarazo, eutanasia, vejez, disminución o minusvalía, J. SADABA, *Saber morir*, Libertarias/Prod-hufi, Madrid, 1991, 183 pp.

En este género de problemas creo que conviene conocer los planteamientos prácticos expuestos en obras como la de D. GARCIA, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Eudema Universidad, Madrid, 1991, 157 pp.. Con un propósito que alcanza sólo mínimos J. MAHILLO, *Ética y vida. Introducción a la ética y problemas bioéticos*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1991, 132 pp.

Persona y Derecho inició en su núm. 24/1991 la publicación de los cuatro fascículos que ha de dedicar de «Estudios en memoria de Michel Villey». En este primero aparecen contribuciones de D'AGOSTINO, DESANTES-GUANter, DUFOUR, FERRER, GINSBERG, INNERARITY, KAUFMANN, POSSENTI, LLOMPART, VILA *et al.*.

De S. TZITZIS, uno de cuyos trabajos ya se mencionó más arriba, conviene también anotar la interesante línea de investigación que desde unos años atrás viene trazando al convinar el enorme bagaje de sus conocimientos en cultura y filosofía griega clásica con atinadas reflexiones iusfilosóficas y jurídico-penales (culpabilidad, política criminal, pena, castigo, etc.) sobre textos literarios. Así, «La philosophie pénale de Sade à la lumière de son hedonisme», en *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, núm 1, janvier-mars, 1990, «Une axiologie du Droit de Punir», en *EULIKIA*, 1, 1991, «Le chatiment tragique», en *Archipel Egéen*, («Droit, Philosophie et Theatre») 1, 1991, «Éthique et Légalisme: Hécube et Shylock», en *Contrats et Prospective. Revue Internationale de Criminologie et Philosophie du Droit Pénal*, 1-2, 1991. Con orientación similar aunque llevada sobre otros temas y asuntos, «L'art du législateur: l'inspiration platonicienne chez Sade. Utopie et réalité», en K. BOUDOURIS (ed.), *On Justice. Plato's and Aristotle's Conception of Justice in relation to modern and Contemporary Theories of Justice*, Greek Philosophical Society, Athens, 1989, y más recientemente «De la Justice hellénique Aux Droits de l'Homme de la Revolution française», en *Archives de Philosophie du Droit*, 36 («Droit et Science»), 1991.

D.M. PATTERSON (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Colorado, 1992, 270 pp.. Compensa la aparentemente reducida influencia

de Wittgenstein en teoría jurídica. Entre los trabajos más interesantes, el del propio editor, que titula «Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative», además de A. MARMOR, «No Easy Cases?»; sobre el concepto de regla en Wittgenstein, B. BIX, «The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory» y F. SCHAUER, «Rules and the Rule-Following Argument»; relacionado con la Teoría del Derecho, CH. YABLON, «Are Judges Liars?. A Wittgensteinian Critique of Law's Empire». La edición reúne en total una docena de colaboraciones ordenadas en tres secciones («Practices», «Rules», «Politics»).

Una propuesta a favor de la concepción kantiana de la democracia como paradigma de conciliación entre libertad y autoridad por S. GOYARD FABRE, «Démocratie et autorité», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1990, donde también se hallará el trabajo de M. LA TORRE, «Rechtsstaat und Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right», planteando la interpretación del surgimiento del Estado de Derecho en Europa desde la transformación del Estado liberal ante preocupaciones sociales y entendiendo como clave la misma evolución experimentada por la noción y alcance de los derechos subjetivos en la doctrina jurídica de los s. XIX y XX

En edición de J. BALLESTEROS, se publicó *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, 242 pp., volumen que distribuye su contenido en tres partes, «Derechos Humanos: concepto y fundamentos», «Sujetos de los Derechos Humanos» y «Apéndices». En la primera aparecen colaboraciones de J. DE LUCAS, «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los Derechos Humanos», J. GARCIA AÑON, «Derechos Humanos como Derechos Morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez», y J. M. AÑON ROIG, «Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas». La segunda reserva espacio al trabajo que J. BALLESTEROS titula «Los Derechos Humanos de los nuevos pobres», así como a otras contribuciones sobre «derechos de las mujeres», «minorías nacionales», «del niño» y «de las futuras generaciones». La sección de «Apéndice» trae dos estudios, respectivamente sobre la función judicial en la creación y protección de los derechos humanos y la Declaración de Independencia Americana de 1776 y los derechos humanos.

Conocido es el interés que en algunos sectores del movimiento de los «Critical Legal Studies» suscita la reflexión sobre temas de «Derecho y Género», en concreto planteados por el «Legal Feminism» como activo rechazo al pasivo neutralismo liberal o ideológico silenciamiento de tales cuestiones. «Donne, cittadinanza, differenza», de G. (Giovanna) ZINCONE, en *Il Mulino*, 5/91, muestra lo que entiende como peligrosas actitudes de una tendencial configuración del sujeto y sistema político «come un grosso ghetto a due scomparti». En una dirección distinta C.A. MACKINNON, «Reflections on Sex Equality under Law», en *The Yale Law Journal*, 5, 1991, sometiéndolo a crítica la aplicación en asuntos de género del principio de «situa-

ción similar» establecido por la Corte Suprema norteamericana para atender problemas de desigualdad constitucional y por el que en lo básico exige igualdad de trato para las mujeres en la medida que sean iguales a los varones. La A. considera la improcedencia de este principio, originado jurisprudencialmente con ocasión de decisiones sobre igualdad racial, para tomar en cuenta situaciones que o bien son específicas de la mujer, como el aborto, o les afectan mayoritariamente, como las agresiones sexuales.

Muestra su escepticismo ante la pertinencia de lo que viene dándose a conocer como derechos humanos de tercera y cuarta generación J. RIVERO en «Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1990, con diversas referencias puntuales a los llamados «derechos de los animales». No coincidente, V. POCAR, «Diritti unami e diritti dei viventi. Una riflessione sociologica», en *Sociologia del Diritto*, XVIII, 1991, 1.

Sobre metodología jurídica, pueden consultarse las colaboraciones recogidas en la *Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif*, 1990, 4. También, en otra medida, P. ORIANNE, *Éléments pour une pédagogie juridique*, con Preface de F. TERRÉ, Frisón-Roche, Paris, 1990, 330 pp., siendo destacables en la 1ª parte, los caps. IIIº, «Le rôle du droit dans le processus de socialisation», Vº «L'activité juridique» y VIº, «Le raisonnement juridique». Las partes 2ª y 3ª van dedicadas a métodos e instrumentos, donde merece particular atención el cap. XIVº, sobre «travail du texte». En este tipo de obras, que son siempre bien recibidas, señalar igualmente PH. JESTZ, *Le Droit*, Dalloz, París, 1991, 115 pp.

La colección «El Derecho y la Justicia» que dirige E. DÍAZ y edita el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid) desarrolló durante el año 91 una intensa labor editorial con la aparición de casi una decena de títulos. De alguno de ellos se ha hecho ya oportuna mención más arriba. Referiré aquí ahora las traducciones destacando de A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, que realizaron E. GARZON VALDÉS y R. ZIMMERLING también C.E. ALCHOURRON y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, o la versión de J. RAZ, *Razón práctica y normas*, a cargo de J. RUIZ MANERO.

Mención separada exige R. TREVES, *Sociología del Derecho y Socialismo liberal*, Prólogo de G. PECES-BARBA, C.E.C., Madrid, 1991, 313 pp., con itinerario intelectual y humano del A., tristemente desaparecido a finales de mayo de 1992, cuya traducción realizaron R. DE ASIS ROIG y L. APARICIO. Entre los caps. de mayor atractivo, los dedicados a F. TÖNNIES, N. BOBBIO, G. TARELLO y R. MONDOLFO. De las muchas reflexiones en cuyo mérito habrían de traerse continuas citas, valgan dos ideas: el socialismo indica antes que, es decir más inmediatamente que, una denominación de partido o movimiento, propiamente un modo de pensar y comportarse, y una prevalencia hacia el valor de la dignidad humana testimoniado en el respeto a los demás, la amistad y la solidaridad.

Véase también la entrevista de M. ATIENZA y J. R. MANERO a R. TREVES, en *Doxa*, 8, 1990.

En la recuperación dentro del pensamiento socialista contemporáneo de las direcciones en las que se defendió el contrapunto a las tesis marxistas hegemónicas hallamos la edición castellana de *Socialismo liberal*, de C. ROSELLI, traducida del italiano por D. ABAD DE SANTILLAN, en Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1991, 128 pp.. La obra, escrita en los años finales de la década de los 20, se inspira en la idea de concebir el socialismo no como un sistema, sino como ideal practicable únicamente a través del método democrático del autogobierno que expresamente es el liberal.

Resonancias en cierta medida semejantes están presentes en M. DUVERGER, *La liebre liberal y la tortuga europea*, traducción de S.M. DEL CARRIL, Ariel, Barcelona, 1992, 232 pp., considerando que es óptimamente en el marco de la CEE y norte de la democracia política y la competencia económica donde el socialismo europeo moderno puede orientar cara al futuro su mejor trayectoria ideológica y de transformación social.

Contingency, irony and solidarity de RORTY, apareció a finales del 91 en traducción de A. E. SINNOT y revisión de J. VIGIL, publicada por Paidós. Por otra parte, el interés que ha despertado el pensamiento y la obra de RORTY produce continuas y numerosas oportunidades de estudios y trabajos. Sobre una selección de temas claves CH. W. ANDERSON, «Pragmatism & Liberalism, Rationalism & Irrationalism: A response to Richard Rorty», en *Polity*, 23, 3, 1991. En *Claves de Razón Práctica*, 20, 1992, G. BELLO mantuvo un diálogo con el A., que titularía «Richard Rorty. Democracia y Filosofía», y R. DEL AGUILA ofreció también allí el comentario «Ironía, democracia y etnocentrismo. Sobre Richard Rorty».

De R. RORTY registramos también su artículo «Gli intellettuali alla fine del socialismo», en *Il Mulino*, XL, 6, 1991. Tomando referencia del comentario a *Thinking About Socialism* de I. HOWE (1985) y por proyección a los más recientes acontecimientos europeos, el A. reflexiona sobre el papel de los intelectuales de izquierda y la creación de un «nuevo imaginario». Su crítica se hace directa y mordaz para con el discurso de HAVEL y el reclamo de revolución «existencial» (semi-heideggeriana).

M. BRINT & W. WEAVER (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, Colorado, 1991, 405 pp.. Los trabajos se orientan en la tradición del pragmatismo de DEWEY. Colaboran entre otros, R.A. POSNER, S. FISH, R. RORTY, H. PUTNAM, S. KNAPP, R. DWORKIN y D. HOY.

De I. BERLIN, véanse sus entrevistas en *Babelia. Revista de Cultura*, núm. 30, *El País*, 9 de mayo de 1992, por J. CRUZ, y *Claves de Razón Práctica*, 22, 1992, por Salvador GINER. En esta misma publicación H. BÉJAR, «La necesidad de la elección», sobre *The Crooked Timber of Humanity* (H. HARDY comp., A.A. KNOPF, New York, 1991).

A. MACINTYRE, *Three rival versions of moral inquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, Duckworth, London, 1990, 242 pp. Trata de poner en cuestión el principio de incommensurabilidad entre sistemas éticos rivales. Toma como cuadros de referencia para su análisis el positivismo científico, la genealogía nietzschiana en moral y el tomismo contemporáneo. De su examen resulta propuesta la filosofía tomista como especialmente adecuada para obtener respuesta al problema del valor moral del conocimiento, resaltando además su capacidad para superar las dificultades de contraposición alternativa con los otros sistemas estudiados.

Pensamiento español moderno y contemporáneo. Al patriarca del krausismo español, con Prólogo de J. ABELLÁN, dedicó su obra T. RODRÍGUEZ DE LECEA, *Antropología y Filosofía de la Historia en Julián Sanz del Río*, C.E.C., Madrid, 1991, 216 pp.

De I. M. ZAVALA, *Unamuno y el pensamiento dialógico*, Anthropos, Barcelona, 1991, 207 pp., reinterpretación del pensamiento unamuniano bajo la clave de «dialogía» del postestructuralismo bajtiniano. En especial, el examen de lo que la A. denomina «dialogía interior» como pluralidad del yo en los escritos de Unamuno. Celebrar también que haya podido recobrase de uno de los inéditos, fechado a 1936, *El resentimiento trágico de la vida*, publicado con estudio de C. FEAL, Alianza, Madrid, 1991, 158 pp.; texto cívico de la incivil guerra in-civil, que E. DÍAZ comenta como «Unamuno: resentimiento y reconstrucción», en *Saber Leer*, 53, Marzo 1992.

Finalmente, *Unamuno. Política y Filosofía*. Artículos recuperados (1886-1924), ed. a cargo de D. NÚÑEZ y P. RIVAS, Fundación Banco Exterior, Colección Investigaciones, Madrid, 1992, 234 pp.. En la Introducción (pp.XIXXXVI) los editores abordan de una parte la inserción de Unamuno en el marxismo y, de otra, la evolución del pensamiento de Unamuno en relación con aquél. Para lo primero se puntualizan los estudios posteriores a 1976 (BUSTOS TOVAR, L. URRUTIA, SECO SERRANO y D. GÓMEZ MOLLEDA) interesados en lo que diversas colaboraciones periodísticas publicadas en Salamanca y Bilbao entre 1890-94 presentan de paulatino acercamiento a inquietudes y posiciones socialistas. El análisis es particularmente crítico para con algunos trabajos de GÓMEZ MOLLEDA. De resultas se explica la decisión reflexiva y consciente de Unamuno en afiliarse al partido socialista, destacando también su importante aportación cultural al socialismo español de la época. Para los editores en toda esta primera etapa el ideario socialista de Unamuno participa del positivismo que igualmente impregna gran parte de la vida intelectual del último tercio del s. XIX. La segunda parte, se dedica a la trayectoria de desigual marxismo y progresivo abandono total, arranca en la salida del partido (1897) y el comienzo de lo que llaman el Unamuno existencialista y agónico. Se refieren algunas tesis conocidas como la «pérdida de confianza en el pueblo» o la «crisis religiosa» (socialismo y religión —cristianismo— entendidos como procesos convergentes), y se avanza la de su alejamiento del

positivismo, provocando por tanto la desaparición de la principal base científica en que apoyaron sus anteriores convicciones políticas y sociales. Por último, demasiado breves referencias sobre el rechazo del materialismo y determinismo histórico por inadecuada lectura de Marx, acerca de la interpretación de los sucesos revolucionarios soviéticos, así como también de la asociación socialismo y liberalismo antimonárquico y antimilitarismo. La recuperación de textos alcanza el elevado número de 165 artículos, de los que se incluyen tablas de procedencia y fechas.

El silencio de la escritura, de E. LLEDO, incluido en la mencionada colección «La Justicia y el Derecho» Madrid, 1991, 102 pp.. El A., que con esta obra obtuvo el Premio Nacional de Ensayo 1992, nos brinda su elegante reflexión sobre la Poética de creación y recepción en la escritura y lectura (reescritura-descripción) como diálogo de voces fluyentes en las palabras que, al encuentro de la decibilidad de los lectores, lanza en su escritura de modo indecible, no dicho, un autor. Movilidad y apuntamiento a la desembocadura en los «sentidos» del Sentido invocados con la cooperación participativa de otra evocada y/o invocada Voz.

Sugestivas referencias a este ensayo de LLEDO aparecen recogidas por PÉREZ-BARBA, tanto en el *Prólogo* (p.17) a la obra de A. DE ASIS ROIG, como en el «Epílogo» (p. 253) de su propio *Curso de Derechos Fundamentales*.

J. C. BAYON MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991, 801 pp.. Al indagar sobre la normatividad del derecho el A. se ocupa de la interrelación que en el fenómeno jurídico cabe plantear respecto de lo que a la vez constituye una cuestión de hecho como componente de realidad social y se presenta también con el carácter práctico justificatorio o de razones para actuar y decidir. La estructura del trabajo detalla en su primera parte el concepto de «razones para la acción» a través de capítulos dedicados a razones instrumentales (deseos), prudenciales (intereses) y morales (valores). La segunda parte, «Razones y Reglas», contiene el análisis de la reglas morales referido al problema de los juicios de deber, y de las reglas sociales, agentes sociales e instituciones en relación con el razonamiento práctico, donde uno de los epígrafes enfoca bajo análisis metodológico el examen de la obligación moral de obedecer el derecho. A modo de conclusión el epílogo «Sistema jurídico y razones para la acción» destaca como de naturaleza inherente a lo que se entiende como sistema jurídico la pretensión de carácter moral existente en las razones operativas de un razonamiento jurídico, considerando que es así, bien que en ese sentido mínimo y advirtiendo de posibles equívocos, como puede afirmarse que existe una «conexión conceptual entre derecho y moral».

En la colección «Legal Philosophical Library» que dirigen C. FARALLI y E. PATTARO se publicó la traducción italiana de *A Institutional Theory of Law*, de N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *Il Diritto come Istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990, 435 pp., en edición de M. LA TORRE, traductor,

además de autor del «Appendice» «Linguaggio, norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica» (pp. 360-432).

No deja de ser sorprendente el primer juicio originado con su recepción en Italia. La sección «Schedario» de la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1990, 4 registra, curiosamente sin firma que lo identifique, el siguiente comentario: «Filosoficamente, il libro non è né particolarmente profondo, né particolarmente suggestivo. Probabilmente è stato scritto pensando alla scuola e sotto questo punto di vista il pubblico italiano cui idealmente esso potrebbe rivolgersi (quello cioè degli studiosi di filosofia del diritto) non avrà molto di nuovo da imparare da esso». El carácter anónimo de estas opiniones impiden saber con certeza si su autor pertenece o no al grupo de eventuales lectores iusfilósofos, aunque el margen de duda no es muy grande. Más reducido aún resultará lo que pueda abarcar su «grupo ideal» de lectores iusfilósofos. Lógicamente han de quedar fuera del mismo C. FARRALLI y E. PATTARO. También M. LA TORRE, que además de la traducción y el apéndice mencionados ha trabajado otros aspectos del iuspositivismo institucional, así «Ota Weinberger e la teoría 'formal-finalistica' dell'azione», en *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, G. GIAPPICHELLI, Torino, 1990, pp. 115-132 P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.). Y claro es, estos dos junto a A. PINTORE en razón al cap. Vº, «Concetti giuridici, istituzioni, regole costitutive. La teoria istituzionale di Neil MacCormick» de su obra *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 183-227 (trabajos más recientes infra). Y seguramente, así es de temerlo, otros muchos más.

Como aplicación de los postulados del positivismo jurídico institucional a la teoría constitucional defendiendo la posibilidad de argumentaciones racionales sobre Constitución, Estado, sociedad y política jurídica, O. WEINBERGER, «Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990, 1.

De mismo autor, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, 278 pp., con un análisis jurídico-político de las instituciones bajo la óptica de una teoría de la justicia prioritariamente independiente de programas políticos, así como el estudio de problemas de teoría del derecho (normativismo, positivismo, teoría de la acción, ontología jurídica, etc.). Se acompaña de un Prefacio a firma de N. MACCORMICK.

A la moderna Teoría Institucional del Derecho se dedicó como monográfico especial («Special issue in institutional Theory») el núm 12, vol. IV (1991). del *International Journal for the Semiotics of Law*, reuniendo las siguientes firmas y trabajos: B. S. JACKSON, «Introduction: Semiotics and Institutional Theory», A. PINTORE, «Law as Fact?, MACCORMICK's Institutional Theory of Law Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence», M. DEN BOER, «Two in One Trolley: Reflections on the Relation between MacCormick's Institutional and Narrative Theory of Law»,

F. PAYCHERE, «Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle», B. VAN ROERMUND, «The Institutions of Brute Facts», y G. SAMUEL, «Epistemology and Legal Institutions». Una subsiguiente respuesta de MACCORMICK, «Further Thoughts on Institutional Facts», aparece en el vol. V, 13, 1992

Al tiempo que el evidente interés por la doctrina del iuspositivismo institucional, no es difícil percibir también en todo ello la actualísima preocupación investigadora suscitada en materia de «coherencia narrativa», cuyo énfasis compagina con los problemas de «coherencia normativa». Así puede comprobarse igualmente en la ed. de P. NERHOT, *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990, donde la segunda parte de la obra, «Interpretation in Legal Science. The Hypothesis of the Narrative Coherence» (pp. 127-455), compendia trabajos de J. LENOBLE, K.-H. LAUDER, P. NERHOT, Z. BANKOWSKI, G. ZACCARIA, A. PECZENIK, B.C.VAN ROERMUND, M. DEN BOER, B.S. JACKSON, L. GIANFORMAGGIO y V. VILLA.

Acerca del «viejo» institucionalismo, Y. TANGUY, «L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine», en *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1, 1991. Sobre Romano, algo antes, V. FROSINI, «Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1989,4.

Este mismo trabajo también lo ha incorporado su A., con otros dos («La regola francescana come problema di interpretazione giuridica» y «Emilio Betti e la teoria generale del diritto»), en apéndice a *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni, Roma, 1991, 215 pp.. La obra presenta cuatro partes respectivamente dedicadas a prolegómenos sobre interpretación jurídica, mensaje legislativo, formalismo y metodología del negocio jurídico y legislación e interpretación.

R. GUASTINI, «Réflexion sur les garanties des droits constitutionnelles et la théorie de l'interprétation», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1991,4. Sistematiza los tipos de garantías existentes frente al poder legislativo, ejecutivo y judicial interrogándose finalmente acerca de «Quis custodiet ipsos custodes?. Concluye considerando satisfactoria la técnica de garantía de los derechos a través del poder jurisdiccional frente a otros poderes «tant que l'on pense à l'application du droit d'une façon formaliste. Mais cette technique n'est pas du tout satisfaisante si l'on pense, au contraire, que le pouvoir de juger est, lui-même, un pouvoir (en dernière analyse) normatif, et donc un pouvoir politique, alors surgit le problème –tout à fait nouveau pour le constitutionnaliste– d'inventer des techniques constitutionnelles pour garantir les droits de liberté contre le judiciaire».

La *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 5, 1991, incluye el trabajo de CH. STARCK, «La constitutionalisation du droit espagnol». Se analiza el

proceso de constitucionalización de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico español tras la aprobación de la Constitución del 78. Su ritmo e intensidad presenta una muy diferente incidencia en el caso francés (Constitución del 58) y más semejante, *mutatis mutandis*, respecto a Portugal (Constitución del 76). Las razones que a juicio del A. han propiciado y favorecido el fenómeno son el mismo gran número de disposiciones normativas contenidas en el texto constitucional, permitiendo su aplicación por el juez ordinario, la existencia de un Tribunal Constitucional con autoridad incontestada, así como la específica contribución que en ello se debe a la actividad jurisprudencial resultante de la interposición y resolución de recursos de amparo. Sin nada que observar al planteamiento general, se echa en falta la referencia al mismo proceso en materia de Derecho Privado.

Saludar la aparición de una nueva revista. Promovida y dirigida por E. GUIBAN, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*. Con periodicidad cuatrimestral y editada como órgano oficial de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, su primer número (febrero 1992 1204 pp) distribuyó los contenidos articulando varias secciones: «Antecedentes del utilitarismo», «Debate contemporáneo», «Un tema monográfico», en esta oportunidad dedicado a la sistematización en Etica, y «Etica aplicada». Se recoge también una entrevista entre C. R. BRAUN y P. SCHWARTZ.

C. DOUZINAS & R. WARRINGTON & S. MCVEIGH, *Postmodern Jurisprudence. The Law of text in the texts of law*, Routledge, London-New York, 1991, 303 pp.. Registra cuatro secciones: «Modern and postmodern interpretations», «Deconstructing the jurisprudence of modernity», «Postmodern readings of law» y «The law of the text». De ellas, para a mi juicio destacar algunos trabajos, los titulados «from the book to the text: Hermeneutics, Critique, Deconstruction», «Law (un)like Literature: who is afraid of Pragmatism?», y particularmente «Hermes versus Hercules: Hermeneutics and Aesthetics as legal imperialism» junto con «Law's Tales: Semiotics and Narratology as Storytelling». Una extensa recensión crítica en *International Journal for the Semiotics of Law*, V, 13, 1992, «Textual Interpretations in the Postmodern Age», por D. MILOVANOVIC.

Completando el panorama, acudir también a J.-A. ARNAUD, «Reprender un Droit pour l'époque post-moderne», *Le Courrier du CNRS* (París), 75, avril 1990; B. DE SOUSA SANTOS, «Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit», en *Droit et Société*, 10, 1988, y «La transición postmoderna: Derecho y Política», en *Doxa* 6, 1989 (versión francesa en revue *Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 24, 1990); y F. OTS, «Jupiter, Hercule ou Hermes. Quel modele pour un Droit post-moderne?», en *Journal des Procés* (Bruxelles), 179 y 180, 5 y 19 octobre 1990, además de, en parte, «La bande de Mobius ou les chemis d'Hermes?», en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 25, 1990.

G. VATTIMO, *Etica de la interpretación*, traducción de T. OÑATE, Paidós, Barcelona, 1991, 224 pp.. Creador de lo que conocemos por «pensamien-

to débil» o antifundamentalista, VATTIMO ensaya en esta obra, combinada de varios trabajos que a menudo NIETZSCHE y HEIDEGGER entrelazan, una vinculación ética para esa hermenéutica concebida como «ontología del presente» («lanzar una flecha en el corazón del presente», comentó HABERMAS de FOUCAULT), de la fragmentación, de lo abierto a infinitas interpretaciones, en forma de invitación y reclamo (relatos y metarelatos) a prestar piadosa («pietas» schopenhaueriana) atención sobre los valores limitados de un ser eventual, hecho de puro acaecer.

C. THIEBAUT (ed.), *La herencia ética de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, 1991, 218 pp.. Desde posiciones que cada una a su modo se apostan en ángulos de visión particulares, la perspectiva última se ofrece como virtual coincidencia. Es finalmente la aceptación de una «herencia abierta», largo tiempo ausente de albaceas que velaran y contador-partidor que dirimiera, aunque mejor quizás el rescate de un fideicomiso retenido demasiado oculto. En definitiva, la manda de individualismo ético como patrimonio de autonomía que no impide sin embargo a crecer en solidaridad. J. MUGUERZA, F. SAVATER, V. CAMPS, A. VALCARCEL, J. RUBIO CARRACEDO, WELLMER, MARTÍNEZ CONTRERAS, VILAR, DOMÉNECH, THIBAUT.

VI
CRITICA BIBLIOGRAFICA

ARISTOTELES, *Retórica*. Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, Madrid, Ed. Gredos, 1990, 626 pp.

Según todas las fuentes la primera obra de Aristóteles habría estado dedicada al análisis de la retórica. En efecto, en las primeras escaramuzas de la batalla de Mantinea habría fallecido Grilo, hijo de Jenofonte, y esto habría motivado el que se compusieran multitud de elogios en su honor, entre los que habría que destacar uno de Isócrates. Aristóteles, que interpretaba estos elogios no tanto como un medio de ensalzar al muchacho cuanto de buscar congraciarse con su poderoso e influyente padre, habría reaccionado escribiendo un diálogo titulado precisamente *Grilo* (hoy perdido) y cuyo modelo era el *Gorgias* de su maestro Platón. Este había insistido en el carácter meramente adulador de la retórica. ¿Cómo no iba a pensar Aristóteles que esta tesis se veía confirmada por la proliferación de tales discursos? La retórica, motivada por el afán de lograr un fácil éxito y aceptación ante cualquiera que fuera su auditorio, corría el peligro cierto de quedar completamente desvinculada del conocimiento de la verdad y de la práctica del bien. Por el contrario, la verdadera retórica debía basarse en la ciencia, lo que implicaba buscar la manera de remitir los discursos sobre la conducta humana no a las meras opiniones sino a las Ideas o Formas platónicas, es decir a esa Realidad Verdadera que alcanzamos mediante la filosofía entendida como dialéctica. Lo que sabemos del *Grilo* parece implicar, por tanto, el convencimiento de la viabilidad del programa platónico. Pero, ¿podía éste desarrollarse de forma coherente? Las crecientes dudas de Aristóteles sobre esta posibilidad van a motivar un distanciamiento progresivo de su maestro y, consiguientemente, una nueva comprensión de la retórica.

Como muy bien señala el profesor Racionero en su Introducción, la forma como se abre el texto de la *Retórica* presenta dos notas características que la diferencian netamente de los planteamientos platónicos del *Grilo*: «En primer lugar, la obra no pone su interés en la conexión entre el discurso y la verdad de las proposiciones, sino que se coloca de un modo explícito en la *comunicabilidad* de lo que dice el orador a su auditorio o, como lo formula Ricoeur, ‘en la dimensión intersubjetiva y dialogal del uso público del lenguaje’. Consecuentemente con esto, y en segundo lugar, el plano de referencia de los discursos no se sitúa en las cosas (en los objetos ideales denotados por las Ideas) sino que pasa a ser las opiniones (*dóxai*) o

el sistema comunitario de creencias (*písteis*), que se instituyen así en el único criterio de la argumentación». (pp. 29-30). ¿Qué significa esto? No otra cosa que el que se van a «estudiar los instrumentos del retórico en su valor estrictamente técnico, al margen de la cualificación moral que en cada caso le corresponde» (p. 95). Bien es verdad que Aristóteles insistirá en que aunque conviene que se sea capaz de persuadir sobre cosas contrarias, ello no es para hacer ambas, sino para que «no se nos oculte cómo se hace y para que, si alguien utiliza injustamente los argumentos, nos sea posible refutarlos con sus mismos términos» (pp. 170-171); o, como afirma un poco más adelante: «Y si <alguien sostiene que> el que usa injustamente de esta facultad de la palabra puede cometer grandes perjuicios, <se deberá contestar que>, excepción hecha de la virtud, ello es común a todos los bienes y principalmente a los más útiles, como son la fuerza, la salud, la riqueza y el talento estratégico; pues con tales <bienes> puede uno llegar a ser de gran provecho, si es que los usa con justicia, y causar mucho daño, si lo hace con injusticia.» (p.171). No parece que sea necesario insistir en que en el pensamiento de Aristóteles está presente un claro ideal ético; pero éste no juega ningún papel a la hora de estudiar los instrumentos a los que cabe recurrir para lograr la persuasión. En este sentido, y aparte de su deseo de que la retórica se utilice para el bien, su análisis es meramente técnico. La retórica ha conquistado su autonomía.

Partiendo de la base de que es imposible mencionar aquí la enorme variedad de temas que Aristóteles trata en su obra, quizá sea interesante centrarse en uno de los que constituyen una excelente muestra de ese carácter «amoral» de la persuasión buscada: la oratoria forense. Tema que se encuadra dentro de los tipos de discursos que existen y de cómo han de realizarse.

Para Aristóteles hay en efecto tres géneros oratorios: el *deliberativo*, el *epidíctico* y el *judicial*.

En el primer caso se trata de aconsejar o disuadir sobre cosas que resultan convenientes o perjudiciales y cuyo principio de producción está en nuestras manos (es decir, nos ocupamos del futuro). Sus principales temas serían «los que se refieren a la adquisición de recursos, a la guerra y a la paz, y, además, a la defensa del territorio, de las importaciones y exportaciones, y a la legislación». (p. 200). Estamos, por tanto, en el mundo de la política, en el mundo del orador que se dirige a la asamblea y trata de vencerla del curso de acción política que conviene seguir o evitar.

En el género epidíctico el orador se dirige a los espectadores para elogiar o censurar la conducta bella o vergonzosa de una determinada persona.

Por último, en el género judicial nos encontramos ante la acusación y la defensa delante de un juez que trata de determinar sobre sucesos pasados y cuya finalidad particular es atender a lo justo y lo injusto.

Ocupándose de este último género Aristóteles define el cometer injusticia como «el hacer daño voluntariamente contra la ley» (p. 255); es de-

cir, el daño que se hace con conocimiento y sin estar forzado. Y, a su vez, aclara inmediatamente después que la ley se divide en *particular* y *común*. La *ley particular* es la «ley escrita por la que se gobierna cada ciudad» (*Ibíd.*, pero en la p. 281 especificará que esta *ley particular* «es unas veces no escrita y otras veces escrita»); mientras que la *ley común* corresponde a las leyes no escritas «sobre las que parece haber acuerdo unánime en todos <los pueblos>» (p. 255). Se trata, por tanto, de la ley que es «conforme a la naturaleza» (p. 281); tal como, observa Aristóteles, lo muestra, por ejemplo, «la Antígona de Sófocles, cuando dice que es de justicia, aunque esté prohibido, enterrar a Polinices, porque ello es justo por naturaleza:

*Puesto que no ahora, ni ayer, sino siempre
existió esto y nadie sabe desde cuando ha aparecido.*

Y como dice Empédocles acerca de no matar lo que tiene vida, dado que ello no es para unos justo y para otros injusto,

*sino que es ley para todos y se extiende largamente
por el amplio éter y la inconmesurable tierra.» (Ibíd.)*

Pues bien, Aristóteles recomienda que cuando en los pleitos la ley escrita no nos convenga, no debemos vacilar en recurrir a la ley común. Argumentaremos «que lo justo es verdadero y útil, pero no así lo que es opinable, de manera que la escrita no es propiamente una ley, pues no cumple la función de la ley. Que el que juzga es como un censor de moneda, a fin de discriminar la justicia falsificada de la verdadera. Y que es propio del hombre excelente aplicar y hacer guardar las leyes no escritas más bien que las escritas» (p. 292). Por el contrario, si la ley escrita nos es favorable, debemos aducir que «no hay ninguna diferencia entre no haber ley o no usar de ella. Que en las demás artes no reporta ninguna ventaja ‘ser más sabio que el médico’, pues no daña tanto el error del médico como adquirir la costumbre de desobedecer al que manda. Y que el pretender ser más sabio que las leyes es lo que precisamente se prohíbe en esas leyes que se elogian» (pp. 292-293).

Lo mismo que con las leyes hay que hacer respecto a las otras pruebas específicas de los discursos judiciales: los testigos, los contratos, las confesiones bajo tortura y los juramentos.

Por lo que se refiere a los testigos, si no disponemos de los mismos tenemos que insistir en que es conveniente juzgar sobre la base de probabilidades; que lo probable no se puede burlar con dinero (mientras que los testigos si se pueden comprar), y que no cabe sorprender a lo probable atestiguando en falso. Pero si uno tiene testigos a su favor tiene que insistir en que «para nada se necesitaría de testigos si fuese bastante considerar teóricamente las cosas a base de razones» (p. 295).

De la misma forma hay que operar en relación a los contratos. Si son favorables a uno hay que amplificar su importancia e insistir en que la ley

hace firmes a los contratos que se hacen de acuerdo con las mismas; y que, hablando en general, la misma ley es una especie de contrato. A lo que cabe añadir que «la mayor parte de las transacciones, y todas las voluntarias, se hacen mediante contratos, de modo que si se les invalida, se anula el trato mutuo entre los hombres» (p. 297). Si por el contrario los contratos están de parte del adversario hay que acudir a las mismas argumentaciones con que hemos visto que se combatían las leyes que no nos eran favorables.

El caso de las confesiones obtenidas bajo tortura es en todo similar, pues son una clase de testimonios. Si nos benefician habrá que aducir que son los únicos testimonios verídicos. Si nos son contrarias se las deberá intentar refutar declarando que «los que están forzados no dicen menos mentiras que verdad, ya sea resistiendo con obstinación para no decir la verdad, ya sea engañando fácilmente para acabar más deprisa» (p. 298). Por último, las mismas clases de recursos pueden aplicarse al caso de los juramentos.

Por otra parte, también es muy importante tomar en consideración la forma en que uno mismo se presenta ante los jueces; en concreto, se trata de elaborar nuestros discursos de tal manera que queden convencidos de que se hallan ante un hombre digno de crédito (más concretamente, ante una persona caracterizada por la sensatez, la virtud y la benevolencia). Porque, como magníficamente observa Aristóteles, «a las personas honradas las creemos más y con mayor rapidez, en general en todas las cosas, pero, desde luego, completamente en aquéllas en que no cabe la exactitud, sino que se prestan a duda; si bien es preciso que también esto acontezca por obra del discurso y no por tener prejuzgado cómo es el que habla. Por lo tanto, no <es cierto que>, en el arte, como afirman algunos tratadistas, la honradez del que habla no incorpore nada en orden a lo convincente, sino que, por así decirlo, casi es el talante personal quien constituye el más firme <medio de> persuasión» (p. 176).

Pero para este género judicial es todavía más importante el conseguir condicionar la actitud en que se encuentren esos mismos jueces (algo que sin duda depende en parte de nuestra propia «presentación» ante ellos). Por ponerlo también con palabras del Estagirita: «... las cosas no son, desde luego, iguales para el que siente amistad, que para el que experimenta odio, ni para el que está airado que para el que tiene calma, sino que o son por completo distintas o bien difieren en magnitud. Y, así, mientras que el que siente amistad <considera que> el juicio que debe emitir es de inocencia total o de poca culpabilidad, al que experimenta odio <le sucede> lo contrario» (p. 309). Tenemos entonces que ser capaces de modificar las pasiones de nuestro auditorio, saber que son y cómo se despiertan la ira y la calma, el amor y el odio, el temor y la confianza, la compasión y la indignación, etc.. Aristóteles, pues, se muestra extraordinariamente consciente de la multiplicidad de factores que determinan nuestra conducta, modifican nuestra percepción de los hechos, y acaban decidiendo nuestra valoración de los mismos. De acuerdo con ello, bajo unos análisis en pri-

mera instancia claramente psicológicos, lo que se nos presenta es una teoría del conocimiento especialmente relevante para el ámbito del derecho. En este sentido, y como ocurre con todos los grandes clásicos, resulta que al final su Retórica responde perfectamente a nuestros problemas e intereses. De aquí que no quepa sino dar la bienvenida a esta nueva (y excelente) edición. El hecho de que en la traducción se haya evitado tanto el recurso a una versión libre como un literalismo estricto, hace que su lectura sea extremadamente agradable, al mismo tiempo que se tiene la seguridad de que no perdemos ningún matiz del original griego en aras de una pretendida elegancia estilística.

Gerardo LÓPEZ SASTRE

André Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, 304 pp.

En momentos de crisis y desconcierto intelectual como los que la historia reciente inevitablemente nos depara, mientras en todas las esferas de la filosofía y las ciencias sociales nos encontramos con tantos ejemplos de intelectuales acomodaticios o que hacen de la teoría un puro juego desconectado del compromiso real de la praxis, nada se agradece tanto como la coherencia vital y teórica. Y en este último libro de André-Jean Arnaud encontramos un buen ejemplo de esa doble coherencia. Coherencia teórica porque en el análisis de la interrelación entre el derecho y la unidad europea Arnaud utiliza y pone a prueba las categorías del análisis jurídico y social que había ido forjando en sus anteriores escritos. Y coherencia vital también, porque al describir el tipo de actitud, esfuerzo e iniciativas que han servido para impulsar el proceso de dicha unidad y que se requieren aún para mantenerla y profundizarla en el plano intelectual, y en particular en el del pensamiento jurídico, Arnaud describe, sin la inmodestia de decirlo, lo que ha sido su verdadera actitud. En efecto, difícil será encontrar entre los estudiosos y filósofos del derecho europeos un ejemplo más claro de actitud abierta al intercambio intelectual y al contacto personal entre los investigadores. Pocos habrán poseído su capacidad para aglutinar personas y grupos de las más diversas tendencias y orientaciones de estudio y para unirlos en empresas e iniciativas del más distinto tipo, pero siempre fructíferas. Por todo ello, le son plenamente aplicables al propio autor sus palabras cuando, al describir la importancia del impulso intelectual para la construcción de la unidad europea y de la teoría jurídica y social que la sustente, afirma que «la personalidad de los actores ha jugado y continuará jugando un papel fundamental en la creación de Europa»(198).

El libro comienza precisando el sentido de los términos de su título y de sus definiciones iniciales, términos o expresiones como «pensamiento jurídico», «cultura», «cultura jurídica», «valores», «civilización», etc. Y

aquí se delimitan ya algunas tesis básicas: la interrelación entre pensamiento y acción, el pluralismo de culturas y civilizaciones y, sobre todo, la interdependencia entre producción del derecho y pensamiento jurídico. Esto último es la razón por la que a lo largo de todo el libro se insistirá en que la unidad europea habrá de tener como uno de sus pilares un pensamiento europeo con racionalidad propia y específica, pensamiento que, se recalca, no puede derivar de la abstracción especulativa, sino que ha de estar imbricado en la sociedad y sus prácticas.

No pierde de vista Arnaud que el pensamiento jurídico, en el sentido que él utiliza la expresión, no es un fenómeno universal, sino específicamente occidental. Y en el contexto de lo que se entiende por Occidente importa también recordar cómo se forma y evoluciona históricamente la idea de Europa. El móvil último del autor queda expresado cuando afirma que «Hablar en favor de la existencia de un pensamiento jurídico europeo me parece importante para establecer bases intelectuales sólidas y comunes a todos los que se sienten implicados con Europa» (44). Y que el concepto de Europa sea ambiguo en lo geográfico o lo político no quiere decir que no quepa hallar un lugar de encuentro común para el pensamiento jurídico europeo. Se trataría de una convivencia y un entendimiento compatibles con el pluralismo y la multiplicidad. No se trataría de sustituir el pluralismo por la hegemonía de un pensamiento uniforme. Y Arnaud comienza por analizar históricamente la relación entre los distintos modos de pensar el derecho que conviven en Europa. Sólo sobre la base de esa «memoria» se podrá comprender la «promesa» de una nueva realidad europea de unidad en el pluralismo y la complejidad.

Esa «memoria» nos muestra una primera realidad de Europa como una «encrucijada» en la circulación de las prácticas y las ideas, encrucijada en la que siempre, pese a los sucesivos intentos (augustinism, legistas, etc.) en contra, se ha mantenido una pluralidad de formas de practicar y pensar el derecho. Lo que Arnaud nos describe aquí es la constante tensión, a lo largo de la historia europea, entre el pluralismo jurídico y los intentos de unificación del derecho, ya sea bajo la autoridad de la Iglesia, del Príncipe o por obra obra de los intereses del comercio. Y en el análisis de la realidad jurídica europea anterior a la Europa de los nacionalismos, ya utiliza Arnaud su particular esquema de intelectual, con los conceptos de polisistemismo simultáneo (*polysystème simultané*) («existencia simultánea, a veces en armonía, a veces en confrontación, de varios derechos aplicables en un mismo tiempo y en un mismo lugar a un mismo grupo social») y disyuntiva («una multiplicidad que se define en términos de yuxtaposición y ya no de superposición»). La persistencia de estatutos jurídicos personales constituía un supuesto de polisistemismo simultáneo, y el reconocimiento de reglas territoriales entreveradas (derecho romano, costumbres, etc.), de polisistemismo disyuntivo. Y la conclusión que Arnaud extrae del análisis de esa época, de esa encrucijada que era la Europa anterior a los nacionalismos, es ilustrativa ya para lo que va a ser su pro-

puesta para nuestros días: «entre el año mil y la era de los nacionalismos, Europa nos ofrece un aspecto rico en enseñanzas para nosotros: ahí se aprende que el derecho es una dato ligado a la tierra, que es múltiple y variado como la vida, que, pese a esa diversidad, esa pluralidad y esa complejidad, funcionaba perfectamente e, incluso, de modo tan perfecto que planteaba a los poderes unificadores el problema crucial de saber cómo ensamblar los diversos grupos bajo una misma ley y sin aniquilarlos» (92).

En segundo lugar, esa memoria de Europa presenta a ésta en la época moderne como el «origen» de una paradoja: mientras los derechos tienden a uniformarse bajo la influencia del iusnaturalismo axiomático moderno, se forman las naciones modernas y se nacionaliza también el derecho. «El establecimiento de un racionalismo iusnaturalista subjetivista axiomático, la laicización del derecho, el nacimiento y el progreso del voluntarismo, del positivismo legalista» son las claves del pensamiento jurídico de esa época, analizadas por Arnaud. Las ideas de derecho subjetivo y de derechos humanos emanarán como consecuencia natural de aquel pensamiento. Y con ello la paradoja de que al tiempo que se afirman unos derechos comunes a todos los hombres y un derecho natural universal, se consolidan derechos positivos nacionales diversos y contrapuestos. Producto de esa época son también las grandes Declaraciones de los derechos del hombre y la codificación de los derechos nacionales, así como el control jurídico de la paz internacional. Y una vez más, en esta época, el pensamiento jurídico europeo es un pensamiento de tensiones y resultados paradójicos: «Europa, pese al reinado histórico de los nacionalismos, supo guardar en el fondo de ella misma un principio portador de unidad, que debe a la unidad de un cierto pensamiento jurídico» el pensamiento jurídico moderno, «del que Europa ha sido el origen» (134). Pero ni el universalismo iusnaturalista ni la influencia del Código de Napoleón sirvieron para imponer una unidad de los derechos por encima de los particularismos nacionales.

La tercera fase de esa «memoria» de Europa es denominada por Arnaud como un acopio o abundancia (*foison*). Las divisiones nacionales del derecho y el pensamiento jurídico se mantienen, pero aumentan las influencias, encuentros e intercambios, el debate se internacionaliza. Es «un acopio nacido de la dispersión». La diversidad de culturas jurídicas y sistemas jurídicos nacionales acaba operando como una riqueza de ideas y ejemplos para buscar la regulación más justa y la más eficaz, más allá de los prejuicios nacionalistas. Y, además, constata Arnaud cómo, las fronteras intelectuales se han ido abriendo desde los años cincuenta, con lo que las posturas teóricas sobre el derecho han ido dejando de estar determinadas por diferencias nacionales y obedecen cada vez más a la diferencia en las sensibilidades. El debate jurídico se internacionaliza y recibe cada vez la aportación de nuevas disciplinas y paradigmas. Al mismo tiempo, más allá de la clausura en que el positivismo encierra al pensamiento jurídico, se impone una mayor relación entre la teoría y la práctica del derecho, de forma que aquélla sea útil para ésta en aspectos como el establecimiento de

políticas (eligiendo las estrategias de control de la sociedad sobre la base del reconocimiento de un pluralismo de las fuentes del derecho y de la adecuada relación entre concepciones y vivencias jurídicas»), la elección del modo de regulación (jurídico o no: problema de la desregulación), la solución de los conflictos (problema de la desjudicialización), el papel de los profesionales del derecho (problema de su participación en la producción de la norma jurídica) y el lugar otorgado a los derechos del hombre en el proceso de la unidad europea.

Ese aumento de la comunicación no elimina los obstáculos que aún existen para «la formación de una conciencia jurídica europea, condición ineludible para la elaboración de un pensamiento jurídico europeo» (193). Que gran parte de esos obstáculos provengan de la subsistencia de diferencias nacionales no implica, para Arnaud, que se deba ir hacia una total unificación cultural, teórica y jurídica. La solución radicaría en una adecuada visión del pluralismo jurídico y una «coalición de culturas» en el marco concreto de Europa. Y ello sólo será posible a partir del descubrimiento de una nueva racionalidad, racionalidad postmoderna. Aquí es donde Arnaud comienza la segunda parte del libro, dedicada al análisis de «una promesa», la promesa de esa nueva racionalidad jurídica europea.

En este apartado combate Arnaud la concepción «moderna» del derecho y su plasmación en el positivismo jurídico, afirmando su incapacidad para generar y explicar esa nueva cultura de la unidad europea en el pluralismo. Pluralismo y complejidad son los conceptos clave en esta argumentación de Arnaud en favor de un derecho europeo postmoderno.

Citando a Belley, explica Arnaud que se habla de pluralismo cuando nos encontramos ante una «existencia simultánea, en el seno de un mismo ordenamiento jurídico, de reglas de derecho diferentes que se aplican a idénticas situaciones», o de una «coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen o no entre ellos relaciones de derecho» (203). Y bajo esa definición encajaría la situación jurídica de la actual Europa unida, con su organización institucional dualista (Consejo de Europa y Comunidad Europea) y su derecho plural (derecho comunitario, derecho de las organizaciones europeas, derecho interno...). Al buscar una «lógica explicativa» de esa realidad, señala Arnaud la incapacidad del paradigma positivista, demasiado vinculado a la idea de Estado-nación e incapaz de explicar la realidad del derecho comunitario como derecho común de los Estados miembros. Y entre los paradigmas alternativos se inclina el autor por el de sistemas, que explica esa realidad mediante la idea de polisistemismo simultáneo «es decir, la hipótesis de la coexistencia en un mismo tiempo y lugar de sistemas jurídicos en vigor, ya en armonía, ya con contradicciones». Pero para que el intercambio entre esos sistemas en concurrencia sea posible se necesita una razón jurídica coincidente, más allá de las razones de los sistemas jurídicos en presencia. Esa razón es la que ha de aportar el nuevo pensamiento jurídico europeo.

En cuanto a la idea de complejidad en el derecho europeo, se caracteriza por «recursividades y entreveramientos de relaciones desde un nivel institucional a otro» (241). Esos niveles en interrelación son los derechos nacionales y europeo, la jurisprudencia europea, «así como la práctica y los usos no integrados en los derechos nacionales, sin olvidar los imaginarios y las vivencias jurídicas individuales y colectivos de las personas sometidas al derecho europeo» ¿Cómo combinar esas distintas lógicas jurídicas en el cuadro de la unidad europea? La solución sería «reducir el número de las materias sujetas a regulación por el derecho y repartir aquellas que no pueden serlo entre instancias que no requieran la armonización jurídica no a cualquier precio ni como previa a la unidad política» (247), es decir, «se trataría, para que puedan coexistir lógicas contradictorias sin atentar contra la unidad global, de entenderse sobre el reparto de competencias» (247-248). Las contradicciones desaparecerán y la construcción de un sistema coherente de derecho se hará posible a medida que un pensamiento jurídico europeo desarrolle una «razón» común. Entre tanto, esa interrelación entre los diversos elementos en juego, que se denomina complejidad, se ha de conceptualizar y dirigir, en lo que se refiere a los procesos de producción normativa, sobre la base del estudio de las recursividades y las retroacciones que ante cada decisión tienen lugar entre todos los elementos operantes. Pluralismo y complejidad van asociados en Arnaud a la construcción de una realidad jurídica europea de base participativa, a un proceso de unidad que se apoya en la diferencia y a una integración cultural que en ningún caso opera como imposición.

Juan Antonio GARCÍA AMADO

Jesús BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, 292 pp.

En esta edición se recoge una selección de catorce artículos centrados en el concepto, fundamento y sujetos de los derechos humanos.

Las tesis presentadas por J. Ballesteros, M.^a J. Añón, A. Aparisi, E. Bea, M. Carreras, E. Fernández, J. García, C. García, J. de Lucas, B. Martínez, A.-L. Martínez, A. Monzón, J. M. Rojo y E. J. Vidal reflejan la dificultad actual de fundamentar los derechos humanos de forma pacífica. Tal diversidad permite realizar un análisis comparativo de las tesis sostenidas por un sector de la doctrina española.

A grandes rasgos son tres las teorías más utilizadas por los autores al fundamentar los derechos humanos: las teorías moralistas, las teorías de las necesidades, y por último las fundamentaciones de base ético-religiosa.

No obstante, todas ellas incorporan elementos en principio ajenos, lo que hace que tengan algunos rasgos en común.

Al reflexionar sobre los derechos humanos encontramos unas realidades cuyo análisis no debería ser omitido. Es preciso referirse, así, al discurso hegemónico que actualmente verbaliza las relaciones desiguales entre Estados, al desequilibrio en la distribución de la riqueza, a la confrontación Norte-Sur, a la actuación coercitiva de occidente respecto al mundo subdesarrollado. Sin el análisis y valoración previa del origen de esta problemática, la fundamentación, definición y justificación de los derechos corre el riesgo de perder su credibilidad y convertirse en una nueva ideología.

Inicia el debate Javier de Lucas realizando un estudio crítico de las teorías moralistas. A su entender la teoría de los derechos morales como fundamento de los derechos humanos «es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aún así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores». Esta remisión vendría provocada por la limitación intrínseca de las teorías moralistas. La principal carencia es la falta de «operatividad».

De Lucas coincide con Laporta al concebir los derechos morales como «razones para la acción que fundamentan juicios de justicia o legitimidad y/o apoyan la adopción de respuestas concretas para materializar esas exigencias». Por su parte, José García Añón amplía esta visión por cuanto los moral rights serían razones para la acción pero no sólo eso, ya que suponen exigencias y pretensiones.

La crítica a la presentación de los derechos morales que realiza Javier de Lucas, viene apoyada en el reconocimiento que el autor hace del sujeto como persona moral. Desafortunadamente no argumenta las razones que le permiten pasar de la concepción moral (por él criticadas) a la consideración de las necesidades como fundamento de los derechos humanos.

Aun si esta afirmación fuera aceptada, faltaría construir los criterios de valoración y jerarquización de las necesidades, encontrar los mecanismos que permitan la resolución de los conflictos emergentes en la satisfacción de necesidades difícilmente conciliables, en un Mundo de recursos limitados y con una población que crece de forma incontrolada. La teoría de las necesidades ha de dar respuesta a una cuestión crucial ¿qué argumentos justifican la jerarquización de las necesidades humanas básicas una vez concretadas?

Al igual que Javier de Lucas, María José Añón se sirve para fundamentar los derechos humanos de las necesidades básicas, como presupuestos racionales que presten una adecuada atención a la realidad social. En este sentido M. J. Añón caracteriza la necesidad como no intencional e inevitable, siendo una exigencia ineludible para el desarrollo de una vida digna. Así definidas «(...) las necesidades nos proporcionan fundamentalmente argumentos para apoyar razones que parecen mejores o más fuertes

que otras cuando queremos exigir la satisfacción de las mismas». Es decir, la demostración de la existencia de las necesidades constituiría una buena razón para su satisfacción. De esta forma la existencia de derechos se justifica por la existencia de necesidades básicas.

Desde una perspectiva práctica, M. J. Añón afirma que «ha llegado un momento en el que la apelación a las necesidades -a pesar de las crisis del modelo de Estado de bienestar- constituye un criterio de primer orden en la toma de decisiones políticas económicas, culturales ideológicas y, desde luego jurídicas, porque aunque la apelación a las necesidades no presupone el bienestar, contribuye al razonamiento sobre el tipo de título que proveen las necesidades». Esta idea debe ser matizada, ya que se ha de ver si las necesidades vitales del mundo subdesarrollado influyen directamente en la toma de decisiones, o bien si la insatisfacción de estas necesidades provoca conflictos, los cuales pasan a convertirse en la verdadera ratio de la toma de decisiones. Por ejemplo, en estos momentos, para la CE impedir la entrada masiva de inmigrantes del mundo subdesarrollado constituye una política prioritaria; por ello las decisiones políticas (fuerte control de fronteras, leyes de inmigración restrictivas, expulsión de inmigrantes, reformas constitucionales endureciendo las políticas de asilo) afrontan esta problemática. Pero estas decisiones no intentan dar solución a la insatisfacción de las necesidades básicas de esa población, sino a uno de sus efectos: las emigraciones masivas que suponen una amenaza para el bienestar particular de la CE.

No obstante, al elaborar una teoría de las necesidades debemos considerar un dato básico en la situación mundial actual es incompatible la satisfacción de las necesidades básicas del mundo subdesarrollado con el mantenimiento del nivel de vida occidental. Dicho sin precisión alguna, se trata de un problema de distribución de recursos económicos y materiales limitados. Esta situación provoca necesariamente un grado de conflictividad tal que no se superará sin la adopción de medidas drásticas tendentes a la satisfacción de las necesidades básicas del mundo subdesarrollado.

Por otra parte se debe destacar -siguiendo a Encarnación Fernández- las dualidades igualdad *de iure* -igualdad formal, igualdad *de facto*- igualdad material. En su artículo, referido a los derechos de la mujer, esta autora hace notar cómo en casi todos los países se ha experimentado una creciente igualación jurídica entre el hombre y la mujer. Sin embargo es en la igualdad de facto, entendida como igualdad de oportunidades, donde se produce la discriminación de la mujer. Por tanto, la igualdad jurídica deberá ser no tanto un fin en sí mismo como un instrumento que permita el desarrollo de la igualdad de oportunidades.

Hasta aquí se han destacado algunas particularidades referentes a las teorías de las necesidades. Junto a éstas, las teorías morales presentan un fundamento supuestamente alternativo. En esta línea Ernesto J. Vidal analiza los pros y los contras de los derechos morales.

Su tesis queda resumida del siguiente modo «De un lado los derechos humanos son exigencias éticas; de otro sólo son derechos en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo». Estas exigencias éticas serían derechos extrapositivos que son catalogados como la «legitimidad crítica del orden jurídico positivo» las cuales para constituir derechos requerirán el reconocimiento e integración en el ordenamiento jurídico vigente.

Pese a lo dicho, la tesis de E. J. Vidal no soluciona satisfactoriamente la conexión entre moral y derecho, al introducir las categorías de «legitimidad crítica», y «legitimidad legalizada» vinculándolas entre sí. Es por ello que considera los derechos morales «(...) como pretensión, como claim, como exigencia, derecho en sentido fuerte de tener derecho». Aun así, en su tesis falta un paso por dar: la conciliación entre derechos morales y derechos morales positivizados. En su tesis los derechos morales, diferenciados de los derechos positivos, «son normas que constituyen principios y participan de todos y cada uno de los caracteres propios de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y en particular de la jerarquía coacción y eficacia que les son propias». Con intención de concretar la naturaleza jurídica de los derechos morales acude este autor al concepto obligación natural.

Para E. J. Vidal la funcionalidad de la obligación natural estriba en que «aún no pudiendo ser coactivamente exigida es sin embargo susceptible de producir efectos jurídicos». Estos efectos consistirían en engendrar deberes morales e influir y condicionar el ordenamiento jurídico-político a través de la relación entre la legitimidad crítica y la legitimidad legalizada.

En la obligación natural, figura propia del derecho civil, la obligación moral que constituye el supuesto de hecho se convierte en derecho y produce efectos jurídicos al ser reconocida por la norma jurídica. La pretensión según la cual la obligación natural haría de puente entre la moral y el derecho presenta varios problemas.

Una obligación natural queda configurada como tal al ser reconocida por una norma jurídica. Así el art. 1798 del CC. recoge la obligación natural al tratar de los juegos de «suerte, envite o azar». Por tanto, previamente, nos tenemos que situar en el derecho positivo para determinar qué obligaciones morales podrían ser positivizadas mediante el instrumento de la obligación natural. Y si esto es así, transitamos del derecho a la moral, y no de la moral al derecho como pretende E. J. Vidal.

Al finalizar su artículo, Vidal introduce la dimensión de inalienabilidad de los derechos por entender que «(...) puede ser contradictorio afirmar que el hombre es titular de derechos y que carece de su plena disponibilidad. Titularidad y plena disponibilidad son términos correlativos por lo que no tiene sentido que el beneficiario se inmunice mediante la renuncia».

Este argumento aparece desarrollado en el artículo de A. L. Martínez Pujalte, «Los derechos humanos como derechos inalienables». Este autor define los derechos humanos como «bienes de la persona que ésta se ve obligado a respetar y no sólo a exigir su respeto». En realidad, cuando el autor habla de derechos se está refiriendo a los deberes, que según entiende se derivan de los derechos. Fundamenta esta obligación de respeto en la inexorabilidad de la dignidad humana, sobre la cual tienen una «titularidad compartida» todos los miembros de la sociedad.

La dignidad humana queda definida por Martínez Pujalte como la «capacidad de entender y querer, y, en consecuencia, de conocer la moralidad de los actos y de actuar moralmente», y, tendría su raíz en la «potencialidad del ser humano para ser autoconsciente y libre».

En un orden práctico, de esta configuración negativa de la dignidad humana, Martínez Pujalte hace derivar la Antijuricidad del auxilio al suicidio, sustenta la prohibición de la eutanasia y la «comercialización de objetos o funciones relacionadas con la inseminación artificial». Por la misma razón propone penalizar la esterilización voluntaria irreversible al configurarla como autolesión.

Estas propuestas se basan en la inexorabilidad de la dignidad humana, entendida como propiedad que es atribuida a los hombres con independencia de su voluntad. Así «(...) el hombre no puede renunciar a tal atributo, ni es libre para ser o no ser hombre, para tener o no tener una dignidad que el mismo no se ha conferido» por ello Martínez Pujalte considera que «(...) el Derecho no puede permitir que el hombre se prive de su dignidad». Esta tesis que formula una dignidad prescriptiva requiere la existencia de un Absoluto para ser comprensible. Absoluto que, a mi entender, puede fundamentar «razones para la acción» en determinados creyentes, pero cuya generalización supondría crear un gigante con pies de barro, por cuanto la acción se basa en la creencia o fe. Esta fe, no lo podemos olvidar, es considerada una virtud teologal, reconocida como un don y cuyo ejercicio es libre. Es decir, el fundamento de los derechos en un Absoluto sólo resuelve parcialmente la fundamentación de los mismos, pero de ninguna forma es generalizable a todos los seres humanos. Si queremos desarrollar la idea del Absoluto como último fundamento que permita el reconocimiento y aplicación de los derechos (sin tener que acudir en última instancia a la fe), se debería conceptualizar un Absoluto plural, compuesto, plurinomial. Pero esta pretensión supone una incoherencia entre lo Uno y lo plural. Entre lo sustantivo y lo adjetivo. De otra parte, el discurso sobre el Absoluto no aporta ninguna novedad al análisis iusnaturalista.

De igual forma que Martínez Pujalte y Jose María Rojo al fundamentar los derechos de las futuras generaciones, August Monzón sustenta un fundamento teocrático de los derechos humanos, los cuales «(...) son inconcebibles sin la afirmación previa del carácter sagrado (absoluto) de la persona humana proclamado por el monoteísmo». Es la creencia en un

Absoluto trascendente lo que ha hecho posible la afirmación del valor absoluto de cada ser humano.

En contra de la caracterización de los derechos humanos como inalienables por parte de Martínez Pujalte, Blanca Martínez en su brillante artículo «Los derechos humanos como derechos fundamentales» afirma que «(...) los rasgos universales, inalienables y absolutos –tesis de origen ius-naturalista– que han delimitado de sus inicios el carácter fundamental de los derechos humanos constituyen hoy en día un problema, en la medida en que no resulta factible sostener estos enunciados respecto a los derechos humanos reconocidos a nivel internacional». Desde este planteamiento rebate la universalidad de los derechos ya que ni son disfrutados por todos los seres humanos, ni los bienes protegidos por los derechos fundamentales interesan de igual forma a todos.

La presencia de límites en las normas que reconocen los derechos, tanto en la definición de los mismos como en su aplicación, convierte en inviable la configuración de los mismos como absolutos. La ausencia del carácter universal y absoluto fundamenta la crítica de B. Martínez a la inalienabilidad de los derechos. Por una parte, considera que «(...) mientras nuestro discurso de partida no se sitúe en un plano exclusivamente prescriptivo, la inalienabilidad de los derechos es dudosamente predicable de todos y cada uno de los derechos humanos». Por otra parte, señala que es imprescindible hacer ver que «(. . .) la necesaria presencia de límites a la disponibilidad de los derechos no es a nuestro parecer, equivalente a la imposibilidad de disponer».

Aparte de su fundamentación teocrática de los derechos humanos, la aportación más interesante de August Monzón consiste en resaltar la posición dominante que Occidente ha desempeñado históricamente en la definición de los derechos, destacando la necesidad de reformular las diversas *Declaraciones*, a fin de hacerlos apropiables por culturas no occidentales.

La racionalidad dominante dirige al mundo subdesarrollado el siguiente discurso: «Todos los hombres tenemos los mismos derechos en cuanto hombres: habéis de adoptar el sistema democrático y la economía de libre mercado: sólo así conseguiréis que se respeten vuestros derechos». Pero esta advertencia viene acompañada de unos comportamientos que la contradicen: mantenimiento de la pretensión de cobro de la deuda externa, motivación económica de conflictos armados, ingerencias políticas en terceros estados, promoción de un sistema de mercado depredador, política arancelaria frente a las exportaciones del mundo subdesarrollado. Estas prácticas deben ser consideradas al elaborar una teoría viable de los derechos humanos. De no ser así, el discurso imperante se convertirá en un elegante epitafio.

En la acción cotidiana caemos en una doble moral del tipo: el 90 % de las ventas mundiales de armas corresponden a los cinco miembros del Con-

sejo de Seguridad de la ONU (*Estado Mundial de la Infancia 1992* UNICEF). Los países del mundo subdesarrollado que reciben más ayuda de los países desarrollados son aquellos que más invierten en armamento (*Informe de Desarrollo humano 1992* PNUD). Por una parte Occidente propugna el reconocimiento y defensa de los derechos humanos, por otra mantiene las condiciones que perpetúan la miseria del mundo subdesarrollado.

La diversidad cultural que debería informar el contenido de los derechos se enfrenta a una grave dificultad: Occidente se presenta ante el mundo subdesarrollado como el arquetipo, como la senda que les llevará a la satisfacción de sus necesidades, como la meta a la que llegar, el modelo 3 seguir.

Lo cierto es que Occidente, en la mayoría de los casos, atiende al mundo subdesarrollado en cuanto que éste presiona nuestro sistema económico. «Apenas existe un país del mundo subdesarrollado que no haya tenido que comprometerse, al menos, a introducir un nuevo régimen económico que coincida con el conocido modelo del FMI» (Bob Sutcliffe, p. 151. En AA.VV. «Nuevas tendencias de la economía mundial hacia el 2000» IEPALA, Madrid 1990). Desgraciadamente, aquella parte del mundo subdesarrollado que rechaza el modelo se convierte en un enemigo para Occidente.

Se corre el riesgo de aceptar la concepción programática, a nivel internacional, de los derechos humanos, como el instrumento esencialmente neutro que permita la superación de las antinomias señaladas. El camino más tentador, y con larga tradición, es presentar un hombre ideal, esencia de todo ser humano, poseedor de los derechos naturales provenientes de un Absoluto. De esta forma quedan enmascaradas las diferencias existenciales.

Intentando salvar esta presentación naturalista, J. García Añón entiende los derechos morales como superadores de la falacia naturalista, ya que «las necesidades, los bienes o 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».

Hasta aquí hemos revisado los diversos fundamentos de los derechos humanos presentes en el libro que nos ocupa. La segunda parte del texto, más reducida, se centra en los sujetos de los derechos humanos.

Con el título «Los derechos de los nuevos pobres», Jesús Ballesteros relaciona no sin problemas, dos tesis. En la primera, interpreta la «desproletarización» como la «desvalorización del marxismo». Desproletarización ocasionada por la pérdida de relevancia del trabajo manual en la medida en que es sustituible por las máquinas. «La principal fuente de riqueza ha pasado a estar cada vez más en la inteligencia en cuanto aplicada al proceso productivo». En la segunda señala cómo «el incremento de los nuevos pobres reduce la credibilidad de los planteamientos neoliberales».

En mi opinión, la presentación de J. Ballesteros permite un debate fecundo, en el que el análisis marxista de la realidad ha de actuar como contrapunto al nuevo orden mundial. Análisis cuyos postulados deben ser modificados conforme varía la realidad. Marxismo que no debe ser identificado sin más con los regímenes políticos que existieron en la Europa del Este.

Sin entrar en un análisis estrictamente jurídico, Karl Marx en «La cuestión Judía» señala: «En cierto modo, esos derechos humanos son derechos políticos, derechos que sólo pueden ejercerse en Comunidad con el resto de los hombres. Su contenido es la participación en la comunidad, y concretamente en la comunidad política, en el Estado». Tal afirmación mantiene su vigencia y hace evidentes sus consecuencias. La norma jurídica estatal protege al ciudadano en tanto que miembro de un Estado en oposición a los otros. En el marco de la CE se reconocen y protegen una serie de derechos fundamentales, recogidos en las distintas Constituciones. Status que queda vedado para ciudadanos no comunitarios. Por ello Laila Boutta, psicóloga de la Universidad de Argel, afirma «¿Qué es humano? Eres hombre con derechos si eres europeo. Pero si vienes del Sur no eres humano, y estos derechos no te sirven».

Pese a esta evidencia, algunos autores como Martínez Pujalte entienden que en la situación actual la defensa de los derechos no se debe realizar tanto contra el Estado, sino frente al mercado, «e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos». Pero, ¿qué es el mercado?, ¿cómo se organiza y actúa el mercado? James Petras en su artículo «Expansión exterior y deterioro interno: la dialéctica del poder mundial de los EE.UU.» (*Mientras Tanto*, n.º 49, pp. 105 y ss), examina las relaciones existentes entre las estructuras institucionales de poder y el mercado, de forma que los intereses del mercado son intereses del Estado y viceversa. Por tanto, si se postula una defensa frente al mercado, éste debe ser identificado, para evitar de esta forma una abstracción que diluye y enmascara toda responsabilidad.

En el campo de la defensa de los derechos, en el sugerente artículo «La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos», Cristina García subraya la relevancia del juez en la creación, protección y definición de los derechos fundamentales. Esta última función se nos muestra tanto más importante cuanto que el grado de indeterminación constitucional y legal es muy amplio. Esta abstracción, origen de un amplio margen de maniobrabilidad, debería permitir la intervención de los individuos en el proceso de definición constitucional. En estos momentos la realidad es otra.

A mi entender los jueces deberían ser capaces de reinterpretar las normas jurídicas incorporando valores sociales vigentes. Se han de incorporar al sistema jurídico mecanismos de participación social en la definición y desarrollo de los derechos fundamentales. De otra forma el sistema judicial queda como departamento estanco incapaz de dar sentido al circuito que el

sistema democrático establece entre individuo legitimador-poder legitimado-normatividad aplicada. La fundamentación de la decisión judicial se ha mostrado, y así se mantiene, como un elemento en continuo debate.

De hecho, parte de la doctrina, como por ejemplo Ernst Tugendhat, aboga en favor de un sistema judicial que se configure como «guardián» de los derechos fundamentales, superando la peligrosa limitación de los derechos fundamentales que supone su institucionalizados por medio de la Norma Constitucional (Conferencia pronunciada en la Fac. Derecho, U.C.B., 26-2-1992).

Se debe destacar también dos estudios comparativos. Uno a cargo de Angela Aparisi, donde expone una visión de «los derechos humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776». Otro de Mercedes Carreras sobre «los derechos del Niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989».

¿A qué problemas deberían intentar dar solución las teorías de los derechos humanos?

Veamos algunos de ellos: los 1.000 millones de personas más ricas, lo son 150 veces más que los 1.000 millones más pobres. 100 millones de seres humanos murieron de hambre en 1990. Aproximadamente 1.200 millones viven en una pobreza absoluta. Las desigualdades entre países ricos y pobres se han duplicado en los últimos treinta años. Los países industrializados (2 % de la población mundial) disponen del 85 % de la riqueza mundial, gastan el 70 % de la energía y consumen el 60 % de la producción alimentaria mundial (Informe de Desarrollo humano 1992 PNUD).

250.000 niños entre 0-5 años mueren en el mundo subdesarrollado cada semana. 4.000.000 de niños mueren al año por deshidratación (Estado Mundial de la Infancia 1992 UNICEF).

Las desigualdades se acrecientan también en los países industrializados. Por ejemplo, en EE.UU., el 1 % de las unidades familiares más ricas del país (834.000) poseían en 1989 el 37 % del patrimonio privado nacional, mientras que dicho porcentaje era del 31 % en 1983. Es decir, las 834.000 familias más afortunadas del país poseen un patrimonio neto de 5.700 billones de dólares, más que el 90 % de las familias más pobres (aproximadamente 84 millones de familias) cuyo patrimonio neto es de unos 4.800 billones. (La Vanguardia 9-5- 1992).

Si el análisis de los derechos del hombre realizado desde la Filosofía del Derecho, Moral y Política pretende ser eficaz y útil para el ser humano, no debe olvidar las aportaciones realizadas desde otras áreas de estudio. Sólo de esta forma podremos intentar dar respuestas a problemas fundamentales como: ¿es capaz el neoliberalismo, la economía de mercado, de conseguir una distribución menos injusta de riquezas entre los hombres? ¿es posible equilibrar de forma pacífica los lujos superfluos de una minoría, (des-

de el punto de vista de la supervivencia de parte de la humanidad) con las necesidades básicas de la mayoría?

El discurso de los derechos humanos se ha convertido en uno de los elementos legitimadores del nuevo orden mundial. De esta forma, en la Guerra del Golfo Pérsico, amparándose en la defensa de los derechos humanos, y bajo los auspicios de la O.N.U, se legitimó el uso de la fuerza por parte de las potencias Occidentales. Finalizada la guerra, con un saldo de 150.000 iraquíes muertos, prosigue la violación de derechos humanos en Kuwait y Arabia Saudita.

Tal vez, desde Occidente, estemos otorgando al discurso sobre los derechos humanos una función laica equivalente al desvirtuado «Podéis ir en Paz» de la liturgia católica.

Mi propuesta recoge el parecer de Norberto Bobbio, cuando dice que «(...) después de esta Declaración [refiriéndose a la Declaración Universal de los derechos del Hombre] el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados». («El tiempo de los derechos», p. 61. Ed. Sistema, Madrid, 1991).

Es decir, «el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político» (obra citada, p. 61).

En definitiva la obra comentada, por su variedad de contenidos, nos aporta elementos imprescindibles para un debate plural acerca de los derechos humanos.

Antonio MADRID PÉREZ

Jeremy BENTHAN, *Falacias Políticas*, estudio preliminar de Benigno Pendás, traducción de Javier Ballarín, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 227 pp.

Si siempre es un motivo de satisfacción la noticia de la traducción castellana de grandes obras del pensamiento jurídico-político, creemos que en esta ocasión la alegría es más que justificada, ya que tenemos ante nosotros un clásico que lo es, precisamente, por la actualidad de sus críticas aportaciones, dadas las características del discurso político en el presente. La versión española de las «Falacias Políticas» de Bentham ha de encua-

drarse en el marco del renovado interés, al que alude Benigno Pendás en su «Estudio Preliminar», que parece haber despertado la obra de Bentham. En efecto, algunos trabajos como los de Hart, Rosen, Zanuso o el propio Pendás, son buenas muestras de lo anterior*.

Las ideas radical-reformistas de Bentham están claramente presentes a lo largo de todo el libro, como vamos a ir observando. Del mismo modo, la pretensión de implantación del principio de utilidad como guía racional de la actividad normativizadora de lo social se muestra como hilo conductor del escrito. En este sentido, aunque se ha dicho que el libro de Bentham es una obra de lógica política, se puede argumentar razonablemente que es algo más, ya que la denuncia de las falacias le sirve al autor para ir exponiendo ideas y construcciones más amplias de su pensamiento jurídico-político.

¿Cómo justifica Bentham su obra? Para él, la correcta estructuración de lo público es el resultado de la articulación y conjugación de los intereses públicos y privados, que se muestran como contrarios en el interior de cada hombre. Los intereses privados, no han de ser identificados como pretensiones nocivas para la sociedad. Al contrario, su actuación es un requisito indispensable para la subsistencia de la especie humana y obedecen a una tendencia natural. Pero estos intereses privados no han de ser confundidos con los intereses particulares, los «sinister interests», que se presentan como obstáculos a la deseada y beneficiosa vertebración entre los intereses públicos y privados. Los intereses particulares se muestran como contrarios a los intereses comunitarios que son el fruto de la interrelación de los intereses privados. Precisamente, la articulación de éstos va a desembocar en el principio de utilidad, mediante el cual se pretenden las más altas cantidades de felicidad y bienestar para el mayor número posible de ciudadanos. Los intereses particulares, sectoriales y parciales, no van encaminados en esta dirección. Por ello estos intereses particulares han de manifestarse mediante abusos de cuyos resultados pretenden beneficiarse sus titulares. Pero estos abusos no pueden presentarse explícita y claramente, ya que serían rápidamente rechazados. El instrumento utilizado por aquellos que tienen intereses particulares para disimular su interés abusivo y lograr su aceptación es la falacia, idea central del libro.

El principio de utilidad ha de estar presente en la actividad del legislador, ya que a través de la obra de éste va a actuar dicho principio en sociedad. Bentham dirige sus esfuerzos a lograr que los intereses siniestros no

* HART, H.L.A., *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982; ROSEN, Frederick, *Jeremy Bentham and representative democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1983; ZANUSO, Francesca, *Utopia e Utilità (Saggio sul pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham)*, Univ. de Padova, Cedam, 1989; PENDAS GARCÍA, Benigno, *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, CEC, Madrid, 1988. Asimismo merece destacarse la edición de los *Collected Works of Jeremy Bentham* que desde 1968 vienen publicándose por Athlone Press (Londres), y luego por Clarendon Press (Oxford), gracias al trabajo de autores como Lord Robbins, Hart, Burns, Dinwiddy y Rosen.

pasen de ser pura retórica y no obstaculicen la realización del principio de utilidad mediante la obra del legislador. Por lo tanto la finalidad del libro no es otra que la de desenmascarar la forma de presentación y articulación de las falacias en las Cámaras legislativas para que, mediante su conocimiento, puedan ser rechazadas. Se pretende así introducir la «moralidad» y la «honestidad común» en los centros de adopción de decisiones. Con la destrucción de las falacias ha de desembocarse lógicamente en la victoria de la reforma propugnada por Bentham (la reforma radical es la única solución frente al despotismo), pues ellas son las armas más valiosas y efectivas de sus enemigos, entre los cuales no sólo hay que situar a los integrantes de las Cámaras (las descalificaciones al Parlamento son continuas), sino también a juristas (jueces y abogados), junto con los integrantes de la jerarquía eclesiástica de Inglaterra. Sólo para ellos la costumbre y la tradición es positiva, por irracional que sea, frente a la utilidad de la reforma.

El libro que recensamos constituye una obra meticulosa, densa y exhaustivamente articulada. Tras definir lo que es una falacia («cualquier argumento empleado o tema propuesto con el propósito de inducir a engaño, o que con probabilidad produzca ese efecto, o el de hacer que adopte una opinión errónea la persona a cuya mente se presenta el argumento»), Bentham se remonta a Aristóteles para señalar el primer tratamiento científico del tema. Se pretende retomar la línea de argumentación del Estagirita, pero centrando la atención en las falacias políticas, una especie del género, «relativas a la adopción o rechazo de alguna medida de gobierno, tanto de administración como de legislación». Bentham quiere lograr la instauración de la razón como guía de la actividad de gobierno tendente a materializar el principio de utilidad. La obra de W. G. Hamilton, «Lógica parlamentaria», escasamente anterior a la de nuestro autor, le va a servir de primer núcleo de crítica con el que iniciar la disección de los diferentes modos de argumentación falaz.

Cuatro son los principales núcleos de referencia en el escrito de Bentham, que se identifican con cada uno de los tipos esenciales de falacia. Así, podemos reconocer las falacias de autoridad, de peligro, de dilación y de confusión, que se constituyen en cuatro modos de atacar el principio de utilidad y de evitar la reforma. La explicación y desarrollo de cada uno de estos cuatro tipos viene acompañada de ejemplos y situaciones extraídas de la historia o de la actualidad británica (generalmente relativos a la práctica parlamentaria), lo cual contribuye a dinamizar la argumentación.

En primer lugar hemos de referirnos a las *falacias de autoridad*, «cuya materia es la autoridad bajo varias formas, y su objeto inmediato es reprimir, merced al peso de tal autoridad, cualquier ejercicio de la facultad de raciocinio». Mediante dicha falacia, la autoridad, en sus diferentes formas, suplanta a la razón, situando bajo mínimos el ejercicio del derecho del libre examen individual. Al sujeto receptor de la falacia se le dificulta el libre análisis de los diferentes argumentos presentados, sustituyendo la pri-

macía del principio de utilidad por la práctica seguida en tiempos pretéritos o por la opinión de algunas personas supuestamente dotadas de autoridad. Para Bentham el examen racional de las diferentes cuestiones, y la consiguiente formación de opiniones a partir del mismo es un síntoma característico del avance de la civilización, con lo cual el empleo de esta falacia se constituye en un elemento antimoderno.

Sin embargo, el éxito de esta falacia se debe no solamente a la voluntad de defender los intereses particulares de aquellos que la exhiben, sino también a la ciega sumisión, ignorancia, pereza e irresponsabilidad de aquellos a los que va dirigida, que no emplean convenientemente sus facultades mentales para rechazarla, aceptando los argumentos presentados sin un previo examen. La composición del Parlamento (Bentham llega a comparar los escaños con butacas de ópera) facilita el éxito de la argumentación inmoral.

Para Bentham, la oposición que se produce entre los intereses particulares de los hombres de leyes y de los hombres de Iglesia, y el interés universal, constituye un caldo de cultivo propicio para el éxito de esta falacia. Ambas clases de personas van a ser el destino de continuadas críticas a lo largo de toda la obra, ya que ellos son los grandes enemigos de la reforma. El ataque, en este momento, a los hombres de leyes constituye un ataque al sistema jurídico anglosajón, que es una especie de «Derecho jurisprudencial (Common Law), alias Derecho no escrito, alias Derecho imaginario», en el que «la autoridad, aunque no sea casi nada, lo es todo». La falta de certeza de este sistema jurídico (instrumento indispensable de los intereses de jueces y abogados, contrarios al interés público) se presenta como la «extrema perfección de la opresión», que se intenta perpetuar. De otro lado, la ciega obediencia y sumisión, contraria a la libertad de pensamiento y a la razón, a principios caducos, el castigo de la sinceridad y la recompensa de la insinceridad o mentira son las fuentes del interés siniestro de los hombres de Iglesia.

La tipología de las falacias de autoridad es detallada. Ello nos permite distinguir varias formas de presentación de la falacia en cuestión. Así, en primer lugar, la presentación o, casi mejor, deificación, de la sabiduría de los antepasados no es sino una verdadera idolatría de los muertos y también un desprecio para las generaciones actuales. Mediante esta falacia se sacrifican las capacidades intelectivas de los vivos en favor de los argumentos, apoyados necesariamente en una menor dosis de experiencia, de los muertos. Según Bentham, los hechos de los antiguos si constituyen una excelente fuente de información, pero sus ideas y opiniones no se pueden mantener eterna e invariablemente. Para nuestro autor, el campo del Derecho es un ámbito propicio para el desarrollo de esta falacia. La alusión a la fuerza obligatoria de leyes pretendidamente irrevocables y de juramentos perennes también es un tipo de falacia de autoridad. Las leyes han de permanecer siempre que lo hacen las condiciones en el seno de las cuales

fueron dictadas. Pero es claro que, por una parte, el soberano carece de un poder ilimitado de predicción y, por otra, las circunstancias evolucionan. El mismo razonamiento es aplicable a determinados contratos pretendidamente inmutables. Tanto las leyes como los contratos están destinados a lograr el mayor bien y felicidad posibles para la comunidad, de modo que éstos han de ser los parámetros con los cuales calibrar su virtualidad. Por otra parte, la exhibición de juramentos eternos, cuya fuerza normativa deriva del recurso a la divinidad, es una cortapisa del desarrollo del discernimiento individual. Con el manejo de esta falacia se quieren perpetuar situaciones pasadas, con sus correspondientes beneficios y prebendas, eliminando el campo de actuación de la razón.

También la ausencia de precedentes puede presentarse como un freno al principio de utilidad y a la reforma. Con la excusa de que nunca se han adoptado medidas sobre determinada materia se pretenden evitar dichas medidas, llamando a la caución. Pero, en realidad, si se sigue este razonamiento, retrocediendo al origen de los tiempos, nunca se hubiera estado en condiciones de adoptar una medida. Lo que hay que hacer es investigar las causas por las que cierta materia no se reguló con anterioridad. La autoatribución de autoridad es otro modo de viciar el discurso político y legislativo. Determinadas intervenciones comienzan con la típica frase conocida por todos: «No estoy en condiciones de hacer (o de decir) X, pero yo creo (o yo estimo conveniente) que...». Si verdaderamente alguien se encuentra en estas condiciones, Bentham piensa que lo mejor que puede hacer es callarse y ceder la palabra a quien si esté en dichas condiciones. Con esta argucia se pretende atemorizar a los interlocutores ya que si alguien con pretendida relevancia en la materia se encuentra en tan difícil situación, lo mejor que pueden hacer los demás es no permitirse el lujo de emitir su opinión. Es la misma finalidad que persiguen aquellos que se dedican a encomiar sus propias virtudes personales, para, acto seguido, pasar a descalificar cualquier iniciativa contraria a su posición o interés particular. Una derivación de esto último la constituyen las alabanzas de determinadas personas, de manera que se determina la naturaleza nociva de cierta medida por el mero hecho de la oposición a la misma por parte de los alabados.

El segundo gran grupo de falacias es el constituido por las denominadas «Falacias de peligro», que consisten, en resumidas cuentas, en hacer patente la presencia de un peligro para, ante el temor creado, desnaturalizar la discusión de cierta medida propuesta. Aquí también se ha de aludir a la subdivisión efectuada por Bentham. Por lo tanto, hemos de hablar en primer lugar de las descalificaciones personales. Mediante el uso de estas falacias se pretende desviar la atención del interlocutor, haciendo que éste se fije, no ya en la medida objeto de discusión, que es aquí lo importante, sino en una persona relacionada con esa medida. En vez de analizar determinada propuesta, se consigue centrar el coloquio en ciertos sujetos. Así, las características atribuidas a dicha persona van a determinar la adopción de esa medida, primando aquellas frente a las cualidades de ésta. Bentham denuncia múltiples

medios empleados en el éxito de dicha falacia. Cuando a alguien se le acusa de malas intenciones, de malos motivos, de inconsecuencia en su conducta; cuando se le descubren vínculos sospechosos, o cuando se resalta la identidad de su nombre con el de otros sujetos desacreditados, se puede conseguir que la deseable objetividad del debate desaparezca ante el traslado de la cuestión al plano subjetivo. Con ello la medida va a ser rechazada, debido a que, se puede pensar, no es posible que una persona de las características denunciadas pueda estar interesada en una medida bondadosa y útil a la comunidad. Sin embargo, y esto es recalcado expresamente por Bentham, el éxito de estos argumentos falaces se debe (además de la causa común a todas las falacias, o sea, «la ignorancia y la imbecilidad mental de aquellos sobre los que obran») «a la propensión humana a ahorrar esfuerzos» racionales en el análisis de las medidas propuestas.

Otro modo de evitar la adopción de medidas es presentar cualquier intento de innovación como peligroso para la comunidad. Se dice que cualquier cambio lo es para mal. Con ello se detiene cualquier tipo de reforma. Es una falacia comúnmente utilizada por todos aquellos que disfrutan egoístamente de una posición privilegiada (Bentham nos ofrece una galería de personajes de este tipo: hombres de leyes, contratistas que compran escaños, clérigos, etc.) que, con la innovación, peligraría. Pero, claro está, cualquier medida adoptada constituyó innovación en su época, de manera que nada hubiera podido decidirse de seguir la argumentación expuesta. Y también, cuando la propuesta es de una bondad tal que la falacia del peligro innovador de nada puede servir, los titulares de intereses siniestros recurren a levantar sospechas sobre la pretendida verdadera naturaleza de la medida, alertando sobre el posible peligro de otras razones ocultas tras ella.

Bentham culmina la exposición de este tipo de falacias presentando dos últimas modalidades, encuadrables dentro de la consideración positiva de la censura y crítica al ejercicio del poder. En primer lugar, aquella que consiste en crear confusión identificando las críticas a las personas que desempeñan un cargo con las críticas al cargo o a la institución en sí, de modo que cualquier censura a un miembro del gobierno destruya ambas instituciones como tales. En este momento Bentham se nos muestra como un serio defensor de la libertad de crítica y de expresión. La crítica de las imperfecciones de los asuntos de gobierno es un modo de mejorar y de depurar el desempeño del poder: «la censura es el gravamen que impone la naturaleza a la eminencia». En segundo lugar, otro modo de evitar acusaciones verdaderas consiste en presentar al acusador como infame o como mentiroso: Si la acusación no es exacta en su totalidad, o si no se está en condiciones de aportar todas las pruebas necesarias en su integridad, se provoca una reversión de la acusación, pasando el anterior acusador a ser acusado. Con ello se provoca miedo y temor a las posibles consecuencias desagradables derivadas de una falta de información completa. Bentham afirma que dicho tipo de información nunca es posible, de manera que si se mantienen tales exigencias, desaparece la posibilidad de crítica.

Tras esto, las denominadas «Falacias de dilación» constituyen el siguiente grupo. Con ellas se pretende, bajo el manto de un aparente retraso en la discusión, eludir totalmente la adopción de alguna medida contraria a los intereses siniestros. Son varias falacias, fácilmente descubribles. Así, se puede postergar una discusión o la adopción de una decisión diciendo que, en realidad, tal medida no es pertinente, ya que no hay situación que mejorar: nadie se ha quejado. Lo que aquí se oculta es que, en realidad, nadie se ha quejado porque ha podido perderse la esperanza en la mejora, sin que ello implique que la situación no merezca arreglo. Junto a esto, en ocasiones suele evitarse el tratamiento de determinado tema presentando una comparación con la situación de otro país, en peores condiciones, para demostrar que, aunque en el propio país no hay condiciones del todo positivas, más vale dejar las cosas tal y como están ya que está comprobado, a la vista está, que éstas pueden empeorar. Además, hay ocasiones en las que el demagogo no se atreve a oponerse frontalmente a una medida objetivamente buena pues ello redundaría en su descrédito personal. Para evitar esta situación, no por ello sin dejar de lograr su objetivo, expone su convicción de que es demasiado pronto para adoptar la medida: hay que esperar un poco, aunque no se den razones que justifique o expliquen esa espera. Por otro lado, cuando una medida a adoptar necesita para ello una sucesión de operaciones, la adopción de la misma puede esquivarse diciendo que lo que aconseja la prudencia es la lentitud y la gradualidad, desembocándose así en una dilación innecesaria. Según Bentham, es éste un razonamiento característico de los hombres de leyes, que presentan la lentitud en el procedimiento como requisito de la justicia. Por último, dentro de este grupo, ante la inminente aprobación de una medida desaconsejable para los titulares de intereses siniestros, éstos desvían la atención hacia cualquier otra medida que, aunque no lo es, se presenta como más importante y de más urgente adopción: es la falacia de la «diversión astuta».

El último grupo de falacias son las «Falacias de confusión», que son aquellas con las que se pretende confundir al adversario mediante la creación de juicios e ideas falsos, una vez que no se ha podido eludir la discusión sobre determinada medida. Es éste el género dentro del cual Bentham distingue más modalidades. Así, la inclusión en la argumentación de peticiones de principio o de «términos impostores». Con esta terminología se alude a la defensa falaz de determinadas realidades que, de emplear el término que les es propio, no tendrían ninguna posibilidad de argumentación a favor. Aunque ha de destacarse la crítica que Bentham dirige a la *influencia* de la Corona en el sistema político británico, cuyo término propio es el de *corrupción*.

Del mismo modo, el empleo de términos vagos y ambivalentes en su significación es considerado un instrumento de engaño: cuando se habla de orden, institución, constitución incomparable, equilibrio de poderes o revolución gloriosa, no se está denominando a la realidad por su nombre. El empleo de términos semejantes constituye un serio obstáculo a la re-

forma benthamita. Quizás sea ésta la parte del escrito de Bentham en la que el autor emplea un lenguaje más agrio para referirse a la realidad política de su tiempo. Veamos un ejemplo de ello: «¡Constitución incomparable! ¡He ahí vuestra ancla de la esperanza! ¡He ahí vuestra norma y patrón! Acudamos todos a sostener la Constitución, esto es, a sostener el despilfarro, la rapiña, la opresión, la corrupción, el terrorismo electoral, la impostura; impostura de los comicios, impostura de la Cámara, impostura en todo tribunal!». Aquí hemos de situar también las críticas a Blackstone como defensor del sistema tradicional.

Mediante el empleo de terminología alegórica también se disimula la realidad. La utilización de expresiones como «gobierno», «ley» o «Iglesia», dotadas de un cierto halo de bondad, encubre tras de sí una realidad mucho más oscura.

Otros modos de desvirtuar la realidad son aquellos que consisten en incluir un determinada parcela de la realidad en el género de otra, homónima, pero con una reputación negativa. Lo mismo puede decirse de la alusión a una supuesta «corrupción popular», generalizada e inevitable, que haría infructífero todo intento de reforma.

El interés siniestro es un declarado enemigo de la razón. Por lo tanto, sus defensores no han de vacilar en atacar el recto uso de las facultades intelectivas, de la razón. Así, se dirá que una medida o propuesta es especulativa, utópica, buena en teoría pero no en la práctica o demasiado buena para ser factible. El interés siniestro, cómodamente aposentado en la tradición y en la costumbre, rechazará cualquier argumento resultante del ejercicio de las facultades intelectivas, del pensamiento en definitiva. Y el sueño de la razón allanará el camino del triunfo de confusiones como las derivadas de afirmar que el fin justifica los medios, de presentar lo que en realidad son obstáculos frente a una medida positiva como la verdadera causa de la misma, o de mostrar como impedimento contra determinada medida lo que en realidad no pasa de ser una propuesta de enmienda, rechazando así su adopción, por ejemplo.

Tras la enumeración detallada de todas las falacias que Bentham ha observado en la práctica parlamentaria y en la administración de lo público en su país, concluye que «cuanto más pueda evitarse el empleo, y aceptación de estas falacias, más vigor cobrará el entendimiento público, más quedará su moral purificada y mejor llegará a ser la práctica del gobierno». La exhibición del listado de todas las falacias le ha servido a Bentham para evidenciarlas. Pero, en realidad, Bentham sigue pensando que el verdadero mal de las falacias no reside tanto en su elaboración y utilización, como en su aceptación: la ciega sumisión ante los dictados de la autoridad, la simple admisión de argumentos extraños y la falta de ejercicio del razonamiento, fruto de la pasividad mental son factores que facilitan que la inmoralidad (o, para Bentham, la negación del principio de utilidad y de la reforma) se vayan adueñando del discurso político.

Por último cabe destacar la elaborada traducción y preparación del texto por parte de Benigno Pendás y Javier Ballarín (que incluye la aclaración y explicación de términos ingleses de difícil traducción), tarea ésta que tiene su culminación en la esmerada presentación que caracteriza las publicaciones del Centro de Estudios Constitucionales.

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG

CASTILLON, BECKER, CONDORCET, *¿Es conveniente engañar al pueblo?* (Política y Filosofía en la Ilustración: El Concurso de 1778 de la Real Academia de ciencias de Berlín) Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar de Javier de Lucas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, XLIV-219 pp.

A través de la lectura de la excelente recensión que el prof. Pérez Luño ha publicado recientemente en *Doxa*, sobre el trabajo de Mezquita del Cacho Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar he aprendido entre otras muchas cosas la función que Haberle asigna al estilo jurídico de la recensión como factor y espejo de la evolución del derecho, para lo cual debe cumplir una triple finalidad: informativa de las novedades bibliográficas relevantes; receptora de las orientaciones y cambios de rumbo predominantes en la teoría y/o práctica del derecho; y productora, a su vez de tesis y concepciones a través de la prolongación o la crítica de las ideas recensionadas¹. Espero que estas líneas cumplan cuando menos mínimamente con los requisitos enunciados.

Los dos primeros objetivos son de fácil realización. Por lo que al primero de ellos se refiere, el trabajo de Javier de Lucas nos informa e introduce novedosamente en un problema del que alguna noticia teníamos pero que no hemos podido hasta ahora apreciar en todas sus consecuencias. Cumple pues la función de ser una bibliografía novedosa y relevante.

Es una novedad porque sólo a partir de la obra de Krauss que data de 1966 podemos conocer la celebración y la trascendencia del concurso². El trabajo constituye un hallazgo de nada fácil realización por la labor ingen-

1. Cfr. PÉREZ LUNO A. E., «Seguridad jurídica y sistema cautelar» en *DOXA*, nº 7/1990, pp. 327-340. Se trata de un artículo que va mucho más allá de la recensión sobre la obra de MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar. I. Teoría de la seguridad jurídica. II. Sistema español de derecho cautelar*. Barcelona, Bosch 1989. La cita de HABERLE, P. en *Wissenschaftliche Zeitschriften als Aufgabefeld juristischen Razensonswesens*, en el vol *Verfassungsrecht und Volkerrecht. Gedachtnischrift für Wilhelm Karl Geck*, ed. a cargo de W. Fiedler y G. Ress. Carl Heymanns Verlag. Köln Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 277 y ss. De PÉREZ LUNO, vide: *La Seguridad Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991. Vide también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho» en *ADH*, nº 6/1990, pp. 216-229.

2. Cfr. DE LUCAS F. J., *Estudio Preliminar a CASTILLON - BECKER - CONDORCET ¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: El Concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín)*. Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar de JAVIER DE LUCAS. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. XII.

te de búsqueda y selección de fuentes bibliográficas que el autor ha tenido que llevar a cabo en las más importantes bibliotecas de París Londres Milán y Bruselas, entre otras. Es también relevante porque cubre un vacío existente en nuestra bibliografía: la reflexión sobre la Ilustración y la filosofía política y jurídica de la que es portadora que es un tema aún poco tratado en nuestro ámbito³ y en el que la obra de J. de Lucas es pionera. En este sentido el Estudio Preliminar que nos ofrece es un compendio de toda su ya extensa e intensa y siempre fecunda producción científica, cuyo impulso, de modo similar a la Norma fundamental que en el derecho explica y justifica el conjunto, será precisamente el de desarrollar y extender al límite el mensaje de liberación que implica el Sapere Aude. De ahí sus trabajos sobre Vives y el principio de tolerancia⁴, sobre el paternalismo y su justificación⁵, y sobre el entramado que forman los principios de publicidad certeza y legalidad⁶, exigencias todas ellas propias de la Ilustración y que traemos a colación por constituir una premisa inexcusable para entender en todo su alcance y dimensiones los problemas que en esta obra se tratan. No es casualidad que el pensamiento de la Ilustración y la «quaestio» que se somete al concurso se asiente sobre el principio de tolerancia en el que como ha puesto de manifiesto J. de Lucas, nuestro, y por ello quizás también olvidado J. L. Vives, cuyo quinto centenario de su nacimiento también debemos recordar en este mítico 1992 anticipo en su tiempo no pocos aspectos de la modernidad, entre los que merece ser destacada la defensa del principio de tolerancia contra el fanatismo, y, a la vez anticipo también la compatibilidad entre las libertades personales y los derechos de solidaridad, superando de ese modo el liberalismo individualista y capitalista⁷.

3. Cfr. al respecto los artículos que integran el contenido del tomo VI/1989 del *Anuario de Filosofía del Derecho*, dedicados al tema *Revolución Liberal y Derecho* capítulos 1, 2 y 3 que vienen a colmar en parte dicha laguna.

4. Cfr. DE LUCAS, F. J., *J. L. Vives: notas para una historia de la tolerancia en el Libro homenaje al Dr. Peset*. Univ. de Valencia, 1987 pp 581 y ss. También del autor vide *La tolerancia en la Constitución Española de 1931 en Historia, Política y Derecho, Estudios en homenaje al Prof. Sevilla Andrés*. Univ. de Valencia 1984. t. II., pp 543- 562.

5. Cfr. DE LUCAS, F. J., «Sobre el origen de la justificación del paternalismo en la Grecia clásica», en *DOXA*, nº 5/88, pp. 243-253.

6. Cfr. DE LUCAS, F. J., *Maquiavelismo y tacitismo en el barroco español*, en *Estudios en recuerdo de la prof. Sylvia Romeru*. Universitat de València, 1989, t. II. pp. 549- 559. Vide también *Sobre la Ley como instrumento de certeza en la revolución del 89 en AFD*, VI/89 pp. 129-135. En relación con el principio de publicidad, vide, también del autor los siguientes trabajos *Über das Verbalnis von Politik und Moral. das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants en Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*. Dunckler & Humblot, Berlin 1990. *Democracia y transparencia (Sobre poder, publicidad y secreto)* en *AFD*, VII/1990 pp. 131-145, y, finalmente, *Die Institutionalisierung der öffentlichkeitsprinzips bei Bentham um in der französische Kodifizierung*, en *Rechtstheorie*, 1990/4.

7. Sobre VIVES cfr. la excelente tesis doctoral de A. MONZON i ABRAZO lamentablemente aún inédita *El Derecho en J. L. VIVES*, Valencia 1987. Sobre la necesaria superación de los libertades individuales y su conexión con el principio de solidaridad vide. PECES BARBA, G., *La solidaridad*, en *Curso de Derechos Fundamentales. (I)*. Madrid, Eudema, 1991, pp. 221 y ss., y Humanitarismo y solidaridad social como valores en una sociedad avanzada, en *Los Servicios Sociales*, Madrid, Civitas/ONCE, 1991. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Notas para la elaboración de un principio de solidaridad como principio político*, en *Sistema*, 101/91, DE LUCAS, J., voz *Solidarité*. *Dictionnaire Encyclopedique de sociologie juridique et de theorie du Droit*. París, LGDJ, 1987 y *Un test para la solidaridad v la tolerancia: el reto del racismo*, en *Sistema*, 106/92 y BALLESTEROS J., *Postmodernidad, decadencia o resistencia*. Tecnos Madrid, 1989 caps. 5 y 13.

Finalmente, la obra que comentamos presenta la novedad de ofrecer en un sólo volumen no sólo el texto de los trabajos que obtuvieron premio en el Concurso sino también y además el pretexto y el contexto. En efecto, poco podríamos saber del Concurso en sí sin el fundamental Estudio Introdutorio que desde mi apreciación personal supera con mucho la lectura de los trabajos que se presentaron, hasta el punto de que precisaría de algún cambio en el título del libro, a fin de reflejar con más fidelidad lo que en él se contiene. El autor, haciendo gala de la claridad que para Ortega constituía como sabemos un requisito de cortesía intelectual, y de la brevedad y concisión que les está reservada a quienes dominan de tal modo el tema que lo pueden expresar de ese modo, ofrece desde la sencillez y claridad propias del pensamiento Ilustrado y desde el conceptismo, opuesto también al barroco, las claves que permiten la comprensión del pretexto y del contexto del Concurso y de los problemas que en él se plantean. El trabajo de J. de Lucas se inscribe en una de las tareas más nobles de nuestra disciplina, el de la recuperación de los clásicos en donde mi acuerdo con Ruiz Miguel y E. Fernández es total: «leer, comprender repensar a los clásicos a la luz actual no sólo sigue siendo una cura de modestia y un <magisterio para la vida> —en este caso al menos para la vida de la filosofía—, sino también una rica mina de sugerencias sobre algunos problemas eternos»⁸.

Poco podríamos comprender de la trascendencia del concurso y de lo que en él se ventila sin la presentación de sus principales protagonistas y del momento histórico que J. de Lucas autor y director de la obra sitúa (no en vano como bien advierte, el tema tiene mucho de representación que trata de mostrar la invisibilidad, en este caso del poder) magistralmente en escena, y que poco a poco, casi imperceptiblemente nos sumerge en un universo histórico distante en el tiempo pero a la vez muy presente y actual.

En primer lugar la semblanza del Emperador Federico Guillermo II de Prusia, en quien convergen las figuras del filósofo, rey y soldado, en un equilibrio inestable que como muy bien advierte el autor se decantará finalmente por la jerarquía de la Razón de Estado⁹. De ahí la admiración que siente desde un principio por el Platón de la República cuando en una carta al Emperador José II proclama: «he hecho a la filosofía legisladora de mi imperio». Esta declaración constituye, a mi juicio una de las claves de comprensión del problema que J. de Lucas advierte con pleno acierto. Del carácter contradictorio y quizás también atormentado de Federico II nos da también noticia Cattaneo en su importante trabajo sobre *Illuminismo e Legislazione*, en el que se confirma lo que J. de Lucas señala: la existencia de un doble impulso que anima el espíritu de Federico II, militarista

8. Cfr. RUIZ MIGUEL A., *Problemas Abiertos en la Filosofía del Derecho*, en *DOXA*, n.º 1/84, pp. 217. Vide también FERNÁNDEZ, E., *La Filosofía del Derecho en Estudios de Ética Jurídica*, Debate, Madrid, 1990 pp. 15 - 57.

9. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar* cit, pp. XX y ss.

y estatalista, el primero, subordinado a la Raison d'Etat, ilustrado y reformador, el segundo que se remite su más importante obra jurídica, el Código prusiano de 1794¹⁰. Federico constituye, como señala el autor, el modelo del Príncipe Ilustrado, en quien se encarna la teoría del Despotismo Ilustrado cuyas claves de comprensión ofrece J. de Lucas. Se trata de la «racionalización del estado (Pirenne); del racionalismo Político (Meinecke) y que en todo caso implica: a) una visión del mundo de carácter racionalista, humanista y aún humanitaria. b) Un centralismo que reposa sobre el carácter absoluto del soberano, y, c) una ambición de crear o reforzar un "Estado fuerte" apoyado en una emergente burocracia de funcionarios rígidamente jerarquizados y en una expansión de la acción de gobierno que deje penetrar todos los órdenes» (Touchard).

Es Federico, según nos advierte J. de Lucas, un hombre (antes que rey) Ilustrado que gusta de ser conocido por el filósofo de Sans Souci en clara referencia que la erudición del autor remite a Voltaire y a través de él a Marco Aurelio. Esta conexión con el pensamiento estoico y con Voltaire muestra alguna de las claves que nos permiten la comprensión del tema. El estoicismo y su convicción profunda aunque no por ello menos contradictoria en su proyección histórica en una humanidad igualmente digna, liberada del dominio de las pasiones, aunque no por ello libre en la vida social y política, ejerciente de la razón y por consiguiente tolerante y algo escéptica respecto de los asuntos propios de la política y de la religión, constituirán el bagaje cultural de Federico II. Y también aquí y en este punto convendrá recordar cómo ya en Séneca encontramos una resuelta defensa del principio de publicidad frente al secreto, al engaño y a las servidumbres que impone la así llamada «Razón» (?) de Estado¹¹. Junto a estas, un cierto pesimismo sobre la condición humana que Federico relata en una carta a Voltaire y que ya en su primera época anticipa lo que en él constituirá el triunfo de la Razón de Estado: «los hombres están inclinados al mal por naturaleza y sólo son buenos en la medida en que la educación y la experiencia modifiquen su ímpetu». Este es el origen, como subraya J. de Lucas de la aproximación que posteriormente se establecerá entre Federico y las concepciones llamadas «realistas» de Hobbes y Maquiavelo, por más que el Emperador se mostrase en un principio como un enemigo declarado del florentino. De ahí procede como señala Meinecke y advierte nuestro autor la contradicción permanente que experimenta el Despotismo Ilustrado entre el ideal humanista de ilustrar y hacer feliz al pueblo y las exigencias de la Razón de Estado, y de ahí también el severo juicio, de que la conciencia ilustrada es una coartada para justificar el interés del Estado.

10. Cfr. CATTANEO, M. A. *Illuminismo e legislazione*. Ed. di Comunità, Milano, 1966, pp. 70 y ss.

11. Cfr. SÉNECA, L. A., *Epístola XCV, Insuficiencia de la Preceptiva*, en donde dice pero lo triste es que la crueldad se ejerce por Decretos del Senado y por votos del pueblo y la autoridad pública manda aquello que veta en privado. Aquellos mismo actos que cometidos a hurto se expiarían con la vida, tienen nuestra alabanza porque se cometieron con uniforme militar». *Obras Completas. Discurso previo, trad., argumentos y notas de Lorenzo Rober*. Aguilar Madrid 1957 (3.^a ed.) pp. 678.

No creo que se deba llevar a tales extremos la crítica, sino que por el contrario pienso que ello son exigencias que vienen impuestas por algo que como advierte J. de Lucas pronto Federico descubrirá, paradójicamente, en su refutación de Maquiavelo: la noción de necesidad. Mientras el Estado es pequeño, sólido, estable y próspero, no parece que haya excesiva dificultad en desarrollar conjuntamente y compatibilizar los objetivos que uno y otro se proponen. Pero a medida que el Estado crece, las dificultades se multiplican. Algo de esto había anticipado en su tiempo S. Agustín en la crítica de los grandes imperios: remota itaque justitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia? ¹² Pues bien en su alegato contra Maquiavelo que data de 1739 fijará Federico sus convicciones en lo que constituye para nuestro autor expresión de una «actitud inequívocamente ilustrada» ¹³.

En primer lugar el gobernante será para Federico, «el primer servidor de su pueblo». No su dueño, pero sí su señor; el primus inter pares, su primer magistrado. No estamos aún en la democracia, ni en el régimen constitucional. El poder y la soberanía siguen siendo absolutos, aunque ciertamente, el soberano gobierne en interés de sus súbditos. De ahí que no se vea en la necesidad de justificar su poder. Son más bien autolimitaciones que se impone como expresión de un principio moral, pero nunca exigibles jurídica ni políticamente y que ceden ante la presencia de bienes e intereses más elevados. En este punto conviene recordar la advertencia que oportunamente formula L. Prieto cuando muestra hasta que punto los Monarcas Ilustrados consideran su poder Absoluto y Legítimo que ordenan a los magistrados de sus reinos cesen en la práctica de motivar sus sentencias ¹⁴.

En segundo lugar, para nuestro joven Emperador «la lealtad, la justicia y el honor del soberano son los únicos principios verdaderos del gobierno. El bienestar del pueblo ha de ser antepuesto a cualquier otro interés» ¹⁵. De nuevo aparece perfilada aquí la contradicción permanente que sacude su pensamiento y que al final se decantará por la primacía de la Razón de Estado. J. de Lucas, así lo constata en una clarificadora nota a pie de página advirtiéndolo cómo «el pueblo del que aquí se habla no es la nación, sino la población. Nada más lejos de la soberanía nacional» ¹⁶ puesto que en definitiva el honor la justicia y la lealtad, cederán en el interés no tanto del pueblo cuanto del soberano que por ende son una misma cosa. De modo que también para nuestro Emperador será lícito y conveniente engañar al pueblo.

Finalmente y en tercer lugar, «no puede sino declararse enemigo jurado de la mentira». Mentira y engaño tienen consecuencias funestas, pues

12. Cfr. *De Civitate Dei*, IV, 5. En *Obras Completas*, B.A.C. Madrid, 1958, t. XVI-XVII, pp. 274.

13. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit., p. XXV.

14. Cfr. PRIETO SANCHIS L., *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 116 y ss.

15. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit. p. XXV.

16. Cfr. DE LUCAS, J., *ibid.*, p. XXV, nota 35.

«no se engaña a las gentes más que una sola vez y es así como los príncipes pierden la confianza»¹⁷. Pronto, nuestro ya maduro Emperador, cederá, tras la muerte de Carlos VI ante las exigencias de la ética, no ya de la convicción, sino de la responsabilidad y reconocerá que en la política prima el ámbito de la necesidad que no está exento de virtud sino que es constitutivo como más tarde Weber nos dirá de una ética particular.

En un segundo plano escénico, según el orden de importancia, J. de Lucas, nos presenta a Marie Jean-Antoine-Nicolas de la Caritat, MARQUES DE CONDORCET, modelo del hombre de talante liberal e ilustrado, amante del diálogo y práctico de la tolerancia, que lamentablemente dará al final de la revolución con sus huesos en la cárcel. Como J. de Lucas señala, toda la obra de Condorcet culmina en el *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* en el que «se concreta lo que podríamos calificar como el núcleo del esfuerzo (y no sólo de su pensamiento) de este político, científico y filósofo: liberar a la política de la carga final de la historia, que es tanto como liberarla del diktat del realismo que de MAQUIAVELO a WEBER pasando por HOBBS y HEGEL, con las figuras señeras, entre otros, de FERNANDO el Católico, FEDERICO II y BISMARCK, es la gran coartada de la razón de estado»¹⁸. Los puntos fuertes del pensamiento de Condorcet no difieren en gran medida de los supuestos típicos del pensamiento liberal-radical: la concepción de los derechos del hombre como previos al Estado cuya única función es garantista y represiva frente a las hipotéticas vulneraciones; la primacía del derecho a la libertad, a la seguridad, a la igualdad ante la ley y por supuesto a la propiedad; el individualismo antropológico y metodológico, de modo que ningún ideal histórico justifica el sacrificio de individuo alguno, y la fe en el progreso ligada a un inestable optimismo antropológico equidistante entre Tucídides y Rousseau que ve en la educación y en la adquisición de conocimientos las claves de la liberación del hombre¹⁹, puesto que en definitiva del ejercicio de la razón deriva la fundamentación y el título que le legitima para la tenencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos inalienables²⁰. La existencia de Condorcet, coincide con el tránsito del Estado liberal clásico al Estado que se asienta sobre la democracia representativa, mediante el paso del filósofo-rey al gobierno de leyes y no de reyes que constituye el soporte de las reformas legislativas y del proyecto de liberación ilustrado²¹. En todo caso en Condorcet hay una clara superación del proyecto liberal de Montesquieu y una mayor aproximación a Rousseau en cuanto a la separa-

17. Cfr. DE LUCAS, J., *ibid.* pp. XXV y XXVI.

18. Cfr. DE LUCAS, J., *ibid.* cit. pp. XXIX y XXX.

19. Sobre este punto del pensamiento de Condorcet ha insistido recientemente el prof. PECESBARBA, G en su *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General.* cit. cap X. *La solidaridad.*

20. Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E., *Historia de la Estructura y del Pensamiento Social*, t. I. I.E.P., Madrid, 1976, pp. 405 y ss.

21. Cfr. BOBBIO, N., *Governo degli uomini o governo delle leggi?* en *Il futuro della democrazia.* Einaudi, Torino, 1984, pp. 149-170.

ción de podres se refiere y al sometimiento a responsabilidad del poder judicial contra el llamado despotismo de los tribunales²² que confirman esa definición liberal-radical con la que J. de Lucas nos lo describe.

A través de Condorcet toman cuerpo en Francia Europa las concepciones de la Declaración de Derechos de Virginia de entre las que nuestro autor destaca especialmente su defensa de las minorías y la reivindicación del fin de la discriminación por razón de sexo que incluye claro está el voto femenino. No en vano, la conexión americana se establece a través de su esposa como no sin cierta ironía señala J. de Lucas²³. Pero donde quizás con mayor intensidad se aprecia la influencia americana en el pensamiento de Condorcet es en lo que a la defensa del derecho de libertad se refiere, de modo que afirme resueltamente la primacía de la Verdad y su utilidad para liberar al pueblo de la ignorancia, la superstición y el miedo, puntos todos que están íntimamente relacionados con el tema del Concurso en sí.

Siguiendo un criterio jerárquico que valore la importancia de los protagonistas, CARTAUD DE LA VILLATE, ocupa un lugar secundario. Si por el contrario nos atenemos a un criterio cronológico, su relevancia es de primer orden, puesto que él será el antecedente inmediato del Concurso. En la obra de este sacerdote de Augsburgo, rastrea J. de Lucas «las raíces del espíritu del rechazo absoluto al maquiavelismo, a la consideración de la minoría de edad del pueblo, y, por ello a la exigencia del secreto, de la simulación y la mentira en política»²⁴, en donde se hace imprescindible recordar la lamentable existencia de «les lettres de cachet» que no en vano constituyeron uno de los primeros objetivos de los Revolucionarios²⁵. En el clérigo de Ausburgo encuentra nuestro autor la vinculación entre el despotismo, el recurso a la ignorancia y el secreto que ponen de manifiesto otra estrecha e importante conexión que se establece entre la violencia política, la ignorancia y el fanatismo²⁶ anunciando proféticamente los sucesos que poco más tarde acontecieron. Parece que el pensamiento de Cartaud tuvo una decisiva influencia en el opúsculo que Federico publicó en Amsterdam a través de Voltaire con el significativo título –así lo expresa J. de Lucas– de Antimaquiavelo.

22. Cfr. CATTANEO, M., *Illuminismo e Legislazione*, op. cit., p. 40.

23. Cfr. *Estudio Preliminar*, cit p. XXXII. Sobre todo ello cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Las Ideas (Derecho constitucional y derechos humanos) en la Revolución Norteamericana y en la Francesa, en Historia del pensamiento jurídico (I)*. Madrid, Univ. Compl. ed., 1988, pp. 275 y ss.

24. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit. pp. XV y ss.

25. Cfr. DE LUCAS, J., *Sobre la Ley como instrumento de certeza en la revolución de 1789 El modelo del Code de Napoleón*, en *AFD*, t. VI/1989, pp. 130 y ss. Coinciden en ello CATTANEO, M., *Illuminismo e Legislazione*, cit, pp. 103, 125 y 140 en donde se relaciona la abolición de las dichas cartas (que responden a la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo judicial) con la práctica del referé legislatif y la consolidación del principio de certeza y plenitud del ordenamiento jurídico. También en la misma línea aunque con la importante matización de que el referé legislatif implica reconocer la insuficiencia de la ley, vide PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit, pp. 26 y ss.

26. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit. p. XVI. Sobre la Violencia política vide BALLESTEROS, J., *La violencia hoy, sus tipos, sus orígenes*, en *A.A.V.V. Ética y Política en la Sociedad Democrática*. Espasa-Calpe, Madrid, 1980, pp. 265 -307.

Si Cartaud, es el pretexto y el antecedente, DU MARSAIS, constituirá el contexto del Concurso. Como señala J. de Lucas, sus argumentos en pro del derecho del pueblo a exigir del príncipe el conocimiento de toda la verdad, impresionaron a D'Alembert y muy a pesar suyo a Federico. Sin lugar a dudas creo que estamos en uno de los puntos más brillantes del estudio preliminar con el que nuestro autor nos obsequia. La correspondencia entre D'Alembert y Federico que J. de Lucas reúne en el presente volumen es todo un prodigio de sutilezas y un ejercicio diplomático no exento de la firmeza necesaria para lograr que el Emperador convoque el Concurso lo que al final sucederá, no sin alguna apelación al orgullo nacional, puesto que según sugiere D'Alembert, es una ocasión de oro que se le brinda a Federico para demostrar que la Academia de Berlín se dedica a tareas más nobles y provechosas que las meramente especulativas y que en esto aventaja con mucho a la Academia francesa. La adulación de D'Alembert hacia el carácter inequívocamente ilustrado de Federico y la apelación al orgullo nacional (curiosamente los dos argumentos que más tarde y a sensu contrario aducirá Savigny contra la codificación) vencerán la resistencia y el temor del Emperador que finalmente accederá a convocar el Concurso, bien entendido que este tendrá carácter extraordinario y que no deberá por consiguiente interrumpir el régimen de los ordinarios de la Academia y bajo la condición de que «si entre los trabajos que se reciba sobre esta cuestión se hallasen algunos malsonantes que ataquen cualquier gobierno sea el que fuere, no se deberá hacer uso alguno de ellos»²⁷. El planteamiento de la «quaestio», ello no obstante, puede parecer contradictorio con los presupuestos del Despotismo Ilustrado, como lo prueba el testimonio de las contradicciones, los temores y las dudas que asaltan a Federico hasta que toma la decisión de convocar el Concurso. No parece que quien gobierna a fin de cuentas al margen del pueblo deba estar preocupado por este tipo de cuestiones. Si por el contrario definimos el Despotismo ilustrado como una especie del paternalismo predemocrático que prima la confianza en la razón y en la instrucción estaremos en condiciones de comprender el significado y alcance del Concurso. En todo caso no deja de constituir una paradoja y también quizá una cierta contradicción que un Concurso cuya finalidad es constituir y defender el derecho del pueblo a la Verdad y a no ser engañado se convoque con una clara advertencia sobre sus límites. Pero esto no son sino las contradicciones propias del presente que sólo cinco años más tarde serán superadas por el curso de la historia. Ello explica el salomónico fallo del Jurado, que dividió el premio entre dos trabajos, uno que responda negativamente a la «quaestio» firmado por Becker, y el otro afirmativamente, el de Castillon que recibía de este modo el reconocimiento político, de Federico.

27. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit., pp. XVI y ss.

28. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit. pp. XVIII.

En su origen la tesis de Castillon concuerda directamente con los puntos que sugiere J. de Lucas; el pensamiento de Platón sobre la noble mentira y el paternalismo que justifica el engaño siempre este redunde en el mayor beneficio de los gobernados. Así, nuestro autor subrayará la especial relación de correlatividad existente entre el paternalismo, la concepción de la polis como una gran familia y la licitud del recurso a la «noble» mentira²⁹. Es precisamente el Platón de la República, el Platón totalitario en la interpretación de Popper³⁰, quien justifica el engaño y la mentira no se por qué razón adjetivadas «nobles» en la acción política. Si sólo a los sabios, al filósofo rey le está permitido el acceso a la verdad, los demás ciudadanos deben obediencia incondicionada a quienes están en posesión de la Verdad, pudiendo éstos, sólo, y, siempre en bien de todos ellos utilizar la mentira y el engaño. Por primera vez —apunta Welzel—, aparece aquí (República 296) fundamentada filosóficamente la terrible tesis de que la coacción <para el bien>, es también buena y moralmente lícita³¹. Y precisamente en este punto ya advierte Welzel de la terrible potencialidad de esta tesis que será utilizada más tarde contra los herejes en el caso de S. Agustín y contra todo tipo de disidentes políticos en los regímenes no democráticos, y aún en alguno de los democráticos, en contra de la que reaccionarán, entre otros mediante la defensa de la libertad de pluma, Condorcet y Kant. De ahí las citas que Castillon recoge de Platón y que son las clásicas y bien conocidas del libro III de la República: el deber de mentir que tienen los magistrados, siempre en beneficio del pueblo, y la ficción de la medicina que más tarde reaparecerá como la figura del cirujano de hierro en la defensa del régimen despótico, autoritario y paternalista.

La consideración despectiva del pueblo como «la parte débil y limitada de la nación», como la masa incapaz de decidir sobre lo que le conviene es la coartada común a todos los regímenes que priman el bien colectivo (incluido el bien común) sobre el individual. Sólo desde el individualismo, sólo desde la consideración del ser humano como un sujeto autónomo de derechos, sólo desde la autonomía individual será posible fundamentar el respeto a los derechos individuales y colectivos. Pienso que por lo que a este punto se refiere la correlación entre democracia e individualismo no admite ningún género de dudas, siendo el individualismo requisito necesario e insuficiente del régimen democrático. Precisamente la liberación del pensamiento ilustrado consistirá en la llamada al ejercicio de la razón y la autonomía del hombre, facultades que como vimos anteriormente justificarán para Condorcet los derechos individuales.

29. Cfr. DE LUCAS J., *Sobre el origen de la justificación paternalista del poder*, en *DOXA*, 5/ 88, pp. 243-249. Este número contiene una sección dedicada al estudio del paternalismo con arts. de GARZÓN VALDÉS, DIETERLEN, CAMPS, RESTA y DE LUCAS, a los que remitimos.

30. Cfr. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*. Traducción de E. Loedel. Paidós, Buenos Aires, 1967.

31. Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y Justicia Material*. Trad. de F. González Vicén. Aguilar, Madrid, 1957, pp. 22 y ss.

En contrapartida, la licitud del recurso a la religión para mantener al pueblo en el engaño es algo que tampoco admite ningún género de dudas. Este era un tema anunciado aunque pendiente. Para el pensamiento ilustrado (no sólo por lo que a la Ilustración en sí se refiere, sino para cualquier tipo de pensamiento que confíe en el ejercicio de la razón) no parece fácil la relación con la teología, y la adecuación entre la razón y la revelación. Históricamente todos los movimientos racionalistas han sido cuando menos indiferentes en materia religiosa. Las distintas religiones también siempre han reaccionado con fuerza contra el pensamiento ilustrado. Nuestro Federico no podía constituir una excepción al respecto, si bien tan sólo en su primera época, puesto que es curioso constatar cómo a medida que justifica el engaño y la razón de estado se torna más comprensivo respecto a la función ideológica que cumple la religión al respecto, siendo éste el único punto de coincidencia del discurso de Castillon con el de su oponente y también copartícipe en el premio, Becker, cuando ambos subrayan si bien desde perspectivas opuestas aunque no por ello coincidentes, la función de alienación que cumple la religión al respecto.

En el trabajo de Becker, podemos encontrar por el contrario, los tópicos que llevan a la justificación de la posición negativa respecto del tema que se somete al concurso. La conexión con lo mejor del pensamiento Ilustrado a través de la noción de perfectibilidad, el progresismo lineal, la emancipación por la educación y el ejercicio de la razón, la consideración del pueblo no como una masa sino un conjunto de individuos unidos por lazos de sociabilidad y solidaridad, que remite según advierte J. de Lucas³² a un rousonismo moderado, y en fin, la defensa aunque no exenta de ciertas matizaciones de la libertad de opinión y de pluma en las que conviene detenerse. Me refiero al problema de la justificación ética del paternalismo sobre el que recientemente se ha escrito³³, y más en concreto a la distinción entre un paternalismo justificado y otro injustificado³⁴ que parece impregnar la posición de Becker. De acuerdo con esto el paternalismo estaría justificado «si existe un deber de protección frente al otro, cuyo deber hace saber que uno sabe cuáles el bien del otro, qué le conviene», mientras que no habría justificación y sí paternalismo en el sentido peyorativo del término cuando, «bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo se está persiguiendo el propio bien, defendiendo el propio interés»³⁵. Pero en este punto nos encontramos con no pocas dificultades que giran en torno al problema de la definición de los incompetentes y con ciertos tipos de paternalismo que no requerirían de acciones positivas cuanto de meras omisiones³⁶.

32. Cfr. DE LUCAS, J., *Estudio preliminar*, cit., p. XXVII.

33. Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* en *DOXA*, 5/88, pp. 155-173.

34. Cfr. CAMPS, V., «Paternalismo y Bien Común» en *DOXA*, 5/88 pp. 195-201, y DIETERLEN, P., «Paternalismo y Estado del Bienestar» en *DOXA*, cit. pp. 175 - 194.

35. Cfr. CAMPS, V., *Paternalismo y Bien Común*, art. cit. p. 198.

36. Cfr. ATIENZA, M. «Discutamos sobre paternalismo», en *DOXA*, cit pp. 203-214.

En definitiva todo esto nos lleva a la consideración de que mientras que hay un paternalismo éticamente justificable, por cuanto es protector de otros (menores o débiles) y que tiende a suplir el ejercicio de su libertad mediante la adopción de medidas transitorias, hay otro tipo de paternalismo que no está justificado por cuanto se dirige a personas no libres. Y en este punto creo que en el trabajo de Becker late al menos la contradicción, puesto que si bien es cierto que se refiere al simil del Estado - benefactor paterfamilias no lo es menos que ese simil puede ser utilizado como coartada para impedir el ejercicio de su libertad a los sometidos a su potestad, lo que invalidaría los supuestos de los que parte, y le aproximaría a los puntos de vista de Federico y de Castillon.

Sólo resta por cumplir el tercer objetivo de los que siguiendo a Pérez Luño y a Wietholter he señalado al principio. Se trata de que la recensión sea productora, a su vez de tesis y concepciones a través de la prolongación o la crítica de las ideas recensionadas. El trabajo de Javier de Lucas recupera lo mejor de la modernidad. En algún momento incluso se cita expresamente el debate existente en la actualidad entre quienes ven la Ilustración como un proyecto aún inconcluso en la actualidad y quienes por el contrario piensan en su superación por la postmodernidad o el neobarroquismo.

El autor, en mi opinión, acertadamente, sitúa el debate en el seno de la modernidad entendida no sólo desde una perspectiva sincrónica sino también desde la diacronía que permite considerar modernos a autores que no han vivido en la modernidad desde el punto de vista cronológico. J. de Lucas nos sitúa ante uno de los puntos clave de todo régimen democrático: el de su legitimidad. ¿Es conveniente engañar al pueblo? ¿Se trata de obtener legitimidad y/o legitimación si es necesario también con el engaño? El mismo planteamiento de la cuestión nos remite directa e inmediatamente al mundo moderno y a la Ilustración. No es una casualidad. Por supuesto que el tema viene de antiguo. Ya desde Platón nos consta el problema de la llamada «noble mentira» pero sólo con la Ilustración adquiere plena consistencia. Y las razones son claras. Se ha consolidado la concepción del hombre como sujeto autónomo, como ser moral, como centro de imputación de derechos y obligaciones. De otro lado, se ha realizado el tránsito de los regímenes teocráticos medievales a los regímenes seculares del mundo moderno. El hombre adquiere su plena capacidad y responsabilidad sobre la res pública pues no es agente de nadie más que de sí mismo. De ahí la radicalidad que implica la pregunta sobre si el pueblo puede ser engañado. Requisito necesario aunque insuficiente que exige la previa comprensión del problema es el de la separación entre derecho y moral y el de la secularización del Estado que va a traer como consecuencia la necesidad de legitimar las formas de gobierno no como un mero ejercicio teórico como en Aristóteles, tampoco como un requisito de subordinación del poder temporal al espiritual, como sucede en el mundo medieval, sino como una necesidad práctica para articular el gobierno sobre los hombres. Una parte importante del ensayo se centra en torno a la relación

entre Etica y Política puesto que sólo con, y, en la Modernidad se dan los supuestos y condiciones que permiten establecer sus relaciones, sus semejanzas y sus diferencias. En efecto, se ha roto con la concepción holista propia del mundo antiguo y de las sociedades totalitarias que más tarde Hegel reivindicará desde la *Eticitat* en relación con la unidad orgánica que preside el mundo antiguo y que a la vez anula al individuo frente a la conciencia desgraciada que sacude al hombre de su tiempo. Han caído también las cosmovisiones iusnaturalistas propias del iusnaturalismo ontológico que niegan que el derecho injusto sea derecho de modo que la obediencia al derecho se torna obligatoria puesto que el Derecho por el mero hecho de serlo es también justo. De otro lado, asistimos a la superación también del estatismo hobbesiano, mediante la emergencia de la sociedad civil y la afirmación del individuo portador de unos derechos que el estado debe reconocer, tutelar y proteger. La finalización de las guerras de religión, la neutralización del Estado en asuntos religiosos y el surgimiento de una sociedad en la que el pluralismo tímidamente despunta, perfilarán el resto. Como certera y puntualmente se ha señalado en un libro ya clásico sobre la materia se trata del Tránsito a la Modernidad y de los derechos fundamentales³⁷. De ahí que en la Ilustración coincidan propuestas de muy distinto signo que presentan todas ellas un ideal emancipatorio. En el ámbito de la filosofía Jurídica y de la Filosofía Política, surgen temas como el de la legislación, el secreto, la publicidad y la propia legitimidad claves para entender el mundo moderno.

¿Es la verdad un requisito substancial de la democracia? es difícil dar una respuesta concluyente a este punto, pero yo me inclinaría por la respuesta negativa. No estoy abogando en modo alguno por la primacía de la Razón de Estado, pero tampoco me siento solidario de la Verdad Absoluta, cuando menos en el ámbito de la política, de la moral, y el derecho. Por varias razones:

En primer lugar no parece que entre democracia y verdad pueda haber una relación plena por cuanto son términos parcialmente opuestos. En efecto, la democracia implica el pluralismo aunque como es sabido no sucede lo mismo a la inversa; de ahí que cuando menos parece condición indispensable de existencia del régimen democrático la concurrencia al menos de dos verdades³⁸.

En segundo lugar, porque, la democracia, implica el relativismo y ése es un término contradictorio al menos con la existencia de una y Unica Verdad Absoluta. Dicho esto, otra cosa será si en la democracia se precisa la Verdad. Y nuevamente habrá que dar una respuesta negativa por

37. cfr. PECES-BARBA, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Mezquita, Madrid, 1982.

38. Sobre algunos de los problemas que plantea la democracia en la actualidad, vide DOXA 6/89 y AD VII/90.

cuanto el funcionamiento de un régimen democrático puede ser perfectamente acorde con una situación en la que este tema no se da. Otra cosa es el engaño, pero en este punto no se cuestiona la existencia de la verdad, cuanto la manifestación de una realidad distinta a la que existe. Bastará, como recuerda entre otros Joly con la apariencia por lo que es perfectamente posible crear instituciones ficticias que respondan a un lenguaje y un ideal puramente ficticios³⁹. Maquiavelo, como apunta Savater, pretende demostrar a Montesquieu que el instrumental político de la democracia es tan apto como cualquier otro para articular el despotismo y mejor que todos los otros para legitimarlo⁴⁰. En este punto sí que parece que el tema cobra la importancia que a mi juicio tiene. Rota la relación de confianza, que no la relación de verdad entre gobernantes y gobernados, ningún vínculo une a unos y a otros. Y claro es por aquí surgen las cuestiones fundamentales. ¿Es conveniente engañar al pueblo? El pensamiento clásico y antiguo parece tener una respuesta clara: sí siempre que el engaño favorezca al pueblo. Es el tema como hemos visto, de la mentira piadosa o de la noble mentira que presupone un régimen paternalista y concibe al pueblo como un conjunto de individuos menores de edad e incapaces de autogobernarse, que no se replanteará hasta Kant quien como es sabido dará la respuesta contraria, si bien exenta de consecuencias prácticas puesto que sólo habrá una sanción moral y nunca el derecho de resistencia. También en Kant se impondrá la idea de necesidad sobre la libertad, de la seguridad la certeza y el orden del derecho ante la libertad. Kant ferviente partidario de la revolución y de la liberación de los pueblos compartirá en este punto respecto al derecho de resistencia la contradicción que experimentó también Bentham respecto a las Declaraciones de Derechos en las que late el germen de la anarquía y desorden. Por ello creo que las proclamas del de Koenigsberg sobre la publicidad, el secreto y la mentira deben ser tamizadas en su realidad práctica y referidos como el resto de su filosofía política al ámbito de los postulados de la razón y no al de su efectividad u operatividad fáctica⁴¹, el ideal de certeza y seguridad, la exclusión del secreto y el rechazo de la mentira, constituyendo unos y otros la autonomía del sujeto y la emancipación del pueblo que persigue la Ilustración.

Todo lo cual no empaña el mérito de haber puesto de manifiesto el valor moral de la publicidad y la verdad cuyas consecuencias jurídicas y no sólo morales ha subrayado J. de Lucas: «por principio de publicidad no

39. Cfr. JOLY, M., *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*. Trad. de M. Horne y prólogo de F. Savater, *Del Exterminio Democrático de la Democracia* por el que cito. Muchnik ed., Barcelona, 1982 pp. XVIII-XXXI.

40. Cfr. SAVATER, F., *Del exterminio democrático de la democracia*, cit. p. XX.

41. Cfr. BOBBIO, N., *Kant y las dos libertades*, en *Estudios de Filosofía de la Historia: De Hobbes a Gramsci*. Trad. de Juan Carlos Bayón y Estudio Introductorio de A. Ruiz Miguel. Debate, Madrid, 1985 pp. 197-210.

puede entenderse tan sólo una u otra formulaciones de las enunciadas en la Paz perpetua, sino también y sobre todo la exigencia jurídica de mantener una comunicación libre y racional, de institucionalizar la libertad de expresión y comunicación, de asegurarla y erradicar por tanto el secreto y el engaño en el orden jurídico y político, exigencia perfectamente coherente con el sistema kantiano»⁴².

Lo que en el fondo se cuestiona es la vieja tesis de la especialización ética de la política que en su día planteará Weber por más que como se ha señalado, sus antecedentes se encuentran en las Fenicias de Eurípides: «si hay que quebrantar la ley para imponerse, es honroso y es bello quebrantar la ley»⁴³. Es lo que recientemente se ha descrito como el problema Maquiavelo, o el de la separación tajante entre ética y política, el problema Mill, o el de la distinción entre ética privada y pública, y, finalmente el problema Weber, o el de la opción entre una ética de la convicción o de la responsabilidad. Frente a la tesis weberiana de la ética especializada propia de un ámbito político quienes han estudiado el tema coinciden no sólo en afirmar la sumisión de la política a pautas morales⁴⁴ por la importancia fundamental de los bienes que están en juego: en definitiva los planes de vida de quienes participan de un determinado contexto político, exclusión hecha de los regímenes en que falta la libertad en donde es absurdo plantear el problema de la mentira, por cuanto es imposible que exista verdad alguna. Pero es aún más significativo que algunos de ellos coincidan también en la recuperación de viejas que no superadas éticas normativas como la de Maritain⁴⁵ que por supuesto descalificaría la práctica de la mentira no solo pero también, en el ámbito político, lo que en mi opinión confirma la oportunidad del tema que propone J. de Lucas y reabre la esperanza en que en el mítico 1992 la racionalidad, la libertad y la justicia triunfen (definitivamente?) sobre el engaño y la opresión, que necesariamente conllevan e implican.

Ernesto J. VIDAL GIL

42. Cfr. *Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad*, art. cit., p. 145.

43. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «La Ética Política», en *Derecho y Ética*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 102 y ss.

44. Cfr. LAPORTA, F., «Ética y Política. Algunas claves básicas», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 2 (1990), pp. 15 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, E., «Ética y Poder Político», en *Estudios de Ética Jurídica*, Madrid, Debate, 1990, pp. 125 y ss.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Ética Política*, cit. y GARZÓN VALDÉS, E., «Acerca de la separación entre Ética y Política» en *Sistema*, 76/87, pp. 111 y ss.

45. Cfr. al respecto las tesis de E. FERNÁNDEZ y J. M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA arts. cit. Sobre la obra de Maritain vide PECES BARBA, G., *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*. Madrid, Edicusa, 1972. También en el mismo sentido la excelente tesis doctoral de inminente publicación de E. BEA, *Antropología y Filosofía política en S. Weil*.

Paloma DURAN y otras autoras, *Debates sobre el género (A propósito del Plan para la igualdad de las mujeres)*, Castellón, ed. Ayuntamiento, 1992, 240 pp.

La obra que comentamos se inicia con una breve aunque brillante introducción de la profa. Durán y Lalaguna, seguida de tres partes que son el centro de este libro y que se refieren a la justificación feminista desde el debate histórico-filosófico, metodológico y jurídico, respectivamente; completado todo ello con un apéndice documental que contiene el Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres realizado por el Instituto de la Mujer para 1988-1990 y el paralelo realizado por la Comunidad Valenciana previsto de 1989 a 1991.

Ya en la introducción la profa. Durán hace referencia al espíritu motor de estos estudios, que rechazan la tendencia que, desde el punto de vista sociológico, identifica el feminismo con un modo político de actuar. Por contra, la obra se presenta como un debate en que la sistemática y la relación de aportaciones obedece a los diferentes marcos que han sido analizados.

Como decíamos, la obra se estructura en tres partes centrales, la primera de ellas dedicada a la justificación feminista desde el debate histórico-filosófico, que a su vez se articula en dos estudios.

En el primero de ellos la profa. Elósegui estudia la relación entre mujer, propiedad y matrimonio en los ilustrados escoceses centrándose en A. Smith, A. Ferguson, John Millar y F. Hutcheson. Del análisis del pensamiento de estos autores en relación con los temas citados se deduce que sólo Hutcheson defiende una verdadera igualdad entre hombre y mujer, que se plasma en una serie de derechos exigibles verdaderamente. Su concepción es bastante innovadora en relación a los otros autores que se analizan, si bien Hutcheson les precedió en el tiempo. Para él, la igualdad debe ser el punto de partida teórico de cualquier práctica socio-cultural.

Posteriormente, la autora pasa a analizar algunos de los problemas actuales y propone, para romper con la dependencia y subordinación de la mujer frente al hombre, la incorporación de la primera al mundo del trabajo, no solamente por la necesidad de un sueldo más en el hogar sino también y sobre todo «por el deseo de la mujer de aportar su preparación y peculiares cualidades a la sociedad», no olvida, sin embargo, el destacar el insustituible e importantísimo papel que realiza la mujer en la dedicación a los hijos en los primeros años de vida, lo que no excusa, claro está, el papel del padre en este cuidado.

Indica también la profa. Elósegui la necesidad urgente de dignificar las tareas del servicio doméstico o servicio a comunidades, realizadas preferentemente por mujeres que sustituyen a otras que realizan un trabajo remunerado fuera del hogar.

La segunda aportación en esta primera parte de la obra es una lectura actual de «Esclavitud femenina» de J. Stuart Mill realizada por la profa. Gordillo que, como punto de partida, señala que la razón para que el trato desigual hacia la mujer no sea contestado con una rebelión general es principalmente la educación, que somete a la mujer a una falta total de interés por el bien general y por los principios.

Otro de los puntos importantes que analiza la autora en relación con la obra de Stuart Mill es la malentendida imitación del modelo masculino que hace a la mujer masculinizarse en su figura física para igualarse con el hombre; para ella, en cambio, la mujer debe tener su peculiaridad, que la hace propia, original.

A mi entender la postura de ciertas feministas que siguen esta tendencia es francamente contradictoria ya que por una parte, parecen buscar la igualdad con el hombre sólo en la forma olvidando el fondo y, por otra parte, es paradójico este intento de cambiar para convertirse en hombres pues en la lucha se pierde la razón por la que luchar ya que la mujer deja de serlo.

Como dice la autora, un beneficio importantísimo de la concesión de la libertad a la mujer es «duplicar la suma de facultades intelectuales que la humanidad necesita».

La segunda parte de «Debates sobre el género» se refiere a la justificación feminista desde el debate metodológico.

En el primero de los dos estudios que componen esta parte la profa. Juliano realiza aportes metodológicos para los estudios de género. En primer lugar hace notar la paradoja que resulta de hablar científicamente de un tipo de relaciones o actividades que socialmente se han definido siempre como no significativas o poco importantes (las de las mujeres).

Aun teniendo en cuenta esto, señala la importancia de que existan modelos teóricos alternativos al dominante y, sobre esta base, analiza el interesante problema de la implicación personal en los trabajos. A este respecto, distingue dos formas de presentar un estudio: de forma académica, objetiva, lo que parece dar mayor prestigio al trabajo, o de forma que constituya siempre un acto de militancia feminista. A estos problemas de presentación se agregan los problemas para encontrar fuentes.

A pesar de los obstáculos la profa. Juliano indica que los estudios de género dan la posibilidad de cuestionar los viejos paradigmas de la investigación y abrir el campo a aportaciones nuevas. A partir de esta afirmación señala que el monopolio que, en cuanto al prestigio cultural, han ejercido los hombres, no es un elemento de avance, todo lo contrario, simplifica la variedad posible, implica un empobrecimiento cultural; es necesario, por tanto, «apoyar la variedad de las subculturas (una de ellas la femenina) para pasar a un modelo multicultural en que la variedad sea reconocida y apreciada».

Seguidamente, la profa. G. Alvarez-Valdés realiza un estudio sobre desarrollo moral y orientación desde un enfoque feminista centrado en la obra de Kohlberg y la crítica que de ella hace Carol Gilligan.

Para ello traza a grandes rasgos la evolución del fenómeno feminista hasta señalar que, actualmente, existen tres tipos de feminismo: el liberal, el socialista y el radical. Indica la autora que en la obra de Gilligan se rechaza el feminismo liberal y, en cambio, los conceptos claves del feminismo radical si aparecen.

La profa. Alvarez-Valdés entiende que caben cuatro grupos de críticas en la obra de Gilligan: las que subrayan la exageración de las diferencias entre ambos sexos, las que parten de la minimización de estas diferencias, las que se refieren a la metodología empleada en la comprobación del modelo teórico y, por último, las que ponen de relieve sus fallos filosóficos y su problemática educativa no resuelta.

A través del análisis de estas críticas, la autora extrae dos ideas:

– Gilligan reduce su estudio a un campo muy limitado (la mujer blanca de clase media americana).

– La realidad no se refleja bien en conceptualizaciones, hay que atenerse a los hechos.

Concluye la profa. Alvarez-Valdés recordando la tesis de Moa en cuanto a que si se comprobara la conexión entre el feminismo y la chabacaniación de la relación hombre-mujer y la decepción mutua, se conseguiría mostrar cómo enraizan rasgos de la cultura contemporánea (droga, delincuencia...).

La última parte de esta obra está dedicada a la justificación feminista desde el debate jurídico y también, como las anteriores, se estructura en dos estudios.

El primero de ellos está realizado por la prof.^a Durán (directora también del conjunto del libro) y trata de plantear en qué términos está hoy concebido el feminismo. Entiende que definir el feminismo requiere como presupuesto la igualdad, si bien tampoco olvida la importancia de la tradición histórica; aunque reconoce el gran cambio que se ha producido en nuestro país entiende que la anterior situación fomentara una actitud radical aunque, por otra parte, el feminismo no puede ser sólo un movimiento ideológico radical y parcial.

Por ello, descarta el «primer feminismo» que tendía a hacer a la mujer como un varón, prescindiendo de lo específicamente femenino lo que, al estar fuera de la realidad, deriva en injusticia.

Así, comienza a analizar la autora la técnica jurídica en favor de la mujer, señalando tres niveles: el universal, el europeo y el español, estudiando en cada uno de ellos los logros más importantes en la consecución de

esta técnica, centrándose sobre todo en el entorno español y, concretamente, en el Plan del gobierno para 1988-1990.

Como conclusión señala que si bien últimamente ha habido un desarrollo vertiginoso de la técnica, es necesario un equilibrio, es fundamental resguardar la argumentación dándole una técnica jurídica que se adecúe, no tanto a la fundamentación ideológica, sino a la realidad de la mujer del siglo XX.

La última aportación corresponde a la profa. Matsuda con un estudio sobre la crítica feminista a la teoría de la justicia de Rawls.

Parte de que la teoría de este autor fracasa por usar como metodología la abstracción, que hace imposible la comprobación significativa de la realidad, aunque la construcción de Rawls tenga una atractiva lógica interna. Critica el que tal teoría deba ser aceptada sólo por la fe, ya que Rawls no da razón alguna de sus elecciones entre supuestos igualmente válidos.

La prof.^a Matsuda hace un análisis muy claro de los abstractos conceptos de Rawls: la posición inicial, el velo de la ignorancia... e indica cómo en esta teoría las concepciones alternativas sobre la naturaleza de la especie humana son ignoradas. Por tanto, la autora critica esta posición y propone como alternativa la teoría feminista que, aún siendo variada, tiene algunos puntos básicos de consenso:

– Acusación de androcentrismo a las principales interpretaciones en la materia.

– Acusación de dualismo (que sitúa, por ejemplo, al hombre en el dominio público y a la mujer en el privado).

Frente a estos fallos de las otras concepciones el feminismo propone dos bases:

– La persona es política, es decir, que lo que le ocurre a la gente en su vida cotidiana tiene un contenido político.

– La toma de conciencia es esencial para la búsqueda de la verdad.

Indica la autora que la teoría de Rawls se apoya en abstracciones, en el aire, mientras que la teoría feminista se apoya en la toma de conciencia para el establecimiento de los primeros principios. Propone ir más allá del velo de la ignorancia de Rawls, abandonar las abstracciones y volver a realidades concretas. Frente a la teoría egoísta del propio interés preconizada por Rawls, el feminismo sugiere que hay algo más allá del provecho personal, que existen otros valores plenamente vigentes. Es, desde luego, una teoría mucho más positiva, esperanzadora y humana que la que nos propone Rawls.

Finaliza este estudio con una frase tomada del propio Rawls: «existe un lugar llamado justicia, y harán falta muchas voces para llegar a él».

La obra «Debates sobre el género» es una de estas voces, que abre una nueva vía para entender el feminismo, más allá de cualquier mensaje político o ideológico, que responde a la idea de debate y enriquece nuestro panorama intelectual por la variedad de los temas tratados, la diversidad de puntos de vista y la calidad científica de los estudios que la componen, propios de la seriedad y el rigor científico de sus autoras.

Carmen TIRADO

Eusebio FERNANDEZ, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Editorial Debate, 1990, 154 pp.

El peligro de estancamiento en el tratamiento de algunos temas objeto de estudio es algo que siempre acecha a los cultivadores de ciertas disciplinas de naturaleza especulativa, como es la Filosofía del Derecho. Por eso, supone un motivo de satisfacción, y de esperanza respecto a la salud de la disciplina, encontrarnos con trabajos como estos *Estudios de Ética Jurídica*. En ellos, su autor, el catedrático de Filosofía del Derecho, moral y política de la Universidad Carlos III de Madrid, Eusebio Fernández, vuelve otra vez sobre la senda de temas ya tratados en anteriores trabajos para, desde una perspectiva esencialmente crítica, continuar con la tarea de investigación y elaboración propia de un universitario. En efecto, la obra que tenemos ante nosotros no puede ser entendida en todos sus matices si no es puesta en relación con anteriores trabajos del autor, respecto de los cuales ha de ser considerada como una prolongación, al menos por lo que se refiere al tratamiento de determinados temas.

En este libro se trata un buen número de temas que tienen como referencia común su relación con la ética jurídica, esto es «una dimensión de la ética que se interesa por el derecho y por las exigencias de una legitimidad justa» (p. 13). En efecto, una concepción de la filosofía del Derecho como saber crítico respecto al sistema jurídico, una visión renovada del papel que el Derecho Natural ha de desempeñar en la actualidad, la idea de los derechos humanos como derechos morales cuya observancia legitima al sistema jurídico-político, el estudio de las características que ha de satisfacer este sistema para justificar la obediencia al Derecho, las posibles fundamentaciones de ésta y algunas dimensiones de las relaciones entre ética y política (tema éste que en la actualidad atrae la atención de un buen número de estudiosos), se incluyen en el genérico ámbito de la ética jurídica. Todo el libro es tributario de una concepción moral, la del autor, identificable con un objetivismo moral que ha de ser entendido como abierto e intersubjetivo, que constantemente presta atención a lo histórico y en el que la razón actúa como guía práctica de la conducta humana (vid. p. 121).

El autor declara en el prólogo que este libro tiene un sentido primordialmente pedagógico. Creo que ello puede ser puntualizado en cierta medida. Si tenemos en cuenta que estos Estudios constituyen una exposición de alguno de los temas más importantes de la filosofía jurídica y ética contemporánea, queda clara su naturaleza pedagógica, que posteriormente se va a ver alterada desde el momento en que los temas tratados lo son con una profundidad y matizaciones que superan la barrera de lo meramente pedagógico. Aunque también es cierto que la valiosa lista bibliográfica que constituye el final de cada grupo temático contribuye a justificar ese carácter pedagógico.

En el primer capítulo («La filosofía del Derecho»), Eusebio Fernández intenta justificar la necesidad de la filosofía del Derecho, y ello desde una doble perspectiva. Por una parte, como objeto de reflexión sobre el Derecho y, por otra, como materia dotada de una sustantividad suficiente para constituir el núcleo de una disciplina o conjunto de disciplinas universitarias. Tras dicho intento se encuentra la necesidad de contrarrestar los envites de determinadas concepciones positivistas del Derecho, desde las cuales éste es entendido como un mero fenómeno normativo para cuya comprensión no es necesaria ninguna aproximación de naturaleza axiológica.

La reflexión que sobre el Derecho se realiza desde la filosofía jurídica se muestra como complementaria a la que se realiza desde la ciencia del Derecho. La filosofía del Derecho es considerada como la conciencia de la ciencia jurídica, que opera sobre su objeto. De ahí su comprensión como filosofía de la experiencia jurídica, que supera en cuanto a sus resultados a la ciencia jurídica, ya que es entendida como un saber de segundo grado en relación con la ciencia jurídica, como una reflexión metajurídica. La diferencia entre ambos saberes no va a radicar tanto en el contenido de los mismos cuanto en el enfoque desde el que ambos son emprendidos. Junto a la indagación descriptiva efectuada por el científico del Derecho, el filósofo del Derecho dirige su atención a los fundamentos del fenómeno jurídico.

Eusebio Fernández entiende que la filosofía del Derecho ha de configurarse como una «teoría crítica del Derecho». Esto es, no ha de limitarse sólo a la constatación del fundamento del Derecho, sino también ha de dirigirse a la evaluación del mismo. Ello supone una comprensión crítica del Derecho, que abarque todas sus dimensiones, tarea en la cual es necesario el concurso de otras disciplinas jurídicas, la sociología del Derecho, la historia del Derecho, que contribuyen a un mejor conocimiento y comprensión del fenómeno jurídico y sus consecuencias. Evidentemente, evaluar críticamente los fundamentos del Derecho implica también una determinada indagación sobre el origen de la legitimidad del poder del Estado, ya que este es un dato que hay que situar en el principio de lo jurídico. El sentido de esta investigación junto a todas las demás llevadas a cabo por el filósofo del Derecho radica en la búsqueda de un sistema jurídico más justo. He ahí donde la labor del filósofo del Derecho adquiere su justificación. Y sólo desde una filosofía crítica del Derecho puede llevarse a cabo tal tarea.

Por lo tanto, para Eusebio Fernández, la principal actividad del filósofo del Derecho es la relacionada con el estudio crítico de las dimensiones axiológicas de los sistemas jurídicos («...hay razones pertinentes para mantener que la teoría de la justicia es el tema central y la rama fundamental de la filosofía del Derecho...», p. 28). Se afirma así la primacía que adquiere la teoría de la justicia dentro de la filosofía del Derecho, aunque aquélla no abarque toda la extensión de ésta. El profesor Fernández asume la ya clásica división de la filosofía del Derecho efectuada hace años por Norberto Bobbio: teoría del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia (dimensión intradisciplinaria de la filosofía del Derecho). En el marco de esta estructuración tienen cabida suficiente todos los temas que interesan al filósofo del Derecho y de los que éste tiene que ocuparse, siempre con la ayuda de disciplinas más afines unas que otras, tales como la teoría de la ciencia, la filosofía moral y política, la historia, la informática, entre otras (dimensión interdisciplinaria de la filosofía del Derecho).

Todos estas características son las que justifican la necesidad de la filosofía del Derecho como disciplina académica en el marco universitario. Con su estudio se facilita la formación de juristas críticos tanto en lo que atañe al conocimiento, como a la elaboración y aplicación del Derecho, evitándose así que las facultades de Derecho se conviertan en meras factorías cuya más lograda elaboración es el jurista mecánico que en el estudio y comprensión de las normas carece de la capacidad necesaria para ir algo más allá de las mismas.

La nota crítica que debe caracterizar a la filosofía del Derecho es un elemento compartido con la idea de Derecho natural deontológico que propone Eusebio Fernández. Partiendo del análisis de la confusa situación provocada por las caducas denominaciones que tienen su lugar en los actuales planes de estudio de Derecho, se defiende la validez de la esencia del Derecho Natural y la oportunidad de su estudio. Pero la temática del Derecho natural ha de ser objeto de una renovación, sustituyendo los antiguos modos y motivos de argumentación por un nuevo concepto de racionalidad práctica, moderna y democrática. Esta nueva concepción del Derecho natural es presentada como una tercera vía desde la cual se puede superar el tradicional antagonismo entre iusnaturalismo y positivismo, excluyendo tipos extremos de ambos. El Derecho natural deontológico, frente al antiguo Derecho natural que se concibe como una ontología del Derecho, se presenta como una exigencia ética de deber ser en relación al Derecho positivo que, en su aproximación a aquél, puede ir satisfaciendo sus pretensiones de justicia. El Derecho positivo encuentra su «deber ser» en este Derecho natural deontológico, de manera que no se renuncia a la histórica función de control moral del sistema jurídico, pero ahora con unos nuevos contenidos y a través de unos nuevos instrumentos. Aquí se ha de proceder a la sustitución de la antigua idea de derechos naturales por la más moderna de derechos humanos fundamentales, que, fruto de una fundamentación histórico racional, van a constituir el contenido a partir del cual se ejerce ese control moral.

Así, para Eusebio Fernández, en este nuevo Derecho natural es de primordial importancia la idea de Derecho justo como cota a alcanzar por los ordenamientos jurídicos. Desde esta idea, y a través de los postulados del Derecho natural deontológico se va a valorar, controlar y vigilar el Ordenamiento jurídico, fundamentar los derechos humanos y establecer canales de correspondencia entre el Derecho y la moral.

Dentro de este libro también se presta atención al tema de los derechos humanos, entendidos como derechos morales. Ello, tanto desde la vertiente de su aparición en normas internacionales, como en lo que se refiere a su fundamentación. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es objeto de análisis, resaltando, sobre todo, su significado como pauta que marca unos requisitos mínimos, morales y políticos, aceptables por todos sobre la base de un consenso de amplia base en las sociedades civilizadas. El contenido de la Declaración se presenta como todo un reto y las dificultades que impiden su efectiva realización suponen una llamada de atención a la conciencia moral individual y colectiva.

Eusebio Fernández entiende que los derechos humanos fundamentales son derechos morales o «pretensiones humanas legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad)» que adquieren su sentido al ser interpretados «en clave histórica» y cuya legitimidad, que «tiene su base antropológica en el concepto de necesidades humanas», provoca una exigencia de «incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político» (vid. p. 60).

La idea de derecho moral, que el profesor Fernández explica en relación con una propuesta fundamentadora de los derechos humanos a cargo de Javier Muguerza (vid. pp. 72-75), implica tanto una dimensión ética como también jurídica (se distingue el plano de la fundamentación del de la positivación), de manera que ambas se complementan mutuamente, aunque, en caso de no existir dicha complementariedad, se puede seguir manteniendo el concepto. Pero en este caso, la consiguiente efectividad de estos derechos morales, queda en entredicho, siendo preferibles, evidentemente, aquellas situaciones en las que se da un reconocimiento jurídico de los mismos.

El autor, respondiendo a algunas críticas, cree que hablar de «derechos morales» no es algo confuso, ya que el término «derecho» es de uso corriente y comprensivo en el ámbito moral. Aunque no le importa reconocer que, en el caso de que el término «derecho natural» fuese entendido como abierto, no dogmático y funcional, con pretensiones de juridicidad y con una función controladora del Derecho positivo (características propias del Derecho natural deontológico), «derecho natural» y «derecho moral» serían términos intercambiables.

* Vid., principalmente, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, y *La obediencia al Derecho*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987. Francisco Javier Ansuátegui Roig.

Con un fundamento previo a lo jurídico, los derechos morales están destinados a responder y a satisfacer las necesidades humanas más básicas y apremiantes. A partir de un núcleo irreductible y permanente a lo largo de la historia (el más directamente derivado de la idea de dignidad humana), esas necesidades se van configurando en el seno de la misma, concluyendo este proceso en directa relación con las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales propias de cada momento histórico.

Posteriormente, tras rechazar la idea del origen contractual de los derechos morales (a través del contrato se establecen situaciones óptimas de realización de los derechos morales, pero éstos son previos al contrato, en tanto en cuanto son previos, también axiológicamente, al sistema democrático), Eusebio Fernández se refiere a la fundamentación disensual de los derechos humanos propuesta por Javier Muguerza, explicando que, en su opinión, no sería tanto un intento de fundamentación como un intento explicativo de la génesis y desarrollo de los derechos humanos. La idea de derechos humanos no nace del disenso; ésta sólo sirve para explicar el carácter de las circunstancias en las que los derechos humanos han ido tomando consistencia a lo largo de la historia.

A continuación, el profesor Fernández pasa a analizar otra serie de temas que giran alrededor de la idea principal de que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las normas jurídicas justas, que ha de entenderse derivada de otra obligación moral más general, que es la que tienen los hombres de ser justos. Partiendo de esta base, Eusebio Fernández intenta mostrar los rasgos que han de distinguir a un sistema jurídico-político de tal manera que se pueda predicar de él su carácter justo y, consecuentemente, pueda exigirse obediencia al mismo.

Los dos requisitos ineludibles de un sistema jurídico que se pretenda suficientemente justo son los siguientes: ha de haber sido elaborado contractualmente y, en segundo lugar, los derechos humanos fundamentales han de encontrar reconocimiento, respeto y garantía en el interior del mismo. Ahora bien, del mismo modo, son necesarios ciertos contenidos de justicia, que formen un conjunto de criterios mínimos, intersubjetivos y universalizables, de forma que, a partir de los mismos, se pueda ir satisfaciendo el ámbito material de esa determinada estructura jurídico política.

Esa idea de justicia va a consistir en la combinación de dos valores principales: libertad e igualdad. Para analizar en qué consiste esa idea de libertad, se toma como primera referencia la tradición del pensamiento liberal cuya concepción de la libertad se basa en dos elementos, tales como la defensa de los derechos individuales y la existencia de un Estado de Derecho. Por lo que se refiere a la igualdad, y siendo consciente de la insuficiencia del pensamiento liberal tradicional en este punto, Eusebio Fer-

nández propone un planteamiento liberal-socialista o liberal igualitario que, compartiendo con el pensamiento liberal la preocupación por la protección del individuo, le supere en lo que se refiere a la justificación de actuaciones de tono social por parte del poder público.

Según el autor, su idea de la justicia puede ser considerada como una teoría contractual de la justicia, diferente tanto de una teoría de lo justo por naturaleza como de una teoría de lo justo por convención. De acuerdo con esta construcción contractual de la justicia, un sistema jurídico ha de satisfacer dos requisitos identificables con una legitimidad de origen y con una legitimidad de ejercicio. Las condiciones de legitimidad de origen se cumplen cuando la configuración de las instituciones se realiza como si hubiera sido decidida contractualmente por individuos libres y en igualdad de condiciones. Un sistema tiene legitimidad de ejercicio cuando satisface y asegura los derechos de los individuos en el marco de mecanismos de índole contractual.

Si un sistema jurídico-político goza de todas estas características, se puede afirmar, en opinión de Eusebio Fernández, que sus ciudadanos tienen la obligación moral de obedecer al Derecho justo en general y a las disposiciones jurídicas en particular. Esta obligación no es de tipo absoluto, sino que es una obligación moral derivada o secundaria respecto a la obligación que tiene el hombre, como agente moral, de ser justo, tal y como se ha señalado anteriormente. Es una obligación política, teniendo en cuenta que ésta «es un tipo peculiar de obligación moral» (p. 118). Tras analizar la evolución de la posición de González Vicén en relación con la obediencia al Derecho, el autor se muestra partidario de lo que él denomina tesis moderada o matizada, frente a otra radical. Así, existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo, con un fundamento ético relativo, mientras que existe una obligación moral de no obedecer al Derecho injusto con un fundamento, en este caso, absoluto.

También es interesante resaltar la distinción que el profesor Fernández efectúa entre moral personal y moral social. Teniendo en cuenta que la frontera entre ambos tipos de moral es difusa, se mantiene que «la moral es originaria y materialmente social, pero es fundamentalmente personal y autónoma» (p. 101). A pesar de la influencia e importancia de los contenidos de origen social, siempre existe una evaluación y, en su caso, aceptación, por parte de la conciencia individual. De este modo, en el ámbito de la moral, el carácter autónomo prevalece en última instancia frente al heterónimo.

Esta parte del libro culmina con una reivindicación del papel que ha de jugar la razón como guía de la conducta. Junto a ella, el autor construye una argumentación destinada a justificar la superación del relativismo moral, sobre la base de un objetivismo moral cuyo contenido puede ser establecido a partir de un proceso racional e intersubjetivo, abierto y situado en la historia.

Las últimas reflexiones de Eusebio Fernández versan sobre las relaciones entre ética y poder político. Consciente del pesimismo que pueden provocar determinadas actitudes políticas, propugna una moralización de la política a través de un control moral de la actividad política. Aunque ética y política son dos esferas distinguibles no por ello son independientes, de manera que la política ha de encontrarse sometida a una moral de tipo abierto, racional, pública, en donde las ideas de libertad, autonomía, igualdad y dignidad humana desempeñen un papel central.

Se analizan diferentes posturas en lo que se refiere a la conexión entre ética y política. A partir de las aportaciones del profesor Laporta, se señalan tres problemas o modelos: el problema Maquiavelo, el problema Mill y el problema Weber. El problema Maquiavelo consiste, más que en una separación entre ética y política a partir de una diferencia de objetivos y de medios, en una subordinación de la ética a la política. El problema Mill tiene como punto central el de la distinción entre la ética privada y la ética pública a partir del diverso ámbito de acción de las conductas individuales. Teniendo en cuenta esta diferenciación es importante preguntarse qué acciones del político son enjuiciables desde el punto de vista moral. Para Eusebio Fernández la opinión de Laporta -falta de conexión entre el tipo de vida individual y la acción política- es matizable ya que el individuo es un sujeto moral, característica esta que afecta a todos los ámbitos de su existencia, no pudiendo desvincularse fácilmente la dimensión particular de la política en la vida de un mismo individuo. El problema Weber incluye dentro de sí la diferenciación entre ética de la convicción y ética de la responsabilidad. Eusebio Fernández es partidario de una actuación política en la que una «ética de la convicción, flexible, racional y crítica» se combine con una «ética de la responsabilidad que cuente siempre con razones que justifiquen moralmente los medios utilizados como la propia moralidad de las consecuencias» (p. 130). El libro finaliza con una exposición de alguna de las aportaciones de Jacques Maritain al tema de la relación entre ética y política, a partir del análisis de algunos momentos de su obra «El hombre y el Estado». La distinción entre Estado y cuerpo político, el problema de los medios en política, la importancia del respeto de los derechos humanos fundamentales en la justificación del poder político, el análisis de la necesidad y de los contenidos de una carta democrática y la necesidad de una sociedad política mundial son los puntos a través de los cuales se articula el estudio sobre Maritain.

En definitiva, nos encontramos ante un libro sugerente, que contiene aportaciones personales a temas y problemas que constituyen la actualidad del pensamiento filosófico jurídico-ético-político y que tiene como uno de sus principales méritos el continuo debate con diversas aportaciones, a veces contrarias, lo cual contribuye a que la reflexión que ha de tener lugar en el marco de la filosofía jurídica y de la filosofía ética siga dando buenos frutos.

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG

Realino MARRA, *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber, 1882-1889*, Torino, G. Giappichelli Editori, 1992, 196 pp.

Cuando los practicantes de una materia, en este caso la sociología del derecho, pretenden legitimarla científicamente o buscarle asiento académico suelen volver sus miradas hacia los considerados como fundadores, en este caso Max Weber, en busca de un más o menos declarado auxilio teórico. Aclaremos desde el principio que este libro de Marra no sufre de premura o de fiebre legitimadora alguna, antes al contrario vislumbra un sutil espíritu crítico en relación a su objeto de estudio. Y ese espíritu puede ser realmente necesario cuando parece abrirse en nuestro país el debate sobre la entidad (y la ubicación) científica de la sociología jurídica, sin que falten a este respecto serias aportaciones nacionales precisamente en torno a la obra de Weber (pienso en el trabajo de María José Fariñas Dulce, *La sociología del Derecho en Max Weber*, Cívitas, 1991).

Ya desde la *Introduzione* a su libro Marra nos aproxima a una consideración de Weber como pensador unitario, cuyo trabajo teórico viene caracterizado por una serie de ideas y convicciones políticas y culturales que reaparecen constantemente en su obra. Precisamente con la finalidad de individualizar algunas de estas ideas y convicciones Marra analiza el aprendizaje jurídico y la primera actividad científica, como histórico del derecho, de Max Weber.

El autor considera que este análisis puede aportar elementos importantes para una comprensión crítica de la entera obra weberiana, y son esos elementos los que pueblan este libro denso y riguroso (casi diría minimalista). De hecho estos vienen articulados en torno a dos ejes: por una parte, Marra subraya como Weber, fuertemente atraído hacia una tarea de sistematización lógico-jurídica, decide trabajar con Goldschmidt, máximo exponente en la Alemania de la época de un modelo de ciencia jurídica integrada con la investigación histórica y el análisis económico; por otra parte, lo ubica en pleno debate sobre la recepción en el citado país del derecho romano y sobre el significado histórico y práctico del derecho germánico. Es este debate el que, aún pareciendo secundario, toca, desde la perspectiva de Marra, el núcleo más profundo y oculto de los intereses weberianos (constituyendo la clave para la comprensión del método de investigación histórica y para la determinación de la problemática específicamente filosófica de Weber).

Identificados estos dos ejes (dogmática versus ciencia jurídica integrada, romanismo versus germanismo) Marra todavía añade un elemento más, definitivo a la hora de la toma de decisiones por el joven Weber, relativo a la íntima conexión de su carrera científica con sus inquietudes políticas y, por lo tanto, con el marco histórico de la Alemania de finales del siglo XIX.

A partir de aquí el autor nos propone en el capítulo primero (*Anni di apprendistato*) un minucioso seguimiento de los avatares e inquietudes de Weber. Así describe como en la primera etapa de sus estudios, básicamente al entrar en contacto con Bekker y Knies (pertenecientes a la Escuela histórica del derecho y de la economía, respectivamente), llega a considerar que la ciencia del derecho tiene por objeto exclusivo la organización lógico-sistemática de las normas; o como contemporáneamente a su servicio militar en Estrasburgo, bajo la influencia de Baumgarten, se manifiestan ya sus preocupaciones políticas.

Pero Marra se detiene especialmente en el período, decisivo en la formación del estudiante, comprendido entre su regreso a Berlín y la conclusión de sus estudios universitarios. En este momento Weber orienta de manera más precisa su aprendizaje (en la búsqueda de un giro práctico para el estudio de las instituciones jurídicas), orientación que no es sino el reflejo, en el campo científico, de su indudable vocación política, para la cual encuentra en Berlín un ámbito adecuado gracias al estrecho contacto con algunos de los representantes más eminentes del liberalismo académico (Aegidi, Beseler, Brunner y, especialmente, Gneist dejan una huella perdurable en el estudiante).

De hecho, las debilidades (política y teórica) del liberalismo alemán son señaladas por el autor como una clave fundamental en la biografía intelectual de Weber: para él irá aparejada la reconsideración de la doctrina social de los liberales alemanes y el descubrimiento de los caracteres y problemas de la cultura jurídica de su tiempo.

Tras una referencia a su estancia en Göttingen (y a la influencia de Schröder, tanto por su inclinación germanista como por su ámbito de trabajo) Marra nos ofrece un retrato intelectual del Weber que ha superado la primera etapa de su formación, todavía vacilante, pero probablemente anclando en esa vacilación aspectos fundamentales de su obra posterior: por una parte, acepta sustancialmente la naturaleza y los objetivos de la sistemática jurídica; por otra, asume que las categorías y los conceptos dogmáticos, aún siendo indispensables desde una perspectiva interna, son inservibles para explicar las relaciones entre los fenómenos jurídicos y otras esferas del obrar social (política, economía, religión).

Esta asunción le dirige, de manera aún indecisa, hacia una investigación social del derecho, siempre con la finalidad de imbricar sus estudios jurídicos en su percepción de los «problemas» de fondo del tiempo en que vive. De esta manera Weber realiza una doble selección: de método (análisis histórico-social de las instituciones) y de temas a tratar (los que él considere estratégicos dentro de su horizonte político y cultural).

El segundo es el capítulo puente entre las vacilaciones y los grandes augurios. Weber duda seriamente sobre la oportunidad de seguir la carrera científica, excesivamente alejada de su vocación «práctica», pero diversas

circunstancias influirán para reducir esas distancia. En este sentido Marra señala como su entrada en la *Verein für Sozialpolitik* tiene un papel decisivo para el camino intelectual del autor, quedando subrayado el aspecto político de este contacto: Weber puede sentirse cercano a los reclamos de los economistas de la *Verein* (la renovación de la estructura económica y social alemana y un mayor compromiso, al menos legislativo, en el campo social) y emanciparse, a través de ellos, de las concepciones del liberalismo tradicional que hasta este momento prevalecían en su formación.

Además Marra se encarga de resaltar la incomodidad política de Weber, su resistencia a implicarse en una verdadera militancia dentro de cualquier partido a pesar de su fuerte vocación política (deliniándose su ideario a partir de las críticas que el propio Weber realiza a los partidos contemporáneos).

Y hacia el final del capítulo emergen dos figuras otorgando su manto protector al joven estudiante y ofreciéndole buenos motivos para dedicarse a la tarea científica: Goldschmidt y Mommsen. El primero no sólo lo dirige hacia la rama que luego cultivará, el derecho mercantil (precisamente aquélla más cercana a la génesis del desarrollo del capitalismo moderno), sino que le ofrece una perspectiva metodológica que parece satisfacer, al menos en principio, las inquietudes weberianas. Bajo la orientación de Goldschmidt prepara Weber su primer libro, y es durante el debate público de una parte del mismo —acaecido en las pruebas de doctorado— cuando Mommsen llega a declarar (de ahí el título del capítulo: *Con l'investitura di Mommsen*) que si el debiera en ese momento pensar en un sucesor elegiría al propio Weber.

Tras esta significativa anécdota llegamos al núcleo del libro, el cual —dicho sea de paso— podría correr los mismos riesgos que la obra a la que hace referencia, es decir no ser objeto de una suficiente atención por parecer dirigido a especialistas en la historia del derecho mercantil, si no fuera por la cuidada estructura y redacción que el autor nos ofrece.

En el capítulo tercero (*Mercatores*) Marra procede a la disección del primer libro de Weber (*Geschichte der Handelsgesellschaften in Mittelalter*) con la finalidad, en mi opinión, de seguir en él las tensiones antes marcadas y las inquietudes político-culturales subrayadas, estableciendo, a su vez, una continuidad con sus obras de la etapa «madura».

No es extraño, entonces, que Marra se ocupe, en primer lugar, de destacar la importancia de este libro para conocer el pensamiento weberiano, y ello por ocuparse de lo que es, para el Weber maduro, la transformación decisiva para el desarrollo del occidente moderno: la afirmación de las condiciones económicas que han permitido el nacimiento del capitalismo racional de empresa, si bien, como reconoce el autor, Weber no llega a formular en este momento una teoría completa del desarrollo capitalista.

El libro se dedica a la reconstrucción histórica de las principales formas de las sociedades mercantiles (básicamente sociedad en comandita y en nombre colectivo), pero esta temática viene íntimamente ligada a la aparición de un nuevo centro político y económico capaz de desarrollar un mercado: la ciudad. En suma, el tema de fondo tratado por Weber es el desarrollo de las actividades comerciales y manufacturadas en las ciudades italianas como aspecto central en el devenir de la Europa occidental.

Marra dedica bastantes páginas a ilustrar esa reconstrucción histórica realizada por Weber, pero no lo hace, como es lógico, por un simple afán de relleno sino para llevar adelante su propósito inicial, esto es, identificar los grandes temas metodológicos y filosóficos presentes desde el principio en la reflexión weberiana. Así, a través de la reconstrucción de la génesis histórica de la comandita Marra insiste en las reticencias de Weber a admitir que las necesidades económicas pueden tener capacidad de influir de manera decisiva sobre los procesos de formación de las instituciones jurídicas. Frente a esta tesis, Weber preferirá aludir a un proceso de perfeccionamiento dogmático (de racionalización intra-jurídica).

Y a través de las tesis weberianas sobre la sociedad en nombre colectivo Marra hace emerger la idea de una perpetuación de las estructuras comunitarias domésticas de la Edad Media (de clara influencia germanista), y con ella coloca a Weber en una continua oscilación entre la confirmación de formas jurídicas antiguas (gracias a ese proceso de perfeccionamiento dogmático) y la decidida aceleración de la innovación técnica de los institutos. La tensión entre lo «nuevo» y lo «viejo» se resuelve sin fractura mediante una idealizada valoración de lo antiguo, cuya esencia permanece en el tiempo.

Partiendo de esta descripción Marra destaca las distancias entre Weber y Goldschmidt (capítulo cuarto: *Tra romanisti e germanisti*): si bien Weber no excluye al análisis económico en su aproximación a los fenómenos jurídicos únicamente le otorga una función auxiliar, y con ello se aleja claramente del modelo integrado de ciencia jurídica propio de su maestro, y también difiere de éste en relación al papel de las fuerzas económicas en la creación de las instituciones jurídicas (para Weber una institución primero es creada para luego ser puesta al servicio de un interés económico).

Termina el capítulo cuarto estableciendo la influencia germanista en la primera obra de Weber, y es precisamente el ligamen de este autor con la historiografía jurídica germanista el tema que preside las *Conclusioni* expuestas por Marra. Es el período juvenil el que ilustra de manera definitiva sobre la génesis de este ligamen demostrando, como mínimo, tres puntos de contacto: en primer lugar, una afinidad metodológica (individualismo metodológico) que hace presentir la concepción weberiana de una ciencia histórico-empírica del derecho como estudio de las motivaciones y de las representaciones de operar normativo (es decir: condicionado y orientado por el derecho); en segundo lugar, una conjunción en el plano político, manifestada en un liberalismo orgánico, con fuertes tintes nacio-

nales y sociales, centrado en valores comunitarios y alimentado por el mito de la antigua libertad de los pueblos germánicos (ciertamente reconsiderado en obras posteriores, pero presente como un pasado que ya no puede retornar); y todo ello en conexión con las problemáticas filosóficas weberianas (el tipo de hombre que emerge de los ordenamientos sociales modernos, la reivindicación de las raíces antiguas de la modernidad, el proyecto de modernización alemán guiado por la recuperación de las auténticas tradiciones nacionales).

Sin embargo una circunstancia vendrá a separar a Weber de los germanistas: la clara percepción del alcance revolucionario del advenimiento del capitalismo en occidente.

Las consecuencias de este bagaje son analizadas por Marra, en este mismo volumen, en su debate con Bergalli sobre la utilización de la «solución separatista» weberiana como fundamento del carácter científico de la sociología jurídica; por ello, simplemente me queda agradecer al primero lo aprendido con la lectura de su libro y al segundo la amable invitación para realizarla.

José Luis DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO

Thomas. PANGLE, *The Ennobling of Democracy. The Challenge of the Postmodern Age*, Ed. John Hopkins University Press, 1992, 227 pp.

Thomas L. Pangle es catedrático de filosofía política de la Universidad de Toronto. Entre sus publicaciones más conocidas se encuentran *Montesquieu, Philosophy of Liberalism* y *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of The American Founders and the Philosophy of Locke*. Ha traducido al inglés varios diálogos platónicos como *The Laws of Plato* y *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*.

Pangle propone como punto de partida un análisis crítico del término democracia. Tras la caída del muro de Berlín y los cambios políticos en los países del este, necesitamos repensar y redefinir determinados conceptos. ¿No pertenecía la democracia a la esencia del marxismo? Sin embargo el comunismo se ha considerado como contrapuesto a la democracia liberal y al republicanismo democrático por su defensa de los derechos individuales, especialmente de los derechos civiles y de la propiedad. No obstante el empleo del término liberal origina fuertes problemas de interpretación. ¿Qué es en realidad un liberal?, ¿Cuál es la justificación del liberalismo? ¿Qué es el republicanismo en contraste con la democracia o el democratismo? ¿Cómo pueden reconciliarse el republicanismo y el liberalismo?

Recientemente publiqué un artículo que titulé la social democracia, como síntesis superadora de la dialéctica republicano-liberalismo. Ya entonces había leído las obras de Pangle, pero no esta última aparecida posteriormente. Pangle intenta salvar la barrera que yo veo como contrapuesta entre republicano y liberalismo. En su libro sobre *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of The American Founders and the Philosophy of Locke*, aporta datos convincentes a favor de la influencia conjunta de estas dos corrientes en el pensamiento de los fundadores de América. Pero el republicano moderno realmente se asemeja más al liberalismo y a una república aristocrática que a una república igualitaria o social-democracia .

De un modo algo simplificador, habitualmente en mor de la clarificación, se identifica a republicanos, neoconservadores y comunitarios presentándolos en pugna con los liberales y socialistas, estos últimos unidos en un extraño maridaje. He señalado ya en otra ocasión mi desacuerdo con esta caracterización porque no responde a los hechos. Por una parte considero que la social-democracia es incompatible con el liberalismo capitalista, y a su vez este último se presenta como contrapuesto al republicano.

Además entre los mismos defensores del republicano y algunas versiones del comunitarismo hay fuertes diferencias. El mismo Pangle me reconoció no haber leído las obras de Alasdair MacIntyre, paradojas curiosas, a pesar de la cercanía geográfica.

En enero de 1992, con el libro que paso a reseñar todavía caliente, *The Ennobling of Democracy. The Challenge of the Postmodern Age* acababa de salir a la luz, pude entrevistarme con Pangle en la Universidad de Toronto y discutir directamente sus tesis. Aunque esta última obra se centra en ocasiones en la problemática americana, no siempre similar a la europea, muchas de las propuestas y de las sugerencias son viables en la nueva Europa; y ese es precisamente uno de los propósitos del autor. *El ennoblecimiento de la democracia* no es un libro para americanos, es una reflexión sobre Europa y sobre su búsqueda de nuevos ensayos políticos. La propuesta está dirigida a educar al poder legislativo y ejecutivo, a los futuros políticos y gobernantes, porque son ellos en definitiva los que hacen las leyes y exigen su cumplimiento. También iría dirigido al público en general porque son ellos los que eligen a sus gobernantes. Pangle no está pensando expresamente en el poder judicial, sino en el público en general. Una muestra de que esta polémica traspasa las fronteras de Estados Unidos lo constituye el creciente interés por la controversia comunitarismo-liberalismo, presente en nuestros foros académicos.

El libro se estructura en cuatro partes. En la primera Pangle considera que la respuesta del posmodernismo es inadecuada dada la actual situación de Europa. En su crítica discute el posmodernismo y sus precedentes, sus raíces heideggerianas, el pensamiento débil y el posmodernismo americano.

En la segunda parte polemiza sobre el desafío que se plantea para y desde Europa después de la era de la guerra fría. Nos hallamos ante el final de la guerra fría por el fracaso del comunismo. Las democracias liberales vencieron al fascismo y ahora han sido testigos del colapso del comunismo. La democracia nació en la Ilustración y se fundamenta en la defensa de los derechos individuales, el gobierno representativo y la economía de libre mercado. Pangle contempla con optimismo la posibilidad de que surja una Europa no sólo como unidad económica, sino como una unidad política, cultural y moral. Todo ello, no supondría una amenaza para los Estados Unidos, sino más bien un beneficio, porque Europa se convertiría en un líder intelectual y moral para el resto del mundo, que diferiría de los intentos imperialistas o de los nacionalismos del siglo XIX. Pangle pronostica un declinar de la cultura americana, como ya lo hizo otro de sus colegas, que emerge del mismo círculo intelectual y del que reconoce compartir sus tesis; Alan Bloom, en su obra el cierre de la mente americana, *The Closing of the American Mind*. El motivo de esta crisis cultural radica en que América se ha ido separando de sus raíces provenientes de la cultura europea, asentada a su vez en dos pilares, la tradición cultural judeo-cristiana, y la concepción de la naturaleza humana elaborada por Locke y Montesquieu, retomada por los Federalistas. Ambas serían las bases de la igualdad de naturaleza, del respeto a la dignidad de la persona y a la igualdad de oportunidades. A esos fundamentos remite la Constitución americana. Pangle critica duramente dos recientes corrientes de interpretación constitucional. Una es el movimiento *Critical Legal Theory* y la otra la *Escuela del Análisis Económico del Derecho*, a la que llama movimiento Benthamita de *Derecho y Economía*, *law and economics*. Las posiciones críticas divergen; los CLT, unidos a las ramas feministas más extremas, achacan a la tradición constitucional americana y a sus orígenes de ser racista, machista, elitista y explotadora. Por su parte los más positivistas y libertarios, entre los seguidores del *The Economic Analysis of Law* (EAL), ridiculizan la idea de que los tribunales, jueces, ciudadanos y gobernantes tengan que interpretar la Constitución según su intención original y los principios de reflexión de los Fundadores de América. Asistimos a un rechazo y desprecio absoluto por la herencia constitucional. Detrás de este debate, en la actual jurisprudencia americana, se asiste a una fuerte controversia interpretativa de la Constitución; la escuela republicana o neoconservadora, partidaria de la interpretación literal, frente a los demócratas que abogan por una interpretación libre.

Junto a ello se da una aversión a todo lo que provenga del bagaje cultural europeo, verdadero fundamento de los valores democráticos. Esta tradición cultural abarca toda la literatura, el arte, la filosofía clásica y un largo etcétera. Pangle mantiene que su demanda de una vuelta a las raíces europeas de América, no puede ser tachada de Eurocentrismo, ni supone un desprecio de las culturas asiáticas, africanas o latino americanas. Un estudio serio de autores clásicos de la tradición Árabe, China o Hindú per-

mitiría un diálogo enriquecedor con la herencia europea y serviría de estímulo a esta misma. La educación en América pierde sentido si se desgaja de su legado cultural europeo. La pérdida de lazos con Europa lleva consigo la desaparición de valores cívicos, tales como el interés por lo común, lazos comunitarios, universalismo, empatía, que se ven substituídos por un creciente individualismo, aislamiento, consumismo y general apatía por la participación política.

La comunidad europea es contemplada por Pangle como signo de la renovación del liberalismo europeo. Del mismo modo la OTAN no ha perdido su sentido hoy en día. Si bien el motivo de su aparición fue el miedo al imperialismo comunista soviético, su finalidad no termina ahí. El espíritu de la Organización del Tratado del Atlántico Norte fue la lucha contra cualquier tipo de dictadura, contraria a la democracia liberal, viniera de donde viniera. La estrategia de Churchill fue crear una ley internacional. Las nuevas nacientes democracias de los países del Este pueden aportar nuevos aires a este ennoblecimiento de la democracia.

Ante la pregunta ¿qué significa ser un buen europeo?, Pangle invoca a Montesquieu y su obra *El espíritu de las leyes*. Este hizo compatible el nacionalismo europeo con un profundo cosmopolitismo. Esa Europa de las patrias se caracteriza por la defensa de los derechos humanos y el constitucionalismo liberal, como bases de la seguridad, dignidad y fraternidad. También en estos aspectos los países del Este y la Rusia de los grandes disidentes pueden hacer grandes contribuciones. Los movimientos democráticos que están despertando en la Europa del Este se caracterizan por un especial amor al país o patriotismo. América debe aprender también de ellos su reverencia por las tradiciones, por su herencia, por un pasado de ejemplos heroicos.

Esto le conduce a Pangle a plantear la necesidad de repensar el republicanismo democrático americano y la tradición liberal de defensa de los derechos humanos.

La unión de republicanismo y derechos supone la convergencia de dos tradiciones, la idea de la república clásica griega y las teorías liberales de los derechos, surgidas a mitad del siglo XVII en el Norte de Europa, especialmente en Inglaterra. Para Hobbes los derechos individuales sólo podían estar garantizados en una monarquía, mientras que las repúblicas suponían una amenaza para los mismos. Fueron los federalistas americanos quienes hicieron compatible, intelectualmente, la idea de una república de grandes dimensiones con las ideas liberales. El gobierno creado en América fue republicano porque abolió la monarquía y la aristocracia hereditaria, a la vez que se apoyó en la idea de soberanía popular, en la regla de la mayoría, en el contrato social, en la división de poderes y en la independencia del poder judicial. Como resultado, se creó una república democrática representativa. Esta síntesis, peculiar y que no tiene precedentes en la historia, es lo que Pangle ha denominado Republicanismo moderno.

En la tercera parte del libro titulada *La revitalización de las raíces intelectuales de nuestra cultura*, Pangle analiza separadamente el legado del Republicanismo clásico y los fundamentos del liberalismo, proponiendo re-vigorizar el primero y repensar estos últimos. Los elementos de la república clásica recogidos en la tradición americana son, entre otros, concebir la libertad y la ley como inseparables, la participación en la vida política, y una igualdad ante la ley caracterizada por el hecho de que todos sean electores, pero no elegibles. Pangle describe sagazmente, siguiendo la política aristotélica, una república mixta en la que se conjuga la democracia, porque todos eligen a los gobernantes, con la aristocracia natural, que debe caracterizar a los líderes políticos. Los gobernantes han de ser elegidos entre los mejores, entre los más capaces para gobernar. La igualdad reside en la igualdad de oportunidades para ganar la confianza de los ciudadanos, en base a los méritos y capacidades.

La razón estriba en que el estado de derecho, *the rule of law*, exige las virtudes cívicas, tanto en los gobernantes como en los ciudadanos. Los cargos públicos deben estar en manos de hombres de virtud que busquen el bien común. Pero, según la propuesta aristotélica, como todos los hombres son imperfectos se precisa del derecho y de las leyes para evitar el desvirtuamiento de los gobernantes; de ahí que la regla de los hombres, o del gobierno basado en la virtud, deba ser reforzada por la ley y por el control de los gobernantes por parte del pueblo. El poder legislativo requiere una forja de legisladores, pero a su vez ésta se labra a través de la educación, y precisa, por añadidura, de un sistema legal establecido, en el que estos hayan crecido y aprendido la virtud.

Indudablemente, en este recorrido por la política y ética aristotélica, Pangle está asumiendo y lanzando un desafío sobre el programa que los actuales legisladores y gobernantes deben seguir. A esas propuestas, sugerentes, se unen otras dirigidas al filósofo político y extensibles al filósofo del derecho. Pangle hace una lectura de los clásicos, que quiere ser trasladable a la situación contemporánea. El teórico del derecho y de la política debe asumir un papel de crítico de la ley y de artífice fundamental en la educación universitaria. Es en este contexto en el que el pensador americano esboza un panegírico y apología del valor de la retórica, tal y como la concibieron los clásicos; fundamentalmente Sócrates y Aristóteles. La retórica es un arte hoy despreciado porque se identifica con la manipulación y con la demagogia. Pero, en sus orígenes, la retórica se contempló como un arte basado en la deliberación y reflexión, cuya finalidad era la comunicación con el público o auditorio (tomo prestado este término de Perelman), y no el oscurecimiento del discurso. La estructura de los discursos políticos o académicos debe constar de comunicación, controversia y deliberación. Todo ello está basado en la racionalidad y en la necesidad de mantener el consenso en lo referente a opiniones básicas disputadas y disputables. Indudablemente, los temas políticos no están fundados en la verdad sino en la opinión, pero aunque ésta no pueda ser la *verdad*, existe

también una verdadera opinión. La retórica ha de tener en cuenta además la opinión popular, lo que hoy llamamos *tópica*.

A continuación, se pasa a exponer los aspectos teóricos que los Fundadores de América tomaron del liberalismo. La clave de la tesis liberal radica en la defensa legal de los derechos individuales, especialmente del derecho a la propiedad. Las teorías políticas liberales de los derechos toman conciencia de la moralidad de la ley y de la legalidad de la moralidad. Los derechos se fundamentan en la razón y en las pasiones humanas, es decir son innatos. A su vez a cada uno de ellos les corresponde una obligación. Montesquieu afirmaba que antes de que existiera ninguna ley, existía una posible relación de justicia. Pangle defiende el derecho a la propiedad privada y a la herencia, al compartir las propuestas de Locke y Montesquieu. Hace un esfuerzo denodado para mostrar que estos autores afrontan la preocupación por los desfavorecidos. La ley y el estado debe cuidar de los que no son capaces de cuidarse a ellos mismos. Ya anteriormente Pangle había considerado inapropiada la crítica de Macpherson a Locke, al tachar la teoría del ilustrado como individualismo posesivo.

Según Pangle el problema que tuvieron que resolver los Federalistas fue el equilibrio entre el gobierno popular y una suficiente estabilidad; necesaria para proteger los derechos individuales. La respuesta a este dilema fue el constitucionalismo americano. Este permite conjugar el respeto por las instituciones junto con la protección liberal de los derechos individuales.

El enjuiciar la democracia moderna desde la perspectiva del republicanismo clásico no es un intento quijotesco por volver al civismo de la polis griega, ni se inserta en la línea de una nueva utopía. El mejor régimen no es un ideal, debe ser algo adaptable a las circunstancias concretas y debe ser trazado utilizando dos valores clásicos, la prudencia y la sabiduría práctica. De hecho, Aristóteles no identificaba absolutamente al buen ciudadano con la buena persona, ya que los regímenes políticos son relativos, mientras que la buena persona debe ser leal a la verdad de la naturaleza humana.

La vuelta a los escritos clásicos lleva consigo reexaminar la importancia del gobierno, de la ley, de la retórica, de la política, de lo público y del cultivo de las virtudes morales y cívicas, propias del ciudadano republicano.

La creación de un republicanismo moderno debe suponer la superación de los defectos del republicanismo clásico. Deberíamos alcanzar una verdadera liberación de todos de la esclavitud, de la enfermedad, de la pobreza, y al mantenimiento de la estabilidad, legalidad, dignidad, tolerancia, protección de la privacidad personal y familiar, y el bienestar social. Pangle insiste fundamentalmente en cuatro aspectos para ennoblecer la democracia contemporánea; la necesidad de las virtudes cívicas, de una mayor participación política, la moderación contra el consumismo, y por último la educación en y para la democracia.

Para finalizar, sugiere modos concretos de hacer vida sus propuestas a través de una educación cívica y liberal, tanto a nivel de escuelas públicas, como familiar, como universitario. En todos estos ámbitos se debe huir de los cánones y la canonicidad e implantar la dialéctica socrática como método educativo de discusión. El vehículo fundamental que puede originar estos debates es la lectura de los clásicos griegos y latinos, en los que descubriremos una vez más nuestras raíces, nuestra herencia y nuestra identidad.

Hasta aquí la propuesta de Pangle que comparto en buena medida. Sin embargo no me resisto a señalar que, a mi entender, son inoperantes en el contexto del liberalismo capitalista. La dificultad radica en si es factible o no la síntesis propuesta por Pangle; el republicanismo moderno sería el resultado de compaginar humanismo cívico o comunitario (republicanismo clásico) con el liberalismo de los fundadores. La crítica fuerte que me permito exponer es que los presupuestos teóricos de ambas tradiciones son en algunos puntos antitéticos e incompatibles. El republicanismo moderno que presenta Pangle, tiene, lo admito, fuertes dosis de comunitarismo pero mucho más de liberalismo. Su propuesta fundamenta un estado democrático de derecho, pero olvida la característica de estado *social* de derecho. En el republicanismo moderno se echa quizá en falta alguna dosis de roussonianismo y un mayor comunitarismo. Parece ciertamente difícil que una sociedad liberal, individualista, utilitarista, pragmática y economicista sea amante de la *res publica*, de lo común, de lo inútil, de lo teórico, de valores no pecuniarios. Se da una contradicción en este espíritu liberal, al cual Pangle recomienda volver y por otra parte su propuesta democrática que llevaría a la recuperación de las virtudes cívicas del republicanismo tales como la reverencia, el coraje, la moderación y autocontrol, la veracidad, la obediencia a la ley, la piedad, la generosidad, la ambición noble, la justicia en el sentido de una preocupación por el bien común, la sagacidad, la prudencia, el juicio práctico, la sabiduría y la verdadera opinión.

Esta crítica me llevaría a confirmar el punto de partida que era la incompatibilidad del republicanismo con el liberalismo y continuar abogando por una recuperación de elementos del republicanismo clásico o comunitario, en un contexto socialdemócrata. En definitiva el republicanismo moderno se inserta dentro del liberalismo, y a mi juicio el juego socialdemócrata debería tener un ingrediente más fuertemente social. Hay que asumir la Ilustración pero añadirle todos los logros posteriores del estado social y democrático de derecho, sin los que la actual Europa no sería ella misma.

Admito que la interpretación de Pangle sobre los presupuestos ideológicos que influyeron en la creación de la república americana, es fidedigna y válida; sin embargo en la actualidad habría que aplicar algún correctivo a los mismos si se quiere presentar éste como un paradigma válido, como modelo a seguir.

Por último, ejerciendo de abogado del diablo, debo precisar que se observa una discontinuidad entre el tipo de republicanismo moderno, más

despiadado, que se presenta en la obra anterior, con un republicanismo clásico que es el modelo a seguir en la presente obra. Quizá el salto esté justificado por ser la primera una obra dirigida a especialistas, *esotérica*, y la segunda destinada al gran público, *exotérica*, en la que, por tanto, no caben matizaciones.

En *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of The American Founders and the Philosophy of Locke*, Pangle define el espíritu de los Fundadores de América como un Republicanismo Moderno que incorpora las tesis de Locke y Montesquieu, y que a su vez se remonta al republicanismo más propiamente romano que griego. Sus fuentes de inspiración serían Jenofonte, Plutarco, Tucídides etc. Esta concepción romana de la república haría compatible los ideales republicanos con el liberalismo lockiano. Pangle no ha partido de una hipótesis previa. A diferencia de otros que han intentado ajustar los hechos a sus presupuestos, se ha limitado, lo que no es poco, a una lectura atenta de las fuentes directamente citadas en los textos de los fundadores, y a partir de ahí ha deducido su tesis. Propone también una nueva interpretación para profundizar en el uso que los escritores americanos hicieron de Maquiavelo. Este nuevo republicanismo maquiavélico se unirá con el pensamiento político, económico y liberal de Locke, fundamentará, y legitimará la concepción de la moral del derecho ilimitado de adquisición.

Este modelo de interpretación iría en contra del paradigma del republicanismo clásico, para quienes la herencia americana proviene de un espíritu comunitario, pre-burgués y no lockiano sino apoyado en la república tal y como la conciben Harrington y Maquiavelo. Su modelo sería la república clásica que se remonta a Esparta y a la Política aristotélica. Este empeño obedece a un propósito concreto como es el de presentar la propuesta democrática americana como anti-capitalista, y el logro de la virtud, como la búsqueda del bien común, con la prevalencia de lo común por encima de lo individual.

Como contraste Pangle aboga por la tesis de que la virtud propugnada por los fundadores de América era la virtud romana, que es la idea de la propia preservación con un cierto espíritu público y de virtudes sociales. La virtud y pasión fundamental del gobernante es el amor propio, y no el desinterés, la generosidad y la abnegación; todo ello fundamentaría la necesidad del pacto social, el derecho de propiedad, la protección del comercio, el desarrollo económico; principios clave del liberalismo. Quizá esto justifique en parte el escepticismo de Pangle y la necesidad de la retórica y la astucia en los gobernantes, para convencer a los demás de que vivan unas virtudes públicas que no les resultan naturales.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, 119 pp.

La preocupación por la concepción de la seguridad jurídica como un valor y muy especialmente por su relación con la justicia no es precisamente una novedad en la obra de Pérez Luño. Así por ejemplo en su monografía de 1971, *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico en la Italia moderna*, escogió la tensión entre certeza y justicia como uno de los argumentos que permitían situar el debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídicos en ese contexto. Ya en esas líneas se apuesta por una conciliación entre ambos valores aunque subrayando con Frosini que «... frente al valor cada vez mayor de la certeza legal,... se alzaría siempre la exigencia crítica de la justicia, entendida como conciencia interna...». ¿Significa eso abandonar la seguridad como valor o, acaso reducir a certeza toda noción de seguridad?

Muy recientemente, en «Seguridad jurídica y sistema cautelar» (*Doxa*, 1990) y particularmente en *La Seguridad Jurídica* (1991) el profesor Pérez Luño ha respondido a estas interrogantes abiertas.

Adentrándonos ya en el libro que vamos a comentar, inicialmente conviene señalar que si en el lenguaje de los juristas el discurso sobre seguridad jurídica se traduce en una controversia científica que ante la complejidad de la cuestión no consigue la unanimidad doctrinal deseable, en el lenguaje corriente sus contornos se desdibujan de una forma absoluta hasta el extremo de su reducción a la llamada «seguridad ciudadana», pues al desconocimiento generalizado que existe de lo jurídico, hay que añadir el proceso degenerativo del que esta expresión, junto a tantas otras, ha sido objeto. Por esta razón, la apelación a la multitud y heterogeneidad de facetas de la seguridad resultan una mención imprescindible en un trabajo sobre seguridad jurídica. Y así es como lo entiende el profesor Pérez Luño al iniciar su exposición con una breve pero necesaria referencia a la variedad de usos del sustantivo seguridad en las relaciones sociales internas e internacionales, y en especial a lo que, en palabras de Peces Barba, constituirían «desviaciones patológicas de la seguridad». A pesar de la vulgarización de muchas de estas acepciones, el autor cree ver en el substrato de todas ellas una raíz común, la seguridad como una radical necesidad antropológica humana, razón justificatoria de su cualificación como valor jurídico y, lógicamente, de su consideración en páginas posteriores como presupuesto y función del Derecho. (Por tanto, el compromiso del autor con la seguridad jurídica empieza desde esta calificación de necesidad radical). Y es precisamente aquí donde, en nuestra opinión, resulta conveniente observar que la identificación de la seguridad como una necesidad humana radical o básica, puede abrir la puerta a una serie de objeciones a las que parece interesante responder:

La primera de ellas remite a lo que podría considerarse una doble reducción; por un lado, la conexión entre seguridad y necesidad y, por otro, al concepto de necesidad que utiliza Pérez Luño que desemboca en la iden-

tificación entre necesidades radicales y necesidades básicas. Indiscutiblemente el partir de la distinción conceptual entre ambas nociones de necesidades que, a nuestro juicio, parece necesario en su tratamiento, implicaría una dificultad inicial a superar para esta línea argumentativa.

En segundo lugar, la tendencia cada vez más consolidada y, cuyo mérito indiscutible debemos a Pérez Luño, de fundamentación de los derechos humanos desde las necesidades básicas obliga, sin duda alguna, a un replanteamiento de la perspectiva a adoptar en materia de seguridad. El principal problema que plantea es por qué ha de ser necesario el recurso a la «necesidad básica de seguridad» para su cualificación axiológico-jurídica cuando, hasta ahora, esta consideración aparecía por si misma como un valor adjetivo o graduable de la presencia de los restantes valores en cuanto un sistema alcanzaba el nivel de legitimidad. Así, tradicionalmente, la doctrina ha distinguido entre dos niveles: el de la mera legalidad en el que es siempre posible localizar un mínimo de seguridad, lo que ha venido a denominarse certeza de inseguridad (que, en nuestra opinión, vendría a ser una dimensión subjetiva de connotación negativa —en cuanto conocimiento de una seguridad insuficiente— y no del todo identificable con lo que Pérez Luño denomina «certeza» pues esta comprendería la dimensión subjetiva de la seguridad pero sólo en su aspecto positivo); y el segundo nivel, el de la legitimidad, en el que se ubicaría la seguridad jurídica en cuanto valor jurídico. En la actualidad, y en última instancia, el recurso a las necesidades es aplicado a esta noción con la intención de dotar de un contenido no sólo axiológico formal sino también de carácter valorativo material. En efecto, y aunque puede afirmarse que, desde algunas posiciones doctrinales, se ha producido un cambio de rumbo, sin embargo, no rompe de manera radical con la doctrina anterior pues, como hemos visto, tradicionalmente, la seguridad ya operaba a nivel doctrinal como categoría axiológica jurídica. El problema reside, por tanto, en la utilidad y necesidad del recurso a la teoría de las necesidades en materia de seguridad para su incardinación en el plano de la axiología jurídica. Y esto parece que remite a la exigencia de su engarce para la justificación de los derechos humanos desde las necesidades básicas.

¿Esto significa apostar por el Derecho como el único o al menos más importante instrumento para satisfacer necesidades básicas, como, concretamente, la seguridad? A pesar de las ventajas que puede ofrecer en un Estado social de Derecho el que el principal instrumento de satisfacción de necesidades básicas sea el Derecho, por la disminución e incluso eliminación del riesgo de exclusión de determinados grupos o personas de la máxima satisfacción de sus necesidades básicas, creemos que, desde la propuesta de Pérez Luño, sólo podría sostenerse esta instrumentalidad siempre y cuando la equivalencia entre Estado de Derecho y reconocimiento y garantía real de los derechos, fuese cierta, es decir, que fuesen ejercibles como derechos y exigibles frente a terceros. Sin duda alguna, el situar a la seguridad entre las necesidades básicas implica, ante todo, la reclamación de su satisfacción

prioritaria, pero de esto no puede deducirse que sólo se pueda realizar por la vía de los mecanismos jurídicos. En nuestra opinión, que no dista, según veremos, de la de Pérez Luño, en el proceso de satisfacción de las necesidades básicas, intervienen otro tipo de instrumentos, que, desde algunas posiciones parecen olvidarse, como pueden ser la familia, la economía, la política, los grupos sociales, la moral social o positiva, e incluso, por qué no, la moral crítica o subjetiva. Por lo tanto, de que para Pérez Luño la seguridad en su significado corriente y vulgar sea una necesidad básica que permite en su acepción técnico jurídica su cualificación axiológica no se infiere que toda necesidad básica tenga necesariamente que juridificarse a través del discurso racional intersubjetivo en un valor; lo cual podría resultar excesivo y, no del todo cierto, pues, como hemos visto, no es siempre ésta la vía requerida. Esta afirmación no supone, a su vez, la defensa de una teoría cerrada de los valores jurídicos, sino el reconocer:

1. Que diversas necesidades básicas pueden reconducirse a un mismo valor jurídico.

2. Que es engañosa la reducción valor jurídico —necesidad básica que conduciría a una lista interminable de valores jurídicos nada deseable y poco coherente con cualquier realidad constitucional

3. Que a pesar de la omisión doctrinal generalizada sobre los requisitos que permiten el paso desde las necesidades a los valores, entre ellos, indiscutiblemente, adquiere una especial relevancia el contexto histórico en el que se desarrollan y analizan por ser ambas categorías históricas.

En todo caso, quizás podría intentarse la diferenciación entre la satisfacción de la necesidad de seguridad —a través de instrumentos muy diversos— y la realización del valor seguridad jurídica —a través de los mecanismos que ofrece el Derecho—; aunque, por supuesto, y a través de esta segunda vía, se satisfagan de forma indirecta determinados aspectos de la seguridad en cuanto necesidad básica que, finalmente, hayan cristalizado en derechos. Todo ello sin desconocer la dificultad y complejidad que implica todo intento de comunicación entre realidad y valor ni, en modo alguno, aceptar la tesis de la total ruptura entre ser y deber ser.

No obstante, y dado que la preocupación del hombre por la seguridad no es una obsesión postmoderna, ¿qué razones pueden conducir al profesor Pérez Luño a replantear hoy el tema? Creemos que tres órdenes de motivaciones. En primer lugar, se *exige su reconsideración* en aras del afianzamiento de una noción que corre el riesgo de perder lo que se considera una de sus notas definitorias por excelencia en la actualidad, su significado de valor jurídico irrenunciable en las sociedades democráticas. En segundo lugar, el incomprensible *abandono por los filósofos del derecho* de la investigación de una noción tan intrínseca e inevitablemente implicada con el núcleo indiscutible de temas que centran su atención. Finalmente, entre sus propósitos no es el menor la revalorización de la seguridad jurídica como

condición de existencia colectiva en *un afán de recuperar su significado moderno* frente a las posturas postmodernas que tratan de reducirla a la dimensión individual.

En cuanto a los aspectos conflictivos en materia de seguridad, sin duda alguna, el más destacado es el que plantean las relaciones justicia seguridad. La radicalización de estos conceptos ha conducido a la inevitabilidad de su contraposición, tesis que Pérez Luño cuestionará en el desarrollo de su propuesta mediante una implícita aplicación del criterio jerárquico de los valores.

Estas ideas se desarrollan a través de tres capítulos. La precisión de los contornos del objeto de su estudio le llevan a dedicar el primero a la revisión del concepto de seguridad jurídica desde sus orígenes hasta su plasmación en la C. E. de 1978; en el segundo, tratará de poner de manifiesto el relevante papel que representa, en cuanto valor jurídico, en los Estados democráticos y sociales de Derecho, para lo que se sirve de sus conexiones con otros valores fundamentales. Finalmente, el capítulo tercero está orientado hacia lo que hemos denominado aspectos conflictivos de la seguridad, es decir, su relación con los restantes valores jurídicos —especialmente con la justicia— y, las posibles situaciones de fricción.

I

El discurso sobre seguridad se abre con la referencia a lo que podríamos denominar, parafraseando a Peces Barba, «la inseguridad de los antiguos», pues hasta el Renacimiento no se toma conciencia de la relación inmediata entre conocimiento y seguridad. En una primera aproximación conceptual se entiende por seguridad el estado de cosas que permite el desarrollo normal de la vida individual y colectiva (p. 15). Pero la seguridad jurídica es, sobre todo, un proyecto ilustrado, un objetivo de la modernidad y como tal una categoría histórica, carente de una evolución lineal. Así, hoy parece que el *status quaestionis* es perfectamente calificable como «crisis de seguridad» (en su condición de categoría intersubjetiva) enmarcada dentro de un fenómeno más amplio de crisis del Estado social de Derecho y de crisis de legitimidad.

En primer lugar, ¿qué hemos de entender por seguridad jurídica? El punto de partida de Pérez Luño es, como hemos visto, la consideración de la seguridad como necesidad humana básica, así como la afirmación de que las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, lo que permite su consideración como motivo radical y primario de lo jurídico, es decir, como presupuesto del derecho y a la vez como función del mismo, en otros términos, como la primera de las funciones socialmente atribuidas al Derecho (Ferrari), idea que adquiere perfiles muy precisos en un Estado de Derecho. La seguridad jurídica se constituye en raíz de la legitimidad que dimana del respeto y garantía de los de-

rechos fundamentales en un Estado de Derecho. Como función, la seguridad jurídica propia de esta forma de Estado, irá encaminada a la realización de las libertades. Precisamente al examinar la influencia de la filosofía contractualista e iluminista en la conversión de esta noción en presupuesto y función de los ordenamientos jurídicos del Estado de Derecho, puntualiza la imposibilidad de extraer de esta afirmación una inferencia lógica que se traduzca en la equivalencia entre Derecho y seguridad jurídica o, entre Estado y seguridad jurídica. Y esto es así, porque, sin duda alguna, la elaboración conceptual de la seguridad jurídica no es más que el resultado de las conquistas políticas alcanzadas por los diversos tipos de sociedades: es un concepto histórico.

Indudablemente, la afirmación de que para los contractualistas el tránsito del Estado de naturaleza a la sociedad supone su conversión en Estado de seguridad, da entrada a un problema que, todavía, y a pesar de numerosos intentos, entre los que incluiríamos los del propio autor, no estamos seguros se haya superado en el discurso sobre seguridad jurídica: el de la tensión entre libertad y seguridad. Puede cuestionarse la necesidad de rescatar al discurso sobre seguridad de la tradicional tensión, sin embargo, consideramos que una postura consecuente con un punto de partida que cualifica axiológicamente a la seguridad jurídica no puede abandonar el intento por cuanto entre los caracteres adscribibles a los valores se encuentra el de jerarquía. La automática admisión de un orden o tabla de valores dentro de un mismo sistema debe permitir evitar o, incluso en su caso, resolver, cualquier posible conflicto.

Tras constatar la falta de precisión, equivocidad y complejidad de los tratamientos doctrinales sobre la seguridad jurídica y remitir como posible causa a la significación anfibológica del término, es decir, a la circunstancia de que la expresión seguridad jurídica tenga más de un significado según se observe desde su dimensión descriptiva o sociológica —como un hecho— o desde la prescriptiva o axiológica —como un valor—, procede a delimitar los trazos de su alcance y significación actual.

La verdad es que la seguridad jurídica posee, según se acentúe su dimensión objetiva o la subjetiva, dos acepciones básicas. Pérez Luño reserva el término seguridad para la dimensión objetiva y el de certeza para su acepción subjetiva. Respecto a la acepción objetiva, las denominadas por el autor correcciones estructural y funcional serán las vías a través de las cuales se irán detallando pormenorizadamente cada uno de los requisitos que las constituyen. De tal forma que, para poder hablar de seguridad jurídica se han de identificar dos tipos de garantías: junto a la exigencia de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico y la de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios, se requiere la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación. La exigencia del requisito de positividad del derecho como primera exigencia de seguridad jurídica es fuertemente recha-

zada por Pérez Luño (p. 23) pues, aunque la positividad resulta ser una condición necesaria de toda organización jurídica, junto a ella se sitúa una seguridad que, puede coincidir o no, pero que, en todo caso, no constituye un elemento inherente a todo tipo de ordenamiento jurídico.

Como es perfectamente demostrable, el primer tipo de exigencia se traduce en la práctica en una serie de principios o requisitos de tipo formal, como pueden ser: la publicidad de las leyes, la claridad normativa, la plenitud del ordenamiento jurídico, la reserva de ley, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada, o el respeto a los derechos adquiridos. En cuanto a la concreción del principio general de sujeción al bloque de la legalidad, el autor la localiza en el principio de legalidad y responsabilidad, en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en la eficacia del derecho y en su inviolabilidad.

Estos requisitos esbozados teóricamente por Pérez Luño cobran vida en nuestro texto constitucional. En efecto el tratamiento de la seguridad jurídica que la Constitución refleja es valorado positivamente —aunque sin entrar en la polémica de si es o no uno de los valores superiores— tanto por la conexión que se establece entre las dimensiones estructural y la funcional, como por su consideración como base para su proyección subjetiva, bien de forma expresa o, implícitamente. No entra, como hemos señalado, de forma pormenorizada en la polémica de si es valor superior, pero la cuestión queda zanjada al propugnar una interpretación sistemática del art. 9 con el art. 1.1 como aval de la propuesta hermenéutica de Mezquita de Cacho sobre la lectura del 9.3 en clave del 9.2 en base al criterio de identidad de las sedes materia que, al estar también presente en otras páginas del libro, permite hacerla extensiva al preámbulo constitucional.

Sin embargo, y en nuestra opinión, el tratamiento de la seguridad jurídica no es ajeno a la imprecisión sistemática que domina buena parte de nuestro texto fundamental. Esos defectos sistemáticos que, en parte, parecían desvirtuar y cuestionar el «haber» de su escrupuloso tratamiento constitucional son subsanados, como muy bien señala el autor, por una interpretación unitaria, acumulativa y omnicomprendensiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin considerar que se elimine con ello el carácter autónomo de cada uno de estos requisitos. Así se desprende de diversas sentencias relativas a la unidad y continuidad de la jurisprudencia (p. e. en el caso de variación de criterios se exige la explicitación razonable y justificada de la diferenciación, S.T.C. 120 / 1987, de 10 de Julio, F.J. 2) Sin embargo, el autor llegará a la conclusión, tras confrontar diversas sentencias y descubrir dos niveles de límites (junto a los límites expresos del art. 9.3 se observa un segundo escalón de restricción que permite distinguir entre lo que, Pérez Luño —en línea con la S.T.C. 126/87 de 16 de Julio— denomina una retroactividad auténtica y otra, impropia), de que la línea sostenida por el T. C., en cuanto los derechos adquiridos y el principio de irretroactividad de las normas, es claramente restrictiva. En el

primer supuesto –situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley– sólo se excepciona la regla general de irretroactividad por exigencias cualificadas del bien común, concepto que, en nuestra opinión, no queda suficientemente aclarado en la exposición. El segundo supuesto –cuando se incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas– se resuelve, por la ponderación de bienes entre la seguridad jurídica y las razones de modificación del ordenamiento jurídico en orden al caso concreto. Conviene también señalar que, esta segunda escala de limitaciones o precisiones se circunscribe al ámbito tributario. Parece por tanto discutible, cuando menos, su traslado o aplicabilidad a otros ámbitos.

Finalmente, se señala cómo la ruptura de la conexión entre el derecho fundamental a la seguridad personal del art 17.1 y el principio de seguridad del art. 9.3 o, entre el art. 25.1 y el art. 9.3 –fruto de una interpretación literal y asistemática del T.C. de los art. 9.3. y 53.2– producen la paradoja de ignorar en esas dos importantes manifestaciones de la seguridad jurídica una interpretación sistemática de carácter histórico dentro de una tendencia que no podemos dejar de considerar *injustificada y desfavorable al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales*, esto es, el inconveniente de no admitir, en palabras del autor, las proyecciones subjetivas de la seguridad.

II

El estudio sobre la seguridad jurídica en el Estado de Derecho se inicia con una introducción de los puntos de quiebra actuales de la seguridad. Se trata de la búsqueda de las causas del llamado «proceso de decadencia de la seguridad jurídica». Así, a los cuestionamientos formulados por los teóricos del Derecho Libre, los sistemas totalitarios, los realistas americanos, las corrientes hermenéuticas de uso alternativo del Derecho, o las más recientes tesis postmodernas, se añaden razones fácticas como la inflación normativa, la propia complejidad y equívocidad del lenguaje legal o la disolución de la división funcional de los poderes por la presencia creciente del ejecutivo en esferas tradicionalmente reservadas al legislativo, que llevan a calificar la seguridad como mito. En todo caso, la crisis de la seguridad jurídica debe afrontarse teniendo en cuenta el marco, señalado por el autor, en que acontece y se desarrolla, que no es otro que el de la crisis de adaptación de los conceptos y las categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tecnológica. Así, ante el desequilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y la incapacidad del jurista para asumirlos y aprovecharlos, el profesor Pérez Luño localiza en las posibilidades de la informática jurídica los medios adecuados para combatir al adversario.

En los dos apartados siguientes realiza un replanteamiento del entramado de relaciones entre la seguridad jurídica, la libertad y la justicia.

Para Pérez Luño, el Estado de Derecho supone la superación de la antítesis histórica entre seguridad y libertad por cuanto la seguridad jurídica se vuelve presupuesto o condición necesaria para la realización de la libertad. Destaca, asimismo, la ampliación de la seguridad a través de la reivindicación de su papel de derecho fundamental, entendido como inmunidad personal (derecho que entendemos no sería exclusivamente de autonomía sino también de carácter prestacional). Esta situación exige una revisión del principio de obediencia general de las normas, en cuanto garantía de seguridad jurídica de todo Estado de Derecho. Para Pérez Luño, la conexión propia del Estado de Derecho entre la obediencia al Derecho y el respeto al principio de mayorías, cristaliza en una garantía de seguridad jurídica. Esta tesis, en línea con la sostenida por el T. C. y un sector doctrinal, ha sido acusada de ocultar la defensa de la teoría del Estado policial. Para el autor, el error de estas críticas radica en la falsa conexión que se presupone entre el Estado policial y cualquier forma de legitimación democrática contractualista. Como se señala, la ley del Estado policial es fruto siempre de una voluntad arbitraria y despótica. Por contra, la ley del Estado de Derecho es fruto de la voluntad general, lo que le adjudica una legitimación de carácter formal. Pero además, ostenta legitimación material en cuanto que posee un contenido perfectamente delimitado, la defensa de los derechos fundamentales. Podríamos ejemplificarlo con dos fórmulas: «hacia la seguridad a costa de la libertad y de la ley», en el primer supuesto y, en el segundo, «hacia la libertad por la seguridad jurídica y por la ley».

Respecto a la relación entre seguridad y justicia, tras apuntar el debate surgido en la doctrina jurídica italiana de la posguerra, nos parece que asume una concepción expuesta en el seno de la doctrina alemana por Denninger, que ofrece una visión bastante clarificadora de la situación actual. Se trata de la concepción de la seguridad jurídica en cuanto seguridad de bienes jurídicos que, al partir de la concreción de los valores de justicia y seguridad, pretende superar la antítesis. Sin embargo, el autor no desconoce los peligros que esta concepción encierra. Junto a las concepciones individualista o transpersonalista del bien jurídico, cuya causa última remite a la falta de precisión y los difusos perfiles de la noción de bien jurídico, se sitúa otro obstáculo, que no es menor, la aparición de una concepción preventiva del Estado recientemente reforzada por las nuevas corrientes penalistas. En nuestra opinión, puede incluso dar entrada al riesgo del Estado paternalista y, lo que es peor, en la práctica, una errónea interpretación de esta concepción de la seguridad jurídica en clave de seguridad de los bienes jurídicos corre el riesgo de traducirse en un cierto tipo de política que, bajo el subterfugio de la prevención de bienes jurídicos, termine por aniquilar el respeto a los derechos fundamentales del individuo al utilizar frente a una «peligrosidad potencial» el instrumento de control de las llamadas «medidas de seguridad».

La situación se presenta lo suficientemente alarmante como para que Pérez Luño se decida por establecer lo que, creemos, considera requisitos insoslayables de la seguridad de bienes jurídicos:

1. La necesaria identificación de la noción de bienes jurídicos como los valores constitucionalmente proclamados por el Estado de Derecho.

2. La concepción de los derechos fundamentales como cauces positivos que posibiliten la integración plena de exigencias personales y sociales.

3. La idea de que la seguridad jurídica debe responder a los principios de pluralismo y participación democrática.

Por la primera, se evita la equivocidad y ambigüedad de la noción; por la segunda, se pretende superar el pulso entre concepciones individualistas y transpersonalistas de los bienes jurídicos; y por la última, se evita la conversión en un Estado preventivo. Sin embargo, lo que en la teoría se ofrece como un entramado perfecto, la experiencia histórica nos hace ver cómo la prevención de los bienes jurídicos no elimina el riesgo de determinadas políticas de seguridad. La crítica, una vez más, ha de situarse en el paso de la teoría a la práctica aunque, quizás, es compartido ese escepticismo por el propio autor cuando insiste en la idea de que cualquier política preventiva de un Estado de Derecho debe respetar dos mínimos:

– La adecuación de las medidas de seguridad a los valores y derechos fundamentales constitucionales

– El que su aplicación se realice con todas las garantías procesales y penales propias de su ordenamiento jurídico.

Dicho de otra forma, lo que Pérez Luño sostiene es la vinculación entre la seguridad y la legitimidad política propia de un Estado de Derecho, y por esa razón realiza una incursión crítica por las concepciones no axiológicas de la seguridad jurídica. En efecto, tanto las concepciones positivistas como las sociológicas de la seguridad jurídica prescinden del carácter valorativo de la noción por lo que le proporcionan, *a sensu contrario*, argumentos favorables a la tesis que quiere demostrar.

Creemos interpretar que su crítica a las concepciones positivistas se centra en dos puntos:

1. La errónea identificación entre seguridad, Estado de Derecho, y legalidad formal. Pérez Luño aducirá que ni todo Estado es un Estado de Derecho, ni la seguridad jurídica es la raíz de todo Derecho sino sólo del Derecho justo que se da en el seno de un Estado de Derecho. Por lo tanto, no todo Derecho Positivo implica un sistema de seguridad jurídica.

2. En que la idea de Estado de Derecho implica además de una legalidad formal, una legalidad material y una legitimación tanto formal como material, requisitos pues, todos ellos, imprescindibles para que se pueda hablar de seguridad jurídica de un Estado de Derecho. Consideramos que éste, y no otro, es el sentido de la afirmación del autor de que la seguridad es un factor de legitimación política.

Para la crítica a las posiciones sociológicas, centrada en los aspectos descriptivos y empíricos, se sirve de la obra de Corsale. Destaca el autor la lucidez del profesor italiano en la exposición histórica de la seguridad, así como la localización de las insuficiencias del concepto tradicional de adaptarse a los cambios actuales. Sin embargo, considera que no consigue demostrar la ausencia de su implicación valorativa. Es más, Pérez Luño, ve en la propuesta de Corsale constantes contradicciones fruto de la intensa presencia de contenidos éticos que no consigue eliminar. Los argumentos que utiliza el Catedrático sevillano pueden resumirse en estos: una noción cuyo contexto de origen se sitúe en parámetros de legitimidad política y jurídica, difícilmente puede desligarse de la perspectiva axiológica. Por lo demás, en Corsale, el carácter inmanente de la seguridad con respecto al concepto de derecho remite a un derecho justo, y no al mero derecho positivo.

III

Coherentemente con lo expuesto, el tercer capítulo supone una apuesta final a favor de la seguridad jurídica como valor jurídico fundamental. Para ello, de un lado, deberá demostrar que es posible inferir la presencia de elementos valorativos tanto de la coexistencia de las propias exigencias internas de la seguridad jurídica como de su convivencia con los restantes valores jurídicos. De otro, hay que reconocer que la asimetría discursiva que enfrenta justicia y seguridad desde distintos planos convierte en inalcanzable la conciliación; por tanto, es necesaria la revisión y actualización de los tradicionales argumentos antitéticos, empezando por situar a la seguridad jurídica en la categoría axiológica que le corresponde. Una vez ahí, se comprobará en qué medida es posible alegar razones a favor de su consistencia como tal.

La vía utilizada para el análisis de las tensiones axiológicas de carácter interno es la coexistencia entre el principio de legalidad penal y el de plenitud del ordenamiento jurídico. Para Pérez Luño, la cesión del principio de plenitud ante el de legalidad penal debe interpretarse como una opción a favor de una de las dimensiones de la seguridad, y, por tanto, consecuencia de las implicaciones valorativas. Sin embargo, el que en la realización práctica de la seguridad jurídica se utilicen planteamientos valorativos no constituye, en nuestra opinión, un argumento suficientemente fuerte de identificación de la seguridad jurídica como valor jurídico, pues, ¿acaso existe alguna parcela jurídica libre de implicaciones axiológicas?

Las tensiones axiológicas externas se analizan desde sus principales paradigmas, es decir, desde las más relevantes manifestaciones de la seguridad jurídica en un Estado social de Derecho: *la ignorantia iuris*, la cosa juzgada, el recurso de revisión, el principio de irretroactividad, los derechos adquiridos y el *Richtersrecht*. Se pretende demostrar que la tradicional antítesis entre seguridad y justicia se supera automáticamente o incluso es

inexistente, si se sitúan estas nociones en el plano que les corresponde, que no es otro que el de los valores.

El primer supuesto a través del cual se revisa el enfoque conflictual entre justicia y seguridad lo proporciona la *ignorantia iuris*. Para Pérez Luño, la cuestión clave es el sentido actual de una cláusula que, aunque con orígenes en el propio derecho romano, ha sido sometida a grandes críticas en sus presupuestos ideológicos desde el socialismo jurídico y el pensamiento jurídico krausista. Los continuos cambios legislativos, la complejidad y el alto grado de tecnicidad del lenguaje jurídico, así como las desigualdades en el acceso a la cultura, son algunos de los argumentos que se van exponiendo. La concepción jurídica costiana de fundir en una las categorías de legisladores y legislados al ser analizada de forma más pormenorizada, es considerada una versión de la teoría del reconocimiento. Al admitirse el carácter ideológico de esta cláusula, la consecuencia inmediata es el reconocimiento de que la graduación conflictual entre los valores sometidos a análisis estará en función del tipo de organización política en el que se contemplan. Así, y desde las aportaciones que supone el establecimiento del Estado de Derecho, son analizadas, de modo especial, las nuevas inclinaciones juridicopenalistas. Es de destacar la reconducción del autor de los supuestos de «creencia diferente» al terreno de estudio que les corresponde, el del reconocimiento del derecho.

En definitiva la propuesta elevada por Pérez Luño puede resumirse en tres puntos:

1. La aceptación definitiva de la regla general de la relación directa e inmediata entre participación democrática en la formación de la ley y su conocimiento.

2. La aclaración de la significación actual de la ignorancia del Derecho. No tiene carácter imperativo, ni presuntivo, sino garantizador de los principios de validez y eficacia del derecho y, en este sentido, no atentaría al status personal de los ciudadanos e, incluso, creemos deducir que supondría un paso más en la realización de la igualdad formal al prohibir la aparición de supuestos injustificados.

3. El acortamiento de la distancia entre la relevancia jurídica de la ignorancia (se equipara, apuntando las diferencias de significado, a efectos jurídicos, con el error) de hecho y la de derecho, deducida tanto del derecho privado como del derecho público.

La segunda manifestación escogida de la tensión seguridad jurídica-justicia es el instituto de la cosa juzgada. Tras señalar su doble dimensión (formal y material) en el lenguaje jurídico, se la sitúa en lo que es: un límite infranqueable en la experiencia jurídica y, en cuanto tal, una categoría básica de la seguridad jurídica, como instrumento de realización subjetiva y objetiva de la misma.

El planteamiento antitético entre esta manifestación de la seguridad jurídica y la justicia se lleva a cabo a través de la tesis de Carnelutti. La «sacralización» de la cosa juzgada es la expresión elegida por Pérez Luño para señalar la equivalencia que, desde los planteamientos que se tratan de superar y que conducen a una inevitable confrontación, se realiza entre cosa juzgada, verdad jurídica y verdad formal. Si se parte de estas premisas, la llamada verdad material —que daría entrada junto a la verdad formal a la plena realización de la justicia— puede ser el gran ausente. Las propuestas alternativas vienen de la mano de tesis que acentúan el aspecto procedimental o formal de la justicia, como por ejemplo entre nosotros Peces Barba, junto a las que centran sus esfuerzos en mostrar la confluencia que se da en la cosa juzgada entre los aspectos procedimentales y materiales de seguridad y de justicia, como la de Capograssi. Es sin duda alguna entre estas últimas tesis, en las que el esfuerzo de reducción del abismo existente entre justicia como seguridad y justicia como verdad parece ser la salida más elaborada de la encrucijada, donde se sitúa Pérez Luño.

Pero será en la contemplación del llamado recurso de revisión, en contra de la interpretación henkeliana, como realización conjunta de los valores jurídicos de seguridad y justicia en cuanto instituto procesal del Estado de Derecho, donde el autor introduce lo que parece ser una aportación concluyente a favor de la eliminación de la tensión entre esta exigencia de seguridad y la justicia.

La dureza de las consideraciones de Pérez Luño sobre el ambiguo, inconsecuente e incluso contradictorio tratamiento por parte del Tribunal Constitucional de esta garantía procesal en su ámbito de aplicación penal, es la consecuencia del seguimiento pormenorizado que realiza de las diversas sentencias, así como la antesala de su sugerente crítica *a posteriori* (de lo que debió acontecer y no ocurrió): la declaración de inconstitucionalidad de la actual regulación de la revisión penal lesiva del «contenido esencial» del derecho contemplado en el art 24 de la C.E. de 1978.

La distinción entre una retroactividad auténtica y una impropia elaborada por el T.C. sirve de introducción de la manifestación básica de la seguridad jurídica que entraña el principio de irretroactividad de las leyes.

La transformación del carácter estático de este principio en dinámico, que supone el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho, no debe interpretarse, según el autor indica, ni como una quiebra ni siquiera como una renuncia a la garantía de irretroactividad pues ésta sigue conservando sus perfiles y con especial relevancia en el ámbito penal, dada, en caso contrario, la vulneración que se produciría del principio de legalidad penal. Sin embargo, resulta imprescindible, y así se entiende en el libro, la mención a la, a nuestro juicio, gran excepción, a nivel internacional, al principio general de prohibición de la retroactividad (los procesos de Nuremberg). Los argumentos justificatorios de Klug, aunque son expuestos como partes de una única línea argumentativa de corte iusnaturalista, nos pare-

ce que son de diversa índole; así, frente a razones jurídico positivas como que las conductas que conforman el tipo penal constituyen violaciones de normas penales, se alude a otro tipo de argumentos éticos que responden, en última instancia, a la realización de las exigencias de justicia, o incluso de carácter interpretativo del sistema jurídico como el de acudir a la *ratio legis* del principio de irretroactividad; también se traen a colación justificaciones de carácter axiológico, como la invocación de valores universalmente aceptados e, incluso, una supuesta ley ética reconocida por todas las naciones civilizadas; finalmente, alguno de carácter técnico jurídico, como la precisión del tipo penal capaz de evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte de los tribunales que lo tuvieran que aplicar.

Consideramos interesante destacar la pragmática posición del autor (nota 80) frente a lo que denomina la logomaquia que parece invadir la discusión acerca del llamado Derecho Natural. En este tipo de discusiones en las que el fondo de los problemas se ocultan o, peor aún, se pierden bajo las palabras, resultan muy de alabar posiciones que no traten de ocultar los problemas sino de buscar las soluciones. Sin duda alguna lo más importante de su propuesta es la significación dinámica que se ofrece de un principio, el de irretroactividad. Dinamismo que no puede prescindir de su conexión interpretativa con la *ratio legis* de las normas, pues sólo así es posible evitar consecuencias tan temidas como: petrificación, congelación, inmovilismo, o inmutabilidad normativa, en un paso más por reconducir las relaciones seguridad-justicia a sus auténticos parámetros de actuación. De esta manera, los supuestos que se produzcan de retroactividad, encuentran su plena justificación en ese responder de manera conjunta a los valores de justicia y de seguridad.

Si aceptamos que existe una implicación lógica entre el principio de irretroactividad de las leyes y el reconocimiento de los derechos adquiridos, es natural que a continuación se admita que dicho reconocimiento excluye la retroactividad de las leyes. En este sentido, Pérez Luño dirá que: «La problemática de la retroactividad se prolonga, de forma necesaria, en la doctrina de los derechos adquiridos». Sin embargo, la doctrina de los derechos adquiridos en cuanto instrumento autónomo que se concreta en la práctica en el respeto de las situaciones jurídicas producidas con anterioridad, tras el asentamiento del Estado de Derecho, está condicionada, pues sólo se consideran bajo el amparo de este rótulo derechos legal y legítimamente constituidos con lo que se les dota de un nuevo significado en el que las implicaciones de la justicia no están ausentes.

El impacto de las barbaries acontecidas durante los regímenes totalitarios de la primera mitad de este siglo han hecho posible, entre otras causas, la evolución, a través de pensamientos muy significativos, desde «el modelo mecanicista de aplicación del Derecho» hacia el llamado «derecho judicial» (*Richtersrecht/Richtersstaat*). Y aunque detrás de toda esta transformación se han alegado cambios en la interpretación y aplicación del derecho,

creemos que la verdadera raíz del cambio se produce por un giro en la orientación teórica que permite variar la perspectiva de estudio y por tanto la metodología jurídica. Esto se ha traducido en la práctica en una crisis del paradigma de la certeza jurídica que obliga a señalar los parámetros doctrinales de orientación y control de la judicatura que eviten el puro decisionismo y el caos de la arbitrariedad a la que conducirían los juicios de valor subjetivos ajenos a toda racionalidad. Esta labor de señalización se realiza, en estas páginas, a través de posiciones referenciales como las de Haverkate, Alexy, Esser, Hart, Dworkin, Maccormick, y Weinberger.

En definitiva, y ante la cuestión de si supone una agresión a la seguridad jurídica la emancipación del juez respecto la ley (estricta en aras de la decisión justa), el profesor sevillano, es rotundo en su negativa pues considera que la labor hermenéutica actual del juez, y el subsiguiente abandono de posiciones metodológicas del positivismo subsuncionista, conllevan una reactualización de posiciones metodológicas de corte iusnaturalista que no implican su desvinculación del derecho, incompatible con el Estado de Derecho, sino la presencia de la racionalidad práctica encauzada al logro de justicia en las decisiones. Es por tanto, como él mismo señala, una opción en favor de la justicia que no supone detrimento de la seguridad jurídica si por esta se entiende «...una categoría axiológica más amplia y compleja que la mera seguridad legal.»

El último punto supone una reflexión final sobre todo lo expuesto. Afianzada la inconsistencia del conflicto, resta por enfrentar la cuestión que aflora continuamente en el discurso, el engarce final con el valor justicia. La elucidación conceptual conduce a la distinción entre la justicia general y la justicia particular, así como, a la evidencia de que la seguridad jurídica no es sino un apartado de la justicia general. Esta consecuencia, si bien elimina la antítesis entre estas categorías axiológicas, también es cierto que introduce una nueva cuestión: ¿es plausible su consideración autónoma tanto a nivel conceptual como funcional?

Para Pérez Luño las exigencias objetivas de corrección estructural y funcional son manifestaciones básicas de la seguridad aunque implícitas en la justicia general. Del mismo modo que, para las posiciones que sostienen la cualificación adjetiva de la seguridad con respecto a los restantes componentes de la justicia, difícilmente puede predicarse el carácter autónomo de la misma.

Se trata, en definitiva, de un libro breve pero denso, que invita a la reflexión y que abre multitud de puertas a la discusión filosófico jurídica. La complejidad del tema y la diversidad de cuestiones circundantes son enfrentadas desde un planteamiento unitario de forma exhaustiva y rigurosa.

Por otra parte, y en un momento en que se cuestiona gravemente la llamada «política de seguridad» de los Estados sociales y democráticos de Derecho, al mismo tiempo que se observa con preocupación su plausible

transformación en Estados preventivos; en un momento en que quizás no estemos muy lejos del vaticinio de F. Savater:»... La seguridad pública se alimenta de la inseguridad privada que pretende combatir.» «... se acerca una hecatombe hipócrita, un sacrificio universal por móviles representados sin convicción. A no ser que la mayoría termine creyendo de veras que para salir del bache —de la incertidumbre personal, de la tragedia ética— lo importante es creer en algo claro, tajante y agresivo.»; en un momento en el que en nuestro contexto se ha producido el levantamiento de prestigiosas voces contra la llamada ley de protección de seguridad ciudadana, tachada por Perfecto Andrés Ibañez de ley «premoderna», como expresión de una crisis de un orden de valores, e incompatible con el Estado social y democrático de Derecho filosófica y jurídicamente; en un momento en que los ciudadanos se preguntan si cabe una mayor descalificación de una ley que nace en un contexto democrático social y con vocación de progresista; la oportunidad de libros de las características de éste, queda fuera de toda duda.

A pesar de todo, y aplicando a la noción de seguridad jurídica en toda su extensión, el dictamen de Carrió con respecto a los casos anómalos atípicos o marginales, hay una idea que parece que ya no se cuestiona: el discurso sobre seguridad jurídica en términos absolutos es quimérico: «No podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales, y en general, el contacto profesional con el derecho, nos enseñan que esa seguridad es quimérica», «La indeterminación marginal del orden jurídico es algo con lo que tenemos que contar; no puede ser eliminado con esperanzas ilusorias, por muy dignos que sean los motivos que la inspiren. La certidumbre absoluta en estas cuestiones es algo que falta, como tantas otras cosas en el limitado equipaje de los hombres».

La tesis central que se debate en este libro es si asistimos sólo a la invocación de un recurso procedimental o, acaso hablamos de parte de la idiosincrasia de cualquier tipo de ordenamiento jurídico. Creemos que la línea argumentativa seguida consigue demostrar que se trata de un valor de derecho justo que adquiere su plena dimensión operativa en el Estado de Derecho. Pero ello no puede ser un obstáculo para admitir la gradabilidad del concepto de seguridad jurídica en función de su carácter histórico y variable.

Al partir de una definición de seguridad jurídica —en cuanto categoría axiológica más amplia y compleja que la seguridad legal— propia de un Estado social de Derecho y, examinar metodológicamente las distintas manifestaciones de la seguridad jurídica tradicionalmente paradigmáticas de la tensión con el valor jurídico de la justicia, se comprueba que, estas presentan un perfil muy distinto. En efecto, el tránsito a la modernidad supone, entre otras muchas cosas, la superación de los planteamientos anti-

téticos al establecer la vinculación entre la noción de seguridad jurídica y los Estados democráticos. Por lo tanto, creemos que admitida la plausibilidad de que la verdadera antítesis se produce en el estado de naturaleza, se podría argumentar que, hoy en día no tiene sentido mantener este tipo de discusión. Además, se podría aducir que el establecimiento de límites a la libertad no significa más que el reconocimiento de la libertad de los demás a través de un sistema de garantías y protección que permite, a su vez, el desarrollo de unos parámetros de previsibilidad sobre todas las circunstancias que rodean el efectivo ejercicio de los derechos, es decir, sobre la posibilidad de su uso y disfrute. Sin embargo, y a pesar de las razones expuestas somos escépticos de que realmente se haya supervalorado el problema. Lo que ocurre es que, quizás, ya no se puede abordar en términos antitéticos y convendría buscar otra expresión que de mejor alcance de la fricción entre seguridad-justicia que, en nuestra opinión, sigue latente, aunque en última instancia remita al abismo existente entre los planteamientos teóricos y los prácticos.

Admitida, por tanto, la cualificación axiológico-jurídica de la seguridad, se realiza su estudio desde la Filosofía jurídica, atendiendo a los problemas derivados de la jerarquía propia de la coexistencia de los valores. Creemos, pues, que dicha fricción tiene su razón de ser en las dificultades de precisar con exactitud los contornos de una figura de muy dudosa autonomía por presentarse a su vez como dimensión o parte de un valor superior, la justicia. En una pirámide de estas características, el equilibrio práctico, que no teórico, entre sus componentes siempre resultará dificultoso, cuando no inalcanzable. Nos parece, por tanto, que no debe ignorarse en este debate la adjetivación de la noción propuesta por Atienza en base a la distinción de tres niveles de seguridad porque consigue, no tanto evitar los conflictos valorativos, como dotar a la seguridad jurídica del carácter instrumental que quizás debe tener con respecto a los restantes valores.

A pesar de las reservas del autor sobre la proximidad del planteamiento expuesto con otros tratamientos sobre el tema consideramos que, sólo desde posiciones positivistas-formalistas, sociológicas y realistas se produciría una discusión inconciliable. No creemos, a pesar de ello, que se cree *ex novo* una categoría jurídica sino que la ya existente es observada desde la perspectiva que proporciona su nuevo significado axiológico acorde a la reciente exigencia que plantea la fundamentación de los derechos desde las necesidades básicas. Se trata, por tanto, de una investigación del significado más profundo de una categoría anclada en el conservadurismo, de la actualización o puesta al día sin miedo de un concepto clave del mundo jurídico, y, en definitiva, de la liberación de las garras del formalismo de la noción de seguridad jurídica.

Blanca MARTÍNEZ DE VALLEJO

Eligio RESTA, *La certezza e la speranza (Saggio su diritto e violenza)*, Roma-Bari, Biblioteca di Cultura Moderna Laterza (1024), Gius. Laterza & Figli, 1992, XI-222 pp.

Esta nueva obra de RESTA no podría haber llegado más oportuna. En un momento de la historia de la cultura jurídica de Occidente en que con más fuerza son desafiados los principios del derecho liberal, una reflexión tan profunda como la que se expone en estas páginas constituye también un desafío a los juristas que hacen oídos sordos al significado que no parece quieran atribuirle a ciertos hechos; hechos estos que han venido a poner bajo cuestión un asunto esencial de esa cultura jurídica y que han impulsado a la corrupción de aquellos principios.

Todos esos hechos pueden responder a un denominador común, cual es precisamente la representación de todo lo contrario que siempre el derecho ha tratado de constatar, contrarrestar u oponer: la violencia. Y cuando se habla de violencia, si bien su evocación lleva inmediatamente a la imagen de la guerra (esa vecchia storia, como la recuerda RESTA) que hoy mas que nunca se presenta con mil ejemplos desde todos los rincones del planeta como el opuesto a la racionalidad jurídica, han de tenerse también presentes las otras imágenes de violencia cotidiana que asaltan igualmente a las personas a cada momento de sus vidas. Ello así pues, quizá en virtud de la revolución tecnológica que ha acelerado en forma vertiginosa la transmisión de imágenes, sonidos y palabra escrita, pero sobre todo porque también es verdad que las gentes han multiplicado la sensibilidad democrática, lo cierto es que hoy la violencia golpea con gran impacto la conciencia de los pueblos.

Mas, la referencia a la violencia que RESTA plantea desde el comienzo de su libro no es el único concepto central que maneja para orientar al lector en el camino que él traza a través de la historia y la cultura jurídicas. Quizá, más bien, la violencia sirve como pretexto para que RESTA entre de lleno en el eje de su reflexión, la cual está constituida en torno a la necesaria abrogación del concepto de «soberanía» como forma para poder replantear seriamente el problema del pacifismo. Es entonces natural que, para que RESTA pueda iniciar este diálogo con los juristas en particular, parta de una afirmación de Kelsen dirigida al mismo concepto sobre el cual se ha asentado el sistema de las relaciones internacionales y la forma-Estado nación. «El concepto de soberanía debe ser radicalmente abandonado. Este es el gran cambio cultural del cual tenemos necesidad» (*Das Problem der Souveränität*, Mohr, Tübingen 1920).

Según siga imperando el concepto de soberanía, el derecho seguirá siendo muy semejante al objeto que quiere regular —la violencia— y, en consecuencia, mientras no se practique la diferencia entre la regulación y el objeto de ella no será posible el pacifismo a menos que, como dice RESTA (y este es el verdadero desafío del libro, a mi entender), la apuesta de una nueva di-

ferencia respecto al derecho sea la de la búsqueda de otro pacifismo como el que se intenta hasta ahora. Y esta búsqueda parece legitimarse cada vez más a la luz de la hipocresía y el descaro que se revelan en el uso desenfadado del concepto de soberanía, el cual sólo parece respetarse y ser digno de respeto cuando se ejerce a través de la violencia; los ejemplos son obvios y van desde la ineficacia de la jurisdicción internacional o de las decisiones de los órganos consensuados para garantizar la seguridad de las fronteras, hasta la agresión de hecho o la invasión militar de los poderosos. A partir de la flagrancia de estos hechos que están gobernando el planeta tierra, los ostensibles ejemplos de la violencia cotidiana se hacen irrefrenables y el conjunto de todos ellos empequeñece, deteriora y degrada la convivencia.

El volumen que ha publicado RESTA se compone de cinco capítulos (I. *La violenza misconosciuta*, II. *Tempi inquieti*, III. *Quello che i moderni chiamano diritto*, IV. *Guerre con altri mezzi*, V. *Il diritto dopo le virtù*), a lo largo de los cuales —en un riquísimo juego de metáforas y amplio uso de una vasta literatura que proviene de diferentes campos disciplinarios (lo cual distingue el lenguaje y las obras precedentes del A.)— el lector se encuentra con una reflexión crítica sobre la contraposición ente violencia legítima del Estado y del derecho y violencia ilegítima.

Hay, sin embargo, algunos aspectos del volumen que son desde antes preocupaciones ya abordadas en precedentes publicaciones por RESTA las cuales, ahora, aparecen vinculadas y expuestas en conjunto de modo que sirven a la reflexión mencionada. Aludo aquí, por ejemplo, a la ambivalencia mimética de la violencia que la modernidad ha hecho más visible y que reside en el deslizamiento de un polo a otro del vínculo entre el derecho y la violencia, de la imposibilidad de presentarse como una sola cosa primero; el derecho, las leyes y la violencia más tarde y, desde siempre, de manera inesperada, entre la escritura, la violencia y el derecho. Si bien a RESTA le parece muy evidente esta ambivalencia de la violencia en las discusiones antropológicas, desde J. G. Frazer a R. Girard y si, por otro lado, también encuentra ya exploradas la ambivalencia de la escritura en los trabajos de E. A. Havelock y J. Derridá, en cambio es para él del todo inesperado el descubrimiento de la existencia de un vínculo que la ambivalencia es capaz de establecer entre el derecho, la escritura y la violencia (v. pp. 28-29). Y es este «descubrimiento» que RESTA relaciona con la originaria ambivalencia, con la indiferenciación que debe resolverse, al que da un nombre específico, ya indicado por el sentido griego del *pharmakon*, veneno y antídoto a la vez, enfermedad y cura —de lo cual ya había hablado en su «El concepto de *pharmakon* y la legalidad moderna» (trad. de J. L. Domínguez y R. Sagarduy), en R. Bergalli (ed.), *Sociology of Penal Control within the Framework of the Sociology of Law*, *Oñati Proceedings* n.º 10, Oñati 1991, 79-103—. «Toda la tradición de la modernidad está atravesada por la conciencia de la necesidad del reconocimiento de la violencia como problema fundamental de la sociedad; pero, asimismo, está atravesada por una tranquilizante auto-seguridad por la cual, separada la

violencia del entero sistema social e incorporada en el sistema del derecho y de la política, el orden social se habría podido realizar» (pp. 27- 28). Es de esta manera como, para RESTA, emerge la *certezza* de que, en la tradición iluminista, soberanía y derecho constituyen la respuesta racional, exclusiva, moderna y la única posible para la violencia de toda la sociedad. De lo cual a su vez surgiría que, tanto la soberanía como su ley —que provenga de un rey, de una *macchina*, de una asamblea o de una mayoría— se justifican por la necesidad de interrumpir la violencia natural del individuo. Será entonces la violencia del soberano, regulada a través de —no solamente por la— ley, la que se ha presentado como la única cura posible, el único remedio, el único antídoto eficaz contra la violencia.

Otro aspecto del volumen que, como ejemplo, forma parte de anteriores preocupaciones de RESTA y que vale la pena destacar, es el relativo a la ética de la hermandad que en esta obra aparece en el análisis del *monopolio della violenza* —apartado 5, del Cap. II (pp. 78-81)—. En un breve ensayo publicado en el año anterior a este libro (v. *Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, en: «Sociología del diritto», XVIII, n. 3, Milano 1991, 5-31), ya RESTA había adelantado el recuerdo de que «el contractualismo moderno no puede dejar de lado la igualdad de los ciudadanos para fundar un *pactum subjectionis*, gracias al cual cada uno renuncia de manera igual a las cuotas originarias de violencia que se conjuncionan colectivamente en la única violencia admitida que es aquella del soberano. El pacto horizontal que cada uno estipula con los demás está dirigido a constituir una 'diferencia' en la figura del soberano la cual, sobre la base del *pactum domini*, podrá usar legítimamente la violencia para evitar la violencia, amenazar la guerra para evitar la guerra» (v. p. 14) de este adelanto nace la afirmación que se hace en este volumen: «la violencia racional, entonces, expulsa tanto la venganza cuanto la ética de la hermandad» (v. p. 78) con la cual se recuerda el vasto proceso de racionalización que, recorriendo las distintas etapas histórico-sociales de la cultura occidental, realiza las metamorfosis de diferentes poderes y termina encerrando la violencia en formas y reglas específicas, tal como Weber lo comprendió en su sociología del derecho. De esta manera, la ética de la hermandad como la crítica más firme contra la violencia y como medio para alcanzar las cotas más altas de justicia, se propone como el fundamento de un nuevo pacifismo. Mas, sin embargo, un medio tan solvente para atacar el mal de fondo del problema del orden deberá encontrar una adaptación en la modernidad; como dice también RESTA, «Deberá, weberianamente, transformarse en alguna otra cosa, haciendo cuentas, amargamente, con la única potencia revolucionaria que es la racionalidad» (p. 79).

Con este tipo de análisis, RESTA introduce al lector en la explicación del título de su libro con el cual, retomando la delimitación entre derecho y violencia que hiciera J. P. Sartre en sus *Cahiers pour une morale*, aunque ella pueda ser a veces muy tenue, también se presenta como una diferencia entre lo conocido y lo desconocido, entre una *certezza* y una *speranza*.

Entre esos extremos se ha debatido la regulación del orden social en la modernidad que sólo ha podido encontrar en el Estado de derecho la única forma jurídico-política, la cual vive exclusivamente de la diferencia respecto al estado salvaje y al Estado disciplinario, es decir a un poder sin reglas y a un poder máximo. La diferencia está entonces —dice RESTA (p. 86)— «en la relación, por una parte, con una violencia simétrica, imprevisible, incontrolada, que somete todo a la pre-potencia desmedida y, por la otra, con una única violencia todavía más incontrolable de un poder que preventivamente discipline las conductas y que use una violencia preventiva, escondida». Este es el caso de todos los distintos Estados de policía y, por tanto, el desafío atiende —como lo ha señalado Ferrajoli (cfr. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2.^a ed., 1990)—, a la diferencia respecto de la violencia unánime, por un lado, y de la violencia oculta y secreta, por el otro.

No sería sencillo resumir en una reseña otros aspectos del libro los cuales, por su carácter provocativo y por el lenguaje con el que están planteados, generan un interés inusual para quienes de verdad se proponen penetrar en el entramado de relaciones entre política y derecho. Me basta sólo hacer presente a este tipo de lectores que existe el empeño por proponer este volumen, mediante una pronta traducción al castellano, a alguna editorial sensible al tipo de problemas que su A. encara con el fin de que quede al alcance de aquellos lectores. Puesto que obras anteriores de RESTA —salvo ensayos breves— no han sido traducidas, confío que ésta pueda tener ese destino; así podrá cumplirse el objetivo de expandir el ámbito de quienes, como estudiantes o colegas, han tenido ocasión de escuchar y debatir algunos de los sugerentes abordajes metanormativos que RESTA ha propuesto en sus visitas a Barcelona y a algunas otras universidades españolas y latinoamericanas.

Roberto BERGALLI

José RUBIO CARRACEDO, *Ética constructiva y autonomía personal*, Madrid, Tecnos, 1992, 307 pp.

Hace años ya que la labor que José Rubio Carracedo viene marcada por su interés en la aplicación de un enfoque constructivista a los problemas de la filosofía práctica, interés que en sus dos anteriores libros se dirigía de forma preferente a la filosofía política. Su nuevo libro *Ética constructiva y autonomía personal* vuelve a plantear, ahora en el ámbito de la reflexión moral, la cuestión del sentido y las virtualidades de tal enfoque de la razón práctica y propone, a través de la discusión crítica con la ética discursiva de Apel y Habermas, el constructivismo kantiano de John Rawls o las propuestas procedimentales de la Escuela de Erlangen, una elaboración per-

sonal de la metodología constructivista que hace hincapié en algunos puntos críticos no suficientemente atendidos: la exigencia de contextualización de los principios para responder a los conflictos vitales que son la auténtica razón de ser de la reflexión moral, la aceptación del pluralismo ético y, señaladamente, el reconocimiento de la autonomía del sujeto finito, del momento de la decisión y el compromiso personal sin el que no se entiende «la peculiar grandeza y el drama existencial de la ética».

Esta intención de lograr una formulación mejorada del programa constructivista tiene un claro acicate en lo que el autor ha denominado «el reto de la postmodernidad», que tomado en serio, exige de un planteamiento universalista de fuste ilustrado «un notable esfuerzo de autocrítica y de reajuste interno». Pero antes que la respuesta conviene medir la intensidad del reto: lejos de cualquier simpatía o afinidad en relación a las posiciones de Vattimo, Rorty o Lyotard, para Rubio Carracedo el postmodernismo como crítica global a la modernidad representa un «callejón sin salida» según expresión tomada de Raulot, por lo que la manera justa de tomárselo en serio es considerarlo una «oportunidad» para alcanzar una visión menos homogénea y unilateral de la modernidad, más acorde con la pluralidad histórica del proyecto ilustrado y repensarlo así recuperando algunas de sus propuestas, preteridas o abandonadas tempranamente, pero que pueden contribuir provechosamente al enriquecimiento de la filosofía práctica. Si quisiéramos expresar de acuerdo con el propósito del libro que subyace a este reto y su exigencia de renovación lo más adecuado sería hablar con Habermas de los «motivos postmetafísicos» desarrollados con la dialéctica de la modernidad y que, aunque enfatizados de modo radical por el pensamiento postmoderno, incumben a toda filosofía resuelta a afrontar su problematicidad constitutiva en las condiciones de la modernidad.

No cabe duda de que la idea básica del constructivismo responde a una de las innovaciones que identifican a la modernidad como es la concepción de la razón práctica en términos formales o, según ha matizado Rubio en alguna ocasión, reflexivos. Tal y como ha recordado Habermas, con Rousseau y Kant se da un cambio decisivo en la justificación de las cuestiones prácticas que transforma la índole de lo que se tiene por válido —lo que ha llamado un «nivel de justificación»— según el cual, más que principios últimos de carácter material como Dios o la Naturaleza, «son las condiciones formales de la justificación las que cobran fuerza legitimamente por sí mismas»¹. El constructivismo, como ha explicado Rawls, «rescata las ideas de la tradición del contrato social para lograr una concepción viable de la objetividad y de la justificación, basada en el acuerdo público en el juicio tras la debida reflexión», es decir, basada en el «acuerdo libre» que se alcanza «a través de la razón pública»². En su definición de la metodolo-

1. HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 250-251.

2. RAWLS, J., «Justicia como imparcialidad: política no metafísica», *Diálogo Filosófico* 16 (enero-abril, 1990) pp. 4-32, pp. 11-12.

gía constructivista como «aquel procedimiento que pretende la constitución de una objetividad normativa (esto es, constructa y no descriptiva) mediante la interacción lingüística y social de un grupo de discusión que delibera cooperativamente bajo condiciones selectas de competencia e imparcialidad en los interlocutores»³, Rubio Carracedo recoge como rasgos básicos, por un lado, la superación del monologismo mediante la concepción dialógica, comunicativa, de la razón y, sobre todo, la originalidad de la racionalidad práctica destacando el sentido normativo de sus pretensiones de validez. El mérito indiscutible de un planteamiento constructivista es, para el autor, esta salvaguarda de la autonomía de la razón práctica. El lema «la ética se construye, no se descubre» significa que la objetividad normativa, garantizada por las restricciones procedimentales y condiciones ideales que regulan la deliberación práctica, de forma que su justificación crítica, en palabras de Rawls, «reemplaza a la búsqueda de la verdad moral entendida como fijada por un orden de objetos y relaciones previo e independiente, sea natural o divino»⁴. Este es el importante motivo que el filósofo de Harvard ha recogido con la fórmula «*political not metaphysical*» al caracterizar su concepción de la justicia.

Pero, además, Rubio muestra otro elemento definitorio de la autonomía de la razón práctica que cabe denominar rawlsianamente la primacía del *reasonable* sobre el *rational*. El autor habla de la existencia de dos paradigmas en la filosofía moral, lo que plantea, al ser cada uno expresión de aspectos y exigencias de la acción humana, la cuestión decisiva de buscar entre ellos una conciliación cuya facultad no oculta. A uno, basado en el cálculo prudencial y en el interés bien entendido, lo denomina con Habermas «racionalidad estratégica» y lo expone a través de la reciente propuesta de una «ética por consenso» con la que Gauthier trata de justificar la moralidad en cuanto que «ligadura racional» surgida de la prosecución del propio interés en concurrencia con el de los demás y consensuada «desde las premisas no morales de la elección racional». Pero esta «concepción maximizadora de la racionalidad» para dar cuenta de las exigencias de universalidad e incondicionalidad de la validez normativa y el autor opta decididamente por la superioridad del otro paradigma que, articulando como «presupuestos equitativos» de la comunicación lo que no es sino «condición de humanidad», piensa la racionalidad práctica en los términos universalistas e irreductibles de la «razón comunicativa».

Pero esta irreductibilidad no excluye aquella conciliación, sólo la reformula, pues Rubio presenta la necesaria conjunción de «normativismo» y «realismo» como un rasgo notable del constructivismo. No cabe quedarse en la defensa de la autonomía de la razón práctica sino que hay que abrirla a ese «realismo», y eso constituye en buena medida el esfuerzo prometedor

3. RUBIO CARRACEDO, J., *Ética constructiva y autonomía personal*, op. cit., p.250.

4. RAWLS, J., «Constructivismo kantiano en teoría moral» en *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 137-186, p. 140.

de renovación y el equilibrio que el autor busca evitando enfoques unilaterales. Realismo significa la conciencia de que la ética hunde sus raíces en la «estructura dilemática de lo práctico», que su origen y fin está en los conflictos reales de intereses y de valores respecto de los cuales no se trata de encontrar la solución verdadera, sino de decidir entre distintos bienes o cursos de acción cada uno con pros y contras y frecuentemente con un amplio margen de incertidumbre. Por tanto, como Rubio Carracedo insiste a lo largo del libro, la normatividad formal «libre de la carga de la acción» requiere ser productivamente interpretada y traducida contextualmente, por supuesto de forma dialógica y falible. Es el momento de la justificación concreta de las normas, de la «autonomía deliberativa falible», que Rubio rechaza entender desde el modelo de la discusión de expertos, por lo que denuncia el cognitivismo que deforma la complejidad del discurso práctico y que, postergando su dimensión valorativa, afectiva, de motivación, etc., enfatiza el consenso como finalidad. El autor aboga por el disenso crítico que enriquece una conversación moral a la que no puede ponerse fin por la franca aceptación también en ética del pluralismo, entendiendo que éste pasa, desde luego, no por la universalidad de hecho, pero sí por la exigencia de que las distintas posturas pretendan ser universalizables.

Teniendo presente, por tanto, que se rechaza la pretensión de fundamentación última, pues la autonomía de la razón práctica es un momento necesario pero no suficiente, y que la deliberación práctica se plantea en términos falibles como autonomía hermenéutica que conduce a un pluralismo fecundo, resulta obligado estar de acuerdo con el autor en restablecer la importancia decisiva del compromiso personal por el que, tras la discusión crítica, el sujeto escoge de forma madura y meditada su propia opción; este momento se enfoca adecuadamente como una «autonomía bien temperada». Pues, aunque autonomía y universalidad son, sin duda, los pilares del programa moral ilustrado, no resulta fácil su conciliación, toda vez que no se trata ya de la autonomía del sujeto trascendental, con lo que el problema estaría resuelto de entrada, sino la del sujeto finito y situado. Rubio Carracedo propone lograr una nueva correlación entre universalismo y autonomía que conceda a ésta en la filosofía el papel que disfruta en la sensibilidad moral hoy, lo que significa asumir que la razón no está dada ni asegurada, que sólo cabe buscarla entre todos sin que nadie pueda ni evitar riesgos ni vanagloriarse de tenerla en posesión. La autonomía tampoco viene dada, hay que entenderla como «autoconstitución del sujeto moral» a través de una biografía y es en este sentido que, como se sugiere en el libro en relación al cuestionamiento de las formas de identidad modernas como reflexión moral, tal vez el enfoque narrativo ofrezca hoy la vía más interesante.

En esta búsqueda de un punto de equilibrio se advierte a lo largo de los diversos ensayos que componen el libro el alejamiento de la metodología constructivista en relación a planteamientos decididamente trascendentalistas o «fuertes» para formular un universalismo más cauto que recoge o muestra ciertas afinidades hacia temas o motivos que, sin equívoco, pode-

mos considerar hermenéuticos, como es patente en el capítulo «Constructivismo y democracia». Lo que no es sorprendente si se reconoce con Agnes Heller «que vivimos bajo la fascinación de la hermenéutica» o, con Vattimo, que la hermenéutica parece constituir la *koiné* de la cultura y de la filosofía hoy; centralidad que conlleva al mismo tiempo su diversificación interna y un indudable desdibujamiento de sus contornos. Y sorprende aún menos cuando se tiene en cuenta, por ejemplo, que si Rawls podía al final de *Teoría de la justicia* considerar *subspecie aeternitatis* el punto de vista construido que representaba la objetividad moral⁵, posteriormente ha rebajado tales pretensiones caracterizando la tarea de la filosofía práctica en términos de «articular y hacer explícitas aquellas nociones y principios que se piensan que están latentes en el sentido común» para buscar «un común entendimiento» sobre la base de nuestras tradiciones y las convicciones más ampliamente asentadas⁶. No hace falta ir tan lejos como Rorty, que saluda a este planteamiento como «historicista y antiuniversalista»⁷, ni forzar mucho la mano para acercar a la hermenéutica esta concepción de la razón práctica. Rubio muestra de modo convincente la importancia y fecundidad del método del «equilibrio reflexivo» como clave de un constructivismo que se instala en la relación circular entre la precomprensión moral y su «interpretación crítica» —o «interpretación constructiva» por usar la pertinente noción de Ronald Dworkin— para dar mejor cuenta del razonamiento práctico y permite elaborar una más adecuada relación entre la exigencia de universalidad y la de contextualización.

Hay que destacar en este libro su planteamiento equilibrado, dispuesto a no tomar por definitivas las disyuntivas y contraposiciones habituales en la filosofía moral, sino a buscar la posible mediación entre exigencias o perspectivas unilaterales ponderando lo que haya en ellas de legítimo. Pero sin que ello comporte eclecticismo alguno, sino una opción por plantear los problemas de la ética en toda su amplitud, sin reducir su complejidad. Así, rechaza la pretensión de fundamentación última, pero evita caer en el craso contextualismo para mantener la posibilidad de la justificación racional y la discusión crítica en asuntos morales; o, de la misma forma, asegura que la ética no es asunto de ángeles y exige tener en cuenta el peso del interés, sin creer que desde el egoísmo ilustrado puede darse cuenta de la racionalidad práctica; etc. Se trata, pues, de un libro que entra de lleno en los principales problemas de la ética con un objetivo bien claro: mejorar el rendimiento de una línea de reflexión en filosofía práctica para que pueda dar cuenta de las exigencias de autonomía y de «universalidad intencional» que expresan la dignidad moral del ser humano.

Manuel TOSCANO MÉNDEZ

5. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, FCE, Méjico, 1979, p. 648.

6. RAWLS, J., «Constructivismo kantiano en la teoría moral», loc. cit., pp. 139-140.

7. RORTY, R., «The priority of democracy to philisophy», p. 284, en MALACHOWSKI, A. (ed.), *Reading Rorty*, B. Blacwell, Oxford, 1990, pp. 279-302.

Nicolás M. SOSA, *Ética ecológica*, Madrid, Libertarias, 1990, 148 pp.

Cuatro son, a mi modo de ver, los méritos de la obra de Nicolas M. SOSA que ahora presentamos, si atendemos a los aspectos puramente formales. En primer lugar, que se trata de una obra pionera en su terreno: nadie en España había abordado, hasta el momento, en una monografía de proporciones relevantes la cuestión ecológica desde una perspectiva ética. En segundo lugar, que el trabajo se caracteriza por una enorme claridad expositiva: su lectura puede resultar igualmente grata y aclaratoria tanto al profano como al iniciado. Ello no quiere decir que el libro sea superficial, pues a medida que se profundiza en las discusiones sobre la materia, destaca más la concisión y el rigor con que el Profesor SOSA las expone. Esta es precisamente la tercera nota que destacaría: la concisión, especialmente difícil de realizar en una materia tan interdisciplinar y dominada por la moda. Por último, resaltaría la excelente y completa selección bibliográfica que se adjunta al final del libro. Todo ello es consecuencia lógica de una línea de investigación mantenida ya durante muchos años y que ha dado, entre otros muchos frutos, una buena cantidad de publicaciones (cfr. Bibliografía seleccionada) y un interesante programa de doctorado interdisciplinar titulado *El medio ambiente natural y humano*.

Ética Ecológica consta de tres partes estrechamente relacionadas y de una introducción, de las que vale la pena leer. En ella se explican las razones del libro y de cada una de sus partes. La primera podría verse como un intento de aproximación a la cuestión ecológica; la segunda –auténtico núcleo del trabajo– trataría de sistematizar el estado de la discusión sobre los problemas éticos del medio ambiente, al tiempo que sugeriría algunas propuestas personales al respecto. La última parte, a modo de apéndice, referiría la posición de algunas confesiones religiosas en esta materia.

En la introducción, el profesor SOSA alude brevemente, pero con acierto, a una cuestión sumamente importante para el debate ecológico: la necesidad de analizar, al valorar el impacto ambiental de las actuaciones humanas, no sólo los aspectos técnicos sino también –y sobre todo– sus implicaciones antropológicas y sociales que contienen. Pero para poder hacer esta segunda parte de la evaluación¹ se requiere una preparación tan cualificada como la que se viene exigiendo al técnico para hacer la suya. Lo señalo porque precisamente la obra del profesor SOSA comienza con una referencia a un prestigioso científico, KORMONDY, que en un libro ya clásico, *Conceptos de Ecología*², después de hacer un riguroso análisis de la

1. Unos de los autores españoles que más han incidido sobre el estudio de los impactos sociales de las nuevas tecnologías ha sido el profesor José SANMARTÍN. En reiteradas ocasiones, ha puesto de manifiesto que la mayor influencia de la ciencia y de la tecnología en la vida individual y social de las personas apenas se ha visto correspondida con un avance paralelo en la reflexión social sobre ese alcance; ciencia y tecnología se han convertido en elementos demasiado ajenos para la voluntad de la sociedad. (Sobre toda esta cuestión, puede consultarse su obra *Tecnología y Futuro Humano*, Anthropos, Barcelona, 1990).

2. Edward J. KORMONDY, *Conceptos de Ecología*, Alianza, Madrid, 1985.

naturaleza de los ecosistemas, del flujo de energía que los recorre y de los ciclos biogeoquímicos que renuevan la vida sobre nuestro planeta, se descuelga, en el epílogo, con una cadena de declaraciones tan respetables, como faltas del imprescindible apoyo discursivo. Ni el filósofo se ha de quedar deslumbrado por la técnica, ni el científico debe considerar la reflexión sobre los objetos de su investigación como propia de *dilettanti*. Al filósofo que pretenda reflexionar sobre los problemas medioambientales habrá que exigirle un conocimiento básico pero preciso de los aspectos científicos de aquéllos. Y, a su vez, el científico que aspire a emitir juicios valorativos acerca del objeto de su investigación deberá conocer lo que sobre esa cuestión se ha dicho, hasta el momento, en el terreno filosófico-práctico.

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

La primera parte comienza con una aclaración de términos, muy necesaria en un momento en que todo el mundo habla de cuestiones relacionadas con el ambiente sin hacer las imprescindibles diferenciaciones. Partiendo de la aparición de la Ecología como disciplina científica, a finales del siglo pasado, SOSA se va aproximando a una noción más reciente como es la de Ecología social. Esta supone entender que «el entorno natural, los objetos-artefactos, y el conjunto de fenómenos de la civilización constituyen, todos, un medio para los individuos, los medios y las instituciones. Un medio, pues, que comprende a los otros medios: el medio natural, el medio técnico y el medio social» (p. 34). Quizá hubiese ayudado a clarificar al profano el panorama de las ciencias ecológicas una referencia a las diferencias entre la ecología social, la humana y otras ciencias afines como la demografía, la geografía humana, la economía y la sociología³.

Después de proporcionar la terminología adecuada para desenvolverse en el terreno ecológico, el profesor SOSA hace un resumen, tan sintético como completo, de las principales voces que en los últimos treinta años han manifestado su preocupación por el ecocidio⁴ de que estamos siendo protagonistas. Voces que inmediatamente fueron secundadas por diversos grupos de investigadores, e incluso por estados, con el objeto de evaluar el impacto de la actuación humana sobre el medio para, a partir de ahí, hacer propuestas a nivel nacional e internacional. Los principales informes de estas características están perfectamente resumidos en el libro; y de cada uno de ellos señala su incidencia en el panorama mundial. El informe MEADOWS sobre los límites del crecimiento y la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente de Estocolmo, ambos de 1972, defi-

3. Me parecen muy acertadas las distinciones que, acerca de estas disciplinas, ha señalado Amos H. HAWLEY en un tratado ya clásico en la materia, *Ecología humana*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 81-85.

4. El término, eminentemente expresivo, es original de Johan GALTUNG, y aparece citado en el libro: cfr. p. 82.

nen las directrices de la sensibilidad ambiental en la década de los setenta. Para los ochenta, y buscando la sistemática más que el rigor, podríamos decir que los dos informes más influyentes han sido el GLOBAL 2000, *Report to the President of the U.S.* (1980) y el Informe BRUNTLAND, *Our Common Future* (1987).

EL DISCURSO FILOSÓFICO

Situadas las coordenadas de la cuestión ecológica, el profesor MARTINEZ SOSA se introduce en la segunda parte del libro, bajo el rótulo de *El discurso filosófico*. Al igual que en la primera parte, el carácter marcadamente descriptivo de este capítulo no le impide mantener un continuo diálogo con las distintas posiciones que va exponiendo. El hilo conductor de su planteamiento en esta parte del trabajo, ya aparece reflejado al comienzo del libro cuando indica que el mecanismo adaptativo esencial con el que definíamos la *comunidad* se desequilibra cuando «el hombre pone en marcha una idea de progreso ilimitado en un medio que no lo es» (p. 26). El problema, una vez más, acaba siendo el de los límites: ¿cuáles han de ser los límites a la actuación humana ante el medio ambiente?

MARTINEZ SOSA ha hecho un enorme esfuerzo de síntesis respecto a los principales problemas éticos que se debaten en los foros internacionales en relación con el medio ambiente. Este es un nuevo mérito de la labor de MARTINEZ SOSA porque, desgraciadamente, muchas de las grandes controversias ecofilosóficas que preocupan en otras latitudes han resultado ignoradas hasta el momento en nuestro país.

Uno de los primeros temas tratados en esta parte de *Ética ecológica* es el de los derechos de los animales. Muy oportuna me parece la advertencia con que comienza su exposición: «entiendo que existe el riesgo –indeseable, a mi juicio– de que la discusión en torno al trato a (o sobre los derechos de) los animales se convierta en el tema por excelencia de una ética ecológica» (p. 87). A partir de aquí, el tema de los derechos de los animales le brindará la ocasión de centrarse en una cuestión de más hondo calado: la vigencia de los modelos contractualistas, a la hora de fundar una ética del medio ambiente y, en consecuencia, de dotar de valor propio a los seres no humanos y a los ecosistemas.

«Si la base de la ética –dice SINGER– es que me abstengo de cometer infamias con otros en cuanto ellos no las cometan conmigo, no hay razón para que no cometa infamias con aquellos que son incapaces de reconocer mi abstención», categoría en la que se encuentran los animales, a todas luces fuera del *contrato ético*» (p. 89). Con esta fundamentación, resulta imposible reconocer algún valor no sólo a los animales sino también –y esto es cualitativamente más grave– a los subdotados mentales, a las futuras generaciones y a la naturaleza en sí misma. Vista la insuficiencia del con-

trato ético para fundar una ética verdaderamente ecológica⁵, MARTINEZ SOSA pasará revista a las posiciones de las éticas comunicativas de corte habermasiano. También aquí se encuentra con que el horizonte de aplicación de esta ética «hallaría sus límites justamente allí donde acaba la propia capacidad de comunicación. No cabe hablar de extensiones de la ética a otros mundos que no sean el mundo humano; imposible con el aparato conceptual de las éticas del diálogo, considerar que la obligación y las responsabilidades morales pueden abarcar a otros seres sintientes, y mucho menos a la biosfera o al mundo-cosmos sin más» (p. 123).

A pesar de las limitaciones que encuentra para construir esa pretendida ética ecológica a partir de las corrientes dominantes, el profesor SOSA no las rechaza de plano con el afán de buscar un paradigma fundante enteramente nuevo, sino que acepta el diálogo con todas ellas, tratando de aprovechar los elementos valiosos presentes en cada una. En este sentido, se podría decir que SOSA trata de esbozar una tercera vía que diría *sí y no*⁶ a posturas radicalmente enfrentadas entre sí, como lo son el holismo de la hipótesis GAIA y las corrientes éticas hegemónicas en el panorama cultural capitalista-occidental.

Uno de los autores en los que MARTINEZ SOSA encuentra puntos de acuerdo para fundar esa tercera vía es Brian G. NORTON. Este profesor del New College de la Universidad de Florida establece la distinción entre un «antropocentrismo fuerte» y un «antropocentrismo débil». El primero consideraría en el hombre todo el universo de preferencias, incluidas bajo la categoría de «preferencias sentidas» (*felt preferences*); el segundo modelo de antropocentrismo, por su parte, sólo reconocería aquellas preferencias llamadas –«preferencias consideradas» (*considered preferences*)– expresadas tras cuidadosa deliberación, siendo compatibles con un punto de vista más general, vinculado a ciertos ideales morales. NORTON entiende que, a partir de este «antropocentrismo débil» no individualista, se pueden establecer obligaciones que van más allá de la mera satisfacción de nuestras preferencias. De este modo, se podría fundar la protección y el respeto a la naturaleza, sin necesidad de aplicar ningún tipo de valor intrínseco a objetos no

5. A lo largo del libro se mantiene la distinción entre ética ambiental y ética ecológica. La primera reconocería a la naturaleza un valor primordialmente instrumental, se basaría en el antropocentrismo, y estaría representada por distintos grupos: ecologistas «débiles» o «superficiales» (así los denominan sus detractores), partidarios del ecodesarrollo, algunos defensores del crecimiento «cero», etc. La segunda, también fecunda en manifestaciones diversas y aun contradictorias, se fundaría en el biocentrismo, reconocería a la naturaleza un valor en sí, y tendría su máxima manifestación en los movimientos ecologistas que giran entorno a la *deep-ecology*. Una clasificación sistemática de todas estas posiciones puede verse en Koula MELLOS, *Perspectives on Ecology. A critical essay*, MacMillan Press, London, 1988.

6. Si aplicamos el análisis del Profesor Ballesteros a esta situación, podríamos decir que las posturas antagónicas que, en la actualidad, dominan el panorama ecologista se encontrarían todavía en el ámbito de la Modernidad o de la Postmodernidad como decadencia. La postura superadora de MARTINEZ SOSA se podría calificar como de genuinamente postmoderna, en la medida en que, a partir del reconocimiento del valor del ser humano, se estima que la naturaleza no pertenece al tener sino al ser del hombre. Cfr. Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 1989, sobre todo, pp. 137-145

humanos. Al margen de la crítica que posteriormente hace SOSA, debemos reconocer el interés de la aportación de NORTON en el terreno de la fundamentación de una ética ecológica, así como la idea de SOSA de poner en relación estos planteamientos con las éticas comunicativas (p. 122).

Los más recientes planteamientos del profesor de Ética de la Universidad de Munich, Robert SPAEMANN, centrados en la consideración de la naturaleza como instancia de apelación moral⁷, puedan proporcionar también alguna luz en la andadura de este nuevo itinerario ético-ecológico, planteado en España por primera vez por el profesor salmantino. Desde luego, esta posición no se encuentra tanto en la línea de proteger la naturaleza a partir de un antropocentrismo débil en la línea de NORTON, como en la de dotar de nuevo de un valor en sí a la naturaleza, convirtiéndose así en objeto que debe ser protegido.

EL RETORNO A LA RELIGIÓN

A pesar de su condición de apéndice, también resultan interesantes las páginas finales dedicadas a *El recurso a la religión*. En ellas se resume la postura de las principales religiones de nuestro entorno cultural —la cristiana y la judía— acerca de la atención que, desde la perspectiva religiosa, deba prestarse al medio ambiente. Por primera vez al leer sobre este asunto, me encuentro con alguien que, yendo más allá de los prejuicios acuñados, profundiza en las posiciones de tales religiones. Hasta el momento, en base a la postura defendida por Lynn WHITE en su famoso artículo sobre *Las raíces históricas de nuestra crisis ecológica*⁸, se ha venido aceptando —sobre todo, en determinados ambientes ecologistas— que el cristianismo es la causa principal de la crisis ecológica de nuestra sociedad. El libro de SOSA, por tanto, también en este aspecto abre una línea alternativa a la consideración dominante del elemento religioso en la cuestión ecológica. Es una lástima que, por razones temporales, no se haya podido incluir un comentario acerca de los principales documentos del magisterio de Juan Pablo II sobre este tema: la *Sollicitudo Rei Socialis* y el discurso para la Jornada Mundial de la Paz de 1 de enero de 1990 *Paz con Dios Creador, paz con toda la Creación*.

Vicente BELLVER CAPELLA

7. El filósofo alemán Robert SPAEMANN llega a esa conclusión a partir de la superación del dualismo entre hermenéutica y cientificismo en lo referente a la pregunta ¿qué es el hombre? El hombre recuperará la noción de naturaleza y, por tanto, de su valor en sí misma, «sólo cuando descubra que ocupa un lugar que está más allá de aquella perspectiva que sólo ve la pura subjetividad de la libertad absoluta y de aquella otra para la cual el hombre sólo es un epifenómeno, un agregado más o menos complicado de «otra cosa», es decir, de materia» (cfr. Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989, p. 29). Ese lugar que está más allá es precisamente la naturaleza.

8. Lynn WHITE Jr., *The historical roots of our ecological crisis*, *Science*, vol. 155, pp. 1203-1207 (March 10, 1967). Entre otras cosas, en este artículo se dice que «que el cristianismo hizo posible que el hombre explotara la naturaleza con absoluta indiferencia hacia los sentimientos de los objetos naturales».

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). Deberán presentarse en contenido y forma como versión definitiva. El autor no podrá modificarlos en la corrección de pruebas.

Todo artículo puede llevar notas a pie de página y referencias bibliográficas. Las referencias bibliográficas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor y año de aparición de la obra. Ejemplo: (DWORKIN, 1985). Al final del artículo serán agrupadas las referencias completas por orden alfabético; las obras de un mismo autor serán subclasificadas cronológicamente.

Las obras citadas, tanto en las notas como en las referencias, deberán ser presentadas de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección).

Ejemplos:

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 425 pp.

Si se trata de un artículo de revista:

DWORKIN, R., "Social Sciences and Constitutional Rights. The Consequences of Uncertainty", *Journal of Law and Education*, 6, 1977, pp. 10-12.

Si se trata de un artículo incluido en un libro.

DWORKIN, R., "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", en MITCHELL, W.J.T., ed. *The politics of Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, p. 56.

Conviene siempre precisar la página de donde se extrae la cita.

Los manuscritos no se devuelven a sus autores.

Cabe enviar los artículos en diskette de ordenador, siempre que estén realizados con el sistema operativo MS DOS y hayan sido confeccionados en la modalidad sólo texto utilizando el programa Word (versiones 3.0, 4.0 ó 5.0). Las notas a pie de página deberán estar contenidas en un fichero distinto al del texto del artículo. Deberá acompañarse al diskette la impresión del texto. También son aceptados diskettes de tamaño 3 1/2, elaborados con Apple Macintosh.

Próximo volumen del "Anuario"

1. La Sección monográfica se dedicará al tema. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. Desde la interdisciplinariedad de nuestros Departamentos podría analizarse el debate ideológico, en los términos en que se plantea hoy, tras los recientes acontecimientos históricos de incierto futuro.
2. De tema libre serán las demás secciones. Dado el apoyo encontrado, alentamos con interés a hacernos llegar sugerencias de posibles debates, que supongan crítica de una obra reciente de autora o autor principalmente españoles y la respuesta pertinente. También van consolidándose las colaboraciones a las secciones de crítica bibliográfica, por lo que invitamos a nuestros colegas a continuarlas.
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 límite el envío de originales el 30 de abril de 1993.

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 ZABALA, 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, Notas sobre la aplicación del Derecho II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, 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 LANSBORFF 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 negociación 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.

salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de "guerra" de una filosofía de "paz". Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio - ayer y hoy. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario.

II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO. NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VITORIA ITURRALDE, Sobre el silogismo judicial. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto "Anónimo sobre la Ley". MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vilfredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUÍZ-GALVÉZ, "Precursores" en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRÁNZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión.

III. IN MERMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

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, 76-8.º, teléfono (91) 547 54 22. 28013 Madrid.

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 Soalri, 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 ENGLISH, 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-PÉLAT MARTI, Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional. II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, 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 metodológicos del principio

constitucional de igualdad. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad en la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALES, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. II. IHERIG, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, 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 TASARA, 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 BENÍTEZ, La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la "persona jurídica". ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personeidad 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 Mendiábal (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, J.R., Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología jurídica. JUAN J. RUÍZ-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 MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de juego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VITORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl R. Popper.

VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los Derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1798. El modelo de 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 BONETTE 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. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, *La trauma moral de la democracia en la vida cotidiana*. F. QUESADA; 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 MARTÍN, *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: neoestocismo, iusnaturalismo y derechos humanos*. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, *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*.

VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUEZ PÉREZ LUÑO, *El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho*. JAIME BRUFAU PRATS, *La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela*

salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de "guerra" de una filosofía de "paz". Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio - ayer y hoy. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario.

II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO. NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VITORIA ITURRALDE, Sobre el silogismo judicial. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto "Anónimo sobre la Ley". MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vilfredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUÍZ-GALVÉZ, "Precursores" en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRÁNZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión.

III. IN MERMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

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, 76-8.º, teléfono (91) 547 54 22. 28013 Madrid.

Se acabó de imprimir
el tomo IX (1992)
del
ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
el mes de febrero de 1993
en los talleres de
Gráficas Ancora, S. A.
de Madrid

