

**ANUARIO  
DE  
FILOSOFIA  
DEL  
DERECHO**

**NUEVA EPOCA**

**TOMO X**



**MADRID**

**1993**

# ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

JUAN JOSE GIL CREMADES

Catedrático de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Zaragoza

Secretario

FERNANDO GALINDO AYUDA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Zaragoza

Consejo de Redacción

NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Granada

ELIAS DIAZ

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

JUAN RAMON CAPELLA HERNANDEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Barcelona

BENITO DE CASTRO CID

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de León

JUAN RUIZ MANERO

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

JOSE MANUEL ROMERO MORENO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Univesidad Complutense

JESUS AYLLON DIAZ

Profesor de Filosofía del Derecho  
Universidad Complutense

# **ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO**

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



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

DIRECCION Y REDACCION: 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 X**



**MADRID**

**1993**

---

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

---

N.I.P.O.: 051-93-012-0  
I.S.B.N.: 84-7787-352-6  
Depósito Legal: M-11.151-1958

---

Solana e Hijos, Artes Gráficas, S.A.

## INDICE

|   | <u>Págs.</u> |
|---|--------------|
| PRESENTACION .....  | 9            |
| <b>I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA</b>  |              |
| JOSÉ MONTOYA; PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, <i>Estado, Derecho y Libertad según F.A. Hayek</i> .....  | 13           |
| MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, <i>El contractualismo constitucionalista de James Buchanan</i> .....   | 33           |
| MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, <i>Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad</i> ..... | 59           |
| FRANCISCO PUY, <i>La socialdemocracia y su parentela ideológica</i> .....   | 73           |
| ERNESTO J. VIDAL GIL, <i>Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho</i> ..                      | 89           |
| EMILIA BEA PÉREZ, <i>Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar</i> .....  | 111          |
| JOSÉ MARÍA ROSALES, <i>Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea</i> .....               | 135          |
| JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, <i>Ecología, Estado de Derecho y Democracia</i> .....   | 151          |
| <b>II. ESTUDIOS</b>   |              |
| <b>1. SOBRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO</b>  |              |
| RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Concepto de la Filosofía del Derecho</i> .....   | 175          |
| MARINA GASCÓN ABELLÁN, <i>Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica</i> .....  | 191          |

|  | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| FERNANDO GALINDO; JOSÉ ANGEL MORENO; JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, <i>El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación</i> .....                            | 223          |
| FRANCISCO GARRIDO PEÑA, <i>Notas sobre la asignatura de Teoría del Derecho como biografía crítica de la Ley</i> ....   | 255          |
| <br>2. DERECHO Y LENGUAJE  |              |
| ROBERTO J. VERNENGO, <i>Deberes descriptivos y deberes prescriptivos</i> .....   | 263          |
| CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll</i> ..... | 275          |
| GIUSEPPE ZACCARÍA, <i>Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración</i> .....  | 291          |
| CARLOS I. MASSINI CORREAS, <i>Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa</i> .....          | 325          |
| <br>3. DERECHO Y VALORES   |              |
| JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas</i> .....                     | 349          |
| JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, <i>El iusnaturalismo de John Finnis</i> .....  | 375          |
| <br>4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO   |              |
| JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>En torno al paradigma conservador. Modelos mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges)</i> .....                              | 409          |
| MANUEL SEGURA ORTEGA, <i>El movimiento del Derecho libre</i>   | 423          |
| SALVADOR RUS RUFINO, <i>Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930)</i> .....   | 457          |
| BENJAMIN RIVAYA GARCÍA, <i>Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague</i> .....  | 489          |
| <br><b>III. DEBATES</b>  |              |
| RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Nota polémica sobre los Derechos Humanos</i> .....  | 511          |
| ROBERTO J. VERNENGO, <i>Algunos comentarios sobre una «nota polémica» sobre los Derechos Humanos</i> .....   | 523          |
| RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Respuesta a R.J. Vernengo</i> ...   | 529          |



|   | <u>Págs.</u> |
|---|--------------|
| JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, <i>Sobre principios y normas</i> .   | 533          |
| LUIS PRIETO SANCHÍS, <i>Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua</i> . . . . .  | 545          |
| MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, <i>A propósito del «Yo, el Estado», de Nicolás M. López Calera</i> . . . . .   | 555          |
| NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, <i>Contestación</i> . . . . .   | 563          |
| <br><b>IV. INFORMACIONES</b>  |              |
| † Renato Treves . . . . .   | 569          |
| II Congreso iberoamericano de estudios utilitaristas . . . . .  | 571          |
| VII Semana de Ética y Filosofía política. Lo Privado y lo Público . . . . .   | 575          |
| V Seminario Erasmus sobre teoría legal en la Academia europea de Teoría del Derecho de Bruselas . . . . .   | 577          |
| XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social . . . . .   | 579          |
| XVII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social . . . . .   | 581          |
| <br><b>V. CRONICA BIBLIOGRAFICA</b>   |              |
| JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Crónica Bibliográfica 1993</i> . . . . .  | 585          |
| <br><b>VI. CRITICA BIBLIOGRAFICA</b>  |              |
| ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, <i>La doctrina jurídica de Gregorio López en la defensa de los derechos humanos de los Indios (José Calvo González)</i> . . . . .  | 611          |
| RAFAEL DE ASIS ROIG, <i>Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder (Andrea Greppi)</i> . . . . .   | 614          |
| EMILIA BEA PÉREZ, <i>Simone Weil. La memoria de los oprimidos (Juan Carlos González Pont)</i> . . . . .   | 617          |
| ROBERTO BERGALLI, (ed.), <i>Sentido y razón del Derecho. Enfoques sociojurídicos para la sociedad democrática (Andrés García Inda y Raúl Susín Betrán)</i> . . . . .  | 623          |
| JUAN RAMÓN CAPELLA, <i>Los ciudadanos siervos (Luis García San Miguel Rodríguez-Arango)</i> . . . . .   | 625          |
| MICHAEL KAHLO; ERNST A. WOLFF; RAINER ZACZYK, (eds.), <i>Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Die Deduktion der §§ der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie (Juan A. García Amado)</i> . . . . . | 629          |
| JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ, <i>La imaginación jurídica (Andrea Greppi)</i> . . . . .  | 634          |

|  | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| JOSÉ JUAN MORESO MATEOS, <i>La teoría del Derecho de Bentham</i> (José Luis Pérez Triviño) ..... | 637          |
| ALAN W. NORRIE, <i>Law, Ideology and Punishment</i> (Juan A. García Amado) .....                 | 641          |
| CARLOS THIEBAUT, <i>Los límites de la comunidad</i> (María Elósegi Itxaso) .....                 | 648          |

## Presentación

Llega el «Anuario», con esta entrega, al décimo volumen de su segunda época. En estos años, la cita ha sido puntualmente atendida, debido en buena parte a haber tenido que gestionar una generosa respuesta de la comunidad científica a la que va destinado. Generosa y cualitativamente amplia, ya que, si se hace un repaso de los índices, no se constatarán ni omnipresencias de alguna, ni ausencias de las corrientes o tendencias presentes en nuestro actual panorama español de la filosofía jurídica. Siendo legítima, en distinto contexto, otra alternativa, aquí se ha pretendido hacer una publicación al servicio de todos. Lo que no significa que como patrimonio tengamos hoy un «cajón de sastre»: se ha pretendido, desde la Dirección, dar al «Anuario» una estructura, proponer cada número temas monográficos, reforzar secciones de debate e informativas. También se ha hecho, con asesoramiento y consultas pertinentes, una mínima selección, regida por criterios, bien de calidad, bien de no encaje en dicha estructura formal. Como balance, se puede decir que no estamos ante un «tablón de anuncios», sino ante una revista de la especialidad, por lo demás citada y comentada con frecuencia por otras extranjeras y presente en bibliografías y bibliotecas internacionales.

Sea escrito lo anterior sin autocomplacencia, sino como constatación de un resultado, que nadie puede pensar sea espontáneo, no necesitado de esfuerzos continuo, y acogido por reacciones tan dispares como el aliento privado o público, el silencio estratégico o la crítica no articulada sino conspiratoria. Si en una actividad práctica, como la política, Hobbes adoptó el modelo de las, en su pureza metódica, insensibles aritmética y geometría, y rechazó el parangón con el juego del tenis (*Leviatán, cap. 20, in fine*), aquí, incluso por inclinación particular, sirve de pauta ese deporte acústico por excelencia: el golpe, el bote, incluso ahora la hortera sonora expiración nos advierten del propio fallo y acierto, así como de los ajenos.

Centrándonos en el volumen objeto de presentación, ha sido sintomática la respuesta al tema monográfico. A esta altura de siglo en que nos encontramos, el diagnóstico de «timidez de la izquierda» y de «descaro de la derecha», que Norberto Bobbio hiciera recientemente, queda aquí reflejado. El neoliberalismo es objeto de tres estudios que fijan la atención en varias de sus formulaciones más elaboradas, sin dejar de poner de manifiesto las carencias de tal actitud dominante, sobre todo en su reacción ante la piedra de toque que significa la igualdad. Sirve de bisagra, entre este bloque y el siguiente, un descaro, no precisamente gracianesco, hacia la socialdemocracia. Esta se pone en

relación con el valor de la solidaridad y con la praxis de los derechos sociales en plena crisis del «Estado del bienestar». Con todo ello se está apuntando, quizá, a formular ese «socialismo liberal»; diferenciado por Agnes Heller, del «conservador» y del «revolucionario». Tal vez sea eso más fructífero que lo que se entiende entre nosotros por «repensar la izquierda», tarea más de memoria, que de inteligencia, y que consiste en echar la vista atrás, a 1976, y hacer el balance de la nostalgia de lo que se dijo y comparar con lo que se mantiene hoy. Por lo demás, para no ensimismarse, las dos últimas contribuciones apuntan al futuro: de una parte, la relación entre democracia y mercado ante la nueva situación internacional posterior a la política de bloques; de otra, el desafío que para el Estado de Derecho actual supone el reto ecológico, esto es, la supervivencia.

Se han distinguido tres grupos de «Estudios». Uno, aparentemente académico, tiene en este volumen un marcado relieve polémico. La siempre planteada pregunta sobre el estatuto de la Filosofía de Derecho, aunque, en algún caso, se formule con el pretexto de los concursos o de los proyectos, puede tener un sello personal. Este es el caso, con mayor o menor radicalidad, de las cuatro aportaciones incluidas en este apartado, y que deberían sobrepasar el porvenir de citas en las ocasiones académicas apuntadas.

Aunque sea el título de uno de los estudios, «entre hermenéutica y analítica» podría ser el resumen de las cuatro relativas a «Derecho y lenguaje». Debate fructífero, menos vivo entre nosotros de lo que cabría esperar del contexto académico internacional. Quizá por ello haya tres contribuciones de autores no españoles, que, como es norma habitual del «Anuario», han escrito expresamente para nosotros. Completando esta observación, habría que informar que cuando el «Anuario» ha procedido —con parquedad— a traducir, en volúmenes anteriores, algún autor extranjero, lo ha hecho notificándolo al autor y con los preceptivos permisos de traducción, excluyendo así, como impropio del estilo de la casa, la desalmada tijera que hiciera de la publicación una carpeta de recortes.

En «Derecho y valores» se vuelven los ojos, con mirada aguda, al debate interno sobre la desobediencia, que es un debate sobre Derecho y Moral. También se procede a exponer una renovada formulación anglosajona del Derecho natural.

Por último, dentro de los «Estudios» y bajo la rúbrica: «Historia del pensamiento jurídico», una miscelánea, que no olvida dos imprescindibles, desde ahora, aportaciones a la crónica de la contemporánea historia del pensamiento jurídico español.

Viveza, sin duda, alcanzan los «Debates». Pero, además, ayudan a precisar el alcance de algunas de las afirmaciones de los autores de las obras debatidas. Fácil es comprobar que cada uno de los tres mantiene su equilibrio —en cuanto a preferencias y tono adoptado— entre los interlocutores. La visión neopositivista de problemas teóricos del Derecho, la discusión sobre principios y normas, y la deseable óptima dimensión del Estado son los tres objetos de discusión.

Si puede resentirse de parco el capítulo de informaciones, puede deberse a que sólo poco a poco va abriéndose paso entre nosotros un punto de vista periodístico sobre nuestras actividades. A falta de una red de corresponsales, debe suplir algo tan aleatorio como la diligencia de alguno de los organizadores o la presencia de un congresista que haga la crónica oportuna. Todo ello debe mejorarse en el futuro.

Con esfuerzo se está queriendo dotar del mayor interés posible la crónica y las críticas bibliográficas. Hay lectores que se percatan de ello y lo agradecen. Habrá que seguir en esa línea, y evitar que no se distinga entre crítica y publicidad.

JJGC

I

**DERECHO Y ESTADO ENTRE  
NEOLIBERALISMO Y  
SOCIALDEMOCRACIA**



## Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek

Por JOSE MONTOYA Y PILAR GONZALEZ ALTABLE

Valencia

El interés por el pensamiento político de F. A. Hayek ha aumentado considerablemente en los últimos años. Diversos estudios, dedicados tanto a su pensamiento político como a sus ideas económicas, han aparecido a partir de 1979<sup>1</sup>. No es difícil señalar ciertas características de ese pensamiento que lo hacen particularmente interesante en la época de crisis económica y política en la que los países democráticos occidentales parecen haber entrado desde mediados de los años setenta y que no muestra señales de disminuir: así, el escepticismo de Hayek acerca de la capacidad de los gobiernos democráticos de procurar el bien común, su crítica de las ideas socialdemócratas sobre la economía dirigida y la redistribución, sus avisos acerca de los peligros inherentes a una concepción totalitaria de la democracia y su demostración de la vanidad de los intentos de practicar la ingeniería social a escala amplia, son todas ellas ideas que resultaban profundamente heterodoxas cuando fueron formuladas por primera vez, a finales de los años cincuenta, pero que la evolución posterior de las sociedades occidentales ha obligado a tomar en serio.

Parece, por tanto, que es un momento adecuado para enfrentarse con el pensamiento de Hayek en un tiempo de receptividad para con

---

1. Los siguientes estudios monográficos (junto a diversos estudios parciales e innumerables artículos) han sido dedicados a Hayek: BARRY, N. P., *Hayek's Social and Economic Philosophy*, Londres, Macmillan, 1979; BUTLER, E., *Hayek: His Contribution to the Political and Economic Thought of Our Time*, Londres, Temple Smith, 1983; GRAY, J., *Hayek on Liberty*, Oxford, Blackwell, 1984; HOY, C. M., *A Philosophy of Individual Freedom: The Political Thought of F. A. Hayek*, Londres, Greenwood Press, 1984; WALKER, G., *The Ethics of F. A. Hayek*, Lanham, The University Press of America, 1986; KUKATHAS, C., *Hayek and Modern Liberalism*, Oxford: Clarendon, 1989. La más completa antología de estudios sobre Hayek es: WOOD, J. C./WOODS, R. N., (eds.), *Friedrich A. Hayek: Critical Assessments*, 4 vls., Londres/Nueva York, Routledge, 1991.

sus ideas y alejados ya los dogmatismos que simplemente las ignoraban. Como tendremos ocasión de ver, no faltan aspectos de ese pensamiento que pueden suscitar serias reservas al pensamiento crítico. En particular, y refiriéndonos por el momento a la impresión global que la lectura de su obra produce, es claramente perceptible un cierto esquematismo, de acuerdo con el cual todos los problemas de la filosofía política pueden caracterizarse en términos de una oposición fundamental entre dos formas de comprender la acción humana y las formas de organización social en las que se incardina: a saber, la oposición entre la racionalidad individual, limitada y orientada hacia fines concretos, y el orden social, resultado espontáneo y preterintencional de las acciones individuales. Como veremos, este esquematismo, aunque puede resultar ilustrador para el análisis de ciertos procesos históricos, puede también inducir a simplificaciones si se aplica de un modo riguroso. Dicho esto, sin embargo, tenemos que añadir que encontramos el pensamiento político de Hayek (para juzgar sus ideas económicas carecemos de cualquier cualificación) vigoroso, original, en ocasiones sumamente penetrante, y, en todo caso, merecedor de una atención sostenida. Si dudáramos en suscribir el veredicto de S. Gordon de que, a su juicio, «Hayek es más importante que Rawls, o Friedman o Schumpeter... o cualquier otro que haya escrito extensamente sobre, filosofía política partiendo de una base económica» (GORDON, 1991, p. 292), no nos cabe duda de que pertenece al muy pequeño grupo de pensadores políticos que dejará una huella permanente.

Los escritos de Hayek son muy numerosos<sup>2</sup> y pertenecen a géneros muy diversos: economía, psicología, epistemología, filosofía política... Nosotros limitaremos en principio nuestra atención al terreno de la filosofía política, tema al que Hayek ha ido dedicando atención creciente a medida que su pensamiento maduraba.

Es bien conocido que Hayek ha intentado en tres ocasiones diferentes ofrecer una síntesis de su pensamiento político:

a) En 1959 con la publicación de *The Constitution of Liberty* (en castellano, *Los fundamentos de la libertad*); b) entre 1973 y 1979 con los tres volúmenes de *Law, Legislation and Liberty* (en castellano, *Derecho, Legislación y Libertad*); c) finalmente en 1988 con la publicación de *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, originalmente concebida como una nueva trilogía pero finalmente reducida a un único, y no muy extenso, volumen. Entre las tres formulaciones no existe un cambio substancial, pero sí notables ampliaciones y desarrollos de ideas, especialmente entre *The Constitution of Liberty* y *Law, Legisla-*

---

2. La bibliografía más actualizada se encuentra en: DOSTALER, G./ETHIER, D., (eds.), *Friedrich Hayek: Philosophie, économie et politique*, París: Economica, 1988, pp. 243-266. Particularmente extensa, aunque limitada por la fecha: GRAY, J., *Hayek on Liberty* (2.<sup>a</sup> ed.), Oxford, Blackwell, 1986, pp. 148-209. Para los escritos de Hayek, cfr. además MACHLUP, F., (ed.), *Essays on Hayek*, Londres, Routledge, 1977, pp. 51-59.



*tion and Liberty*, que a nuestro juicio continúa siendo la obra más característica del pensamiento político de Hayek<sup>3</sup>.

## I. RACIONALIDAD, REGLAS Y ORDEN

El pensamiento político de Hayek se presenta arraigado en una epistemología que aquí tan sólo podemos esbozar, en la medida en que resulte necesaria para entender sus doctrinas sociales y políticas.

Una premisa epistemológica fundamental de Hayek para la elaboración posterior de sus ideas políticas es la creencia en la racionalidad limitada del hombre. La limitación de la racionalidad implica que nunca podemos conocer las cosas como son en sí mismas, sino a través de conceptos y categorías que (a diferencia de los kantianos) no son invariables, sino formados durante una larga práctica y supervivientes precisamente por habernos permitido tener éxito en el trato con la realidad. Como ha señalado J.N. Gray, hay en Hayek un muy importante fondo pragmatista, que debería ser tenido constantemente en cuenta (a pesar de las descalificaciones del autor con respecto al pragmatismo: cfr. LL, I, p. 18): «En la concepción del conocimiento de Hayek el recurso a la práctica es fundamental: se concibe como algo encarnado en las disposiciones a actuar con éxito, más bien que en sistemas teóricos bien articulados» (GRAY, 1991, p. 158)<sup>4</sup>.

La limitación del conocimiento es particularmente clara en el conocimiento que tenemos de nuestra propia mente. Las reglas que gobiernan nuestras acciones, incluyendo nuestro pensamiento y nuestro lenguaje, permanecen siempre al menos parcialmente desconocidas para nosotros. Ello es debido a que la mente humana es ella misma el producto de un proceso de evolución cultural que no podemos pretender conocer de manera completa y que por tanto tampoco podemos pretender controlar conscientemente de modo total (GRAY, 1991, p. 158; FC, p. 21).

Hayek profesa así una concepción naturalista y evolucionista de la mente, y en consecuencia, como veremos, de las instituciones sociales, que dependen de aquélla. Sin embargo, ha rechazado en varias ocasiones que la evolución mental pueda ser interpretada en términos darwinistas. No es tan sólo que la idea de evolución fuera empleada antes en las ciencias humanas (como la filología, la historia cultural, etc.) que en la biología, sino que (piensa Hayek) muy probablemente fue tomada en préstamo por Darwin de aquéllas, en especial de la economía

3. Citaremos estas tres obras por las siglas CL, LL y FC, respectivamente. (Para los detalles de las ediciones citadas, cfr. *Bibliografía* al final del artículo).

4. La dimensión pragmatista del pensamiento de Hayek merecería ser más estudiada. Hay notables semejanzas, en la manera de concebir las reglas como «saber hacer», entre Hayek y Wittgenstein (que era pariente próximo de Hayek). La semejanza puede explicarse por el influjo de G. Ryle (cfr. nota 5).

(LL, I, pp. 22-24). Por lo demás, los mecanismos y condiciones de ambos tipos de evolución son distintos e incluso opuestos. Coinciden tan sólo en que ambos son «un proceso de adaptación continua a acontecimientos imprevisibles, a circunstancias contingentes que no podían haber sido previstas con anticipación» (FC, p. 25).

Desde esta perspectiva podemos entender mejor el importante papel que Hayek atribuye a las reglas en la acción humana y en la coordinación social de las acciones. Actuamos constantemente apoyándonos en reglas que no conocemos de manera explícita, pero que nos permiten economizar nuestros esfuerzos para orientarnos en la realidad: «Las reglas que gobiernan la acción humana son económicas, en el sentido de que son abstracciones que nos hacen capaces de actuar sin dar consideración plena a todos los hechos que tenemos delante. Es evidente que no puede esperarse que los hombres tengan en cuenta todas las posibles consecuencias de sus acciones, puesto que aquéllas dependen de circunstancias contingentes de tiempo y de lugar que se encuentran fuera del alcance de sus cálculos» (BAUMGARTH, 1991, p. 43).

Es digno de notarse que el concepto de regla empleado por Hayek no tiene un carácter exclusivamente humano, sino que puede extenderse al comportamiento de los demás animales: «El estudio comparado de la conducta ha mostrado que en muchas sociedades animales el proceso de evolución selectiva ha producido formas de comportamiento altamente ritualizadas y gobernadas por reglas de conducta que tienen el efecto de reducir la violencia y otros métodos de adaptación despilfarradores y de este modo asegurar la paz» (LL, I, p. 75). En este sentido, el concepto de regla podría parcialmente coincidir con el de instinto, y Hayek piensa que indudablemente el hombre está aún guiado por algunas «reglas» innatas (LL, I, p. 74). Este solapamiento parcial, podría objetarse, se preste a confusión, pues sin duda los mecanismos que entran en juego en el cumplimiento de un instinto y en el seguimiento de una regla propiamente dicha (la «atención a la regla») son muy diferentes; pero con ello Hayek se muestra fiel a su orientación naturalista y pragmatista en la explicación de la conducta. Lo esencial en la regla no es algún fenómeno cognoscitivo determinado, sino la propensión a un comportamiento «regular»; y esta delimitación comprende ciertamente al instinto.

De todos modos, Hayek se ocupará preferentemente de las reglas no innatas o aprendidas, «aunque —advierte— al considerar el problema de la interrelación de las reglas de conducta y del orden general de las acciones que resulta de aquélla, no importa en qué tipo de reglas estamos pensando, o si, como sucederá generalmente, ambos tipos de reglas interaccionan» (LL, I, p. 75). La definición de regla, que Hayek propone en LL, I, p. 75, está así orientada hacia la regla aprendida: «'Regla' en este contexto, significa simplemente una propensión o disposición a actuar o no actuar de cierta manera, que se manifestará en lo

que nosotros llamamos una *práctica* o *costumbre*» (subrayado nuestro). La regla, tomada en este sentido, es uno de los componentes de la acción, a la que concurrirá en combinación o en conflicto con otras reglas, y con los impulsos o motivos concretos. La fuerza de la propensión en que consiste la regla, en comparación con la fuerza de las reglas concurrentes y con los motivos suscitados por la situación, determinarán la acción final (LL, I, pp. 75-76).

El aprendizaje de una regla no consiste en modo alguno en alcanzar la capacidad de dar forma articulada a aquélla, de expresarla verbalmente, sino en alcanzar la capacidad de «seguirla», es decir, de actuar conforme a ella. La capacidad de seguir una regla no presupone el conocerla, si por «conocer» entendemos el tener presente la regla delante del ojo de nuestra mente; más bien podemos decir que el enunciado explícito de la regla supone previamente la capacidad de seguirla eficientemente<sup>5</sup>. Es éste, piensa Hayek, un fenómeno importante y bien establecido: «El hecho de que el lenguaje es a menudo insuficiente para expresar aquello que la mente puede perfectamente tener en cuenta al determinar la acción, o de que a menudo no seremos capaces de comunicar por medio de palabras lo que sabemos muy bien cómo realizar, ha sido claramente establecido en muchos campos» (LL, I, p. 77. Cfr. LL, I, p. 18).

Antes de ocuparnos de la articulación de las reglas, sin embargo, volvamos por un momento a la cuestión de su función. Como hemos visto, en el caso del hombre las propensiones en que consisten las reglas no son exclusivamente pulsiones innatas, sino aquello que podemos designar como costumbres o *mores*. La función *genérica* de las *mores* consiste en la reducción de la incertidumbre. La razón humana, por así decir, no puede tomar en cuenta a la hora de actuar todos los estímulos y todas las posibilidades de acción que se le ofrecen: necesita un estrechamiento, una reducción de todos esos datos a dimensiones manejables. Esa reducción se realiza a través de las reglas que determinan las prácticas, los modos usuales, legítimos u obligatorios de actuar, y que excluyen del campo de la consideración *ab initio* muchos comportamientos «ineficientes», «ilegítimos» o «inmorales». Ahora bien, para poder cumplir esa función las reglas deben ser *generales e iguales* para todos quienes influyen en el resultado de la acción: sólo si sé que, en determinadas condiciones, las reglas que rigen mi comportamiento rigen también el comportamiento de aquellas personas con las que tengo que tratar, puedo ajustar mi conducta a la suya. De igual modo que no puede darse un lenguaje estrictamente privado, tampoco pueden existir reglas que sean desde un punto de vista lógico individuales. En este carácter de generalidad, se gesta ya la idea de normatividad de las

---

5. Hayek está aquí desarrollando ideas de RYLE, G, *The Concept of Mind* (cap. II: «Knowing how and knowing that»), Harmondsworth, Penguin Books, 1963, aunque suavizando los aspectos más conductistas.

reglas frente a las decisiones individuales, que son tomadas libremente dentro del marco de aquéllas.

Diferente de la cuestión de la función genérica de las *mores* es la de su origen. Para Hayek, las *mores* o reglas sociales son modos *establecidos* de actuar, que han quedado establecidos justamente porque, comparados con los modos alternativos de otros grupos, se han revelado como superiores. El desarrollo mismo de la mente individual es resultado de este proceso de evolución de las *mores*, de tal forma que podríamos decir que la mente individual, más que establecer las reglas sociales, consiste ella misma en esas reglas (piénsese por ejemplo en el lenguaje): «Lo que llamamos entendimiento es en última instancia simplemente la capacidad del hombre de responder a su entorno con una pauta de acciones que le ayudan a persistir» (LL, I, p. 18). Sin duda, no debería exagerarse el alcance de la fórmula. A partir del conjunto de las reglas aprendidas, de las propensiones a actuar adquiridas, cada individuo debe enfrentarse con problemas concretos, y en ese enfrentamiento habrá de poner en juego su inteligencia para intentar llegar a soluciones satisfactorias. Las reglas pueden dar orientaciones de acción, pero no son soluciones a problemas concretos.

Ya hemos dicho que las reglas sociales existen en el sentido de que gobiernan las acciones, pero no necesariamente en el de que sean explícitamente profesadas y declaradas. Sin embargo, es necesario que se vaya abriendo paso poco a poco un proceso de articulación de las reglas a medida que surjan dudas, por ejemplo en caso de conflicto, sobre su existencia o alcance.

La primera función de la autoridad social consistirá justamente en esto: en enseñar y hacer cumplir aquellas reglas que de hecho están establecidas. Este proceso de articulación de las reglas puede ser lento y complejo, puesto que puede no desvelar todo el contenido de aquéllas o, por el contrario, desbordarlas e ir más allá, incluyendo algo que no se hallaba en ellas. De este modo, el proceso de articulación puede muy bien, de forma indirecta, introducir nuevas reglas, que sin embargo sólo serán inteligibles dentro del marco de las reglas establecidas. Con estas salvedades, sin embargo, el sentido de la primera función de la autoridad es claro para Hayek: «La declaración explícita de la práctica o costumbre como una regla verbal apuntaría a obtener consenso acerca de su existencia, y no a fabricar una nueva regla; y raramente conseguiría más que una expresión inadecuada y parcial de lo que es bien conocido en la práctica» (LL, I, p. 77).

Muy diferente de esta función de declarar y mantener en vigor las reglas establecidas, es la segunda función que la autoridad social tendrá que desempeñar: se trata de dar órdenes referentes a acciones que parecen necesarias para la realización de objetivos particulares convenientes para el grupo. La lógica de las órdenes es completamente distinta de la de las reglas: las órdenes están ligadas con la consecución de un objetivo concreto y pueden por tanto ser completamente particula-

res, mientras que las reglas establecen simplemente marcos generales dentro de los que se inserta la acción individual y por ello son necesariamente generales.

La función de dirigir las acciones de los miembros de la sociedad hacia fines determinados es pues lógicamente diferente de la de explicitar las reglas que constituyen el orden espontáneo surgido en el seno de la sociedad. Mientras ésta supone la existencia de un orden social previo, que ha surgido de manera espontánea y no pretendida como resultado de la acumulación y selección entre innumerables experiencias, aquélla tiende a crear un orden particular y especializado, mediante la elaboración de instrucciones para la realización de tareas determinadas, instrucciones que no serán por tanto generales sino diferentes para los diversos miembros de la sociedad. A este orden intencionalmente creado o diseñado, Hayek lo llama organización (o *táxis*, empleando la palabra griega para «ordenanza»), mientras que a aquél lo designa con la venerable palabra griega de *kósmos*, el orden de las cosas presupuesto para que la acción humana pueda ser racional, es decir, pueda buscar inteligentemente sus fines (LL, I, p. 37).

## II. DERECHO, LEGISLACION, MORALIDAD

La discusión más amplia llevada a cabo por Hayek acerca de estos temas (acerca de la teoría del derecho, podemos decir), se encuentra en LL, cps. 4, 5 y 6, aunque una discusión bastante detenida se encuentra también en CL, cps. 10 y 14.

Hayek emplea la palabra «ley» (*law*) fundamentalmente en tres sentidos, no siempre claramente distinguidos: a) en primer lugar, en el sentido de reglas de conducta exigidas, y en este sentido la ley es un rasgo característico de cualquier sociedad, pues sólo la observancia segura de reglas comunes hace posible la existencia pacífica de individuos dentro de una sociedad; b) en segundo lugar, en el sentido de *derecho*, *nómos* o *jus*, en cuanto distinto de la ley en el sentido restringido de ley establecida (*statute*); c) finalmente, en el sentido precisamente de ley que se fija y establece de manera intencional por órganos especializados (*thésis*, *Gesetz*, *statute*).

La distinción entre estos tres sentidos, y de manera especial entre el segundo y el tercero, no es necesariamente de carácter jurídico-formal, sino de carácter social y, casi podríamos decir, antropológico. El paso de la primera a la segunda forma de ley estaría determinado por el surgimiento de problemas que hacen necesaria la existencia o actividad de un juez; mientras que el paso de la segunda a la tercera lo estaría por la existencia y actividad de un legislador. Veamos cómo, según Hayek, tiene lugar este proceso desde el momento en que las reglas que rigen la vida del grupo reciben una articulación que hace explícito su carácter normativo.

El pensamiento antiguo ha estado, en general, dominado por la idea de que la verdadera ley es dada de manera inalterable y no puede cambiarse. Cuando los antiguos legisladores daban forma explícita a las leyes, no pretendían crear nada nuevo, sino presentar lo que siempre había sido. Ello no quería decir, por supuesto, que las leyes hayan permanecido inmutables y que no haya habido ningún desarrollo en ellas; pero ese desarrollo, piensa Hayek, no ha sido debido a la iniciativa de los dirigentes, sino a la transformación de las costumbres, que ha producido cambios en las reglas de conducta, cambios debidos de modo especial al desarrollo del comercio (a partir del cual, como es sabido, se originó el *jus gentium*).

Esta concepción del carácter invariable de la auténtica ley domina en general el pensamiento clásico y medieval, aunque con apariciones ocasionales en Grecia y Roma de la idea de ley como voluntad del soberano; y así aparece, aunque disfrazada con un lenguaje metafísico, en la doctrina escolástica clásica de la ley natural. Sólo a partir del siglo XIII se va formando, en conexión con el surgimiento de la idea de soberanía, la doctrina de que la ley no puede ser otra cosa que la voluntad expresa del soberano.

En Inglaterra, sin embargo, la tradición clásica se prolonga gracias a la teoría y a la práctica de la «ley común» (*common law*), que no es concebida como el producto de la voluntad de una persona, sino más bien como barrera al poder arbitrario de cualquiera. En consecuencia, los juristas de la «ley común» desarrollaron concepciones de algún modo semejantes a las de la tradición de la ley natural, pero no envueltas en la desorientadora terminología de esa escuela (LL, I, p. 84).

El análisis de la noción de derecho (*nómos, law*) se desarrolla siguiendo las líneas que acabamos de indicar. En la terminología de Hayek, «derecho» son las reglas de conducta justa, que brotan del esfuerzo de los jueces para dirimir las disputas. Para Hayek, la ley hecha por el juez posee, por la misma dinámica de la función judicial, ciertas características que los decretos del legislador no poseen necesariamente y que sólo poseerán en la medida en que el legislador tome como modelo la función del juez y la ley hecha por el juez.

En efecto, la función del juez consiste, según Hayek, en corregir disfunciones dentro de un orden social espontáneo, que, aunque no ha sido diseñado por nadie, es generalmente aceptado. La tarea del juez, dicho de otro modo, no consiste en perseguir objetivos sociales determinados, sino en determinar lo que las personas privadas tienen razones «legítimas» para esperar, entendiendo por «legítimas» aquel tipo de expectativas sobre las cuales se han basado generalmente sus acciones en aquella sociedad.

En un orden dinámico, desde luego, no todas las expectativas pueden ser protegidas; más aún, es de esperar que, cuanto más dinámico sea el orden, más probabilidad habrá de choques de alternativas. Ahora bien, la máxima conciliación de expectativas se logra por medio de la

delimitación de dominios protegidos para cada uno, dentro de los cuales el individuo puede actuar libremente. Esta es justamente la idea lockeana de la propiedad, que no comprende sólo el dominio sobre los bienes materiales, sino que incluye también la vida y la libertad. Tomada en este sentido amplio, «la propiedad... es la única solución que los hombres han descubierto hasta ahora para el problema de reconciliar la libertad individual con la ausencia de conflicto. La ley, la libertad y la propiedad constituyen una trinidad inseparable. No puede haber derecho en el sentido de reglas universales de conducta que no establezca límites de los dominios de libertad por medio del asentamiento de reglas que hagan capaz a cada uno de conocer con certeza dónde es libre de actuar» (LL, I, p. 107).

Como consecuencia de la naturaleza misma de la función judicial, la ley que surge de aquel proceso poseerá ciertas características esenciales, que son determinantes para el concepto de derecho. Consistirá en primer lugar en reglas generales que ajustan la conducta de unas personas con respecto a otras; esas reglas serán aplicables a un número desconocido de ejemplos o casos futuros, y contendrán prohibiciones que delimitarán la frontera del dominio protegido de cada uno; cada regla será, en la intención del legislador, perpetua (aunque sometida a revisión a la luz de un exámen más detenido de su interacción con otras reglas); y será válida solamente como parte de un sistema de reglas que se modifican mutuamente. Estas serán las características formales definitorias del *nómos*. Sobre la suficiencia de esas características volveremos más adelante.

El hecho de que la ley crecida a partir del proceso judicial posea esas deseables características no significa, sin embargo, que en ocasiones no pueda y deba ser corregida por medio de una legislación deliberadamente introducida. Por diversas razones, el proceso espontáneo de crecimiento de la ley puede llevar a un *cul-de-sac*, del que sólo puede liberarla una legislación nueva. De aquellas razones, la principal es que ese proceso acumulativo puede haber estado en manos de un grupo o clase particular, cuyos puntos de vista tradicionales les hagan considerar como justas situaciones que no pueden satisfacer las exigencias generales de la justicia (LL, I, pp. 88-89).

Esta observación es importante porque a menudo se ha objetado a Hayek que su doctrina del orden espontáneo podría justificar prácticamente cualquier situación social establecida, por injusta que resultara desde el punto de vista de la igualdad (GORDON, 1991, pp. 284-285). Ahora bien, aunque Hayek mantiene una presunción de justicia (o al menos de eficiencia social) en favor de las reglas establecidas (FC, p. 20), no niega en absoluto que deban ser sometidas al examen crítico. Ciertamente, como ha señalado en un pasaje que de nuevo presenta un aire de familia pragmatista, aunque es posible ejercer la crítica de determinados elementos de una tradición, la base de esa crítica deben ser siempre otros elementos de la misma tradición aceptados incuestiona-

damente: «Los aspectos particulares de una cultura sólo pueden ser críticamente examinados desde dentro del contexto de esa cultura» (LL, II, p. 25). Esta idea, que ha sido ampliamente discutida en estos últimos tiempos<sup>6</sup>, no lleva necesariamente al relativismo, si, como defiende Mac Intyre, es siempre posible la «traducción» entre culturas a partir de una problemática común<sup>7</sup>.

Hemos visto cómo la legislación positiva puede tener una función de corrección del *nómos* en el proceso natural de crecimiento del derecho; pero tiene una función más específica, la de fijación de *reglas de organización*, es decir, reglas diseñadas no para servir de marco a las acciones libres de los individuos, sino para alcanzar objetivos particulares que se estiman necesarios para el bien común, o bien para establecer diversas agencias a través de las cuales el gobierno pueda ejercer su acción. El terreno privilegiado de la legislación, en el sentido restringido de esta palabra, es el establecimiento de líneas de acción política, y, como instrumento para ello, el campo del derecho público.

En efecto, la legislación ha nacido como una necesidad específica de la gobernación. Excepto en sus formas más simples, no puede ejercitarse por simples órdenes del gobernante, sino que necesita una organización a través de la cual operar y recoger medios para poder cumplir las tareas determinadas que sean exigidas por el bienestar social: «A medida que la organización que el gobernante construye para guardar la paz y mantener a distancia a los enemigos, y gradualmente para proporcionar un número creciente de otros servicios, se haga más y más distinta de la sociedad englobante que comprende todas las actividades privadas de los ciudadanos, requerirá reglas propias distintas que determinen su estructura, objetivos y funciones» (LL, I, p. 124). Recogiendo el sentido griego de la palabra («lo establecido»), Hayeck llama *thésis* a cada una de las leyes de este tipo, para distinguirla del *nómos*, o ley de la justa conducta.

La diferencia entre ambos tipos de ley puede oscurecerse si consideramos tan sólo su aspecto formal-jurídico; pero en realidad la diferencia es lógica y por tanto reconocible en principio para el pensamiento. Una regla de conducta justa, *nómos*, no puede ser ejecutada, como se ejecuta un decreto o una instrucción, pues se limita simplemente a definir el campo de la acción permitida y generalmente no determina una acción particular; lo que prescribe no es nunca «cumplido», sino que constituye una obligación permanente. Por el contrario, la *thésis*, la instrucción para que alguien realice determinadas acciones, puede ser ejecutada y realizada de manera completa.

---

6. Notoriamente por WINCH, P. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge, 1970.

7. Cfr. MAC INTYRE, A. *Whose Justice? Which Rationality?*, Londres, Duckworth, 1988.



Si nos referimos ahora al terreno del derecho real, la distinción conceptual puede difuminarse en muchas ocasiones. Así, una ley aprobada por una legislatura (*statute*) puede muy bien tener las características del *nómos* y no de la *thésis*, especialmente si no ha sido diseñada a su imagen y semejanza; pero no los tiene necesariamente. Dicho de otro modo: las legislaturas actuales aprueban y dan rango formal de ley tanto a los *nómoi* como a las *théseis*. Hay por tanto el peligro de que se pierda de vista la diferencia lógica entre ellas, así como las diferentes consideraciones que deben tenerse en cuenta en su elaboración. Este peligro, desde luego, es tanto mayor cuanto más se apoye la actividad legislativa en doctrinas como el positivismo jurídico y la soberanía absoluta (LL, I, pp. 91-93), que tienden a disolver las diferencias entre las distintas reglas sociales en la voluntad del soberano.

La filosofía del derecho de Hayek ha sido sometida a diversas críticas (BAUMGARTH, 1991; GRAY, 1981; WILHELM, 1972...). Quizá la de R. HAMOWY (Hamowy, 1991) sea la más representativa. La exponemos de manera resumida. Recordemos que, para Hayek, las leyes, *nómoi*, deben estar sometidas a ciertos criterios formales (fundamentalmente: generalidad e igual aplicabilidad) para que sean legítimas, es decir, para asegurar a todos el mismo dominio protegido de libertad (CL, pp. 201-205). Hamowy muestra sin dificultad que esas condiciones no son suficientes para garantizar la igual libertad y son compatibles con las mayores discriminaciones, pues siempre es posible poner en forma de norma universal disposiciones que en realidad son *ad hoc* y pueden ser injustificadamente coactivas.

Creemos que Hayek sería el último en querer negar esa posibilidad. Para él, las condiciones formales son necesarias, pero no suficientes, como *test* de la legitimidad de una ley. Diría, probablemente, que no existe un *test* absoluto, y que, en todo caso, otras condiciones deben ser añadidas. La más importante de ellas sería la genética: que la ley surja, por un procedimiento judicial o inspirado en el judicial, de un proceso de aclaración de las reglas implícitas en el orden social espontáneo. Este, creemos, es el sentido de la discusión (en LL, cap. 5) del papel del juez en la elaboración del *nómos*, y quizá también del excelente examen del constitucionalismo americano (en CL, cap. 12). Pues el constitucionalismo significa, en el fondo, que las leyes promulgadas deben someterse a los mismos principios que regulan el proceso judicial: «... las constituciones están basadas, o se supone que lo están, en un acuerdo básico sobre los principios más fundamentales, principios que pueden no haber sido nunca expresados explícitamente aunque procedan y hayan hecho posible el consentimiento y las leyes fundamentales escritas» (CL, p. 247).

La discusión acerca del sentido de la filosofía del derecho de Hayek ha quedado quizás oscurecida por su dependencia (especialmente en LL) de una teoría de la evolución de las reglas sociales que es seguramente demasiado imprecisa para sustentar una doctrina de la justicia (GALEOTTI, 1987; GRAY, 1981; VANBERG, 1986; FALKENA, 1991). En

realidad, y como han subrayado notables estudiosos de la obra de Hayek (GRAY, 1991; KUKATHAS, 1989), por detrás de su filosofía jurídica se encuentra una filosofía moral de impronta kantiana, que tiende a encontrar en la universalidad de la norma el criterio de justicia.

Esta tendencia kantiana encuentra expresión más clara en la última obra de Hayek. En ella afirma, por ejemplo: «Solamente merecen el nombre de moral aquellas reglas generales y abstractas que deben tomarse en cuenta en la decisión individual...» (FC, p. 65). De manera más precisa, distingue Hayek en FC entre la «moralidad» natural (es decir, «aquellos instintos que fundieron en una sola pieza al pequeño grupo y aseguraron la cooperación dentro de él») y la moralidad propiamente dicha, que está formada por «reglas de conducta humana que se desarrollaron gradualmente, en especial aquellas que tratan de la propiedad separada, la honestidad, el contrato, el intercambio, el comercio, la competición, la ganancia y la privacidad» (FC, p. 12). La «moralidad» natural del pequeño grupo dependía de la conciencia de fines comunes y su motivación consistía en los instintos de solidaridad y de altruísmo desarrollados probablemente durante los miles de años que los hombres vivieron en pequeñas bandas. Por el contrario, la moralidad propiamente dicha consiste en reglas que son transmitidas por tradición, enseñanza e imitación, y que consisten generalmente en prohibiciones que determinan dominios particulares, mutuamente ajustables, para los comportamientos individuales. La moralidad no depende ya de la conciencia de fines compartidos, ni siquiera de la propia utilidad. Su motivo no es la inclinación, sino la obligación: «El concepto de moral tiene sentido solamente por contraste, por un lado, con la conducta impulsiva e irreflexiva, por el otro con la preocupación racional con resultados específicos... Solamente si queremos decir que deberíamos seguir las emociones 'altruistas', entonces el altruísmo se hace un concepto moral» (FC, pp. 12-13).

Con respecto al problema de la fundamentación de las normas morales, Hayek se mueve con cierta incomodidad entre el kantismo y el utilitarismo, como ha sido señalado con autoridad (KUKATHAS, 1989). Ciertamente las reglas morales son socialmente útiles, pero no es nada claro que para Hayek sea ése el motivo por el que debemos obedecerlas: las duras críticas de Hayek al utilitarismo parecen excluir esa motivación. Más bien parece inclinarse por alguna forma de fundamentación kantiana, en cuanto las reglas morales son la condición de realización de la libertad. Volveremos sobre ello inmediatamente.

### III. ESTADO Y LIBERTAD

La doctrina propiamente política de Hayek es un ataque a los fundamentos del «estado social» y una defensa del estado liberal (PRISCHING, 1989, pp. 96-97), aunque de sus argumentos en favor de éste puedan deducirse propuestas para un moderado reformismo social.

Hayek no ha desdeñado descender, tanto en CL como en la tercera parte de LL, a un examen de las tareas que a un estado liberal le corresponden en el terreno de la previsión social, la organización del trabajo, el suministro de bienes públicos, la instrucción pública, etc. Un análisis detenido de estos temas, que no podemos emprender aquí, mostraría cuán alejado se encuentra Hayek de una simple doctrina del *laissez-faire* y por otro qué acertadas, desgraciadamente, han sido algunas de sus predicciones acerca de las consecuencias desastrosas de cierto intervencionismo estatal (véase, por ejemplo, el capítulo sobre la previsión social en CL) (ROBBINS, 1991, pp. 76-79; GORDON, 1991, pp. 279-280; VINER, 1991, p. 117).

Una defensa del estado liberal debe establecer alguna noción previa de libertad. La concepción de Hayek acerca de la libertad ha sido calificada, por él mismo y por otros (GALEOTTI, 1987, pp. 165-166; ROBBINS, 1991, pp. 67-68), de «negativa», en la línea de la tradición liberal clásica. Las cosas, sin embargo, no son tan claras. En la formulación estándar de la idea de libertad negativa, «ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad»<sup>8</sup>. Para Hayek, por otro lado, la libertad es «el estado en virtud del cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros» (CL, p. 32). El matiz indicado por la palabra «arbitraria» es fundamental: es el sometimiento a una voluntad *arbitraria* (y no, simplemente, a una voluntad ajena) lo que determina la falta de libertad. Ahora bien, como hemos visto, las personas sólo pueden escapar a la voluntad arbitraria de otro si viven bajo un sistema de reglas abstractas y generales.

Con ello, Hayek se acerca a los defensores más caracterizados de la libertad «positiva», Rousseau y Kant, para quienes la verdadera ley no puede limitar la libertad (GRAY, 1981, pp. 75-76). Es cierto, desde luego, que Hayek no llega a afirmar, como hacen aquéllos, que la libertad consiste en la obediencia a la ley que uno mismo se ha prescrito. En realidad, sin embargo, no se halla muy alejado de aquellos, y de manera especial de Rousseau; pues el proceso de formación espontáneo de las reglas sociales de Hayek coincide en el punto verdaderamente esencial con el proceso de formación de la voluntad general: a saber, en cuanto el sentido de ambos consiste en excluir la posibilidad del dominio de una voluntad concreta sobre otra.

La voluntad así entendida es, desde luego, un factor esencial en la realización del orden económico y en el progreso de la civilización; pero es además un valor en sí mismo. Aunque Hayek tiende a subrayar el valor instrumental de la libertad y declara expresamente que no quiere hacer del valor intrínseco de la libertad un presupuesto ético indudable, lo cierto es que siempre da por supuesto ese valor y que no se entendería la exigencia de adhesión a las normas generales y universales sino en cuanto son condiciones de la libertad.

8. BERLÍN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 193.

La coacción ejercida por el estado sólo se justifica, entonces, por la eliminación de la coacción arbitraria. Una sociedad liberal confiere al estado el monopolio de la coacción, e intenta limitar el poder del estado a los casos en que sea necesario para prevenir la coacción por personas privadas. Para aclarar este punto, Hayek examina con prolijidad la noción de coacción (CL, pp. 179-196). Hay una cierta ambigüedad terminológica: tan pronto parece decirse que el estado tiene el monopolio de la coacción legítima cuanto que la acción legítima del estado no constituye coacción, puesto que «la coacción tiene lugar cuando las acciones de un hombre están encaminadas a servir la voluntad de otro; cuando las acciones del agente no tienden al cumplimiento de sus fines, sino al de los de otros» (CL, pp. 179-180); y es claro que en este sentido no puede hablarse de coacción por parte del estado. Se trata, sin embargo, de una simple imprecisión que carece de importancia. De igual modo, tampoco pueden considerarse como formas de coacción las obligaciones contractuales, las condiciones de empleo en una sociedad competitiva, las presiones sociales en favor de un cierto conformismo, etc.

Podemos abordar el problema del estado a través del examen de la idea de democracia (NS, pp. 152-162). Sobre la democracia Hayek se expresa con el moderado relativismo característico del pensamiento liberal clásico: aunque, a diferencia de la libertad personal, la democracia no es un fin en sí misma, es sin duda la forma de gobierno más compatible con los principios liberales, y por tanto preferible en principio a cualquier otra. Ahora bien, todo ello es cierto tan sólo de la democracia limitada, es decir, de una democracia que no implique el dominio ilimitado de la mayoría sino que acepte la sumisión a principios generales de justicia (CL, cp. 12; LL, III, pp. 1-19). En efecto, la ventaja fundamental de la democracia es que tiende a salvaguardar la libertad de manera casi automática, pues su movimiento natural se dirige a limitar al máximo la coacción; pero para ello debe observar los límites sobre el poder del gobierno representados por aquellos principios.

Según Hayek, las democracias modernas han elegido un camino que conduce con toda probabilidad al dominio ilimitado de la mayoría, y por tanto a la supresión de la libertad. El primer paso, y el decisivo, en este camino, fue la eliminación de la separación de poderes, y la fusión en una sola asamblea de los poderes legislativo y gubernativo. Ello significaba la negación del principio de los *old whigs*, según el cual «las legislaturas deben también ser sometidas a restricción, si la libertad individual no ha de resultar invadida» (LL, III, pp. 20-22).

La consecuencia más importante de esta fusión creciente ha sido que las legislaturas (los parlamentos) se han convertido en cuerpos gubernamentales omnipotentes, lo que en realidad equivale a un *lawless government*. Es cierto, desde luego, que en una democracia los representantes elegidos tienen una pretensión legítima tanto a determinar

cuál será la ley cuanto a la dirección del gobierno. Ahora bien, el error fundamental, que no ha dejado de tener consecuencias desastrosas, es que ambos poderes se colocan en las manos de la misma asamblea, y que por tanto el gobierno (en realidad, una extensión de esa misma asamblea) cesa de estar sometido a la ley.

Tal proceso de desarrollo no ha carecido de revestimiento ideológico. Por un lado, la doctrina constructivista de la soberanía ilimitada: a saber, «la superstición de que una autoridad suprema debe por su misma naturaleza ser ilimitada, porque cualquier limitación presupondría otra voluntad por encima de ella, en cuyo caso no sería un poder supremo» (NS, p. 158; LL, III, pp. 33-35). La doctrina anterior, representada entre otros por los escolásticos, era en este sentido más equilibrada, pues mantenía que el poder más elevado no es necesariamente un poder ilimitado, sino que puede deber su autoridad a su compromiso con reglas generales aprobadas por la opinión pública<sup>9</sup>. Por otro lado, se encontraría la doctrina roussoniana de que en las decisiones de la asamblea se manifiesta la voluntad del pueblo, concepto éste manifiestamente ininteligible<sup>10</sup>.

Los resultados desastrosos de esta confusión de funciones se manifiestan de manera especial en el terreno electoral, en el peligro enorme de que la formación de la mayoría parlamentaria, y por tanto del gobierno, dependa de la compra de los votos de grupos especiales, a los que se conceden beneficios particulares a expensas de otras minorías. En un tono catoniano lo ha resumido Hayek: «En una asamblea omnipotente, las decisiones descansan en un proceso aceptado de chantaje y corrupción» (NS, p. 156). De ello se sigue una consecuencia enormemente paradójica: que una asamblea que es nominalmente omnipotente, es en la realidad extremadamente débil, pues depende completamente de los apoyos que tiene que conseguir para permanecer en el poder.

Hayek estima que las legislaturas o parlamentos actualmente existentes están bien adaptadas para las tareas estrictamente gubernamentales, a las que nos referiremos enseguida. Para esa función es probablemente necesario algo semejante al régimen actual de partidos políticos. Para la función propiamente legislativa, sin embargo, no son adecuadas, por la razón señalada de su dependencia de intereses particulares. Para obviar este inconveniente, Hayek ha propuesto la creación de una segunda asamblea de *notabiliores* de edad madura, con un curioso sistema de selección por parte de sus coetáneos en cuyos pormenores no nos proponemos entrar (LL, III, pp. 109-122).

---

9. Una exposición moderna de la doctrina escolástica sobre la soberanía se encuentra en: MARITAIN, J., *El hombre y el estado*, Buenos Aires, Kraft, 1952.

10. Sobre el trasfondo teológico de la idea de voluntad general, cfr. MONTOYA, J., «Rousseau», en: CAMPS, V., (ed.), *Historia de la ética*, v. II, Barcelona, Crítica, 1992, pp. 245-282.

Ya hemos visto anteriormente que Hayek no es en absoluto un partidario del *laissez faire*. El principio liberal de que la acción coactiva del gobierno debe limitarse al enforzamiento de las reglas generales de conducta justa, no prohíbe al gobierno proporcionar otros muchos servicios que no descansan en la coacción (a no ser, naturalmente, en el aspecto de su financiación), tales como la provisión de bienes colectivos (protección civil, medios de comunicación, etc.), que no serían suministrados adecuadamente por el mercado; la ayuda a grupos particularmente desvalidos, como enfermos, ancianos, etc.; la seguridad de una renta mínima, incluso para quienes no pueden trabajar; el financiamiento de la educación, al menos en su nivel general, etc. (LL, III, pp. 41-56). Todo ello constituye un programa de acción no despreciable que en algunos puntos va más allá de la práctica incluso de gobiernos socialdemócratas.

En la ejecución de estas funciones, sin embargo, presenta Hayek ciertas restricciones de carácter netamente liberal. En primer lugar, el gobierno no puede pretender el monopolio en la realización de esas funciones (por ejemplo, en la educación) ni deben excluirse nuevos métodos para proporcionar esos servicios a través del mercado. Después, los medios para la provisión de los servicios deben ser procurados por medio de impuestos basados en principios uniformes y no arbitrarios (fijados por el «senado» y no por la asamblea gubernamental), y no deben ser empleados con una función redistributiva. Finalmente, las necesidades satisfechas deben ser necesidades colectivas de la comunidad, y no necesidades específicas de grupos (a no ser que redunden en bien de toda la comunidad).

Por debajo de toda esta difusión, se encuentra la concepción de Hayek acerca del papel del sector público (LL, III, pp. 46-53). El sector público no es una serie de funciones reservadas en exclusiva al gobierno, sino más bien una cierta cantidad de bienes materiales colocada a su disposición para subvenir a ciertas necesidades por medio de ciertos servicios. Es el gobierno mismo democráticamente elegido (o, más exactamente, la asamblea legislativa de la que el gobierno es una extensión) la que fijará la cantidad de esos bienes necesaria para prestar aquellos servicios, pero no los criterios de acuerdo con los cuales serán recaudados: esta función permanece reservada estrictamente al «senado».

Finalmente, la realización concreta de las tareas destinadas a proporcionar los servicios socialmente necesarios no es necesariamente una función reservada al estado mismo: puede ser llevada a cabo por empresas privadas subvencionadas por el estado o reservada, si ello es posible, al sector que Hayek llama «independiente», constituido por iglesias, fundaciones, asociaciones benéficas, etc. a las que Hayek atribuye gran importancia (LL, III, pp. 49-51).

#### IV. CONCLUSIONES

El pensamiento político de Hayek ha sido objeto de muchas críticas, algunas claramente partidistas. A nuestro juicio, que ya adelantábamos al principio, contiene elementos muy valiosos, que merecen ser estudiados y que lo establecen como uno de los grandes filósofos políticos de nuestra época. Dicho esto, sin embargo, queremos hacer algunas observaciones críticas respecto a los temas principales de su pensamiento.

La idea de evolución cultural tiene un papel importante, aunque no imprescindible, en el conjunto del pensamiento de Hayek. A través de la idea de selección evolutiva entre las reglas, le permite introducir una versión sociológica de ley natural, sin necesidad de adquirir un compromiso con el objetivismo ético, y con ello preparar la base para la distinción entre *nómos* y *thésis*, así como para la dualidad de funciones legislativas dentro del estado democrático.

A nuestro juicio, sin embargo, la doctrina de la evolución cultural y de la formación de órdenes espontáneos está formulada de manera demasiado imprecisa para poder soportar tanto peso. No encontramos, por ejemplo, una discusión acerca de las diferentes funciones que pueden cumplir las reglas sociales (que no se limitan a prohibir interferencias, sino que pueden exigir cooperación, etc.), ni una explicación plenamente coherente de la manera cómo surgen las reglas sociales. Hayek oscila, en este último punto, entre una explicación por la vía de la mano oculta y una explicación funcionalista de las reglas (VANBERG, 1986). Pero ninguna de estas explicaciones es del todo satisfactoria. La explicación del tipo «mano oculta» justifica resultados sociales, no reglas; más bien presupone ciertas reglas que hagan posible el libre juego del mercado. Por el otro lado, la explicación funcionalista no parece del todo consistente con el pretendido carácter no intencional de la formación de las reglas, pues la explicación funcionalista supone cierta conciencia de la formación y de la utilidad de la regla, y ello no es claramente compatible con la afirmación de su carácter no intencional.

A nuestro entender, Hayek ha exagerado la importancia que la tesis de la formación preterintencional del orden social tenía en la ilustración escocesa<sup>11</sup>. Más que de una tesis de pretensión epistemológica, se trataba de un *caveat* frente a la improvisación y la experimentación en materia de política social. Una mirada más amplia a la historia real muestra que la formación de un orden social determinado ha sido el resultado tanto de las interacciones individuales no pretendidas cuanto de intervenciones concretas con vistas a producir aquel orden (SUFFRIN, 1961, pp. 201-204).

---

11. Sobre el tema de la preterintencionalidad del orden en la ilustración escocesa, cfr. MONTOYA, J., «La ilustración escocesa y la idea de progreso», en *Conocimiento y Racionalidad*. (Homenaje al prof. Sergio Rábade), Madrid; 1992, pp. 623-634.

Diferente debe ser el juicio con respecto a su filosofía jurídica, que es independiente de su teoría de la evolución cultural. Si le es permitido a los firmantes, no juristas, expresar un modesto juicio en este terreno, la distinción entre *nómos* y *thésis* se les antoja en principio sana y no sin semejanza con distinciones establecidas por filósofos del derecho de tendencia antipositivista (por ejemplo, la distinción entre principios y reglas jurídicas, de R. Dworkin: evidentemente, no afirmamos que se trata de la misma distinción). Ofrece a nuestro juicio un principio de interpretación que merece no ser desdeñado, aunque seguramente sea presentada por Hayek con excesiva rigidez.

Habría igualmente que matizar la interpretación de la filosofía jurídica de Hayek como un intento de restauración de la idea de ley natural, sociológicamente reinterpretada. Pues a la idea clásica de ley natural le era esencial la inclusión de un método por el que el *contenido* de la ley podría ser esclarecido. Como hemos visto, nada de esto se encuentra en Hayek, que, con respecto al problema del contenido de los principios de justicia, adopta una postura más cercana al formalismo de Kant, como si las leyes justas pudieran establecerse partiendo de la misma forma de la ley.

Finalmente, y por lo que toca a la doctrina del estado, no puede negarse que Hayek ha señalado con acierto, y con gran anticipación con respecto a lo que hoy es conciencia popular, los peligros a que están expuestas las democracias si no tienen clara conciencia de sus límites. En esta crítica, desde luego, Hayek no hace sino recoger el espíritu de cuanto había sido expuesto magistralmente por Tocqueville.

La crítica de la idea de justicia distributiva, que llena el volumen segundo de LL, merece un estudio detenido, que no podemos ofrecer aquí aunque esperamos hacerlo en otra ocasión. Podemos simplemente adelantar nuestra impresión de que Hayek ha suscitado un punto de gran alcance teórico. Decidamos o no hablar de *justicia* distributiva, tenemos que tener la idea clara de que la discusión acerca de la distribución adecuada de la renta necesita una metodología (un tipo de argumentación, el tomar en consideración determinados hechos sociales y económicos) distinta de la discusión acerca de la justicia y de los derechos morales en general. El reconocer este punto metodológico no quiere decir, evidentemente, que estemos de acuerdo con sus conclusiones acerca de puntos concretos, como la igualdad de oportunidades, el impuesto proporcional, etc.<sup>12</sup>

En relación con la estructura propiamente dicha del estado, no será necesario insistir en el carácter poco realista de la división de las cámaras por la diferencia de los temas que tendrían que tratar (PRISCHING, 1989, p. 93). Las decisiones políticas están a veces tan estrechamente

---

12. Una excelente discusión crítica de las tesis de Hayek acerca de la justicia distributiva, puede hallarse en CELA CONDE, C. J., *De genes, dioses y tiranos*, Madrid; Alianza Editorial, 1985, pp. 167-187.



ligadas con cuestiones morales y de principio de derecho que sería absolutamente imposible, y desde luego completamente ineficiente, separar ambos aspectos y relegarlos para ser estudiados a instancias tan completamente distintas. El problema está por supuesto correctamente señalado: las legislaturas actuales, formadas a partir de asociaciones especializadas en la conquista del poder, tienen poca afición y poco interés por las cuestiones teóricas, de orden jurídico y moral, que pueden estar detrás de un proyecto de ley. Pero una protesta más contra el régimen actual de partidos políticos es decididamente pleonásmica, y el tiempo no parece aún maduro para poder afrontar soluciones eficaces.

## BIBLIOGRAFIA CITADA EN EL TEXTO

- BAUMGARTH, W. P. (1991), «Hayek and Political Order», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. III, pp. 42-70.
- FALKENA, H. B. (1991), «On Hayek's Philosophy of Limited Government and the Economic Order», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. IV, pp. 141-155.
- GALEOTTI, A. E. (1987), «Individualism, Social Rules, Tradition», *Political Theory* 15 (1987), pp. 163-181.
- GORDON, S. (1991), «The Political Economy of F. A. Hayek», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. III, pp. 277-296.
- GRAY, J. (1981), «Hayek on Liberty, Rights and Justice», *Ethics* 92 (1981), pp. 73-84.
- GRAY, J. N. (1991), «F. A. Hayek on Liberty and Tradition», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. III, pp. 165-175.
- HAMOWY, R. (1991), «Law and the Liberal Society: F. A. Hayek's Constitution of Liberty», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. III, pp. 95-110.
- HAYEK, F. A. (1975), *Los fundamentos de la libertad*, Madrid; Unión Editorial (citado con la sigla CL).
- HAYEK, F. A. (1973-79), *Law, Legislation and Liberty*, Londres; Routledge (citado con la sigla LL).
- HAYEK, F. A. (1978), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Londres; Routledge (citado con la sigla NS).
- HAYEK, F. A. (1988), *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Londres; Routledge (citado con la sigla FC).
- KUKATHAS, C. (1989), *Hayek and Modern Liberalism*, Oxford; Clarendon Press.
- PRISCHING, M. (1989), «Friedrich von Hayek's Sozialstaatskritik», *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Wien; Manzschke, pp. 71-97.
- ROBBINS (Lord) (1961), «Hayek on Liberty», *Economica* 28 (1961), pp. 66-81.
- SUFRIN, S. C. (1961), «Some Reflections on Hayek's *The Constitution of Liberty*», *Ethics* 71 (1961), pp. 201-204.
- VANBERG, V. (1986), «Spontaneous Market Order and Social Rules: A Critical Examination of F. A. Hayek's Theory of Cultural Evolution», *Economics and Philosophy* 2 (1986), pp. 75-100.
- VINER, J. (1991), «Hayek on Freedom and Coercion», en: WOOD, J. C./WOODS, R. N. (1991), v. II, pp. 108-118.
- WILHELM, M. M. (1972), «The Political Thought of Friedrich A. Hayek», *Political Studies*, 20 (1972), pp. 169-84.
- WOOD, J. C./WOODS, R. N. (eds.) (1991), *Friedrich A. Hayek: Critical Assessments*, 4 vols., Londres; Routledge.



## El contractualismo constitucionalista de James Buchanan

Por MARIA ELOSEGUI ITXASO

Zaragoza

Los objetivos que me propongo son: en primer lugar, presentar la figura de James Buchanan en un recorrido a través de sus obras, en conexión con la escuela del *Public Choice*. A continuación, examinar su teoría del Estado y su crítica al Estado de Bienestar, analizando los pros y contras de su propuesta. En último lugar, esbozar los presupuestos iusfilosóficos que la justifican.

Se recogen los principales estudios y críticas hechos en ámbito español, desde distintas perspectivas, a mi juicio complementarias. Se trata de aunar los puntos de vista de estudiosos de la economía, de la filosofía política, de la ética y de la filosofía del derecho. Constituye un esfuerzo por acercar temas de discusión absolutamente implicados.

En una reciente entrevista, James Buchanan afirmaba que el desarrollo económico va indisolublemente unido al marco jurídico que proporciona la democracia constitucional. La economía de mercado depende de un marco de operación político-legal, institucional, que es el propio de la democracia liberal <sup>1</sup>.

A juicio de Buchanan una economía planificada no puede producir y distribuir valor económico en una medida comparable al que resulta de una economía de mercado.

Refiriéndose a los países del Este estimaba que el mercado requiere un orden legal que funcione, un orden en el que haya propiedad privada, contratos... Lo realmente importante es la regla de la ley, las normas, de modo que —a juicio de Buchanan— lo que estos países realmente necesitan es trabajar sus instituciones legales.

---

1. VI Conversaciones de Madrid, organizadas por el consorcio «Madrid, Capital Cultural de Europa». Celebradas en el Escorial los días 11 y 12 de octubre de 1992. Recogidas en *Atlántida*, vol. 13, (1993), p. 35.

Así, terminaba —el mencionado economista— deseando para Europa una *revolución constitucional*: «En la Europa occidental se vienen combinando procedimientos electorales democráticos con políticas fuertemente distributivas... se está generalizando una actitud pública contraria a los excesos de las políticas distributivas y a la intrusión burocrática en los asuntos económicos —y personales— de los ciudadanos. Espero que esto conduzca a una ‘revolución’ constitucional también aquí, y se comprenda lo que implica en realidad la democracia liberal bien entendida»<sup>2</sup>.

## 1. JAMES BUCHANAN. SU BIOGRAFIA Y EVOLUCION DE SU PENSAMIENTO

Buchanan, premio Nobel de Economía en 1986, en la actualidad profesor de la George Mason University de Virginia (EEUU), es uno de los fundadores de la Escuela de Virginia, *Virginia Polytechnic Institute*, y del movimiento de la *Public Choice*. Esta escuela surge en los años 60 ante la expansión incontrolada del sector público y el aumento del poderío estatal. No es, a mi modo de ver, casual que el desarrollo del estudio de la elección pública coincida con el inicio del análisis económico del derecho. De hecho, los segundos han absorbido muchos de los argumentos proporcionados por aquéllos<sup>3</sup>.

La teoría de Buchanan refleja la mejor sistematización que el movimiento del *Public Choice* ha elaborado sobre el Estado. Este economista es el primero de este movimiento que se enfrenta con un tema propio de la filosofía política. En 1986 recibió el premio Nobel de Economía por mantener que «Desde el punto de vista metodológico, la

---

2. BUCHANAN, J. «La democracia liberal bien entendida. Entrevista con James M. Buchanan». Por PINTADO MASCAREÑO. *Atlántida*, vol. 13, (1993), p. 42.

3. Debo agradecer aquí a Paloma Durán el haber suscitado mi interés por el análisis económico del derecho. También a José Martínez de Pisón por sus sugerentes discusiones sobre el Estado de Bienestar en la Facultad de Derecho de Zaragoza, y a M.<sup>a</sup> Amor Díez-Ticio del Departamento de Economía de la misma Facultad, el haber puesto a mi disposición mucha de la bibliografía empleada en la redacción de este artículo. Y por último al economista Andrés Elósegui, el haber contribuido a configurar mi argumentación, debido a nuestras notables discrepancias.

BECKER, G. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976. BECKER, G. «El enfoque económico del comportamiento humano». *Información comercial española*. 1980, pp. 11 y ss. TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del Derecho*. BECKER, G. Madrid. Ed. Tecnos, 1987. PASTOR, S., *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, 1989. PAZ-ARES, C., «La Economía política como Jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del Derecho». *Anuario de Derecho Civil*. 34, (1981), pp. 608-809. POLINSKY, A. M., *Introducción al análisis económico del Derecho*, traducción de J. M. Álvarez Flórez. Barcelona. Ed. Ariel, 1986. Título original *An Introduction to Law and Economics*. 1983. DURÁN, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada, Ed. Comares, 1992. CALSAMIGLIA, S., «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, (1987), pp. 267 y ss.

principal innovación de mis escritos ha consistido en aplicar el aparato conceptual de la teoría económica además de a los individuos que actúan en el mercado (como productores y consumidores) a los que actúan en el sector público, sean electores, políticos o burócratas». Es decir, Buchanan aplica el análisis económico al comportamiento político, contribuyendo a la teoría de la Elección Pública. Desde 1976, con la atribución del premio Nobel a Milton Friedman, se hace sentir fuertemente la influencia de la economía en el análisis de la política y el derecho. No en vano se ha otorgado el premio Nobel en años recientes a Hayek, Becker y Buchanan.

Antes de hacer un recorrido a través de sus obras y la formación de su pensamiento, en síntesis diremos que su propuesta es una crítica al Estado intervencionista, al que denomina Leviathan, y una vuelta a las verdaderas raíces del liberalismo y de la teoría clásica del mercado. Para un análisis equilibrado de su obra consideró necesario diferenciar por una parte sus aportaciones y análisis económicos, y por otra la aplicación de los mismos a la política y al derecho. Resulta ilustrativo observar los comentarios tan dispares que suscitan las tesis de Buchanan, según sean analizados por economistas, éticos o filósofos del derecho. La diferencia radica en los métodos de aproximación al problema, completamente divergentes, aunque a su vez complementarios. Los economistas tratan de analizar las leyes del mercado y por tanto adoptan una actitud descriptiva de los hechos. Su método es el propio de las ciencias empíricas. Diríamos que describen el ser o los hechos constatables. Sólo en una segunda etapa es posible hacer valoraciones partiendo de los datos comprobados. Es aquí donde interviene el ético, filósofo político o del derecho. Partiendo de lo dado propone unas pautas de acción para alcanzar unos criterios de justicia, estableciendo un paradigma y una definición de lo que sea ésta.

Volviendo a nuestro autor, probablemente muchos estén de acuerdo con el análisis y crítica del intervencionismo estatal, así como su oposición a las teorías keynesianas, pero resultará ya más problemático asumir las extrapolaciones de estos análisis cuando se aplican sin ningún filtro a la teoría del Estado. Se insiste hoy en las contradicciones en que ha caído el estado de bienestar, su excesiva burocratización, la pérdida de protagonismo de los ciudadanos, la disminución de producción económica a la que esto ha llevado <sup>4</sup>. Pues bien, esta crítica, «'El estado de bienestar' tiende a extenderse desmesuradamente, don-

---

4. Cfr, STREISSLER, Erich W., «De la burocracia al libre mercado. Una nueva teoría para una nueva situación económica», *Atlántida*, pp. 51-60. Streissler pertenece a la Nueva Escuela Austriaca de Economía.

SELDOM, Arthur, «Las motivaciones personales en la economía. Cómo mejorar nuestra condición», *Atlántida*, pp. 66-67: «A pesar de la elevación en los ingresos que ha tenido lugar en los últimos cien o ciento cincuenta años, el gobierno no ha reducido ni retirado sus prestaciones sociales. Por el contrario, las ha ampliado. La excusa es que, al elevarse la renta nacional 'la nación' se puede permitir gastar más en los servi-

de quiera que se introduzca»<sup>5</sup>, será punto de partida del pensamiento de Buchanan. Como consecuencia, su propuesta será la de un retorno al liberalismo clásico, desde una perspectiva económica y con una finalidad consistente en aumentar la capacidad adquisitiva de los individuos y la correspondiente elevación del nivel de vida.

No se trata de hacer pagar impuestos a unos pocos y de beneficiar a otros, sino de que todos paguen y todos se beneficien. Si sólo son unos pocos los que pagan, entonces mucha gente se aprovecha a través de una política de grupos particulares que reclamarán un tratamiento diferencial. «Existe una visión deformada, en parte por una propaganda socialista, que intenta mostrar a los Estados Unidos como un país de grandes contrastes sociales y de renta. En realidad, lo que hay en los Estados Unidos es un exceso de generosidad a la hora de conceder ayudas o subsidios, hasta el punto de que gente que no los necesita se aprovecha del sistema para no trabajar, y esto sí que me parece escandaloso»<sup>6</sup>.

La crítica inicial de Buchanan a las teorías económicas vigentes en 1940 y 50, no fue excesivamente bien acogida por los economistas. Una muestra de ello es que los miembros de la Escuela de la Elección Pública tuvieron que emigrar de la Universidad de Virginia a la de George Mason en Fairfax en el año 1983. Como afirma James Buchanan: «El perjuicio que he tratado de destruir a lo largo de mis escritos es el compartido por muchos economistas según el cual los gobiernos existirían independientemente de los ciudadanos para alcanzar ciertas finalidades e interés o bienestar general. Muchas proposiciones de la Hacienda y Economía pública se formulan por los economistas — como ya advirtió Wicksell— pensando que un dictador benevolente espera y desea recibir sus consejos. Pero en este mundo los dictadores no suelen destacarse por sus características benevolentes y, por otra parte, en las democracias no existen, por definición, los dictadores con un poder absoluto para aplicar las políticas que les aconsejan los economistas. Los gobiernos en un contexto democrático deben su existencia al consenso de los ciudadanos y las decisiones públicas emanan de sus elecciones. La teoría de la elección pública, los factores que la condicionan y sus consecuencias sobre la vida financiera y económica deben constituir el centro de la atención de los teóricos de la economía pública»<sup>7</sup>.

---

cios 'gratuitos' del Estado. Esto es defraudar a los ciudadanos... En la práctica la democracia se ha debilitado. La política está dirigida por activistas políticos y beneficia sobre todo a los que ya están políticamente organizados. En la práctica la democracia se ha convertido en el gobierno de los más ocupados, de los que quieren mandar a toda costa y de los que se aprovechan del sistema».

5. BUCHANAN, J., «La democracia liberal bien entendida. Entrevista con James M. Buchanan», *o. c.* p. 38.

6. *Idem.*

7. Citado por FUENTES QUINTANA, E. «James M. Buchanan, premio nobel de economía 1986», *Papeles de economía española*, núms. 30-31, (1987), p. 511.

En opinión autorizada del profesor Fuentes Quintana, «La Teoría de la Hacienda se define así por Buchanan como 'Teoría de la demanda y oferta de bienes públicos'. La demanda de bienes públicos por los ciudadanos ha llevado a Buchanan a profundizar en los procedimientos por los que esta demanda se realiza en un proceso democrático. Se concede así una atención prioritaria a los principios constitucionales de adopción de decisiones que integran las reglas de juego de una democracia. Esos principios constitucionales —la opción por unos u otros— condicionan a su vez las secuencias de decisiones diarias sobre la vida financiera. Por otra parte, la oferta de bienes públicos ha concedido un importante papel a políticos, burócratas y grupos de interés, quienes intervienen con sus *propias* valoraciones a la hora de producir bienes públicos»<sup>8</sup>.

Buchanan contrapone la figura del gobernador benevolente a la del Leviathan. El sector público está en manos de quienes componen el gobierno, y éstos se mueven por sus propios intereses y no por la búsqueda de un bien común.

James Buchanan estudia economía en la Universidad de Chicago a finales de 1945. Cuando llegó se consideraba a sí mismo como un socialista libertario en contra del gobierno. Pero su asistencia a la asignatura de «teoría de los precios», impartida por Frank Knight convirtió a Buchanan en un celoso defensor del mercado<sup>9</sup>.

El segundo autor que influyó en él fue el economista sueco Knut Wicksell<sup>10</sup>. Durante el verano de 1946 encontró en una biblioteca (Harper Library) la disertación de Wicksell sobre la imposición (impuestos). Se trataba de mejorar la racionalidad de la actuación pública y de dar cabida en la misma a la decisión de la mayoría a través de la regla de la unanimidad. Publica entonces, en 1954, sus primeras obras en la revista de la Universidad de Chicago, *Journal of Political Economy*, un comentario a la obra de Arrow<sup>11</sup>. Se traslada a Italia en 1955 y 56, donde, en Perugia y Roma, estudia las teorías de los grandes hacendistas italianos: De Viti Di Marco, Pantaleoni, Mazzola, Einaudi, Fasiani y Puviani. La idea fundamental es la necesidad de conocer la

8. *Idem*.

9. Buchanan relata su autobiografía en «Better than Plowing», *Quarterly Review*, diciembre de 1986. Citada por Fuentes, p. 524. «When I reached the University of Chicago, I was what I ow best describe as a libertarian socialist... but within six weeks after enrollment in Frank Knight's course in price theory, I had been converted into a zealous advocate of the market order» en BUCHANAN, J., *Essays on the political theory*, Honolulu. University of Hawaii Press, 1989. p. 71. Cfr., DURAN, P. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Granada, Ed. Comares. 1992, p. 76; «Desde el primer momento de su investigación, Buchanan se presenta como un defensor del mercado, sustituyendo así sus anteriores apoyos a lo que él llama socialismo».

10. BUCHANAN, J., *Theory of Public Finances*. Ed. por R. A. Musgrave y A. T. Peacock. Londres, Macmillan, 1958. Es la traducción de la obra de Knut Wicksell.

11. BUCHANAN, J., «Individual Choice in voting & the Market», *Journal of Political Economy*, núm. 62, agosto, (1954).

forma de Estado bajo la cual transcurren los programas de ingresos y gastos públicos. Distinguen entre un Estado cooperativo y democrático y un Estado monopolista y autoritario. Como veremos después, el Estado de bienestar intervencionista estaría reflejado en este último.

Escribe en 1958 *Public Principles of Public Debat*<sup>12</sup>. Formula un reto a la ortodoxia keynesiana presente en la valoración de la deuda pública, propugnando por su parte una vuelta atrás a la vieja ortodoxia clásica de las teorías clásicas de la economía liberal de Adam Smith. En las teorías económicas de Keynes la macroeconomía se había escindido de la microeconomía. Buchanan intenta demostrar que hay una estrecha conexión entre ambas, haciendo ver que las grandes decisiones económicas del Estado dependen de las decisiones individuales de quienes lo forman y no de leyes abstractas y generales. Así establece un paralelismo entre los métodos que operan en ambos niveles. Es decir la deuda pública obedece a las mismas causas que la deuda individual, por la misma razón la deuda externa es equivalente a la deuda interna, y por último nuestro comportamiento económico hoy influirá en las generaciones futuras.

En 1962 escribe con Tullock *El cálculo del consenso. La fundamentación lógica de la Democracia Constitucional. Una teoría Económica de la Política Constitucional*<sup>13</sup>. Critican las consecuencias de admitir la regla de la mayoría simple como principio de adopción de decisiones públicas, y proponen límites constitucionales al mismo. Al mismo tiempo, exploran nuevos mecanismos de elección social elaborando una teoría de las Constituciones, que pretende el respeto máximo a las elecciones individuales en la realización de elecciones colectivas.

En palabras de Buchanan esta obra «es una mezcla de análisis positivo de las diferentes reglas de decisión pública y una defensa normativa de ciertas instituciones políticas americanas que sostuvieron los fundadores de la Constitución y James Madison en particular». En esta obra Buchanan, junto con Tullock, trata de «predecir las propiedades operativas del Leviathán y de hallar las reglas constitucionales capaces de impedir la expansión del sector público más allá de las conveniencias de los individuos que integran la sociedad y aceptan su actividad como conveniente»<sup>14</sup>. La revolución constitucional es el único remedio para atajar su influencia. La política se contempla como un juego dentro del cual «la economía pública tiene un momento constitucional

12. BUCHANAN, J. *Public Principles of Public Debat*, Illinois. Homewood, 1958. Capítulo 4, publicado en *Hacienda Pública Española*, núm. 20, (1973). BUCHANAN, J., «An Economic Theory of Clubs», *Económica*, 32, febrero (1965). Versión castellana en *Hacienda Pública Española*, núm. 50, (1978).

13. BUCHANAN, J. & TULLOK, G. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy. An Economic Theory of Political Constitution*. Ann Arbor, University of Michigan Press. 1962. Versión castellana de J. Salinas en Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1979.

14. FUENTES QUINTANA, E., *o.c.* p. 515.



que se identifica con la opción por distintas reglas del reglamento del juego político. La elección de las reglas se realiza, por tanto, bajo el velo de la incertidumbre»<sup>15</sup>.

La aparición de la obra *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, en 1975, se centra en una denuncia del excesivo intervencionismo estatal<sup>16</sup>. Desde este año hasta 1985 se suceden las obras más interesantes en relación a su pensamiento político. Inicialmente, hacia los años 60, Buchanan había confiado en la eficiencia del gobierno, como un agente que trataría de satisfacer las demandas de los particulares. Pero poco a poco había ido aumentando la separación entre los programas del gobierno, que además disparaban el gasto público, y los deseos de los ciudadanos. No había correspondencia entre la demanda ciudadana al sector público y la respuesta de las producciones públicas. De ahí que «La aparición del Leviathán tiene para Buchanan una causa básica; la ampliación de la esfera pública más allá de los límites aceptables. La aceptabilidad de esos límites se define por la conveniencia de todos los individuos que pactan la constitución del Estado por su propia utilidad. Esos límites vienen dados por el desempeño de las funciones del 'Estado protector' y del 'Estado productor', que Buchanan admite que constituyen la base del contrato social. Más allá de esas funciones la actuación del Estado genera la arbitrariedad y el abuso propios del Estado-Leviathán»<sup>17</sup>.

La obra siguiente que continúa con el tema es *Democracy in Deficit* en 1977<sup>18</sup>, en ella «ataca la norma de la hacienda compensatoria y el déficit público basado en la teoría keynesiana»<sup>19</sup>. Keynes había supuesto que los intérpretes políticos en una democracia se comportarían de acuerdo a consideraciones de interés público y no atenderían a los incentivos personales que les facilitaban el manejo del Presupuesto para su propio beneficio. Una vez que estos intérpretes dejaban de considerarse como servidores de un interés público y se les trataba por el análisis como personas corrientes, con sus egoísmos y sus proyectos de ganancia personales, toda la teoría keynesiana de la política fiscal compensatoria se resquebrajaba.

En 1978 publica *Freedom in Constitutional Contract*<sup>20</sup>. Buchanan aplica el método del individualismo y del constitucionalismo para explicar la función del Estado. En la obra de 1975 (*The Limits of Liberty*.

15. FUENTES QUINTANA, E., o.c. p. 516.

16. BUCHANAN, J. *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, Londres, University of Chicago Press 1975.

17. FUENTES QUINTANA, E. o.c. p. 514.

18. BUCHANAN, J., *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*. (Con R. Wagner). New York, Academic Press. 1977. Versión castellana. Ed. Rialp. Madrid, 1983.

19. FUENTES QUINTANA, E., o. c. p. 514.

20. BUCHANAN, J., *Freedom in Constitutional Contract. Perspectives of a Political Economist*, College Station. Texas University Press, 1978.

*Between Anarchy and Leviathan*) y en ésta, parte de la idea del estado de naturaleza y del contrato social, con elementos tomados de la filosofía política clásica. La constitución se contempla como un documento que restringe económicamente el poder del Estado. Los individuos deben tener siempre la posibilidad de reformar la constitución para asegurar su bienestar. A su vez, estas reformas deben ser aprobadas por unanimidad.

En 1979 vuelve a criticar al Estado de Bienestar en sus niveles alcanzados de gasto público y presión fiscal en «Sector Público versus Sector Privado»<sup>21</sup> que es una crítica a la teoría del estado-beneficio.

El estado Leviathan aumenta su intervención en la economía y hace que los empresarios prefieran invertir en el sector público y no en el privado para lograr el beneficio personal y privado. Entonces en lugar de dedicar sus esfuerzos a la mejora de la economía los ponen en la búsqueda de la influencia en los pasillos de poder. Para éstos se acuñó el nombre de 'buscadores de renta', y a ellos dirige Buchanan una crítica en su obra de 1980 *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*<sup>22</sup>.

En el *poder fiscal*, *The power to Tax*, escrita en 1980, se aplica la imagen del Leviathan al Estado fiscal de nuestra época<sup>23</sup>. Buchanan propone un conjunto de reformas institucionales que limiten el poder tributario del Estado. Estas últimas propuestas han dado lugar a una nueva teoría denominada *economía constitucional* o economía política constitucional. Se desplaza la atención «desde el proceso político y la actividad financiera cotidiana a las normas constitucionales que condicionan la realización de estas elecciones»<sup>24</sup>.

Su teoría se afianza en obras más recientes como *Liberty, Market and State* y *The Reason of Rules* publicada en el mismo año 1985<sup>25</sup>.

21. BUCHANAN, J., «Sector Público versus Sector Privado. Una crítica a la teoría del estado-beneficio», en *El Sector Público en las Economías de Mercado*. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1979.

22. BUCHANAN, J., *Towards a Theory of the Rent-seeking Society*. Obra colectiva dirigida por James Buchanan. College Station. Texas A. & M. University Press. 1980. Hay traducción española, *Búsqueda de rentas y búsqueda de beneficios*, en BUCHANAN, J. M. & MACCORMICK, R. E. & TOLLISON, R. D. *El análisis económico de lo político*. Estudio introductorio por José CASAS PARDO. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984.

23. BUCHANAN, J., & BRENNAN, *The power to tax: analytical foundation of a fiscal constitution*. New York, Cambridge University Press, 1980. Traducción española por Antonio Menduñía y Juan Francisco Corona, *El poder fiscal. Fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, Madrid, Unión Editorial, 1987.

24. FUENTES QUINTANA, o. c. p. 515.

25. BUCHANAN, J., *Liberty, Market and State*, New York, University Press. 1985 y publicada en el mismo año 1985. BUCHANAN, J., & BRENNAN, *The reason of rules (Constitutional political economy)*. New York, Cambridge University Press. 1985. Traducción castellana *La razón de las normas (economía política constitucional)*. Madrid, Unión Editorial, 1987.

## 2. LA CRITICA DE BUCHANAN AL INTERVENCIONISMO ESTATAL

Resulta significativo el comentario de Vallespin, como resumen del pensamiento de Buchanan en este punto: «Las intervenciones estatales, justificadas en un principio como corrección de los defectos del sistema de mercado se habrían desprendido ya de esa supuesta racionalidad y funcionarían sin seguir un auténtico principio de acción, actuando parceladamente sin una visión del todo. Según Buchanan: *Se presumía que esas correcciones operarían idealmente una vez que se hubieran aplicado. Dado que no existía ningún principio o visión del proceso gubernamental se recurrió a la ingenua suposición de que la intención era equivalente al resultado (LL, 171-2)*. Con ello aparece el temido síndrome del ‘pragmatismo’ en la acción estatal, que para Buchanan supone una continua aplicación de ‘remiendos’ (*balancing-wire syndrome*), amparados siempre bajo el indefinido concepto de ‘necesidad social’, auténtica espoleta para la puesta en marcha de las actuaciones estatales, como es el caso de los ‘programas federales’ americanos. El intervencionismo se propaga así sin tener en cuenta la interrelación de cada uno de estos programas entre sí o de éstos cara al sistema estructural general que ha de sostenerlos. El progreso social ha venido a definirse entonces en función de la cantidad de legislación emanada de los cuerpos del estado, llegándose en consecuencia a una ignorancia total sobre el auténtico funcionamiento de las alternativas organizativas y las condiciones del cambio estructural (*vid.*, LL. 169 y ss.) y ocasionando una auténtica falta de eficiencia administrativa y, lo que es peor, una continua intromisión en el marco de las libertades individuales (*vid.*, LL, 169 y ss.). Las personas entrarían en una red cada vez más intrincada de relaciones de dependencia respecto al Estado que, en última instancia, se erigiría en un auténtico soberano hobbesiano»<sup>26</sup>.

Las causas del crecimiento de la fuerza estatal son el aumento de burocracia y actuación de la clase política en la manipulación del presupuesto. La burocracia aumenta su poder y sus funciones, resistiéndose además a que éstas disminuyan.

La clase política obedece a sus propios intereses y a los de determinados grupos políticos de presión y se van alejando de sus votantes. El individuo se siente cada vez menos representado, a la vez que a los políticos les interesa ser reelegidos y mantenerse en su puesto, pero no el interés público.

Para establecer esta crítica al mal funcionamiento del Estado, los representantes de la *Public Choice* toman como modelo las relaciones de mercado. Es decir, «El comportamiento burocrático y político se analiza desde una perspectiva de pura técnica económica y así se llega

---

26. VALLESPIN, F. *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*. Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1985, p. 175.

fácilmente a desenmascarar su falta de adecuación respecto a los supuestos ideales que deberían informarlos»<sup>27</sup>.

Por este motivo, estos autores consideran válido equiparar la política con un mercado. El signo de que el Estado funciona sería que satisfaga con sus productos lo que el ciudadano quiere o necesita. Si esto no es así eso significaría que algo está funcionando mal y que hay que cambiar el planteamiento. El voto se otorga a cambio de la prestación de unos servicios. El interés público como en el mercado competitivo debe de coincidir con el interés individual. Tullock en *The Vote Motive* «aborda directamente una metodología en la que la política es contemplada como si fuera un puro sistema de mercado al que se aplicaría los mismos criterios de enjuiciamiento que a su vertiente económica... el valor de la política se restringe a meros criterios de eficacia formal aprehensibles mediante una metodología económica que, en última instancia, identifica ambas esferas; la política y la economía»<sup>28</sup>.

### 3. LA SOLUCION DE BUCHANAN. UNA NUEVA TEORIA DEL CONTRATO

Un nuevo contrato social, basado en el *consenso*; una revolución constitucional. Se trataría de volver a definir los deberes y derechos de las personas y del Estado, para que el Estado tenga menos poder. No existe ninguna definición previa y moral de lo que sea una buena sociedad. El único criterio es el progreso en la eficiencia administrativa y en los niveles de libertad individual.

No hay que aumentar las funciones del estado, por eso critica el socialismo y el marxismo, y tampoco caer en la anarquía de una ausencia estatal. Se trata de controlar el autogobierno y de salvar el procedimiento, a través de unas elecciones libres.

En palabras de Buchanan: «en la mayor extensión posible intento derivar la estructura lógica de la interacción social a partir de la maximización de la utilidad de cada persona guiada por el interés propio y sin recurso a normas exteriores»<sup>29</sup>.

El único punto de referencia desde el que enjuiciar al estado es el individuo y la teoría del contrato. Se parte de varios presupuestos; que el Estado es necesario racionalmente y que antes de su existencia el hombre se encontraba en un Estado de naturaleza anárquico (Hobbes), al que Buchanan denomina con los términos de Jun-

27. VALLESPIN, o. c. p. 176.

28. *Idem*.

29. BUCHANAN, J., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*. Chicago, Londres, University of Chicago Press, 1975, p. 80.

gla hobbesiana. Por otra parte contra los libertarios, como Nozick, mantiene una visión pesimista del hombre. De ahí que el individualismo radical sólo pueda ser contrarrestado con la existencia del derecho y del Estado como encargado de su ejecutoriedad.

Los límites naturales a los derechos no se respetarían si no hubiera restricciones legales. Pero el Estado tampoco debe regular e intervenir en todo. Hay zonas en las que basta el mutuo acuerdo entre los individuos sin necesidad de que estén reguladas por el derecho, como por ejemplo las normas de educación, preceptos éticos. Pero para castigar el resto de transgresiones se crea un mecanismo coercitivo formalizado.

Winston Busch, economista unido a la Public Choice, «establece el punto de partida desde la jungla hobbesiana, que correspondería a una situación en la que los niveles individuales de cada persona (o cuota en la distribución inicial), de su habilidad para producir nuevos bienes y de la capacidad que tengan para arrebatárselos a otros los suyos y proteger sus propiedades frente a otros ya que no existe ninguna autoridad superior a ellos mismos capaz de evitar que se produzca lo que Nozick llama 'transgresión de límites'»<sup>30</sup>.

En esta situación se produce una especie de distribución natural de los bienes económicos, pero no voluntariamente sino por robos etc., pero con la inversión de fuerza, que disminuye la utilidad de cada persona, de manera que se contradice el óptimo de Pareto<sup>31</sup>. La solución es llegar al consenso, para que la realización de este óptimo sea posible. «Esta salida es la instauración de un poder por encima de todos ellos, pero controlado también desde abajo, que fuera capaz de eliminar el uso de la fuerza, reconocer determinadas líneas o límites a las propiedades, y mantener un poder coercitivo para la ejecutoriedad de los contratos»<sup>32</sup>. El mismo Buchanan en su discurso al recibir el premio Nobel establece la necesidad del individualismo radical, como fundamento metodológico<sup>33</sup>: «Este fundamento normativo esencial del análisis debe ser reconciliado con la afirmación positiva de que los hombres se diferencian necesariamente entre sí y en cualquier asignación de derechos... Vivimos en una sociedad de 'individuos', no en una sociedad de 'iguales'»<sup>34</sup>.

---

30. VALLESPIN, F., *o. c.* p. 181, 1975. BUCHANAN, J., «Utopía, the Minimal State and Entitlement», *Public Choice*, 16, (1975), pp. 121-127.

31. BUCHANAN, J., «The Justice of Natural Liberty», *The Journal of Legal Studies*, 5, 1, (1976), pp. 1-16.

32. VALLESPIN, F., *o. c.* p. 181.

33. *Idem.*

34. BUCHANAN, J., *The Limits of Liberty*, p. 11.

Buchanan pacta con la desigualdad y no cree que el pacto elimine las diferencias. Tampoco tiene sentido, para él, declaraciones teóricas de igualdad de oportunidades y de derechos cuando las desigualdades económicas no van a ser superadas. Critica por ello el planteamiento de Rawls como utópico<sup>35</sup>.

Su punto de partida es el individuo maximizador de su propio interés, lo que lleva consigo irremediamente unas relaciones competitivas. El estado de naturaleza supondría una lucha entre individuos para alcanzar los bienes escasos. Se comprueba que esta estrategia no es racional porque requiere un esfuerzo que se podría invertir directamente en adquirir más beneficios con menores costes, si existiera un acuerdo consensuado. Así se establecería un acuerdo, que resulta beneficioso para todos los que entran en él, sobre los derechos de propiedad. Buchanan denomina este acuerdo como *contrato constitucional*. Así el contrato constitucional va estableciendo unos límites. Lo que ocurrirá es que cada vez habrá más participantes en el contrato y se corre el riesgo de no someterse voluntariamente al mismo, porque disminuye las influencias de unas personas sobre otras para hacer cumplir las condiciones del contrato. Es aquí donde surge la necesidad de crear el Estado, otorgándole un poder coercitivo para que todos respeten los límites del contrato.

Según Buchanan «El Estado se convierte en la personificación institucional del árbitro o juez, y su única función consiste en que sean cumplidos los términos del contrato»<sup>36</sup>.

No es un mero *Estado protector* (aunque también lo es porque debe garantizar los derechos individuales) sino un *Estado Productor, productive estate*<sup>37</sup>.

En él existen dos tipos de bienes para el intercambio:

— Intercambio privado de bienes (bienes separables o repartibles), que genera el mercado impulsado por el interés individual, pero con repercusiones en toda la sociedad (Smith).

— Bienes públicos; cuyo consumo está abierto a grandes sectores de la población. Ej.: el sector servicios.

«En estas atribuciones productoras es donde entra el marco de la democracia o participación política propiamente dicha. La toma de decisiones debe estar fundada en el ajuste de distintos compromisos entre pretensiones competitivas, en la utilización de mecanismos compensatorios, análisis de costes, etc. El resultado de esta actividad deberá re-

---

35. BUCHANAN, J., «A Hobbesian interpretation of the Rawlsian Difference Principle», *Kyklos*, 29, (1976), pp. 5-25. Versión española «Una interpretación hobbesiana del principio de la diferencia de Rawls», *Hacienda pública española*, núm. 48, (1987), pp. 326-336.

36. BUCHANAN, J., *The Limits of Liberty*, p. 67.

37. *Idem.* pp. 67-70 y pp. 97-98.

flejar determinados comportamientos o pretensiones individuales, no una realidad definida objetivamente, como ocurre en el estado protector ... se centraría sobre aquellos procesos políticos que encarnan el intercambio de bienes públicos. El desenlace o producto directo de estos procesos sería la 'legislación' en sentido amplio, donde se define la cantidad de bienes y servicios suministrables públicamente y los medios para compartir sus costes»<sup>38</sup>.

En resumen en el punto de partida encontramos las siguientes tesis admitidas sin discusión; el individuo maximizador de su propio interés, una maximización del interés propio individual, definida generalmente en términos económicos; el consenso; la validez del procedimiento, como único criterio de lo justo; la necesidad de compatibilizar interés privado e interés público; la finalidad del Estado consistente en el mantenimiento de la propiedad y fomento de su potencialidad productiva.

Por último añadir que Buchanan establece una estrecha relación entre los derechos y el desarrollo económico. No es extraño en este contexto, como veremos a continuación, que defina al hombre como *homo oeconomicus*<sup>39</sup>.

#### 4. LA CONSTITUCION DE LA POLITICA ECONOMICA

Un buen resumen de las líneas directivas de la teoría de Buchanan figuran en el discurso que impartió en Estocolmo, con motivo de la recepción del premio Nobel en 1986, al que ya he aludido<sup>40</sup>.

##### 1) El individualismo metodológico.

El economista parte del individuo como agente de elecciones en el mercado de acuerdo a sus preferencias. Hace, además, un estudio de los resultados de esas elecciones, sin entrar en valoraciones sobre las

38. VALLESPIN, F., *o.c.* p. 186.

39. VALLESPIN, F., *o.c.* p. 207: «El principio de la diferencia sería elegido por las partes ante la amenaza conceptual de que los menos aventajados retirasen su cooperación en determinadas situaciones si no se reconociera a la maximización de los ingresos de *todos* los ciudadanos. Con ello la auténtica racionalidad de la elección residiría en su mayor adecuación al óptimo de Pareto, no en cualquier principio moral. O sea, que en tal situación ideal se presentaría cada persona como un puro *homo oeconomicus* maximizador de su propio interés, que es entendido siempre como el aumento de la capacidad de producción y consumo de bienes; importa ante todo la definición de una serie de 'derechos económicos'. Bastará entonces con definir el sistema más eficiente económicamente, sin más límites que el asegurarnos la más amplia participación posible en la producción total. Entreguemos, pues, el poder político a aquellos que sean capaces de proporcionarnos el mayor poder económico, lo cual, desde la perspectiva de Buchanan, equivaldría a soltar las amarras que hoy atenazan el libre despliegue del mercado y a imponer las restricciones mínimas requeridas para asegurar un mínimo económico decente».

40. BUCHANAN, J., «La constitución de la política económica».

causas que originan esas decisiones. En el siglo XVIII se creyó que la eficiencia de la economía obedecía a unas reglas abstractas, con independencia de las elecciones individuales, aplicándose esta misma idea a la política. Buchanan mantiene que tanto la economía como la política se mueven por decisiones individuales. No existe en política un equivalente a la mano invisible de Adam Smith <sup>41</sup>. «No se quiso reconocer que los individuos que eligen y actúan en el mercado generan unos resultados que, con las limitaciones especificadas, puede considerarse que maximizan el valor para los individuos involucrados, *sin necesidad* de introducir un criterio evaluador externo. La propia naturaleza del proceso garantiza esa maximización de los valores individuales» <sup>42</sup>.

## 2) El homo oeconomicus.

Buchanan parte de la base de que el hombre actúa movido siempre por motivaciones individuales tanto en sus decisiones privadas como cuando gobierna o hace política. Si el individuo cuando toma una decisión individual económica, se preocupa de la utilidad individual y no del bienestar general, la misma conducta observará cuando llegue al poder. Si alguna vez los resultados difieren en uno y otro nivel, no es porque en algún momento se haya pensado en fomentar el bienestar común, sino porque las estructuras de ambos entornos institucionales son diversas. El individuo no cambia sus motivaciones en uno u otro caso: «La hipótesis mínimamente crítica para el poder explicativo de la teoría económica de la política consiste únicamente en que el propio interés económicamente identificable (por ejemplo, la riqueza neta, las rentas, la posición social) es un 'bien' positivamente valorado por el individuo que elige» <sup>43</sup>. Comparto aquí también la interpretación de Durán, según la cual la incoherencia se acentúa porque Buchanan dice no aceptar la doctrina utilitarista como justificación filosófica de su propia teoría. Según esto las elecciones públicas y las de los individuos no estarían guiadas por el cálculo de la maximización de utilidad. Sin embargo esta pretensión parece difícilmente reconciliable con textos de la índole de este último.

## 3) La consideración de la política como intercambio.

Si el Estado se compara con un mercado, todas las relaciones de justicia son conmutativas. Sólo cabe la ley de la oferta y la demanda, pero difícilmente una política redistribucionista o unas relaciones de justicia asimétricas. Buchanan comparte con Wicksell la tesis de que nadie puede ser obligado a contribuir a los costes de algo si no recibe a

---

41. BUCHANAN, J., *Essays on the political theory*, Honolulu. University of Hawaii Press, 1989. p. 85; «The ideas that capture my attention are those that, directly or indirectly, explain how freely choosing individuals can secure jointly desired goods».

42. BUCHANAN, J., «La constitución de la política económica», p. 527.

43. BUCHANAN, J., «La constitución de la política económica», p. 528.



cambio algún beneficio. Los mecanismos de mercado no buscan la distribución, ni ningún resultado supraindividualista.

Mantiene literalmente que «La extensión de este enfoque del intercambio a la política se opone al clásico prejuicio de que las personas participan en política para realizar una cierta búsqueda común de lo bueno, de lo verdadero y de lo bello. La diferencia esencial entre mercado y política no reside en los tipos de valores o de intereses que los individuos tratan de alcanzar... los individuos tratan de alcanzar colectivamente sus propios objetivos individual y privadamente definidos, objetivos que no pueden conseguirse eficientemente mediante simples intereses individuales. En el mercado, los individuos intercambian manzanas por naranjas; en la política, los individuos intercambian unas participaciones convenidas como contribución a los costes de lo que colectivamente es deseable, desde los servicios locales de bomberos hasta los de la judicatura»<sup>44</sup>.

Como señala Durán, resulta difícil los malabarismos que Buchanan realiza para huir de su sistema sea identificado con las tesis del utilitarismo clásico<sup>45</sup>. Aunque continuamente cite y adscriba sus tesis a las teorías de Adam Smith, su individualismo metodológico traspasa las fronteras de lo meramente teórico para convertirse en el fundamento de la justificación del estado y del derecho.

Aunque recientemente Buchanan intente añadir un tinte ético a la crudeza de sus planteamientos económicos, ese altruismo sobreañadi-

---

44. BUCHANAN, J., «La constitución de la política económica», p. 529.

45. Cfr, los comentarios de DURAN, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Granada. Ed. Comares, 1992. «Por otra parte no deja de ser paradójico que Buchanan critique la construcción contractualista, argumentando que se fundamenta sólo en el individuo, sin tener en cuenta las influencias sociales y comunitarias. Sin embargo, salva esta posible objeción planteando cuáles serán los criterios para que sólo los individuos sean fuentes de valor. Si esto va a significar que todas las personas son tratadas como equivalentes moralmente y por lo tanto como individuos igualmente capaces de expresar sus preferencias, entonces puede aceptarse una explicación contractual del orden colectivo... De este modo, la referencia pasa de una interpretación individualista cerrada, a una interpretación de lo que él denomina individualismo metodológico, en la que el sujeto es contemplado individualmente pero sin prescindir de su condición de miembro de la sociedad.

La salvedad es interesante, sobre todo porque con ello justifica Buchanan la diferencia de su doctrina con el tradicional utilitarismo... Buchanan acepta la llamada justicia distributiva en desacuerdo con el utilitarismo donde el tema queda por ser eliminado del debate... Desde la perspectiva 'constitutionalist'... la justicia distributiva, o la distribución, emerge de la interacción entre los sujetos autónomos, que elaboran sus decisiones individuales, de acuerdo con determinadas reglas... El argumento recuerda nuevamente la doctrina de Smith, donde los demás podrán beneficiarse del trabajo de los otros miembros de la sociedad, a través de la acción de la 'mano invisible'. La distribución del trabajo juega aquí un papel importante, aunque realmente difícil de aplicar en la obra de Buchanan en la que el *homo oeconomicus* no tiene en cuenta... criterios como el de simpatía o el interés».

do resulta algo forzado <sup>46</sup>. Si quisiera evitar la incoherencia entre la admisión de la posibilidad de cierta solidaridad y su pensamiento anterior, debería revisar varias de sus tesis <sup>47</sup>. Como por ejemplo la norma de valor individualista sobre la que se cimenta el orden social liberal, único motivo por el que los individuos aceptan la coerción del Estado <sup>48</sup>.

Además Buchanan reconoce que «La mejora en los resultados de la actividad política se mide en términos de la satisfacción de los deseado por los individuos, y no en función de un mayor acercamiento a un determinado ideal supraindividual y definido externamente a los individuos» <sup>49</sup>.

#### 4) La constitución de la política económica.

La evaluación de la política se hace sólo en base al proceso, no hay un criterio para discernir si sus contenidos son o no justos. La justicia es una justicia procedimental, dependiendo de que las preferencias individuales de los ciudadanos estén realmente representadas.

Buchanan sostiene que debe haber una participación directa de los ciudadanos en el mismo proceso constitucional; especialmente en las decisiones que afectan a la administración de fondos públicos. De ahí su insistente defensa de una *constitución fiscal*.

El término constitución es utilizado por Buchanan con un doble sentido. En unas ocasiones, se refiere al hecho de la configuración del proceso político, pero en otras se emplea en su sentido normativo, queriendo designar con él la norma suprema del ordenamiento jurídico. Tanto en un caso como en otro, lo que se exige es que el ciudadano controle los mecanismos del poder legislativo, preferentemente en los temas económicos y de la política fiscal. El modo de participación exige un acuerdo unánime en decisiones legislativas que afecten a las reglas del juego o a las estructuras, según las cuales se tomarán las decisiones posteriormente. La eficiencia, en este caso, se identifica con la garantía proporcionada por la unanimidad; un cálculo de consenso generalizado. El motivo esgrimido es que para tomar determinadas decisiones de política económica a nivel legislativo se debería contar con el acuerdo de todos. Por opción constitucional se entiende la elección de reglas, dentro de las cuales se permite que la política ordinaria opere.

Además de una fase previa constitucional de opción entre reglas, los ciudadanos deben ser consultados para sucesivos cambios constitucionales.

---

46. BUCHANAN, J., «La democracia liberal bien entendida. Entrevista con James M. Buchanan». *o. c.* p. 41. Afirma que debe haber unos valores éticos mínimos. En esta reciente entrevista Buchanan se muestra más moderado en alguna de sus tesis, proponiendo 'reintroducir la ética', en la medida en que nuestro comportamiento... 'tiene influencia en los demás, por lo que hay costes de transacción y somos éticamente interpedendientes'. Cfr. BUCHANAN, J. *Economics, Between predictive science and moral philosophy*, College Station Texas University Press, 1987, cap. 21, pp. 303 y ss.

47. BUCHANAN, J., *The Limits of Liberty*. *o. c.* p. 80. «En la mayor extensión posible intento derivar, la estructura lógica de la interacción social a partir de la maximización de la utilidad de cada persona guiada por el interés propio y sin recurso a normas exteriores».

48. BUCHANAN, J., «La constitución de la política económica», p. 529.

49. *Idem*.

### 5) Constitucionalismo y contractualismo.

La cuestión crucial es que los ciudadanos controlen el gasto público, sirviéndose de la constitución, es decir en el marco legislativo que proporciona la democracia constitucional. Resultan ilustrativos los títulos de numerosos artículos escritos por Buchanan, en los que la tesis básica es que hay que imponer unos límites constitucionales al poder fiscal del Estado.

El tipo de contrato que se propone no supone consultar a los ciudadanos en cada momento, sino que resulta más bien una hipótesis de un tácito consenso, que permite preguntarse: «¿Podrían las reglas observadas que constriñen la actividad política corriente haber surgido del acuerdo en el contrato constitucional? En la medida en que esta pregunta pueda ser afirmativamente contestada, habremos establecido un vínculo legitimador entre el individuo y el Estado. Y en la medida en que tal cuestión suscite una respuesta negativa, tendremos la base para la crítica normativa del orden existente, y un criterio para avanzar propuestas de reforma constitucional»<sup>50</sup>.

## 5. LA CONSTITUCION FISCAL

Todo lo dicho anteriormente no se limita a ser una propuesta inoperante. Buchanan y su escuela han elaborado una fórmula que permita la intervención directa de los ciudadanos en las decisiones que afectan al gasto público<sup>51</sup>. Su análisis parte de una descripción previa de la si-

50. *Idem.*, p. 532.

51. BUCHANAN, J., *The Fiscal Theory and Political Economy*. Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1960. BUCHANAN, J., «Public Finance in democratic Process», Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1966. Versión castellana por J. R. Alvarez Rendueles y M. Ollero Izard. Madrid, Aguilar, 1967. BUCHANAN, J. *Cost and Choice*. Chicago, Markham, 1969. Reprint University of Chicago Press. 1976.

BUCHANAN, J., «Externality». (con STUBBLEBINE). 1972. *Económica*. 29, noviembre, Versión española en *Hacienda Pública Española*, n.º 46 (1977).

BUCHANAN, J., *Theory of Public Choice. Political Applications of Economics*. (Ed. con R. Tollison). Ann Arbor, University of Michigan Press, 1972.

BUCHANAN, J., & BUSH, W. «Political Constraints on Contractual redistribution». *American economic review*. 64, 2 (1974), pp. 153-157. Versión española de S. Alianza, «Restricciones políticas en la redistribución contractual», *Hacienda pública española* n.º 48 (1987), pp. 321-326.

BUCHANAN, J., *Constitutional Constraints on Government Taxing Power*, Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 88, *Ordo*, vol. 30, pp. 349-359. 1979. Recogido en *El análisis económico de lo político*, con el título *Límites constitucionales al poder fiscal del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984. Estudio introductorio de José Casas Pardo. pp. 137-172.

BUCHANAN, J., «Constitutional Contract in Capitalism», en VVAA, *Philosophical and Economic Foundation of capitalism*, Toronto, Ed. Pejovich, S. Leekington Books, 1983.

BUCHANAN, J., *Theory of Public Choice, II*. (ed. con R. Tollison), Ann Arbor, University of Michigan Press, 1984.

tuación fiscal a la que ha llevado la aplicación de las teorías keynesianas. En resumen, asistimos a dos tipos de fenómenos: por una parte el Estado abusa de su poder fiscal imponiendo a los ciudadanos unas cargas impositivas, que éstos no están dispuestos a asumir lo cual origina la evasión fiscal, la economía sumergida, la falta de inversión<sup>52</sup> etc. Otro fenómeno frecuente es que el Estado, o más bien los partidos en el poder, reaccionen ofreciendo un aumento de servicios públicos al que no pueden hacer frente. La consecuencia es el crecimiento de la deuda pública, motivada por una finalidad meramente política; se trata de ganar votantes.

El aumento de la deuda pública es para Buchanan un fraude a los actuales ciudadanos, y en mayor medida una injusticia y falta de solidaridad con las futuras generaciones, sobre las que gravará la deuda actual<sup>53</sup>. No son pocos los que comparten la descripción buchanaiana de las causas del déficit público. La originalidad de la *Public Choice* se sitúa en la propuesta de soluciones. La solución contra los abusos y corrupción de los políticos radica en imponer unas reglas constitucionales desde las que se exija una norma de presupuesto equilibrado. Esto supone prohibir al Estado un funcionamiento a base de números rojos.

La democracia debe apreciarse también en la intervención de los ciudadanos en la hacienda pública. Un ejemplo fiscal no explotador supone la decisión constitucional de las bases impositivas y los tipos de gravamen, unas estructuras de gravamen progresivas y proporcionales, mecanismos para enfrentarse a un incremento abusivo de los impuestos y control de gastos públicos específicos.

Como señala González Páramo, las dos enmiendas constitucionales concretas que proponen Buchanan y Wagner son las siguientes: «1.<sup>a</sup>) El presupuesto federal deberá equilibrarse anualmente. Desviaciones de lo proyectado deberán eliminarse mediante ajustes automáticos a la baja del gasto dentro de un período máximo de tres meses. Estas reglas generales sólo podrán evitarse mediante la declaración de emergencia nacional votada en el Congreso por mayoría de dos tercios y aprobada por el Presidente. 2.<sup>a</sup>) El crecimiento de la base monetaria

BUCHANAN, J., «La imposición coactiva en el contrato constitucional». *Hacienda Pública Española*, n.º 100 (1986), pp. 41-55. Título original *Coercitive taxation in Constitutional Contract*.

BUCHANAN, J. & BRENNAN, H. G., «La lógica del teorema ricardiano». *Hacienda pública española*, 3/119 (1991), pp. 189-198.

BUCHANAN, J., *The Public Finances. An introduction Text Book* (con M. R. Flowers). Homewood. Illinois 5.<sup>a</sup> ed. 1980. Traducción J. Ruza y F. Castro. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1982.

52. SELDON, ARTHUR, «Las motivaciones personales en la economía. Cómo mejorar nuestra condición», *Atlántida* pp. 65-69.

53. BUCHANAN, J., «La ética del cumplimiento del pago de la deuda», *Hacienda Pública Española*. 3/119 (1991), pp. 199-206.

deberá limitarse a una tasa equivalente a la tasa de crecimiento de la producción real de la economía»<sup>54</sup>.

## 6. EL PUNTO DE VISTA DE LOS ECONOMISTAS SOBRE LA OBRA DE BUCHANAN

Una aportación de los teóricos de la elección pública según Fuentes Quintana ha sido; «hacer operativa la gran incongruencia en la explicación del comportamiento humano realizado por la Economía. La teoría económica deduce las proposiciones explicativas y predictivas de la realidad a partir de la hipótesis de la maximización de la utilidad o del beneficio, mientras supone que los agentes y ciudadanos que intervienen en la política *carecen de interés propio* y sólo aspiran a maximizar el bienestar general de la sociedad. Esta incongruencia explicativa ha ocasionado que no se dispusiera durante muchos años de una teoría satisfactoria del comportamiento del sector público»<sup>55</sup>. La contribución de Buchanan ha sido hacernos ver la política desde la economía. Vemos ahora a los políticos, funcionarios y ciudadanos que participan en la política como personas actuando en su propio interés, y no como gestores altruistas en beneficio de un interés público o del bienestar general<sup>56</sup>.

En cuanto a los aspectos críticos coinciden con los que se atribuyen comúnmente a todas las nuevas teorías contractualistas; a saber, el hecho de que parten de una hipótesis no probada; a lo que se suma su re-

54. Para estos aspectos resulta de imprescindible lectura los siguientes autores, además de la bibliografía por ellos reseñada. GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M., «Reforma tributaria y déficit público en James M. Buchanan», *Papeles de economía española*, n.º 30-31, (1987), pp. 534-539.

DE PABLOS ESCOBAR, L., «Teoría de la elección pública: últimas líneas de investigación», *Hacienda pública española*, n.º 2/215 (1990), pp. 43-67.

FUENTES QUINTANA, E., *Hacienda pública española*, Madrid, Ed. Apuntes cátedra, Rufino Blanco, 1987, pp. 219-233.

CASAHUGA, A., *Democracia y Economía política*. Libro Bolsillo n.º 57. Instituto de Estudios Fiscales, 1984. CASAHUGA, A., *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.

CORONA RAMÓN, J., *Una introducción a la teoría de la decisión pública (public choice)*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

MOLDES TEO, E., *Elección pública: hacia una teoría de los fallos colectivos*. Libro Bolsillo, n.º 81. Instituto de Estudios Fiscales, 1987.

MUSGRAVE, R. A., *Leviathan Cometh-or Does not? Tax and Expenditures Limitations*. Ed. por Laddy y Tideman, Washington. The Urban Institute Press.

— *When is the Public Sector Too Large? Why Government Grow Measuring Public Sector Size*. Ed. por Lewis Taylor, Beverly Hills, Sage Publications, 1983.

— «Excess bias and the nature of budget growth», *Journal of Public Economic* n.º 3, vol. XXVIII (1985).

55. FUENTES QUINTANA, E., «James M. Buchanan, premio nobel de economía 1986», *o.c.* p. 518.

56. *Idem.*, p. 522.

ducción del contrato a los intereses económicos; su individualismo; y la admisión en el punto de partida «de un estado de naturaleza que supone una distribución desigual de propiedades y derechos. El contrato social no se negocia bajo el pie de una igualdad entre los individuos... ¿En qué medida se admiten políticas de redistribución formando parte del consenso constitucional?»<sup>57</sup>. Buchanan admitirá la redistribución en forma de transferencia a través de los impuestos, como algo acordado ya en el pacto, por varias razones que lo aconsejan. «En efecto, Buchanan admite la posibilidad de seleccionar reglas e instituciones incorporadas a nivel constitucional para redistribuir la renta y la riqueza nacionales. Esas posibilidades de redistribución están basadas en tres motivos: 1) ‘La redistribución como seguro de renta’. Si los individuos en la etapa constitucional operan bajo el ‘velo de la ignorancia’ de su situación postconstitucional, pueden albergar incertidumbres sobre su situación futura y pueden acceder a pactar ciertas redistribuciones que aseguren una posición decente en caso de mala situación en su vida. 2) La estabilidad de la sociedad post-constitucional puede verse en peligro si existe una distribución muy desigual de renta y riqueza, que originará conflictos y el consiguiente derroche de recursos tendentes a prevenirlos y corregirlos. 3) Salir de la anarquía hobbesiana y llegar a un pacto constitucional puede no ser factible sin ciertas transferencias que lo faciliten»<sup>58</sup>. La redistribución se debe hacer según unas reglas establecidas y siguiendo un proceso democrático limitado por unas condiciones constitucionales.

A pesar de todo lo dicho, es peligroso que «un economista entre con su análisis en el campo de la teoría constitucional para realizar un conjunto de proposiciones normativas con el fin de reformar las Constituciones vigentes»<sup>59</sup>, pretendiendo alterar los presupuestos constitucionales e imponiendo que deban aprobarse por unanimidad.

La contribución de Buchanan debería limitarse a su campo, sin pretender ir más lejos y sin necesidad de participar con propuestas normativas al cambio constitucional. Es positivo explicar lo que sucede en la realidad para prever las consecuencias de determinados comportamientos, porque esto permitiría lograr más coherencia y eficiencia en la tarea de los economistas. Por ejemplo analizar las reglas de decisión públicas o el comportamiento político o burocrático, para conocer sus consecuencias etc.

Como afirma Milton Friedman: «Si los economistas desean no sólo explicar el mundo sino influir en él deben saber, porque la teoría de la elección pública se lo ha explicado, que deben tratar con políticos, burocratas, ciudadanos con sus propios intereses, que interferirán la adopción de decisiones de interés general y las orientarán para lograr

---

57. *Idem.*, p. 519.

58. *Idem.*, p. 520.

59. *Idem.*

apoyo político en beneficio propio. Son las reglas constitucionales las que deben impedir el beneficio propio de los políticos, hay que reformar las reglas constitucionales para que no favorezcan estos comportamientos políticos»<sup>60</sup>.

Pero el hecho de determinar los fallos del sector público no es una tarea siempre fácil, en ocasiones resulta problemática. Se presupone que siempre habrá fallos. Pero que los remedios sólo se vean en la reforma constitucional, resulta bastante utópico, inoperante y peligroso. Los críticos de Buchanan detectan por ello tres errores, a su vez, en la propia propuesta de la *Public Choice*.

1. La reforma constitucional, que proponen, parte de análisis positivos incompletos.

2. Si los fallos son ciertos se pueden paliar con reformas menos espectaculares que el cambio constitucional.

3. Por último, pretender que los cambios legislativos operen a nivel de cambios en las reglas constitucionales, introduciría en las decisiones políticas una rigidez que sería perjudicial y que empobrecería los cauces de decisión pública de una sociedad. Podría hacer que la Constitución se desprestigiara y se acabara sin cumplir.

## 7. LOS PRESUPUESTOS FILOSOFICOS DEL MOVIMIENTO DE LA PUBLIC CHOICE

Aunque Buchanan quiera verse desmarcado de las teorías utilitaristas, de hecho asume sus presupuestos sin más discusión. De ahí que considero imprescindible esbozar unas pinceladas del contexto intelectual angloamericano del que éste emerge. El utilitarismo está presente en casi todas las teorías económicas de occidente y su influencia se ha hecho sentir en la concepción del derecho y la justicia.

El punto de partida es la identificación de la justicia con la eficiencia, *efficiency*, término muy propio del pragmatismo anglosajón. Para los utilitaristas el acto recto y por tanto justo es el que maximaliza el máximo de utilidad para una mayoría. En definitiva, se presenta la justicia en términos de eficiencia y de utilidad económica.

La norma económica básica es maximizar lo útil para cada hombre, o con otras palabras el logro del bienestar, *welfare*. Esto se ha aplicado a la teoría de la democracia, al derecho civil e incluso al derecho penal. Los orígenes filosóficos de estos planteamientos los encontramos en Jeremy Bentham, John Stuart Mill y en el aspecto económico en Adam Smith y Pareto.

---

60. FRIEDMAN, M., «Economists and Economic Policy», *Economic Inquiry* (1986).

Todos los hombres buscan maximizar sus propios placeres y minimizar sus propias penas. El acto moralmente recto es el que maximiza los placeres y minimiza las penas de todos los afectados por él. Piénsese en esta idea como objetivo trasladado a la función que el Estado debe desempeñar.

La búsqueda de la felicidad individual contribuye a la búsqueda de la felicidad general, incluso aunque no se busque directamente ese resultado. Esta es la famosa teoría del economista Adam Smith, en su formulación de la teoría de las consecuencias no directamente buscadas tanto en economía como en ética, *unintended consequences*, más conocida como teoría de la mano oculta, *invisible hand*. En la riqueza de las naciones sienta la tesis de que la búsqueda del propio beneficio económico en el contexto de la competitividad del libre mercado trae como resultado el enriquecimiento de las naciones, incluso como un resultado inintencionado o no buscado. Existe, por tanto, para Smith una armonía natural entre los intereses de los hombres <sup>61</sup>.

Bentham transforma ésta en una armonía artificial en la que la manipulación de incentivos produce *la mayor felicidad al mayor número de personas*; la mayor cantidad de placer en una comunidad en la que el placer y dolor de cada miembro tienen igual peso, en el cálculo de la felicidad social. De esta manera, se intenta combinar el *egoísmo* psicológico con las consecuencias de los actos individuales. La existencia del interés personal de los individuos lleva a la necesidad de crear unas reglas que controlen los intereses de todos, para hacer posible el logro de la felicidad. El valor de cualquier decisión se mide por la idea de que la consecuencia de un acto lleve consigo el máximo de utilidad general.

En economía, estas ideas han inspirado la teoría del *Rational Choice*, elección racional, que ha sido aplicada también a las decisiones estatales, dando lugar a la corriente del *Public Choice* o Elección Pública. Para prever la economía y los acuerdos sociales debe asumirse que la gente actúa racionalmente y que eligen las opciones que les proporcionan más beneficios a ellos como individuos. Así, se presupone que los agentes económicos basan sus elecciones en las preferencias o deseos relativamente constantes. Esta idea de maximizar la conducta se toma como una hipótesis para prever con eficiencia los resultados de las acciones.

La idea de Bentham de que maximizar la utilidad significa elegir el placer y evitar el dolor, se ha substituido por la de la satisfacción del querer, *want-satisfaction*, como medida de la utilidad.

Se trataría de respetar al máximo las preferencias de todos, una de las cuales se identifica con el logro del máximo beneficio económico en todos los órdenes de conducta, porque el dinero o la riqueza es la

---

61. SMITH, A., *Consideraciones acerca de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1987.



medida última de la satisfacción personal. Incluso a la hora de la legislación, la justicia se calcula en base económica. En versiones más recientes se presenta la idea de la preferencia como el ejercicio de la capacidad de escoger; una ética de la autonomía sustituye la idea de la felicidad o satisfacción como último valor.

Se habla ahora del cálculo de la felicidad para una mayoría. Se trata de dar a cada uno lo que dice que quiere. La versión democrática es configurar las elecciones políticas y sociales de acuerdo con los deseos de la mayoría, aunque conlleva la desventaja de excluir los intereses de las minorías.

Esto se intenta paliar hablando de la unanimidad en la construcción de las elecciones sociales. Para ello se utiliza la idea del óptimo Pareto<sup>62</sup>, según el cual una situación es superior a otra, si por lo menos una persona sale ganando, o recibe un mayor beneficio que en la situación anterior. A la vez que el resto no pierde, porque permanece en la misma situación, se mejora el deseo de, por lo menos una persona, sin entrar en conflicto con los demás, con sus riquezas o sus deseos, porque no resultan afectados por el cambio.

## 8. EL ESTADO EFICIENTE. EL ESTADO COMO MERCADO

En la teoría política de Buchanan, se aplica al Estado los mecanismos propios de la sociedad de libre mercado. El mencionado autor se presenta como defensor del liberalismo capitalista, según lo cual prima la propiedad privada de los medios de producción y el libre intercambio, intentando que el Estado intervenga lo menos posible en el control de la economía, es decir evitando su interferencia. Se consideran derechos fundamentales los derechos económicos, tales como el derecho a la riqueza y a la propiedad.

El principio básico que rige la actividad política es el principio de eficiencia que consiste en la explotación de los recursos económicos, de tal modo que la satisfacción humana al pagar por los bienes y servicios sea maximizada. Por tanto, una sociedad eficiente será aquella en la que los bienes están en las manos de quienes son capaces y quieren pagar el mayor precio por ellos, ya que son las personas que los valoran en el más alto grado.

De esta manera, la utilidad se supedita a los intercambios económicos, en las compraventas que maximizan la riqueza social. A su vez estos intercambios se caracterizan por las operaciones del libre mercado, en el que los participantes pueden producir lo que quieran y ofrecer sus productos en el mercado a los consumidores, para que estos compren según sus deseos y según su capacidad adquisitiva.

---

62. Cfr. BUCHANAN, J., & FUENTES QUINTANA, E., & GIERSCH, H., *El sector público en las economías de mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*. Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1979, p. 80-100.

Así el motor que mueve el sistema capitalista es el interés propio, tanto por parte del productor como por parte del consumidor. En consecuencia, el interés del primero es ofrecer los bienes y servicios demandados, en base al interés de los consumidores, al mejor precio; de modo que este proceso contribuye al enriquecimiento de la comunidad económica.

En esta visión de la economía, el mercado se concibe como un ámbito de competitividad, en el que gana el mejor postor. Eso contribuye favorablemente a un mayor control de los precios.

Dado un número razonable de consumidores no empobrecidos, más un equipo de productores preparados para entrar en la competición, unos bajos costes de transacción económica e información adecuada, el resultado es el óptimo de Pareto. Todos se satisfacen y se produce un equilibrio, de manera que el enriquecimiento del productor va unido a que el consumidor mejore su riqueza <sup>63</sup>.

Ciertamente debemos diferenciar aquí la libertad de mercado de los presupuestos del capitalismo <sup>64</sup>. Si bien ambos han estado históricamente unidos, hoy es posible admitir la libertad de mercado sin admitir sus raíces liberales. Sin embargo en la visión del *Public Choice*, parece identificarse ambos conceptos, reduciendo las estructuras políticas y jurídicas a la economía.

Buchanan entiende que la mejor síntesis es la de conjugar la democracia liberal con la economía de mercado <sup>65</sup>.

El planteamiento político de la *Public Choice*, responde en buena medida a los presupuestos de la política liberal, recientemente analizados por Habermas, del siguiente modo: «Según la *concepción liberal*, este proceso democrático cumple la tarea de programar el estado en interés de la sociedad, entendiéndose el Estado como el aparato que es la administración pública y la sociedad como sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado. La política (en el sentido de la formación de la voluntad política de los ciudadanos) tiene la función de agavillar e imponer los intereses sociales privados, frente a un aparato estatal que se especializa en el empleo administrativo del poder político para conseguir fines colectivos» <sup>66</sup>. Según este planteamiento, la política y el Estado se agotarían en su proceso y función de mediación. La comunicación política quedaría absorbida por el aparato estatal y así-

63. CAMPBELL, T., *Justice*. London, Ed. Macmillan Education, 1988, 214 p.

64. BALCEROWICZ, L. «Los defectos del capitalismo occidental». Entrevista realizada por KABANA. Balcerowicz es Investigador del Fondo Monetario Internacional. Ex-Ministro de Hacienda de la República de Polonia.

65. BUCHANAN, J., «La democracia liberal bien entendida», *Atlántida*, vol. 13 (1993), pp. 34-42.

66. HABERMAS, J., «Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa», *Debats*. (1992), p. 18.

milada a la estructura del mercado. Siguiendo con la visión de Habermas: «Conforme a la concepción liberal, el estatus de los ciudadanos viene definido por los derechos subjetivos que los ciudadanos tienen frente al Estado y a los demás ciudadanos... Estos... gozan de la protección del Estado mientras persiguen sus intereses privados... Los derechos políticos... dan a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer sus intereses privados... De esta forma los ciudadanos, en su papel de ciudadanos políticos, pueden controlar si el poder del Estado se ejerce en interés de los ciudadanos como personas privadas»<sup>67</sup>.

Así la política se contempla como un mercado en el que «Con sus votos los electores expresan sus preferencias. Las decisiones de voto tienen la misma estructura que los actos de elección de quienes participen en un mercado orientado a obtener el mayor provecho posible... Conforme a la concepción liberal, la política es en esencia una lucha por posiciones que aseguran la capacidad de disponer de poder administrativo. El proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas en el espacio de la opinión pública y en el Parlamento viene determinado por la competencia de actores colectivos que actúan estratégicamente, con el fin de conservar sus posiciones de poder o de hacerse con tales posiciones. El éxito se mide por el asentimiento de los ciudadanos a personas y programas, cuantificado por el número de votos obtenidos en las elecciones... A diferencia de la deliberación, la interacción estratégica tiene por fin la coordinación más que la cooperación. En último análisis, lo que exige de la gente es no considerar otro interés que el propio de cada uno»<sup>68</sup>.

## CONCLUSION

No hace falta ser neoliberal para compartir algunas de las críticas que Buchanan dirige contra el Estado de Bienestar. Donde se dan las divergencias es en algunos de los presupuestos y de sus conclusiones. Buchanan parece priorizar los intereses económicos sobre cualquier otro tipo de metas u objetivos sociales. Sería ingenuo ignorar la necesidad de una suficiente autonomía económica como posibilidad del ejercicio de otros derechos. Pero eso no conduce necesariamente a admitir que todos los ciudadanos buscan satisfacer sólo su afán de riqueza. Hay hechos sociológicos que demuestran que esto no es siempre así. ¿Por qué no reconocer que pueden existir conductas solidarias y desinteresadas? Por supuesto que este reconocimiento es compatible con el deseo de que exista un mayor control de las actividades económicas del Estado, del gobierno y de la administración de los recursos. Pero esa búsqueda de una sana política fiscal no está motivada en todos

---

67. *Idem.*

68. *O.c.* p. 19.

por el efecto ida y vuelta. Es decir no siempre todo ciudadano busca que la distribución de servicios públicos le beneficien directamente a él mismo. Una concepción socialdemócrata del estado propugnará una atención especial por parte de la administración a sectores marginales o desaventajados de la población.

Desde una dimensión de búsqueda de justicia y no de mera eficiencia económica, el análisis de la sociedad en clave económica resulta insuficiente<sup>69</sup>. Los derechos económicos son una parte de los derechos pero existen otros, tanto o más importantes, como el derecho a la cultura, a la no discriminación, a ser respetado, a la autodeterminación, a no ser manipulado por los medios de comunicación, a la intimidad, al medio ambiente, a la libertad de expresión y de pensamiento, que difícilmente se alcanzan por el mero hecho de poseer mayor propiedad privada. Se puede construir el binomio, economía de mercado-democracia, pero no tiene porque ir unida la economía de mercado necesariamente al capitalismo. A mi juicio las políticas redistributivas siguen siendo necesarias. Si las tesis de Buchanan son aceptables cuando permanecen en el campo estricto de la economía resultan desorbitadas aplicadas a la ética, filosofía política y filosofía del derecho.

---

69. Cfr. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Oxford 1987. Especialmente el capítulo titulado «Is wealth a value?».

## Igualdad, diferencial y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad

Por M.<sup>a</sup> ENCARNACION FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ

Valencia

Los decisivos acontecimientos acaecidos en los últimos años en la ex Unión Soviética y en los países del Este europeo han sido interpretados por algunos como «una inquebrantable victoria del liberalismo económico y político», esto es, de la libertad sobre la igualdad. Así lo sostuvo Fukuyama en un conocido artículo publicado en el verano de 1989 titulado significativamente «¿El fin de la historia?» y en el libro posterior *El fin de la historia y el último hombre*, aparecido en 1992. No obstante, la tesis que vamos a sostener aquí es la de que la idea de igualdad sigue apareciendo hoy como una de las exigencias fundamentales en la esfera social, política y jurídica, siendo necesaria, en contra de lo que postulan los autores neoliberales, la conjugación de las exigencias de la igualdad material con las de la libertad. A tal efecto, examinaremos en primer lugar las implicaciones y dimensiones del principio de igualdad. A continuación analizaremos algunas de las críticas que se han formulado contra el mismo, deteniéndonos en particular en la crítica neoliberal contra la igualdad material. Y, por último, nos referiremos a algunas de las objeciones que se han dirigido contra el neoliberalismo y trataremos de fundamentar la necesidad de conjugar libertad e igualdad material.

### I. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO ETICO Y JURIDICO

Se ha dicho que, aunque la idea de igualdad tiene una indudable proyección social, económica, política y jurídica, su alcance rebasa los límites de estos sectores para presentarse como un valor ético fundamental, como «un valor guía de la ética política, jurídica y social» (PÉREZ LUÑO, 1981, p. 257; COTTA, 1976, pp. 331 y ss. *pas-*

*sim* y PERELMAN, 1971, pp. 319 y ss. *passim*) y como un principio ético básico (LAPORTA, 1985 pp. 3 *in fine*-4 y CALSAMIGLIA, 1989, p. 97). El término «principio» se utiliza aquí en su «dimensión axiológica» (PÉREZ LUÑO, 1986, p. 290 y 1987, p. 142), esto es, en el sentido de postulado ético que debe inspirar todo el orden jurídico, de pauta de valoración, con un significado muy próximo, por tanto, al del término valor. Ello no obstante, puede decirse que los principios se diferencian respecto de los valores por su mayor grado de concreción, como apunta Pérez Luño refiriéndose a la distinción entre valores y principios en el ámbito del Derecho y, en particular, a la distinción entre valores y principios constitucionales. «Los valores —escribe— no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que... fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas. De otro lado, los principios... reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican y concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas» (PÉREZ LUÑO, 1986, pp. 291-292, en el mismo sentido, 1987, pp. 142-143). Por lo demás, un mismo concepto (y esto es lo que sucede precisamente con la igualdad así como con la libertad) puede presentarse como valor y como principio (PÉREZ LUÑO, 1986, pp. 286-287 y 291 y 1987, pp. 141-145).

La caracterización de la igualdad como un valor y un principio ético implica que la igualdad hace referencia no a lo que es, sino a lo que debe ser. No se trata de que los seres humanos sean iguales, puesto que, desde un punto de vista empírico, es evidente que éstos presentan caracteres comunes, pero también múltiples diferencias entre sí. Lo que significa el principio de igualdad es que todos los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, *deben* ser tratados como iguales (LAPORTA, 1985, p. 3 *in fine*-4 y CALSAMIGLIA, 1989, pp. 98-99). No se trata por tanto de una descripción genérica de la realidad, sino de una exigencia ética que aparece precisamente, y en esto reside su paradoja fundamental como ha puesto de relieve Vittorio Frosini, como una «contrarregla» a la regla empírica de la desigualdad entre los seres humanos que impera en la vida social (FROSINI, 1976, p. 542). Precisamente el principio de igualdad exige que se compensen, corrijan o, por lo menos, atenúen las desigualdades naturales y sociales.

Por otra parte, la idea de igualdad aparece íntimamente ligada a la idea de justicia. Ya los pitagóricos concibieron la justicia como igualdad. Aristóteles recibió esta idea y le dio un considerable desarrollo.

Como es sabido, Aristóteles distingue entre la justicia como virtud general y la justicia como virtud particular. La justicia como virtud general consiste en conformarse a la ley, de manera que «todo lo legal es en cierto modo justo». Esta clase de justicia corresponde a la «virtud total», pero «no absolutamente hablando, sino con relación a otro». Consiste en el ejercicio de la virtud total para con los demás. Pero, al lado de la justicia como virtud general, Aristóteles habla de la justicia como virtud particular, cuya relación con la justicia como virtud general sería la que existe entre la parte y el todo. Esta justicia como virtud particular es la que interesa a nuestros efectos, pues Aristóteles la concibe como igualdad: «si lo injusto —declara— es desigual, lo justo es igual». Ahora bien, Aristóteles distingue dos formas de igualdad que se corresponden con dos especies de justicia dentro de la justicia como virtud parcial: la justicia distributiva y la justicia correctiva. La justicia distributiva es la que se practica en las distribuciones de honores, riquezas o cualquier otra cosa que haya que repartir en la comunidad política y reside en que cada uno reciba una parte proporcionada a su mérito. Esta forma de justicia consiste en la proporción geométrica que requiere, por lo menos, cuatro términos. Aquéllos para quienes es justo tienen que ser por lo menos dos y las partes distribuidas también dos, por lo menos. La justicia consiste en que la misma relación que haya entre los méritos de las personas, la haya entre las porciones distribuidas, de modo que si los méritos «no son iguales, no tendrán partes iguales, de lo contrario vienen las disputas y reclamaciones, cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales». En cuanto a la justicia correctiva, es la que regula o corrige los modos de trato, ya sean éstos voluntarios (compra, venta, préstamo, fianza, usufructo, depósito, alquiler) o involuntarios (que son los daños de todo tipo: robo, adulterio, homicidio, mutilación, difamación, insulto, falso testimonio, etc...). Esta consiste en la proporción aritmética. Aquí se trata de medir impersonalmente las cosas y las acciones (las cosas que se intercambian, en los cambios voluntarios, y el daño causado y el castigo que por él se debe imponer, en los tratos involuntarios), en su valor objetivo, haciendo que nadie reciba más de lo que da, sin tomar en cuenta los méritos personales. A su vez, la justicia correctiva se subdivide en conmutativa que regula los cambios voluntarios y se aplica voluntariamente y judicial que es impuesta por el juez y se aplica de manera involuntaria o forzada (*Ética a Nicómaco*, V, 1-5).

Esta doctrina aristotélica de la justicia puede considerarse como la formulación clásica de la idea de la justicia como igualdad, siendo retomada después por otros autores, entre los que destaca Tomás de Aquino, si bien, como es sabido, Tomás de Aquino modificará en parte

la clasificación aristotélica de la justicia. En todo caso, lo cierto es que desde Aristóteles se suele asociar la justicia a la igualdad. Por lo demás, hoy es frecuente considerar la justicia como unión de libertad e igualdad (BOBBIO, 1984, pp. 183 y ss.; PECES-BARBA, 1984, pp. 27, 117-119 y 141 y ss.; OLLERO, 1989 (1), pp. 283-284 y 1989 (2), p. 14 y LAPORTA, 1985, p. 26).

Puede decirse que la exigencia de la igualdad se funda en la creencia en la igual dignidad de todos los seres humanos. Pero esta creencia no ha existido siempre, sino que es un resultado histórico. Dicha idea estuvo ausente en general —aunque había algunos indicios de ella en sofistas como Antifón, Licofrón y Alcidas— del pensamiento griego anterior al estoicismo. Ni siquiera la encontramos en Aristóteles, el gran teórico de la justicia que, además, como acabamos de ver, vinculó esta virtud con la igualdad. La igualdad en la mentalidad griega estaba reservada a los helenos libres. Puede decirse (BALLESTEROS, 1986, pp. 110 *in fine*-116 y BRUNNER, 1961, pp. 42-47) que el origen de la afirmación de la igual dignidad de todos los seres humanos se encuentra en el estoicismo, concretamente en el estoicismo medio, en la obra de Panecio de Rodas, y en el cristianismo. El «nadie es más que nadie» de Machado es una elocuente expresión de esa creencia en la igual dignidad de todos los seres humanos a la que nos venimos refiriendo. En efecto, aunque seamos, como de hecho somos, diferentes unos de otros, «nadie es más que nadie».

La noción de igualdad en la esfera ética, social, política y jurídica, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las matemáticas y de la lógica, no es una noción unívoca, sino que presenta diversos significados (GERMAIN, 1985, pp. 15 y ss.). Con el término igualdad se alude a «ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo, muchas veces, antagónicas» (PÉREZ LUÑO, 1981, p. 259).

Pues bien, puede decirse que, desde el punto de vista socio-político, la igualdad presenta dos niveles o dimensiones fundamentales: la de la igualdad formal y la de la igualdad material.

La igualdad formal suele identificarse con las exigencias jurídico-políticas sintetizadas en el principio de igualdad ante la ley. Dicho principio garantiza la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. Es la igualdad en el ámbito del sistema jurídico. También se denomina a esta dimensión de la igualdad, igualdad jurídica e igualdad de trato.

En cuanto a la igualdad material, aunque desde un punto de vista lógico ésta consiste en el simple hecho de tomar en consideración criterios materiales, criterios de contenido a la hora de determinar las exigencias del principio de igualdad, sin embargo en el ámbito de la filosofía política y jurídica suele entenderse por igualdad material, de modo más específico, «el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales» (Pérez Luño, 1984-85, p. 258). Sería la igualdad en la



vida social, en la realidad de las relaciones entre los seres humanos (PECES-BARBA, 1991, p. 242). Es este último significado el que aquí atribuimos a la igualdad material.

Ahora bien, esta cuestión de la igualdad material, real, sustancial, económica o democrática es una cuestión muy controvertida, como no podía ser menos, habida cuenta de que lo que aquí se plantea es, en definitiva, el problema de los criterios materiales de justicia, en concreto el problema de la justicia distributiva (PÉREZ LUÑO, 1984-85, p. 273). En efecto, por igualdad material suele entenderse —como acabamos de ver— «el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales». Ello no obstante, concretando más, puede decirse que la igualdad sustancial ha sido entendida de muy diversos modos (PÉREZ LUÑO, 1984-85, pp. 259-273), entre los que destacan fundamentalmente dos: la llamada «igualdad de oportunidades» o igualdad en el punto de partida y la denominada «igualdad de resultados» o igualdad en el punto de llegada.

Al respecto puede decirse que la igualdad de oportunidades, aunque necesaria, resulta insuficiente por sí sola para producir una distribución justa del poder y de los ingresos y riquezas. De ahí la necesidad de complementarla con una cierta igualdad de resultados, entendiendo por tal no una nivelación total y completa de bienes, sino la satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas, unida a la reducción de las desigualdades sociales y económicas excesivas (este es uno de los objetivos que persiguen instituciones tales, como, por ejemplo, el impuesto progresivo).

## II. LOS CRITICOS DE LA IGUALDAD

Hemos dicho que la igualdad constituye un valor ético fundamental. Sin embargo, a lo largo de la historia del pensamiento filosófico no han faltado quienes no le han reconocido tal carácter. Piénsese en Platón quien en la República propone un modelo ideal de sociedad, jerarquizada y gobernada por la clase de los filósofos. Y ya en época más reciente Nietzsche se presenta como un abierto detractor de la igualdad. El pensador alemán sostiene la tesis, formulada muchos siglos antes por el sofista Calicles en el Gorgias platónico (*Gorgias*, 483 B/C. Sobre ello, MAURER, 1977, pp. 305 y ss.), según la cual la invocación de la igualdad no es sino un instrumento al que recurren los débiles para la opresión de los fuertes. Particularmente elocuente es el capítulo de *Así habló Zaratustra* titulado «De las tarántulas» donde afirma que la predicación de la igualdad no es sino expresión del deseo de venganza de los impotentes, de los resentidos, de los envidiosos. «Vosotros predicadores de la igualdad, la demencia tiránica de la impotencia — escribe en el citado capítulo— es lo que en vosotros reclama a gritos la ‘igualdad’...

Presunción amargada, envidia reprimida, tal vez presunción y envidia de vuestros padres: de vosotros brota eso en forma de llama y de demencia de la venganza» (NIETZSCHE, 1972, pp. 151-154. La cita es de la página 152. Sobre ello, BALLESTEROS, 1986, pp. 157 y ss.).

En la actualidad, estas ideas antiigualitarias han sido retomadas, de forma menos rigurosa y profunda, por el movimiento intelectual conocido como «la Nueva Derecha» cuyo principal impulsor es Alain de Benoist. La Nueva Derecha rechaza cualquier forma de igualdad en los resultados y propugna una «meritocracia» basada en la igualdad de oportunidades para el reclutamiento de las élites según el talento, frente a la «mediocracia» a la que, según estos autores, da lugar el dogma de la igualdad social (BENOIST y FAYE, 1986, *passim*). Esta crítica de la igualdad se basa en una deliberada confusión de ésta con el igualitarismo abstracto que ignora las innegables diferencias naturales que existen entre los seres humanos y conducente a un uniformismo social no deseable (PÉREZ LUÑO, 1985-85, p. 283 *in fine* 284). Pero ese no es el auténtico significado del principio de igualdad. Este, se presenta no sólo como una exigencia de equiparación, de no-discriminación, de trato igual a los iguales, sino también como una exigencia de diferenciación, de trato diferenciado de las situaciones entre las que existan diferencias relevantes. Por otra parte, creemos que las grandes y crecientes desigualdades que existen en el mundo actual en lo que respecta a la posesión de bienes económicos y culturales confieren una particular importancia a las exigencias de igualdad y desacreditan cualquier discurso en favor de la desigualdad que pueda contribuir al mantenimiento de dichas situaciones.

Merece especial atención la crítica contra la igualdad que se efectúa desde planteamientos neoliberales pues se trata de una ideología política y económica muy extendida en nuestros días y que además — como apuntábamos al principio— ha resultado potenciada con la caída de los regímenes comunistas del Este.

La impugnación neoliberal de la igualdad se dirige propiamente contra la igualdad material (COTARELO, 1990, pp. 194-195; PECES-BARBA, 1991, pp. 53 y ss., en particular, p. 57, 245 *in fine* 246 y 249 *in fine* 250; PÉREZ LUÑO, 1984-85, pp. 253 y ss. y 1986, pp. 147 y ss.). A diferencia de la igualdad formal que se sitúa en el ámbito del sistema jurídico, la igualdad sustancial ha de realizarse en la vida social, en la realidad de las relaciones sociales entre los seres humanos. En particular, esta igualdad supone un esfuerzo económico de la sociedad, principalmente, aunque no sólo, por vía de impuestos, y una intervención y modificación de las reglas del libre mercado. Frente a esto, las propuestas neoliberales «apuestan ... por un mercado autorregulado —supuesto que, considerado estrictamente, no ha existido en la era contemporánea—. En esa referencia ideológica, cualquier tipo de ajuste realizado sobre el mercado autorregulado origina consecuencias contraprodu-

centes» (OLIVAS, 1991, p. 27). Desde esta perspectiva, se rechaza la interferencia «artificial» del Estado sobre los mecanismos supuestamente «naturales» del mercado que, dejados a su libre funcionamiento, nos serían muy beneficiosos. Así, posturas neoliberales como las de Hayek o Nozick se oponen a cualquier intento de utilización de las instituciones gubernamentales para llevar a cabo objetivos de justicia social. Para Hayek debe aceptarse cualquier resultado a que conduzca el libre juego del mercado, sin que tenga sentido valorarlo en términos de justicia o injusticia. La intervención del Estado en la economía con una finalidad redistributiva inspirada en la idea de justicia social supone adentrarse en un «camino de servidumbre» (HAYEK, 1978, *passim*). Nozick, por su parte, rechaza la idea misma de justicia social o distributiva, por entender que esta implica pautas estructurales en cuyo nombre se procede a realizar transferencias redistributivas, de carácter coactivo, de bienes de unos individuos a otros, lo cual implica ignorar los títulos que sobre tales bienes pueden tener los individuos, en suma, implica violar derechos naturales, en concreto, derechos de propiedad y, por consiguiente, transgredir barreras morales. Así, Nozick llega hasta el punto de equiparar los impuestos a los trabajos forzados (NOZICK, 1988, Segunda Parte).

El ataque neoliberal se dirige contra el fundamento mismo del Estado del bienestar (COTARELO, 1990, p. 194), cuyo valor inspirador, sin olvidar la decisiva contribución a su establecimiento de los postulados económicos keynesianos, es la igualdad material. Desde posturas neoliberales lo que se propugna es el desmantelamiento del Estado social, la «desregulación» (ESTÉVEZ ARAUJO, 1991, pp. 151-157, 159 y 163).

La impugnación alcanza asimismo a los llamados derechos sociales, económicos y culturales cuyo fundamento residiría en el valor de igualdad material y que son característicos del Estado social de Derecho. En la perspectiva neoliberal tales derechos padecen una «descalificación radical» (BEA, 1992, p. 43-45), quedando excluidos del propio concepto de derechos. Para el neoliberalismo los derechos fundamentales se identifican con los derechos individuales de libertad y «carece de fundamento —como señala expresamente Hayek— todo intento de ampliar el concepto de derecho a aquéllos otros que hoy reciben el calificativo de ‘económicos y sociales’» (HAYECK, 1982, p. 193). Estamos —subraya Peces-Barba— ante una modalidad de «negación parcial» de los derechos fundamentales, esto es, ante una tesis reduccionista sobre el contenido de los derechos, que limita a un sector de los mismos la justificación y el reconocimiento y que rechaza otros, concretamente los derechos económicos y sociales (PECES-BARBA, 1991, pp. 52 y ss.).

El rechazo neoliberal de la igualdad material, del Estado social y de los llamados derechos sociales, económicos y culturales se efectúa en nombre de la libertad individual. Desde esta perspectiva, la intervención del Estado en la economía con una finalidad redistributiva y correctora de las desigualdades del mercado quebranta la libertad, las

garantías propias del Estado de Derecho y los derechos inviolables del individuo, que se reducen —como acabamos de ver— a los derechos de libertad que suponen una no injerencia en la esfera de la libre autonomía individual. En efecto, las tesis neoliberales parten de «un planteamiento antinómico de los valores básicos de libertad e igualdad, inclinándose por la subordinación de la segunda a la primera» (PÉREZ LUÑO, 1986, p. 149). En esta línea Hayek llega a afirmar que «la pretensión de una igualdad en las condiciones materiales sólo puede lograrse a través de un gobierno que disponga de poderes totalitarios», añadiendo que «la igualdad material y la libertad son entre sí incompatibles» (HAYEK, 1979, p. 145 y nota 30 de la misma página. En parecido sentido, FRIEDMAN, 1980, pp. 185 y ss.).

### III. ALGUNAS OBJECIONES AL NEOLIBERALISMO. IGUALDAD, DIFERENCIA Y DESIGUALDAD

Las tesis neoliberales han recibido críticas de muy diversa índole. Habida cuenta del objeto y de los límites del presente trabajo, nos centraremos especialmente en las referidas a la supuesta incompatibilidad entre libertad e igualdad y al consiguiente rechazo de la igualdad material por parte de las posturas neoliberales.

Al respecto, se ha subrayado (PÉREZ LUÑO, 1986, pp. 149 *in fine* 150) que la afirmación del carácter inevitable de la contraposición entre libertad e igualdad por parte de los neoliberales conservadores reposa en una concepción restrictiva de la libertad, que la identifica con la libertad negativa en el sentido de Isaiah Berlin, esto es como falta de impedimento externo, como ausencia de opresión, como garantía de no intromisión del poder público en la esfera privada. Esta libertad negativa o «libertad reservada» o «exclusiva», como prefiere denominarla Ballesteros, se correspondería (BALLESTEROS, 1989, pp. 54-55) con lo que Benjamin Constant denominó «libertad de los modernos», en oposición a la «libertad de los antiguos», consistente básicamente en la participación política (CONSTANT, 1988, p. 68), en una famosa conferencia de 1819 cuyo título es precisamente «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos». Ahora bien, conviene tener presente que el neoliberalismo actual, a diferencia del liberalismo clásico, ha integrado y asumido también la exigencia democrática referida a la generalización de los derechos de participación política a todos los ciudadanos (PECES-BARBA, 1991, p. 57). No obstante, las posiciones neoliberales insisten en el primado de la libertad negativa para el mantenimiento y garantía de una sociedad libre y es esta libertad como no interferencia la que ellos ven amenazada por las medidas tendentes a la consecución de una mayor igualdad material (PÉREZ LUÑO, 1986, p. 150).

Esto último se debe a que —como se ha señalado (Ballesteros, 1989, pp. 55 *in fine* y ss. La cita es de la página 58)— esa «libertad de los modernos» encierra, ya desde el liberalismo clásico, una importante limitación ideológica consistente en la equiparación entre diferentes tipos de derechos que, en realidad, tienen significados muy distintos. Se trata de la equiparación, que aparece con toda claridad en la enumeración que hace Benjamin Constant de las «libertades de los modernos» (CONSTANT, 1988, p. 67), entre, de un lado, derechos como la libertad de pensamiento, la inviolabilidad de domicilio o correspondencia, la libertad de expresión, la libertad de movimiento, el derecho de reunión, etc... que se refieren a esferas en las que resulta incuestionable el reconocimiento de la libertad sin interferencias, y, de otro lado, el derecho de propiedad e incluso al abuso de la misma, que debería tener otro significado bien distinto. «Tal confusión —añade Ballesteros— estaría en el origen del neoliberalismo actual, que intenta elevar la propiedad al ámbito de la *privacy* y de presentar la fiscalización del empleo de recursos como intromisión paternalista en la intimidad... de los bolsillos. Paradigma de esta postura es la obra de Nozick, que considera los impuestos como confiscación y ataque a los derechos naturales».

Puede decirse que en el neoliberalismo la aludida identificación se hace más explícita, pues las posturas neoliberales —como subraya Peces-Barba refiriéndose concretamente a Hayek— expresan un «intento, ya hoy totalmente explícito, de vincular los derechos y las libertades con el capitalismo o, dicho de otra manera, de aproximar los principios liberales de la justicia con la economía capitalista» (PECES-BARBA, 1991, p. 57). Los economistas neoliberales «coinciden en afirmar el primado de la libertad individual y... condicionan la existencia de ésta a la defensa de la libertad de mercado», manteniendo «una interpretación económica de los derechos humanos tendente a enfantizar el papel del derecho de propiedad» (PÉREZ LUÑO, 1986, p. 149). De ahí «el reproche típicamente liberal al Estado del bienestar en el sentido de que, atentando contra los principios del libre mercado, atenta también al mismo tiempo contra el fundamento mismo de la libertad» (COTARELO, 1990, p. 195). En definitiva, en el neoliberalismo encontramos una identificación explícita de la libertad con la propiedad y el mercado. Desde este punto de vista, la incompatibilidad con las exigencias de la igualdad material resulta evidente.

Frente a esa concepción restrictiva de la libertad como libertad fundamentalmente negativa identificada además, ideológicamente, con la propiedad y el mercado, de lo que se trata es de partir de una concepción más integradora de la libertad, entendiendo por libertad social —como señala Peces-Barba— el establecimiento en la vida social de un conjunto de mecanismos que permitan y faciliten a todos los seres humanos el pleno desarrollo de su dignidad, esto es buscar y en su caso alcanzar la autonomía o libertad moral. Así entendido, el valor libertad abarcaría no sólo la libertad protectora o libertad como no interferencia

y la libertad participación que es la libertad para intervenir en la formación de las decisiones colectivas, sino también la libertad promocional que hace referencia a la cobertura de las necesidades básicas cuya no satisfacción impide o dificulta el ejercicio de las otras dos modalidades de libertad (PECES-BARBA, 1991, capítulo 8, pp. 184 y ss.).

En esa línea, puede decirse que no sólo restringen nuestra autonomía las interferencias externas positivas, «sino también otros factores que reducen de manera muy significativa nuestra capacidad de elegir o de reflexionar críticamente sobre lo que se elige... También la pobreza, aparte de las interferencias externas, reduce nuestra capacidad de elegir entre distintas alternativas». Asimismo la restringen la ignorancia, la ausencia de capacidad e información, etc.. (DE PARAMO, 1989, pp. 259-260).

Desde esta perspectiva, la igualdad material en cuanto exigencia de satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas no resulta incompatible con la libertad, sino que aparece como una condición necesaria para el ejercicio de la libertad por todos. «La libertad sin igualdad, desemboca en el etilismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos; se trata de la libertad —irónicamente denunciada por Anatole France— de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergarse en el Hotel Ritz» (PÉREZ LUÑO, 1986, pp. 155 *in fine* 156). Asimismo, desde una concepción integradora de la libertad, los derechos sociales se presentan no como un riesgo para la autonomía personal, sino como una condición necesaria de la misma, como auténticos derechos compatibles y complementarios de los derechos clásicos de libertad, a los que vienen a dotar de efectividad (PECES-BARBA, 1991, pp. 188 y ss. y BEA, 1992, pp. 31, 46 *in fine* 47 y 48).

Por otra parte, puede decirse que para la superación de la supuesta incompatibilidad entre libertad e igualdad, habría que partir, junto a esa concepción integradora de la libertad a la que acabamos de referirnos, de una visión omnicomprendensiva (formal-material) y dinámica de la igualdad como un valor o principio unitario que presenta dos vertientes, pero que no son incompatibles, sino complementarias entre sí. En este sentido, resulta interesante el planteamiento conjunto que de ambas dimensiones del principio de igualdad hace Ferrajoli. Ante todo, este autor señala que el valor primario de la persona y, por lo tanto, de la particular y específica identidad de cada persona, constituyen la base del principio de igualdad en sus dos vertientes. Ahora bien, éste es un principio complejo que abarca, de un lado, la igualdad formal o política y de otro lado la igualdad sustancial o social. La primera consiste en atribuir el mismo valor a todas las personas singulares sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión, etc... La igualdad en esta primera vertiente consistiría en atribuir el mismo valor a las diversas identidades que «hacen de *cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás*». En suma, la

igualdad formal consistiría en el reconocimiento, respeto y garantía de las diferencias que forman la identidad de cada persona y no obstante las cuales las personas deben ser tratadas como iguales. En este sentido, igualdad y diferencias no sólo no son antinómicas, sino que se implican mutuamente. Ahora bien, subraya Ferrajoli, conviene distinguir entre diferencia y desigualdad. Pues precisamente, mientras que la igualdad formal, como acabamos de ver, supone el reconocimiento y respeto de las diferencias, la igualdad material, por su parte, aparecería como una exigencia de remover o, por lo menos, de compensar las desigualdades económicas y sociales, aunque no todas, pero sí aquéllas que «*obstaculizan* la vida, la libertad, la supervivencia o el desarrollo de las otras personas» (FERRAJOLI, 1990. pp. 947 y ss. La cita es de la p. 948). La igualdad en su dimensión formal, y particularmente en su vertiente de no discriminación, sería expresión, en la línea de lo señalado por Ferrajoli, de lo que puede calificarse como el «derecho a ser diferentes», esto es, a que las peculiaridades personales no se conviertan en causa de discriminación. La igualdad material, por su parte, expresaría el derecho a ser iguales en lo relativo a las condiciones materiales básicas de vida. La igualdad así entendida conjugaría el respeto a la diferencia y a la pluralidad personal y cultural (y, en este sentido, conectaría con los derechos de libertad que garantizan el respeto a dichas diferencias), con la tendencia a la igualdad y a la solidaridad en el plano de la economía. La complementariedad entre las dos vertientes del principio de igualdad y, por consiguiente, entre libertad e igualdad material, vendría dada por lo siguiente. El derecho a ser diferentes en que consiste la libertad y la igualdad formal exige que la diferencia no se convierta en fuente y pretendida justificación de desigualdades económicas y sociales que «*obstaculicen* la vida, la libertad, la supervivencia o el desarrollo» de algunas o de muchas personas.

No obstante, la realidad nos muestra —como apuntábamos antes— la persistencia de gravísimas desigualdades económicas y sociales en el mundo actual. Ante todo, entre los países desarrollados del Norte y la miseria del Sur... y de buena parte del Este, hay que añadir, pero también en los países más desarrollados económicamente, en los cuales —como subraya Ballesteros— asistimos al incremento de los llamados «nuevos pobres», tales como parados, personas que trabajan en la economía sumergida o en condiciones de inestabilidad en el empleo —situaciones éstas que afectan especialmente a mujeres, jóvenes e inmigrantes— ancianos, disminuidos físicos, enfermos. Estas personas que padecen carencias de diversa índole —no siempre, ni sólo estrictamente materiales—, necesitan la protección del *Welfare State*. Esta situación —sostiene el citado autor— reduce la credibilidad de los planteamientos neoliberales que pretenden el desmantelamiento del Estado social (BALLESTEROS, 1992, pp. 137 y ss. *passim*). En particular, los inmigrantes son objeto en nuestros países desarrollados de una marginación creciente. En este sentido, refiriéndose en especial a la situación en la Europa comunitaria, De Lucas habla de «las condiciones

que en un alto porcentaje arrojan a los inmigrantes a la alternativa de la miseria o la infracción de la legalidad» (DE LUCAS, 1992, p. 95 y, en general, capítulos III, IV, V y epílogo). Así pues, la realidad muestra como esa necesaria conjugación entre igualdad formal e igualdad material y, paralelamente, entre libertad e igualdad, a la que antes nos referíamos, constituye sin duda una tarea ardua, difícil, siempre inacabada. Ahora bien, lo que parece claro es que exige, en abierta oposición con las tesis neoliberales, corregir de un modo u otro las reglas del mercado y las desigualdades que el mismo genera y un decidido esfuerzo de solidaridad por parte de todos.

## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1986 (2).
- BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BALLESTEROS, J., «Los derechos de los nuevos pobres», en BALLESTEROS J., (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BEA, E., *Los derechos sociales*, Valencia, 1992. Agradezco a la profesora Bea el haberme facilitado este trabajo aún no publicado que me ha sido de gran utilidad.
- BENOIST, A. y FAYE, G., *Las ideas de la «Nueva Derecha». Una respuesta al colonialismo cultural*, trad. de C. Pinedo Cestafe, Barcelona, Ed. de Nuevo Arte Thor, 1986.
- BOBBIO, N., *Introduzione alla Filosofia del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1948.
- BRUNNER, E., *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. de L. Recasens Siches, México, UNAM, 1961.
- CALSAMIGLIA, A., «Sobre el principio de igualdad», en MUGUERZA y otros, *El fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1989, pp. 97 y ss.
- CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *Del espíritu de conquista*, Madrid, Tecnos, 1988.
- COTARELO, R., *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, CEC, 1990 (2).
- COTTA, S., «Né Giudeo né Greco, ovvero della possibilita dell'uguaglianza», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, pp. 331 y ss.
- CURCIO, C., Voz «Eguaglianza», *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, 1965, vol. XIV, pp. 510 y ss.
- ESTEVEZ ARAUJO, J. A., «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social», en OLIVAS, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990 (2 ed. riveduta).
- FRIEDMAN, M. y R., *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo, 1980.
- FRUSINI, V., «Paradosso dell' eguaglianza», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, pp. 540 y ss.
- FUKUYAMA, F., «¿El fin de la historia?», *Claves de razón práctica*, 1 (abril de 1990), pp. 85-96.
- FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, Planeta, 1992.



- GERMAIN, L. R. F., «Problématique et dimensions ou variations sur le thème de l'égalité», en AAVV., *L'égalité*, Cahiers de philosophie politique et juridique. n. 8. Actes de Colloque de Mai 1985, Caen, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1985, pp. 15 y ss.
- HAYEK, F. VON, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 1978.
- HAYEK, F. VON, *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, *El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979.
- HAYEK, F. VON, *Derecho, legislación y libertad*, vol. III, *El orden político de una sociedad libre*, Madrid, 1982.
- LAPORTA, F. J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema 67*, julio 1985, pp. 3 y ss.
- DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir con la diferencia?. (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, Madrid, Tecnos, 1992.
- MAURER, R. K., «El Derecho y la polémica en la Historia Universal entre las ideologías de la igualdad y de la desigualdad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 1977, núm. 17, pp. 305 y ss.
- NIETZSCHE, F., *Así habló Zaratustra*, trad. de A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1972.
- NOZICK, R., *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, FCE, 1988.
- OLIVAS, E., «Problemas de legitimación en el Estado social», en OLIVAS, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- OLLERO, A., «Principio de igualdad y teoría del Derecho», en *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989.
- OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 1989.
- DE PARAMO, J. R., «Bienestar, derechos y autonomía», en MUGUERZA, J. y otros autores, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*. Madrid, Tecnos, 1984.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, I, Teoría general, Madrid, Eudema, 1991.
- PERELMAN, CH., «Egalité et valeur», en *L'égalité*, vol. I, études publiées par H. BUCH, P. FORIERS et Ch. PERELMAN, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 319 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, pp. 255 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 1984-1985, pp. 253 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986 (2).
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», AFD, Tomo IV (nueva época), 1987.



## La socialdemocracia y su parentela ideológica

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

### 1. PLANTEAMIENTO

Derecho y Estado entre Neoliberalismo y Socialdemocracia es el tema monográfico para la anualidad de 1993 que invita a desarrollar la Dirección del AFD. Se trata de una proposición que expresa una descripción, la cual, a su vez, invita a un análisis detallado y a una posterior evaluación. Yo me quiero ocupar en este papel solamente de la segunda de las corrientes ideológicas propuestas<sup>1</sup>. Pero antes de abordar directamente el tema, me parece oportuno matizar el planteamiento mismo con un par de observaciones acerca de la dicotomía en la que se mueve quien acepta disciplinadamente, como yo hago, la invitación a comunicar sus reflexiones sobre el tema propuesto.

*Primera.* Los dos términos de la dicotomía son actualizaciones de conceptos clásicos. *Neoliberalismo* es una actualización de *liberalismo*. Y *socialdemocracia* es una actualización de *socialismo*. Acepto el matiz actualizador para decir que se quiere que se discorra sobre lo que significan ambas ideologías en términos generales y eternos para el concreto Derecho de hoy (y no del de ayer); y para el concreto Estado de hoy (y no del de antesdeayer). Pero asumo que se trata de *hablar del liberalismo y del socialismo en términos abstractos*. Pues éstos son los únicos que permiten razonar científicamente, saltando desde la opinión descriptiva y valorativa a la tesis pretendiente de validez científica general.

---

1. Porque los acontecimientos conexos con la desaparición de la Unión Soviética sitúan este extremo en la actualidad rabiosa. Y, en parte también, porque ya he tratado la otra cara del asunto, por mi cuenta, en otra sede, como puede verse en *Puy* 1989.

*Segunda.* Para un razonamiento riguroso <sup>2</sup> la dicotomía liberalismo socialismo sólo posee la validez propia de un *postulado*. Quiero decir que es una hipótesis de trabajo y no una realidad empírica constatada. Esto es obvio. Pero lo enfatizo porque alguno se puede engañar pensando que expresa una proposición descriptiva verificada. O sea, pensando que liberalismo y socialismo son las dos (únicas o casi únicas) opciones con que contamos los europeos en 1993. Pienso yo que no es así. Sino que, por el contrario, esa dicotomía tiene un valor muy relativo y amortiguado en el panorama ideológico actual de Europa.

Deduzco esto último de dos consideraciones.

*Alfa.* Que habiendo concluido la modernidad (digamos, por poner una fecha) en 1945 (insisto en su carácter indicativo) todas las ideologías modernas adolecen de decrepitud irreversible.

*Beta.* Que aunque todas agonizan, todas siguen medio vivas y ninguna ha muerto, ni se morirá mientras no se mueran todas, porque, como se retroalimentan dialécticamente unas a otras, cuando una decae, otra le transfunde alguna sangre propia y la que se recupera un poco ayuda a sobrevivir a la que empeora.

De todo lo dicho extraigo, entonces, dos secuelas que hacen al caso.

*Una.* Que mientras no acaban de surgir los nuevos modelos de encuadramiento social propios de la Era Pluralista —sustitutorios de los *partidos* de la Era Moderna, como éstos lo fueron de las *huestes* de la Era Medieval y éstas, a su vez, de las *clientelas* de la Era Antigua— es necesario seguir analizando el problema de los sistemas mentales de organización social utilizando las herramientas terminológicas de que disponemos, aunque estén tan herrumbrosas que apenas permiten una mínima precisión conceptual.

*Otra.* Que por eso no considero inadecuada ni inoportuna <sup>3</sup> la propuesta de analizar la dicotomía *liberalismo socialismo* en sus reflejos jurídicos y políticos. No es el único punto de vista posible desde el que se puede mirar la cuestión; pero indudablemente es uno de los posibles. Y si ése es el que agrada a muchos <sup>4</sup>, pues bien está, aunque pueda agradar menos a otros <sup>5</sup>.

2. Que es el género de argumentación en el que se supone que queremos desenvolvernos en el AFD.

3. Ni creo que deba considerarse por nadie.

4. P. e. a los *socialistas*, que se ven aludidos por la expresión *socialdemócratas*, la cual es hoy la que, al parecer, suena mejor o es más atractiva en términos generales.

5. P. e. a los *liberales*, que se ven aludidos con una expresión que incluye la partícula *neo*, de resonancia un tanto antipática, por lo que asocia de alimento recalentado o de cachivache restaurado. Y también, claro está, a quienes se sienten adictos a otras opciones distintas a esas dos, como pueden ser los *conservadores*, los *nacionalistas*, los *comunistas*, los *anarquistas* y restantes tribus ideológicas vivas todavía, aunque todas ellas estén asiladas en la unidad de cuidados intensivos de la ciudad filosófica europea.

Esta colaboración quiere hablar de la *socialdemocracia*, pues, en el contexto general del *socialismo*. En parte, porque como antes he dicho, se trata de la misma cosa en términos globales (el *socialismo*) sólo que respristinada (como *socialdemocracia*). Y en parte, añado ahora, porque en cuanto se trata de subcorriente<sup>6</sup> el análisis de la parte debe hacerse desde el todo, si se quiere que tenga una mínima validez y no se pierda en aspectos puntuales y anecdóticos.

Antes de concluir el planteamiento de mi exposición necesito todavía hacer un último pronunciamiento y decir que no me siento identificado con ninguna de las dos opciones y que, en todo caso, escribo este ensayo desde una posición decididamente crítica respecto a todos los socialismos. Hago esta manifestación —que la libertad ideológica constitucional me permitiría omitir— como un acto de cortesía para con el lector; y no como una invitación al rechazo del socialismo; y menos aún como un tacto de proselitismo en favor de otra opción. Con sinceridad y lealtad prevengo al lector de que puede y debe rebajar mis críticas al socialismo y buscar a mis asertos la interpretación más benévola para con la ideología criticada. Y con idéntica sinceridad y lealtad confieso también que *los argumentos que expongo aquí son la causa de mi rechazo reflexivo a consentir con cualquiera de las corrientes de la parentela socialista* y que no ocurre lo contrario. O, dicho de forma alternativa: que *lo que digo aquí no es el efecto, adoptado a posteriori, de una determinada actitud sentimental antisocialista, tomada a priori.*

## 2. LOS ORIGENES DEL SOCIALISMO

La antonimia original que enfrentó al liberalismo con el socialismo en los orígenes consiste en que, así como todo liberalismo es un anarquismo pero menos; un libertarismo dulcificado; una anomia anémica... análogamente todo socialismo es un totalitarismo mitigado, un autoritarismo descafeinado; un despotismo optimista... Esto ha cambiado. Pero en los orígenes no fue así. Y ese gene está siempre ahí presto a desarrollar el programa de su cromosoma.

En los orígenes, el socialismo no fue una versión más, entre otras muchas, del optimismo político: fue su más grave y grosera caricatura, la suma de sus imposturas y la enciclopedia de sus mentiras<sup>7</sup>. Lo cual no significa que el socialismo sea hoy también una impostura ni una mentira él mismo. Pero ahí están sus raíces. Por lo que, parodiando a

---

6. Ya que la socialdemocracia siempre ha existido desde los orígenes del socialismo, incluso terminológicamente, como una subcorriente matizadamente separada dentro de él. Otra cosa es que en los orígenes fuera arrollada por las corrientes más radicales y revolucionarias, mostrando por ende poca vitalidad; y que hoy día, desacreditadas profundamente éstas, encuentre menos dificultades que ellas para sobrevivir.

7. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1978/a: 67.

Enrique Jardiel Poncela, se podría decir que el socialismo no es una postura ni una impostura, sino todo lo contrario.

El socialismo es, como movimiento y como ideología, una secuela de la revolución francesa. Esta proclamó los tres consabidos ideales optimistas de *libertad, igualdad y fraternidad* para el hombre que fuera, además, ciudadano. Pretendía la revolución burguesa elevar al individuo al rango de bien ideal jurídicamente protegido. Y calculó que la *fraternidad* del individuo quedaba suficientemente establecida con la declaración solemne de los derechos imprescriptibles del hombre y la erradicación (mediante la persecución) de la iglesia cristiana; que la *igualdad* quedaba suficientemente garantizada con el establecimiento del derecho de elección y la supresión (mediante la ilegalización) de todos los cuerpos sociales básicos; y que la *libertad* del individuo quedaba suficientemente garantizada con el derecho a la propiedad y la abolición (mediante la desamortización) de los patrimonios vinculados.

La sociedad supo muy pronto que el programa revolucionario había sido un fracaso, puesto que en lugar de darle al individuo la *fraternidad*, le había dado el *terror*; y en vez de darle la *igualdad* le había dado la *miseria*; y en sustitución de la *libertad* le había obsequiado con la *explotación*.

Supo también que ello no había sido producto evitable de una mala gestión, sino efecto inevitable de la propia programación. Las relaciones de propiedad del antiguo régimen eran muy desiguales. Con la revolución cambiaron de manos y se concentraron: con lo que se tornaron aún más desiguales. El sistema económico liberal, desarrollado sobre la base de la competencia existente entre productores formalmente iguales, pero económicamente desiguales, siguió incrementando las desigualdades. La igualdad fuera de contenido, vació del suyo a la libertad también. Y todo eso dio lugar al socialismo.

El socialismo es así un movimiento ideológico que surgió de la crítica a la revolución por el fracaso de sus aspiraciones<sup>8</sup>. Más en lugar de hacer lo contrario de la revolución, hizo otra revolución al contrario. Así que, frente a la tristeza de tal fracaso y del pesimismo sobrevenido, el socialismo lanzó la música alegre del optimismo típico del *despotismo ilustrado* anterior al terremoto de Lisboa del día de Todos los Santos de 1775. El socialismo actualizó aquel optimismo antropológico según el cual los hombres pueden desarrollar sus inclinaciones latentes hacia una convivencia cooperativa y fraternal y realizar así una ordenación social armónica, en determinadas circunstancias ... las cuales se pueden crear artificialmente por quien sea lo suficientemente *ilustrado* para conocerlas y lo suficientemente *déspota* para imponerlas.

---

8. Tampoco debe olvidarse que no fue la única y que hubo otras dos reacciones muy eficaces en su acción y profundas en su teoría: el catolicismo social (cfr. A. BECKEL 1961) y el tradicionalismo (Cfr. ELIAS DE TEJADA 1971).

### 3. EL COMUN DENOMINADOR SOCIALISTA

Ahí confluyen todos los caracteres comunes a todas las variantes de la ideología socialista; que difieren en casi todo; y que son tantas, casi, como partidos socialistas hay en los dos centenares de Estados que se reparten la superficie del planeta <sup>9</sup>. Porque lo que le presta al concepto de socialismo su carácter decisivo y aglutinante es la idea de que la propiedad privada debe ser erradicada <sup>10</sup>. O disminuída a cotas testimoniales dado que es desigual y la desigualdad de propiedad privada constituye el principal obstáculo para el logro de la sociedad futura deseada, que es una sociedad igual, organizada, cooperadora, fraterna y libre <sup>11</sup>. Lo específicamente socialista es, por tanto, la especial conexión entre el medio y el fin mencionados <sup>12</sup>. El medio es la abolición de la propiedad privada. El fin es la instauración de una sociedad igual, organizada, cooperadora, fraterna y libre <sup>13</sup>. En eso estriba lo común a todas las manifestaciones ideológicas del socialismo. Y las diferencias comienzan a partir de ahí.

En efecto, no pueden los seres humanos de todas las partes, de todos los tiempos y de todas las circunstancias mostrar un consenso permanente sobre el concepto y la organización de la igualdad, de la libertad, de la propiedad privada, del mejor modo de abolirla, y de la forma en que ha de administrarse la propiedad colectiva. Todos los socialismos desean una organización colectiva de la propiedad y de la economía que funcione... pero no saben cómo hacerlo. Por eso habla el socialismo lenguas diversas y en parte contradictorias. Así que la coincidencia abstracta en los objetivos de todos los partidos socialistas no impide los combates entre ellos, durísimos en ocasiones.

¿Hay a la postre algo común entre esos combatientes? O dicho de otro modo: *¿Qué significa socialismo?* El hecho recién reseñado complica extraordinariamente la obtención de un concepto del socialismo que sea objetivo y válido para el razonamiento científico. Intentando ayudar a resolver ese enigma —digno de un mito griego— que plantea la pregunta *¿qué significa socialismo?* me atrevo a ofrecer esta noción

---

9. Y ha de notarse que el número de Partidos es muy superior al número de Estados, porque en todos ellos hay más de uno (salvo en los que se impuso a la fuerza un sistema de partido socialista único). P. e., en 1977 había en el Reino de España 55, según se constata en SÁNCHEZ 1977: *passim*. Y en 1993 funciona por lo menos uno en cada una de las 17 autonomías, además del PSOE. En Galicia, p. e. hay dos: El Partido Socialista Galego y el Bloque (que es una federación de más o menos media docena: y todos socialistas).

10. Cfr. Cleto TRONCOSO-PEQUENO 1890. 22.

11. Cfr. Alfredo BRAÑAS 1894: parágrafo 18.

12. Como puso muy pronto de relieve entre nosotros Nicomedes Pastor Díaz (cfr. DÍAZ-CORVELLE 1848: 188). Según Ramón Otero Pedrayo, «el curso de Pastor Díaz sobre *Los Problemas del Socialismo* significa la primera original interpretación en España del socialismo» (OTERO-PEDRAYO 1969: 133).

13. Cfr. Oscar WILDE 1891: 1288.

del socialismo, que pretende reflejar lo común a todos los socialismos en el momento actual:

*Socialismo es la ideología que postula una sociedad libre, lograda con toda la organización necesaria para reducir la propiedad privada, en un horizonte de abolición de la misma, transformarla en colectiva y administrarla desde el Estado, mediante una continua redistribución de bienes basada en la expropiación formalmente indemnizada y realmente expoliadora de los excedentes; en la subvención de los déficit; y en la planificación cíclica formalmente indicativa, pero realmente constrictiva.*

#### 4. LA DESIDEOLOGIZACION DEL SOCIALISMO

No es teóricamente inevitable que una organización dirigida a cumplir los fines indicados padezca de acromegalia y elefantiasis. Pero de hecho no suele escapar a ese inconveniente. No hay socialismo que no pretenda suprimir el aplastamiento del hombre por el hombre que produce la plusvalía del trabajo en régimen de dominio privado de los medios de producción. Por lo tanto, no hay socialismo que pueda renunciar a la implantación de una economía de Estado a través de las nacionalizaciones. Pero eso es casi imposible llevarlo a cabo y mantenerlo sin un fuerte control policial y político. Por lo tanto, se crea el aparato burocrático necesario para poderlo efectuar. Y así se llega a la elefantiasis.

En los socialismos de observancia marxista, esto suele concluir en un sistema de campos de trabajos forzados cuya finalidad principal no es tanto producir algo, como liquidar con la extenuación a los presuntos disidentes o disuadir con el terror a hipotéticos opositores. Pero aún en los socialismos que abandonan la observancia marxista se conserva una incorregible tendencia a la ilimitada ampliación del sector público de la economía<sup>14</sup>. Y éste se traga toda la organización, la burocratización y la funcionarización que le echen... y siempre pide más.

También es cierto que casi todos los últimos socialismos —especialmente las socialdemocracias— han intentado evitar este defecto. Pero ese intento ha provocado lo que se llama *la desideologización del socialismo*.

En efecto, después de 1945 —acabada la Era Moderna e iniciada la Era Pluralista— los socialismos se han enfrentado a la realidad de unas democracias bienestaristas, situadas en condiciones de hacer frente a las crisis económicas, de elevar continuamente las rentas nacionales y de satisfacer las necesidades del creciente nivel de vida reclamado por los pueblos. Por otra parte, la política de represión popular y de

---

14. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1978/b: 59.



planificación burocrática centralizada y simbolizada por los telones de acero berlineses que desarrollaron la Unión Soviética y sus países satélites privó a este modelo organizativo del menor atractivo, dentro del campamento socialista y fuera de él también. Así se ha hecho inevitable la desideologización socialista.

La desideologización consiste en el alejamiento de sus propias concepciones básicas por parte del socialismo o de la mayor parte de sus sectores. La transformación radical de la sociedad se ha sustituido entonces por otros objetivos débiles, maquillados como finalidades pragmáticas. V. gr. el pleno empleo, la seguridad social indiscriminada, la reforma educativa permanente y cosas semejantes.

La desideologización del socialismo ha alcanzado su culmen cuando se ha aceptado como preferible un sistema económico mixto, conducido por la idea del beneficio del capital. En esto consistió esencialmente el llamado modelo sueco de socialismo, que es el paradigma de la socialdemocracia occidental. Y en eso consisten los socialismos tercermundistas; tanto los árabes como los pigmentados.

No me voy a introducir por el laberinto de la definición, clasificación y delimitación de todos los socialismos porque entiendo que la iusfilosofía no es la metodología adecuada para trabajar un asunto más propio de la ciencia política o de la sociología político-económica que de ella. Pero creo que, si se pretende delimitar conceptualmente a la socialdemocracia, se hace imprescindible distinguirla de otros tres grandes modelos de socialismo que mantienen una cierta vitalidad europea y planetaria.

Los cuatro son socialismos, pero divergen en los matices ideológicos formales, según las dos polarizaciones típicas de la modernidad que son la de *derecha-izquierda* y la de *moderación-radicalismo*. De acuerdo con ese esquema resultan cuatro modelos básicos de socialismo actuales: a) La *tecnocracia*, que es el socialismo de derechas. b) El *comunismo*, que es el socialismo de izquierdas, c) La *socialdemocracia*, que es el socialismo moderado. d) Y el *laborismo*, que es el socialismo radical. Trataré de resumir en lo que sigue los matices que separan a estos cuatro modelos básicos de socialismo entre sí.

## 5. LA TECNOCRACIA

*La tecnocracia es la ideología socialista, derechista, progresista y moderada que pretende configurar la estructura de la sociedad con una organización estatal minuciosa, basada en órganos técnicos y modelada según los principios propios de la técnica.*

El vocablo *tecnocracia* significa literalmente la dominación de la técnica. Pero el término *tecnocracia* puede ser también explicitado

como ideología o doctrina que promueve la denominación de los técnicos <sup>15</sup>, ya que en todo esquema tecnicista de organización social se atribuye normativamente papeles directivos a nivel social global a todas las personas inmediatamente ocupadas en roles técnicos.

No debe ser preterido el dato de que en la tecnocracia se privilegie a los técnicos, porque ese hecho origina la élite del sistema: la nueva clase social de los *tecnócratas*. Pero en cuanto a la estratificación política, la tecnocracia es la élite, fundamentalmente asentada en la información y el saber, constituida por quienes conocen directamente los hechos y poseen el saber especialmente técnico adecuado que les permite formar los juicios de opinión individual que determinan las corrientes de opinión pública. Ahora bien, los tecnócratas tienen todas las ventajas y desventajas de las élites. Entre las ventajas destacan las siguientes: subordinar todo a la eficacia; controlar los métodos; y precisar los mandatos normativos. Las correspondientes desventajas son éstas: la indiferencia por la ética y el olvido del contenido de los actos ejecutivos, así como de la sustancia de las normas.

El hecho de ser la tecnocracia un posicionamiento derechista determina que el carácter socialista de esta ideología pase desapercibido <sup>16</sup> para los socialistas izquierdistas, que son el subsector mayoritario en el conjunto socialista. La tesis puede ser un acierto retórico en la dialéctica de la praxis política. Pero en el plano de la teoría conceptual debe evitarse consentir tal tesis porque es un error. La tecnocracia es socialista siempre: en Claude Henri de Saint-Simon (1760-1825); en las teorías de Thorstein Veblen (1857-1929); y en los ingenieros sociales, los técnicos humanos y los cibernéticos de nuestros días (hasta 1960) colaboradores de la revista *The Technocrat* <sup>17</sup>. Y pasemos a considerar el segundo modelo del socialismo.

## 6. EL COMUNISMO

*El comunismo es la ideología socialista, izquierdista, progresista y radical que pretende el establecimiento, por medio de la revolución violenta cuando ello es posible, de una organización estatal intensa, extensa y reticular, orientada: a suprimir las formas de vida individuales, las relaciones sociales de dominación y el principio de intercambio de bienes; y a implantar, en su respectivo lugar, formas colectivas de vida, relaciones sociales de cooperación y el principio de la satisfacción de las necesidades.*

Para explicar sucintamente esta descripción conviene comenzar advirtiendo que es imposible encontrar una noción inequívoca del co-

---

15. En conformidad con el sentido popularmente atribuido al vocablo.

16. Y, si es preciso, discutido y negado.

17. Cfr. Puy 1971.

munismo antes de 1918, debido al estado de división en que se encontraban los movimientos socialistas a consecuencia de la revolución rusa y de la guerra que le siguió. Hasta ese momento *comunismo* y *socialismo* eran términos equivalentes. Y cuando un teórico quería distinguirlos, no iba más allá del Marx de la *Crítica al Programa de Gotha* y la consabida distinción entre una fase revolucionaria, la socialista, en la que se conserva la retribución según el trabajo realmente desarrollado; y otra fase, la genuinamente comunista, en la que se establece la regla de justicia «de cada cual según sus facultades y a cada cual según sus necesidades»<sup>18</sup>. Pero desde 1918 las cosas se fueron aclarando, aunque también complicándose. Desde luego, la distinción recién aludida ayuda poco a analizar los sistemas ideológicos del Siglo XX que se reclaman a sí mismos de comunistas.

Lo primero a tener en cuenta es que el concepto no se puede identificar exclusivamente con los partidos o sistemas que portan a su frente la denominación oficial de comunistas y reducen el comunismo a la variante bolchevista (leninistas o stalinistas). Una comprensión operativa del comunismo tiene que establecer, por ende, los límites que lo separan: en una dirección, del *bolchevismo*; y en la dirección contraria, del *menchevismo*; o, sea, de la *socialdemocracia*, que es el nombre edulcorado del *menchevismo*.

El problema está, en suma, en situar al comunismo en su sitio —entre la *socialdemocracia* y el *bolchevismo*— sin confundirlo con ninguno de ambos. La confusión con la socialdemocracia era infrecuente. Pero no lo es desde la irrupción del eurocomunismo. En cambio, la confusión con el bolchevismo fue total hasta que años atrás se desató, en el seno de los partidos comunistas occidentales, la polémica, ahora adormecida pero subsistente sobre si se confesaban o no se confesaban públicamente leninistas o estalinistas. Se trataba de aclarar si para ser comunista había de ser bolchevique (leninista o estalinista) o no. Como se sabe, casi todos ellos, pero no todos, decidieron distinguirse del bolchevismo y renunciaron a la aspiración a implantar un régimen bolchevique, o lo que es igual, totalitario. De la veracidad de ese posicionamiento juzgarán los hechos en el futuro.

En cambio, cuando un partido comunista se autodefine leninista o estalinista, no hay duda de que aspira a establecer el totalitarismo. Porque el estalinismo no es un accidente, sino la esencia del comunismo en cuanto un socialismo real y pleno que aspira a que el Estado maneje toda la vida humana y a que el derecho sea instrumento de coacción total sin apenas libertad residual<sup>19</sup>. En este punto se debe advertir que el *internacional-socialismo* (el *bolchevismo*) y el *nacional-socialismo* (el *nazismo*) tienen tanto en común que la escasa diferencia que se percibe

---

(18) Cfr. LAMSDORFF-GALAGANE, 1969: 63.

(19) Cfr. PUY 1968: 8 ss. & FRAGA-IRIBARNE 1980/b: 248.

entre ambos es de bigotes: que el bigote de Stalin era largo y el de Hitler corto <sup>20</sup>.

La definición ofrecida se ha hecho intentando evitar que el análisis intelectual naufrague entre todos esos escollos. En la confrontación con la experiencia, me parece sin embargo que el naufragio es inevitable. Tal como lo hemos definido, el comunismo no se ha realizado en ningún Estado. Y no han faltado los intentos. Lo intentaron los israelitas con la experiencia *kibbutz* a partir de 1909. Lo intentaron los chinos con la experiencia Mao Tse Tung a partir de 1925. Lo intentaron los yugoslavos con la experiencia Josip Tito a partir de 1948. Lo intentaron los cubanos con la experiencia Fidel Castro a partir de 1960. Lo intentaron los rusos con la experiencia Mijail Gorbachov a partir de 1988... Lo que ocurre es que todos han fracasado estrepitosamente <sup>21</sup>.

Ahora bien, estos fracasos reales del comunismo para mantenerse en pie como un socialismo en libertad son la causa de su éxito como ideología. El mito se mantiene en pie porque siempre cabe alegar que su éxito es posible y que su mal funcionamiento sólo se debe a la impericia de sus dirigentes o al acoso de las fuerzas del mal o a cualquier otra cosa que permita reponer su «necesidad ética» y reiterar la invitación a volver a «ensayarlo de nuevo»...

## 7. LA SOCIALDEMOCRACIA Y EL LABORISMO

*La socialdemocracia es la ideología socialista, izquierdista, conservadora y moderada que pretende el establecimiento, por métodos no violentos, de una organización estatal compleja, fuerte y orientada a mantener y desarrollar las garantías de los derechos fundamentales y, en particular, la propiedad privada parcial de algunos medios de producción y de algunos institutos de enseñanza.*

La socialdemocracia es el más descafeinado de todos los socialismos. Se trata de un socialismo tan pocho que hasta su nombre es usado con vergüenza y simulación. En Europa la socialdemocracia prefiere presentarse con el *progresismo*, o como el *centro-izquierda*, agachando en un discreto segundo plano la ascendencia socialista. Y en Norteamérica se huye de la seña de identidad socialista aún más y se llama *liberal* a la ideología *socialdemócrata*, de modo que se le da el nombre de su antónimo europeo, llevando el disimulo al límite...

La socialdemocracia es una ideología típicamente minoritaria. O sea, una ideología para intelectuales que entienden el socialismo como una ética que pretende combinar el ocio de pensar el mundo con la fa-

---

20. Cfr. McClain 1980. 11.8: 3.

21. Eso sí, dejando detrás un océano de sangre humana vertida innecesariamente.

tiga de construirlo <sup>22</sup>. O para gentes que no lo son, pero que gustan atribuirse de ese título nobiliario tan típico de esta época porque no lo concede la soberanía regia, sino la soberanía del cuarto poder, o sea, los medios masivos de difusión. La socialdemocracia, en efecto, la actitud psicológica que ha dominado los medios culturales, informativos y políticos del último medio siglo. Prende divinamente entre juristas, políticos, economistas y moralistas capaces de considerar genialidades obviedades hermenéuticas como que la diferencia socialista es la justicia como igualdad <sup>23</sup>.

Las aspiraciones que matizan este socialismo de rostro humano son las siguientes <sup>24</sup>: el renacimiento del racionalismo humanista de la ilustración; la esperanza en un contrato social renovado más justo; el logro de un progresismo liberado de ingenuidades románticas; la expansión educacional; la igualdad de oportunidades; la profundización de la democracia; la liberación sentimental; la tolerancia ética; el permisivismo erótico; el Estado de Bienestar como meta; y la utopía como paradigma...

La socialdemocracia se llama *liberalismo* en los Estados Unidos de América, como ya se ha dicho. Pero en el Reino Unido de la Gran Bretaña se llama *laborismo*. Dos palabras sobre este *made in England pattern*, cuarto modelo socialista vigente antes apuntado.

*El laborismo es una ideología socialista, izquierdista, progresista y radical que pretende llegar por métodos no violentos de actuación sindicalista y parlamentaria al establecimiento de una organización estatal dirigida a implantar una reforma económico-social profunda, apoyada en los principios de descolonización y de autodeterminación para la política exterior y en los principios de subvención y nacionalización para la política interior* <sup>25</sup>.

El mayor problema que encuentra el laborismo en la Gran Bretaña es su vinculación al largo proceso de descolonización, o sea de reconversión del *British Empire* en la *Commonwealth*. Sus adversarios políticos se encargan de recordárselo con frases lapidarias, como aquella del líder conservador Wiston Churchill cuando decía que el socialismo, o sea, *el laborismo es la filosofía del fracaso basada en el evangelio de la envidia* <sup>26</sup>. Esto último alude a la tendencia laborista a subvencionar las bancarrotas de los vagos, los timoratos y los perdedo-

---

22. Cfr. PECES-BARBA 1992: 9.

23. Cfr. CAMPS 1989: 20.

24. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1980/a: 1.

25. También se le llama *fabianismo*, debido a que el *Labour Party* británico, que alcanzó por primera vez el poder en 1924, recibió su sustancia ideológica de los miembros de la *Fabian Society*, fundada en Londres en 1884 para agrupar a los socialistas que repugnaban del uso de métodos violentos en la lucha partidista e ideológica.

26. Lo recuerda Michael McClain (cfr. McCLAIN 1980. 11. 25: 3). La frase procede de un adversario famoso por sus sarcasmos y por lo que debe ser rebajada, como el *whiskey*, con agua y hielo.

res con el producto del expolio del capital acumulado por los activos, los emprendedores y los ganadores.

## 8. BALANCE

El socialismo es una ideología discreta y adecuada para la coexistencia con las demás en un sistema de libertad y pluralismo como es el que hoy mayoritariamente deseamos todos en Europa. El socialismo es una opción que se puede adherir o no, pero a la que no es razonable condenar en bloque, como perjudicial o absurda, ahora y siempre y en cualquier coyuntura social. Cumple advertir de inmediato que lo que se acaba de decir sólo vale para los dos últimos modelos de socialismo considerados. O sea, para las versiones moderadas de socialismo que son la *socialdemocracia* y su variante anglosajona llamada *laborismo*. Los otros dos modelos, el *comunismo* y la *tecnocracia*, difícilmente pueden cohonestarse o compatibilizarse con un ambiente pluralista, dada su irrefrenable proclividad hacia el autoritarismo <sup>27</sup> ...

Entiéndase el juicio anterior hablando en términos generales. Pero si bajamos al *hinc et nunc* ¿qué? Pues veamos qué.

La *tecnocracia* constituyó un problema real para España en la última etapa de la jefatura franquista (1968-1975). Hoy ha desaparecido del mapa ideológico. Sus partidarios se encuadraron fundamentalmente entre los sectores socialdemócratas embarcados, primero, en la operación ucedista; y luego en la concentración socialista <sup>28</sup>. En cuanto ideología, la *tecnocracia* está en coma en España y su recuperación es por el momento altamente inverosímil.

El *comunismo* es una ideología socialista cuya presencia es muy peligrosa en España, todavía hoy, después de desaparecida la URSS y su imperio colonial europeo. Sobrevive entre nosotros parasitando profundamente al socialismo por dentro y torpedeando todas sus medidas moderadas, por fuera, primero desde el eurocomunismo y ahora desde el izquierdismo.

En cuanto al *laborismo*, recordemos que durante la etapa de la transición hubo diversos intentos de fundar partidos laboristas en España; que todos fracasaron; y que sus promotores terminaron en donde era lógico: unos en el seno del Partido Socialista Obrero Español y otros en el seno del sindicato afín, la Unión General de Trabajadores.

La *socialdemocracia*, propiamente tal que es la ideología del Partido Socialista Obrero Español, en España ha conocido un decenio de éxito arrollador (1982-1991) seguido de un bienio de hundimiento

---

27. Cfr. Antón LOUSADA-DIEGUEZ 1910: 196.

28. Su prototipo humano fue el político todoterreno Francisco Fernández Ordóñez.

(1992-1993). Las notas definidoras de la socialdemocracia española son <sup>29</sup>: cambio de modelo de sociedad hacia la utopía; democracia formal en la elección de los representantes, pero no en el ejercicio del poder; capitalismo parcialmente aceptado, como instrumento del Estado-Providencia; y libertad entendida como autogestión del servicio público... Esta ideología está viva, por supuesto, aunque aludiéndola se diga con frecuencia que «el socialismo ha muerto» <sup>30</sup>. Se trata de una proposición emotiva, propia de la refriega política y no de una descripción científica.

Ahora bien, lo que sí es cierto es que la propia praxis política muestra que en Europa <sup>31</sup> está totalmente agotado el proyecto socialista de actualización del Derecho y del Estado a la circunstancia histórica. También se incluye ahí el proyecto del neosocialismo socialdemócrata, que se ha convertido en una cáscara vacía, en un simple decorado <sup>32</sup>. La desideologización ha sido una transfusión de ideología liberal que no era de su grupo sanguíneo y lo está matando. La pregunta universal es: «Si el socialismo, o sea, la supresión de la propiedad privada sobre los medios de producción, es inaplicable ¿para qué hacen falta los socialistas?» <sup>33</sup>.

Pero el hecho de que quien alterna ahora con el socialismo la opción política mayoritaria no es un sólo grupo <sup>34</sup>, indica que el problema del descrédito que afecta a la ideología socialista no es un problema exclusivo de ella, sino que es ya una epidemia que las afectó a todas. Lo cual parece llevarnos a la hipótesis lanzada de pasada al comienzo de este ensayo. Esto es, a la hipótesis de que *los modelos de opción ideológica de la Modernidad ya no sirven una vez que la Modernidad murió*. Porque, aunque aún alientan algunas cosas modernas, *la Modernidad falleció en 1945*. Eso pasa desapercibido cuando no se tiene en cuenta que los cuerpos vivos no mueren de golpe. Como ha demostrado la tecnología de los trasplantes, una vez que muere un organismo, como tal organismo, sus órganos diversos no fallecen de golpe, sino que van muriendo sus propias muertes a plazos diversos. Bien, el gran corpachón de la cultura y la organización jurídico-política moderna está difunto. Y las ideologías no son más que órganos suyos que se van muriendo poco a poco. Tienen razón los que por todas partes vienen diciendo a lo largo de este último medio siglo que

29. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1983: 113.

30. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1983: *Passim*.

31. Me refiero a toda Europa, a la gran Europa que va desde Irlanda hasta los Urales. Cfr. PUY 1986: 217.

32. Como dice Luis Apostúa (APOSTÚA 1991: 2) «la verdadera maestría socialista reside en las fachadas: si ellos hubiesen hecho la fachada del Obradoiro en Santiago, detrás no habría Catedral, pero la admiración seguiría intacta»...

33. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1983: 208.

34. Liberal, conservador, derechista, o como se le quiera llamar, sino como un conglomerado inestable de ellos.

las ideologías han muerto<sup>35</sup>. Se oye decir que «la palabra socialismo no significa hoy nada preciso»<sup>36</sup>. Cierto. Pero en verdad le ocurre algo parecido a las palabras que designan las otras ideologías modernas.

Ahora bien, sigue latiendo en todas las sociedades la necesidad de criterios de agrupamiento o de banderas de enganche o de señales de autoidentificación. Es decir de todos esos signos externos que permiten a los grupos sociales competir entre sí en términos de derecho, o sea con unas reglas civilizadas de juego... Todas esas necesidades siguen estando ahí porque la humanidad y la sociedad no han muerto. El problema es que hay que buscar los nuevos símbolos y programas y enseñanzas y mitos capaces de sustituir a los obsoletos... y aún no los hemos encontrado.

Según todos los indicios, parece que el nuevo sistema de reagrupamiento solidario tiene un predominante carácter territorial y se parece más que a ninguna otra cosa, a lo que conocemos como grupos de presión o agrupaciones de interés vinculadas geográficamente a Regiones, Territorios o Espacios culturalmente acotados. Pero tampoco estoy muy seguro de que las cosas sean así. Al fin y al cabo no es cosa fácil ver el mundo desde un pequeño lugar, aunque éste sea un monte sagrado como Compostela.

Ahora bien, por si acaso fuere así —y teniendo en cuenta que el sistema federal de organización política y jurídica es el que mejor parece adaptarse a la solución de los nuevos problemas de la Era que comienza— sería prudente avanzar lo más deprisa posible en el sentido de ir organizando en la Unión Europea, en España y en sus Nacionalidades el Derecho y el Estado según el modelo autonómico español. Quizá así podríamos seguir siendo adelantados de la imaginación organizativa en la Era Pluralista, sin perder la primera posición que supimos conquistar en 1978...

## BIBLIOGRAFIA

- APOSTÚA, L., «Una receta muy Atrasada», *El Correo Gallego*, Santiago, 1991. 07. 31, p. 2.
- BECKEL, A., «Der Anteil der Katholiken an der Entwicklung der Deutschen Sozialgesetzgebung», *Die Neue Ordnung*, 15 (1961) 1-11.
- BRAÑAS, A., *Historia Económica*, Santiago, Paredes, 1894.
- CAMPS, V., «Buscando la diferencia: el Futuro del Socialismo, a Debate», *El País*, Madrid, 1989. 11. 19, pp. 20 y ss.
- CUNQUEIRO, C., «Na Cidade Mundial», *El Correo Gallego*, Santiago, 1991. 10. 18, p. 3.

---

35. Alguno de ellos, como Gonzalo Fernández de la Mora, sufriendo por decirlo graves incompresiones y muy desconsideradas críticas. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA MORA 1965.

36. Así César Cunqueiro (cfr. CUNQUEIRO 1991: 3).



- DÍAZ-CORVELLE, N. P., *Los Problemas del Socialismo (1848-1849)*, en DÍAZ-CORVELLE 1970: 2/87-262.
- DÍAZ-CORVELLE, N. P., *Obras Completas*, Ed. Biblioteca de Autores Españoles, 3 vols., Madrid, Bachende, 1969-1970.
- ELIAS DE TEJADA (Ed.), F., *¿Qué es el carlismo?*, Madrid, Escelicer, 1971, 208 pp.
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, G., *El Crepúsculo de las Ideologías*, Madrid, Rialp, 1965, 172 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *La crisis del Estado Español*, Barcelona, Planeta, 1978/a, 210 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *La Constitución y otras Cuestiones Fundamentales*, Barcelona, Planeta, 1978/b, 184 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *Conservación y Reforma como principios básicos de la Organización Social*, Madrid, Club del Sable, 1980/a, 50 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *Ideas para la Reconstrucción de una España con futuro*, Barcelona, Planeta, 1980/b, 330 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *La Leal Oposición*, Barcelona, Planeta, 1983, 238 pp.
- FRAGA-IRIBARNE, M., *El Socialismo ha muerto*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1993, 44 pp.
- LAMSDORFF-GALAGANE, V., *El Concepto de Justicia en el Marxismo Soviético Actual*, Santiago, Poro, 1969, 166 pp., col. BHFD núm. 2.
- LOUSADA-DIEGUEZ, A., «La acción social católica» (1-04-1910), en LOUSADA-DIEGUEZ 1985: 194 ss.
- LOUSADA-DIEGUEZ, A., *Obra Completa*, Vigo, Xerais, 1985.
- McCLAIN, M., «Dos alternativas», *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1980. 11.
- McCLAIN, M., «El pecado de la envidia», *El Correo Gallego*, Santiago, 1980. 11. 29, p. 3.
- OTERO-PEDRAYO, R., *Galicia, una cultura de occidente* (1969), León, Everest, 1982.
- PECES-BARBA, G., «El Intelectual Socialista, Hoy», *La Voz de Galicia*, A Coruña, 1992. 06. 20, p. 9.
- PUY, F., «El Desarrollo de la Filosofía Soviética del Derecho», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña*, 14 (1968) 1-19.
- PUY, F., «Étude Critique de la Parabole de Saint-Simon», *Économies et Sociétés*, 5/7 (1971) 719-756.
- PUY, F., «Europa y la CEE», *Cursos Superiores de Verano en Galicia el Año 1985 en la Universidad Internacional del Atlántico*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1986, pp. 199-236.
- PUY, F., «¿Qué es el Liberalismo? La Perspectiva de un Jurista», *Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura*, 2 (1989) 5-14.
- SÁNCHEZ, A., *Diccionario de los Partidos Políticos*, Madrid, Dopesa, 1977.
- TRONCOSO-PEQUENO, C., *La Sucesión Testamentaria Forzosa*, Santiago de Compostela, Paredes, 1890, 50 pp.
- WILDE, O., «El alma del hombre bajo el socialismo» (1891), en WILDE 1965: 1287 ss.
- WILDE, O., *Obras Completas*, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, Aguilar, 1965.



## Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

El concepto de solidaridad viene siendo objeto, de un tiempo a esta parte del análisis de los filósofos del Derecho. Los estudios de los profesores Peces Barba, González Amuchástegui y el muy reciente libro del profesor J. de Lucas, que culmina toda una labor que ya viene de años, son puntos de referencia inexcusables al respecto <sup>1</sup>.

Junto a la idea de solidaridad, cobra relevancia un debate no menos intenso que se ha suscitado en torno a la revista *Doxa* y a los encuentros de Tossa, sobre la Tolerancia <sup>2</sup>. Pese a la actualidad del tema sus raíces vienen de antiguo y se pueden encontrar en el pensamiento de

---

1. Sobre el concepto de Solidaridad *vid.* PECES BARBA, G., «La solidaridad», *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», *Sistema*, 101/91; DE LUCAS, J., voz «Solidarité», *Dictionnaire Encyclopedique de sociologie juridique et de theorie du Droit*. LGDJ, París, 1987; «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema*, 106/92, y *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*. Madrid, I.N.A.P. 1992 (texto mecanografiado). Finalmente, de inminente aparición, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993. El libro corona toda una larga preocupación que parte de la Tesis Doctoral sobre *Sociedad y Derecho en E. Durkheim* (inédita) y se refleja entre otros en «Solidaridad y Derecho (Reflexiones en torno a Durkheim)» *Documentación Jurídica*, núm. 24/1979, pp. 991-1027, DE LUCAS, J., y VIDAL E., *Los principios básicos de la Constitución (II). El título I*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 48 y ss.

2. Cfr. DOXA, 11/92. *Sobre la Tolerancia*, con artículos de DE LUCAS, DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

Montaigne<sup>3</sup> y en el de J. L. Vives<sup>4</sup>, que ya anticipó 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 la compatibilidad entre las libertades personales y los Derechos de solidaridad. En la obra del humanista valenciano podemos apreciar igualmente la relación que se establece en el *De subventione pauperum* con el concepto de las necesidades como criterio de solución de las desigualdades sociales y de la pobreza<sup>5</sup>. Todo ello apunta hacia la necesaria superación que la solidaridad (de los modernos) implica del liberalismo individualista y capitalista<sup>6</sup>.

Conexos con el problema de la Solidaridad cabría incluir no pocos aspectos del Paternalismo y su (difícil) justificación<sup>7</sup>. En este punto conviene tener siempre presente la crítica que Kant realiza del Estado paternalista que anula el ejercicio de la autonomía del sujeto y reduce a la humanidad a un estado de permanente minoría de edad, impidiendo con ello la liberación por medio de la razón que define el pensamiento ilustrado. Aún sin compartir absolutamente la necesaria conexión entre el paternalismo y la eliminación de la autonomía del sujeto, lo bien cierto es que el estado paternalista conduce, como apunta Bobbio «irremisiblemente»<sup>8</sup> al despotismo, y comporta la práctica

3. cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Montaigne en la cultura política del tránsito a la modernidad», *Sistema* 113/93, pp. 5-16. Vide también RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre Moral y Derecho a principios del XVIII», en *Historia del Pensamiento Jurídico (I). De Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid, Univ. Complutense, 1992 (7.<sup>a</sup> ed.), pp. 173-197.

4. Cfr. DE LUCAS, J., J. L. VIVES: «Notas para una historia de la tolerancia», *libro homenaje al Dr. Peset*, Univ. de Valencia, 1987, pp. 581 y ss.; del mismo 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. PECES-BARBA MARTÍNEZ G., «La solidaridad», en *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., p. 226.

6. Sobre VIVES, cfr. la Tesis Doctoral de A. MONZÓN i ARAZO, *El Derecho en J. L. VIVES*. Valencia, 1987 (inédita). Sobre la necesaria superación de las libertades individuales y su conexión con el principio de solidaridad, aparte de la bibliografía cit. en la nota 1, cfr., BALLESTEROS, J. *Postmodernidad, decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, caps. 5 y 14; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «El liberalismo y los derechos fundamentales» en *La Obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas 1987, PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 1984 y PRIETO SANCHIS, L., «La concepción liberal de los derechos», en *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate 1990.

7. Sobre el Paternalismo cfr. el número 5/88 de la revista DOXA con arts. de ATIENZA, CAMPS, DE LUCAS, DIETERLEN, y GARZÓN VALDÉS entre otros. Vide también ATIENZA, M., «Paternalismo y Consenso», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los Derechos Humanos*, ed. a cargo de G. PECES-BARBA, Madrid, Debate, 1989, pp. 81 y ss.

8. Cfr. BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Torino, ed., Giappichelli, 1969, pp. 235-243.

de la mentira, (de la noble mentira)<sup>9</sup> que, desde su justificación en Platón<sup>10</sup>, hasta su descalificación por Kant<sup>11</sup> se ha mantenido en beneficio de aquellos a quienes tutela, y en perjuicio de los disidentes y herejes. Por su propia definición y por las consecuencias que de su concepto derivan, el ejercicio de la solidaridad puede comportar una amenaza para la realización de los planes de vida de ciertos individuos. Habría que tenerse en cuenta en este punto la distinción entre un paternalismo éticamente justificable, que supliría el ejercicio de libertad de quienes transitoriamente no pueden hacer uso de ella actuando siempre en interés del otro; y un paternalismo no justificable que sería un sucedáneo de la libertad y actuaría en interés exclusivo de quien lo ejerce, siendo respecto de este último incompatible el concepto de solidaridad.

Finalmente, el estudio de la solidaridad se constituye en un test de legitimidad que afecta en no pocos aspectos a los temas que derivan del racismo<sup>12</sup> siendo la piedra de toque que permite conjugar los principios de tolerancia y solidaridad<sup>13</sup>; ambos guardan estrecha relación con el concepto y alcance de los Derechos de las minorías<sup>14</sup> hasta el punto de cuestionar los fundamentos mismos del sistema democrático<sup>15</sup>. En este punto es fundamental la conexión que, como advierte J. de Lucas cuando afirma que no hay solidaridad en la sociedad cerrada, se establece entre solidaridad y sociedad abierta. Es, siguiendo nuevamente a J. de Lucas, la solidaridad que Durkheim define como orgánica en donde la interdependencia se apoya en la complejidad y en la diferenciación que resulta de la división del trabajo y que Habermas define como cooperación<sup>16</sup>. La solidaridad, orgánica, conjuga como

---

9. Permítaseme en este punto la remisión a VIDAL, E., CASTILLÓN, BECKER, CONDORCET, *¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: el Concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlin)*. Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar de J. de Lucas, AFD. IX/1992, pp. 586 y ss.

10. Cfr. WELZEL, H., *Derecho Natural y Justicia Material*. Trad. de F. González Vicén. Madrid, Aguilar, 1957, pp. 22 y ss.

11. Cfr. DE LUCAS, J., «Anotaciones kantianas al principio de publicidad». *Dianoia* I/1987, pp. 131-148. Vide también BOBBIO, N., «Kant y las dos libertades», en *Estudios de teoría de la Historia: de Hobbes a Gramsci*. Trad. de J. C. Bayón y estudio introductorio de A. Ruiz Miguel. Madrid, Debate, 1985, pp. 197-210.

12. Sobre el problema del racismo cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid, Tecnos, 1992, y la amplia bibliografía que en él se cita.

13. Cfr. DE LUCAS, J., «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema* 106/92, pp. 13-28.

14. Sobre los derechos de las minorías, cfr. FERNÁNDEZ, E., *La protección jurídica des minorités (Seminario sobre Identité det differences dans l'Europe démocratique)*, Bruxelles 1991; vide también BEA, E., «Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional con referencia al marco europeo», en *Los derechos Humanos* (Jesús Ballesteros, ed), Madrid, Tecnos, 1992, pp. 163-185.

15. Cfr. ROSALES, J. M., «Democracia y Solidaridad». *Sistema* 107/92, pp. 83-95.

16. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

advierte el autor citado los principios de autonomía e integración y es un plus respecto a la igualdad a la que de otro modo no añadiría nada nuevo; como apunta J. de Lucas «la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo, sino asumir también la responsabilidad colectiva»<sup>17</sup>. Sin suscribir íntegramente esta última cuestión por lo que más adelante diré, comparto plenamente esta afirmación, puesto que la clave de la solidaridad radica en el reconocimiento y respeto del Derecho a la diferencia y de los Derechos de las minorías.

Es también, fundamental al respecto, la distinción entre solidaridad de los antiguos y solidaridad de los modernos<sup>18</sup>; la solidaridad de los antiguos, refuerza la cohesión social pero es incapaz de asumir el reconocimiento de la diferencia. Es la solidaridad propia del grupo cerrado y de lo que Popper ha descrito como sociedades holistas y cerradas<sup>19</sup>, contradictoria con la democracia y en cuanto tal, inconsistente como fundamento de los Derechos en una sociedad democrática, puesto que carece del requisito necesario pero insuficiente para el reconocimiento de legitimidad de cualquier orden social que es la libertad. Sin libertad, y en consecuencia, sin reconocimiento de la diferencia, no en términos morales/débiles, sino en el sentido fuerte/jurídico que implica la existencia de coacción institucionalizada; sin el reconocimiento de los derechos que surgen de la diferencia, podrá haber cohesión social, quizá también ayuda y ejercicio de un paternalismo tan benévolo cuan injustificado, pero no solidaridad.

La solidaridad de los modernos, surge, como se ha observado en franca hostilidad con la economía política y con las leyes necesarias y naturales de la economía y del mercado. Implica la superación del prejuicio egoísta y el fin de la dicotomía que entre vicios privados y virtudes públicas practica la Escuela escocesa cuyos más representativos autores Mandeville (fábula de las abejas) y Malthus (parábola del Banquete) constituyen la antítesis de la solidaridad<sup>20</sup>. Es una concep-

---

17. *Ibid.*

18. Cfr. PECES-BARBA, MARTÍNEZ., *La solidaridad, cit.*, pp. 222 y ss. Sobre la Modernidad en general vide del mismo autor, *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982.

19. Cfr. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*. Trad. de E. Loedel. Buenos Aires, Paidós, 1967.

20. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ., G., *La solidaridad, cit.* pp. 228 y ss. Una crítica del economicismo y del mercado coincidente con esta es la de BALLESTEROS, J., «la Violencia hoy: sus tipos, sus orígenes» en AAVV *Ética y Política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 265 y ss., y en *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos 1986 (2.<sup>a</sup> ed.), caps. I y II.

ción igualitaria de la solidaridad que, partiendo de la igualdad formal como diferenciación <sup>21</sup> trata desigualmente a los desiguales, y concluye en la igualdad material como criterio de satisfacción de las necesidades básicas <sup>22</sup>. Es una solidaridad respetuosa y coherente con la autonomía del sujeto. No en vano parte de la idea de libertad que desde Rousseau y Kant se conoce como la libertad democrática o libertad positiva <sup>23</sup>, que consiste en la obediencia a la ley y justifica la obediencia a la ley hasta el punto de negar como es sabido en Kant la legitimidad del derecho de resistencia.

Partiendo de los precedentes citados, las líneas que siguen pretenden analizar el concepto de solidaridad desde una perspectiva jurídica y mostrar cómo las connotaciones positivas que comporta el término solidaridad desde su dimensión ética no son correlativas de las que implica el mismo concepto en su vertiente jurídica. Para ello, tras unas breves consideraciones en torno al concepto me centraré en su dimensión jurídica distinguiendo entre el concepto de solidaridad egoísta propio del Derecho privado y la noción de solidaridad en el ámbito del Derecho público. Finalmente, trazaré algunas líneas de lo que para mí puede constituir la solidaridad altruista en el marco del estado social y democrático de Derecho.

## I

En lo que al análisis del concepto se refiere conviene distinguir como se ha advertido entre la solidaridad como virtud y la solidaridad como principio jurídico, puesto que en caso contrario se corre el riesgo de confundir y extender el ámbito de aplicación de uno y otro. Como virtud, la solidaridad es un concepto ambiguo que si bien implica la preferencia de la dimensión comunitaria sobre la individual, puede llegar a constituirse como un fin en sí misma, superior a los fines del individuo. Es por ello, en el sentido de solidaridad de los antiguos, más propia de las concepciones orgánicas, totalitarias (entendiendo por tal en su sentido descriptivo aquella concepción de la sociedad y de las relaciones sociales en la que el conjunto y el todo son superiores a lo individual), colectivas y cerradas, que, frente a aquellas otras de carácter

---

21. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad cit.*, pp. 240 y ss. Una exposición detallada en BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, introducción de G. PECES-BARBA, Barcelona, Paidós ICE/UAB, 1993.

22. Cfr. AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J., *Teorías sobre las necesidades y su proyección en Teoría de Derechos*. Tesis Doctoral, (en curso de publicación). Sobre necesidades también de AÑÓN, vide, «El sentido de las necesidades en la obra de A. Heller», *Sistema*, núm. 96/90, pp. 103-137, y «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades básicas», en *Derechos Humanos, cit.*, pp. 100-116.

23. Cfr. BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. cit.*, pp. 226 y ss.

individualista y abierto, rechazan la diferencia y ven al otro como un chivo expiatorio sobre el que proyectar las culpas y reforzar a la vez la cohesión interna<sup>24</sup>. Por ello el peligro de todas estas teorías consiste en subordinar los fines del individuo a la consecución de otros de contenido superior; pero en este punto el totalitarismo ya no es descriptivo sino prescriptivo y entraña un riesgo evidente, puesto que si ser solidario en la vida privada implica una virtud, en la vida pública puede constituir una amenaza para los planes de vida de otros que puedan no compartir dicha concepción<sup>25</sup>, imponiendo un paternalismo, de siempre de difícil justificación. Por ello, y aún cuando es cierto que todas las formas de solidaridad comparten una raíz común que consiste en la apertura hacia el otro y en el reforzamiento de los lazos de cohesión social, creo que debe ser tenida en cuenta la diferencia existente entre solidaridad en las sociedades cerradas y abiertas de un lado, y entre solidaridad y fraternidad de otro, pero se puede ser solidario y poco fraterno (la solidaridad política del grupo cerrado) y a la vez fraterno y poco solidario (la caridad y la concepción de los estoicos), por más que ambas remitan a principios como los de «humanistas y pietas» que constituye una referencia inexcusable respecto al fundamento del Derecho<sup>26</sup>.

Frente a quienes piensan que una posible vía de solución al problema consiste en la concepción del individualismo o liberalismo<sup>27</sup> solidario, habremos de tener en cuenta que en este contexto, la presunta solidaridad (egoísta) del individuo no lo es tanto por convicción como por su propio interés. No trae su causa de la convicción solidaria sino del egoísmo altruista que le induce, en la toma de decisiones a ser solidario y a soportar las cargas de la solidaridad como un coste que, dada la imposibilidad de permanecer indefinidamente en la posición del «free rider», a la larga reportará mayores beneficios. El egoísmo, aunque altruista y cooperativo (el ejemplo del dilema del prisionero<sup>28</sup>, en donde el individuo racional y egoísta que persigue sus propios intereses consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos) no por ello es menos egoísta y en este caso la solidaridad no actuaría como el contrapeso del prejuicio egoísta<sup>29</sup> sino que más bien

---

24. Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid, Tecnos, 1989 (2.<sup>a</sup> ed.) pp. 119 y ss. En la misma línea DE LUCAS, J., *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

25. Este es el riesgo que se advierte en las concepciones que giran en torno a la *Eticität* hegeliana. Sobre todo ello véase el muy sugerente art. de PÉREZ LUÑO, A. E., «¿Qué moral? Sobre la justificación moral en la obediencia al Derecho», *Sistema*, 102/92, pp. 83-97.

26. Cfr. BALLESTEROS, J., «Sobre el sentido del derecho en la actualidad» *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 176 y ss.

27. Cfr. CORTINA, A., «Más allá del colectivismo y del individualismo: autonomía y solidaridad», *Sistema* núm. 96/90, pp. 3-17.

28. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Eficiencia y Derecho», *DOXA*, 4/87, pp. 267-287.

29. Cfr. CAMPS, V., *Virtudes Públicas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 38.



al contrario sería el fundamento y soporte de dicho prejuicio que aconsejaría la cooperación en aras del interés egoísta. Por ello estoy más de acuerdo con quienes como González Amuschástegui<sup>30</sup> prefieren hablar de socialismo liberal, porque según advierte, el socialismo democrático asume ab initio la defensa de la autonomía y realiza la síntesis de libertad, igualdad y fraternidad, porque en segundo lugar, el individualismo siguiendo a Lukes<sup>31</sup>, precisa de dos instituciones: la libertad económica y la propiedad privada, que son contradictorias con la solidaridad. Finalmente, y a mayor abundamiento, puesto que, por una razón puramente gramatical, el sustantivo es más fuerte que el adjetivo, los términos individualismo o liberalismo (que a pesar de sus diferencias respectivas, comparten genéricamente un individualismo cuando menos metodológico)<sup>32</sup>, son más fuertes que el adjetivo solidario. En definitiva, y en este contexto, la solidaridad sería más una carga que un deber, que en todo caso estaría mediatizada por el carácter «forzado» y coactivo de su cumplimiento y por el «interés» que anularían en sentido kantiano claro está, su valor moral. Esta es la raíz de las críticas que se vierten contra el liberalismo por parte del movimiento de los «Critical on Legal Studies» en donde pese a su carácter contradictorio en no pocas ocasiones, subsisten como apunta J. de Lucas<sup>33</sup>, las contradicciones propias de la visión jurídica individualista. Ahora bien, ello no exige de denunciar las propias contradicciones del movimiento y denunciar como lo hace Calsamiglia<sup>34</sup>, que la crítica al liberalismo de los CLS tiene no poco de ver con la que en otro tiempo formulara el ideólogo nazi C. Schmitt como por ejemplo, «la censura del liberalismo y el neutralismo, la exaltación de la irracionalidad, las irreconciliables contradicciones entre intereses, la apelación a una autoridad que decida sin límites, la idea de que la teoría es una arma para destruir al enemigo, y finalmente la defensa de una autoridad que se deja llevar por su propia concepción de la moralidad como intérprete supremo del espíritu de la comunidad».

Todo ello implica la revisión de las bases sobre las que se asienta la fundamentación del sistema democrático. Si es verdad que el individualismo (metodológico) es el soporte y la *conditio sine qua non* de la democracia, no es menos cierto que el tránsito del Estado liberal al social y democrático comporta contra restricciones y en ocasiones sacrificios en los derechos individuales. El renacimiento

---

30. Cfr. *Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político*, cit., p. 124.

31. Cfr. LUKES, S., *El individualismo*. Trad. de J. L. Alvarez. Barcelona, Edicions 62, 1975, caps. XII y XIII.

32. Cfr. LAPORTA, F., «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *DOXA*, 6/89, pp. 121-141.

33. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

34. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «La retórica de Critical Legal Studies», *DOXA*, 11, pp. 295-310. En el mismo número puede verse el art. de KENNEDY, D., «Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos», pp. 283-293.

del contractualismo sobre el que entre otros ha advertido Bobbio<sup>35</sup>, más allá de la crítica de que en su día fue objeto por parte de Hegel, muestra la aspiración de mantener el equilibrio entre la legitimidad democrática del derecho como manifestación de la autonomía del sujeto, y la satisfacción de las necesidades básicas<sup>36</sup>. Se trata como muy bien se ha apuntado, de comprender que las circunstancias sociales, las necesidades se hallan irremediabilmente implicadas en la realización de la libertad<sup>37</sup>, lo que exige, siguiendo a Bobbio, apuntalar y fortalecer la democracia (entendiendo por tal el poder que surge desde lo bajo) frente a la autocracia (el poder que «desciende» desde lo alto. En este punto es casi obligada la referencia al modelo de Rawls como superación del modelo contractualista liberal<sup>38</sup>. Sin que sea el momento de abordar el tema, permítaseme manifestar alguna duda sobre el carácter (presuntamente, en mi opinión) solidario que el individuo en el punto de partida adopta en Rawls, puesto que su comportamiento sería igual al que observaría un egoísta racional y eficiente que se situaría en el peor de los supuestos posibles a cambio de obtener el menor de los beneficios posibles. Buena prueba de ello lo constituye el menor énfasis con el que Rawls trata en su obra sobre las exigencias igualitarias o de bienestar colectivo que Prieto acertadamente denuncia concluyendo que existe una libertad igual que no es real y una libertad real que no es igual<sup>39</sup>. En definitiva, si el modelo democrático se asienta exclusivamente en el individualismo no veo forma de introducir coherentemente las referencias a la solidaridad si no es a costa del sacrificio de la primacía de los derechos individuales que ya no son triunfos frente a la mayoría<sup>40</sup> y de la reformulación de los presupuestos político económicos de partida (propiedad privada, libre mercado) que son su fundamento. Si ello es así, habremos de revisar el individualismo del punto de partida, de modo que el sistema democrático, permita conjugar el principio de autonomía con el de solidaridad.

---

35. Cfr. «Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale», en *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1985, (2.<sup>a</sup> ed.). Hay trad. cast. Barcelona, Plaza y Janés, 1985.

36. Sobre la noción de necesidades cfr. DE LUCAS-AÑÓN, «Necesidades razones derechos», *DOXA*, 7/90, pp. 55-83.

37. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los límites de una concepción liberal de los derechos: el caso de los derechos sociales», en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 43.

38. Sobre el neocontractualismo cfr. FERNÁNDEZ, E., «Neocontractualismo y obediencia al Derecho», *ADH*, núm. 4 86/87 pp. 86-110. Sobre Rawls cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos, Observaciones críticas», *ADH*, cit., pp. 290-321, y «La concepción liberal de los derechos», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 27 y ss. Vide también, RODILLA, M. A., «Buchanan, Nozick, Rawls, Variaciones sobre el estado de naturaleza», *AFD*, II/85, pp. 228-284.

39. Cfr. «La concepción liberal de los derechos», *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 29.

40. Sobre Dworkin, cfr. PRIETO, L., «Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin», *REDC*, 14/85, pp. 353 y ss., y CALSAMIGLIA, A., «¿Por qué es importante Dworkin?» *DOXA* 2/85, pp. 159 y ss.

En su dimensión jurídica la solidaridad ha adquirido recientemente una nueva dimensión, que exige una revisión de sus supuestos conceptuales. Cuando en la perspectiva tradicional el Derecho ha tratado la solidaridad, que comparte con el concepto de justicia una reacción emotiva de carácter positivo, lo ha hecho siempre desde la vertiente negativa considerándola como un medio subsidiario y excepcional que trata de asegurar el cumplimiento de una obligación y que desempeña la función de asegurar el tráfico jurídico proporcionado siempre una identificación e imputación de responsabilidad mediante el cual es posible garantizar su cumplimiento. Pensemos en los supuestos típicos de la comunidad de bienes con la que solidariamente respondían quienes se aventuraban en la tarea de fletar un barco para asegurar el buen fin comercial de la travesía y afrontar los riesgos que comportaba la navegación, que están en el origen del Derecho de la navegación y los fletes marítimos. En este paradigma se perfilan los rasgos de la solidaridad en su vertiente negativa: existencia de una situación de riesgo, necesidad de garantizar el buen fin de la operación y en consecuencia, responsabilidad solidaria de todos y cada uno de quienes participan en ella, frente a los acreedores. Es la solidaridad frente al riesgo o la desgracia que en los orígenes del estado social asumirán los sindicatos mediante la creación de las cajas de resistencia y dará origen a las compañías mutuas y en nuestro país a las Cajas de Ahorros y Socorros o Montes de Piedad (hasta ese punto conecta las «pietas» con la solidaridad) cuyo origen benéfico proviene del ejercicio hoy lamentablemente olvidado, de aquella finalidad. Por ello los códigos de inspiración liberal individualista, que asigna al derecho funciones negativas, desconfían de la solidaridad y sólo acuden a ella, siguiendo el modelo romanista, en situaciones excepcionales, que implican la existencia de riesgos extraordinarios cuyas consecuencias en la actualidad quedan cubiertos merced a la existencia del seguro, por lo que no se comprende bien cual es la función (positiva) que, excepción hecha de la de reforzar las garantías de los acreedores, y suponiendo que esta sea una función siempre y en todo caso, positiva, pueda desarrollar.

Podemos, en línea de principio afirmar que el Derecho (privado) no recoge la concepción tradicional de la solidaridad más que en situaciones excepcionales, y cuando hace confunde aspectos de la solidaridad de los antiguos y de los modernos en una síntesis no ciertamente digna de ningún elogio que reúne lo peor de la solidaridad de los antiguos cual es la sujeción de lo individual a lo colectivo y lo peor también de la solidaridad de los modernos, que muestra el olvido de las pietas en beneficio del mercado, y da lugar a la solidaridad egoísta.

En efecto, como bien señala Díez Picazo<sup>41</sup>, la regla de presunción de la no solidaridad tiene su origen en la Novela 99 de Justiniano de la que se

---

41. Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. Madrid, Tecnos, (2.<sup>a</sup> ed.), 1986, p. 414.

ha dicho que es un producto típico de la época bizantina en que la piedad por el deudor prevalece sobre los bienes objetivos del comercio y del crédito. Desde esta premisa es fácil comprender la función que la solidaridad cumple en el Derecho privado: reforzar, aumentar y asegurar las garantías del acreedor y del tráfico jurídico, ya que el de la solidaridad, en su vertiente pasiva de solidaridad de deudores, que es el ámbito en el que realmente despliega su eficacia es, de entre todos los regímenes de pluralidad de partes, el más grave y oneroso para el deudor. En este punto se manifiesta la conexión entre solidaridad y responsabilidad, puesto que en puridad la solidaridad pasiva constituye como se ha dicho un área de extensión de la responsabilidad. La solidaridad anticipa, perfila y también diluye la responsabilidad que de ser directa y subjetiva se transforma en indirecta y objetiva. «Colocar la esencia de la solidaridad pasiva en la línea de extensión de la responsabilidad, apunta Díez Picazo, es además aproximarla a su verdadera función económica, pues con ello que se trata fundamentalmente de conseguir, es un esfuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos <sup>42</sup>». No en vano el Derecho civil, que siempre ha contemplado históricamente la solidaridad como excepción, (así sucede en el código civil español que en este punto constituye una notable y honrosa excepción) irá paulatinamente, cediendo a las presiones del mercado, del mismo modo que ha cedido en lo referente a la eliminación del precio «justo» en los contratos, para, siguiendo la praxis del Derecho mercantil, asumir el principio de solidaridad como regla general, puesto que así conviene al buen fin y a la seguridad del tráfico jurídico y a las leyes del mercado. Esta es la tendencia generalizada que de «lege data» se observa en el BGB (arts. 427 y 431), en el Código civil italiano (arts. 1294 y ss.) y portugués (arts. 513), y, que de «lege ferenda» postula la generalidad de la doctrina.

La asunción como regla general del principio de solidaridad así entendido, es una exigencia del mercado y de la economía liberal que entraña un grave riesgo que amenaza y distorsiona la estructura liberal garantista de nuestros códigos y del Estado (liberal) de Derecho <sup>43</sup> puesto que conculca, como advierte Ferrajoli <sup>44</sup> la existencia y virtua-

---

42. *Ibid.*, p. 432.

43. Sobre las características y evolución del Estado de Derecho vide el ya clásico y siempre actual libro de E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Edicusa, 1966 (1.<sup>a</sup> ed.). Sobre las características y retos del estado de derecho en la actualidad, cfr. DÍAZ, E., «Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia», *ACFS*, núm. 28/88, pp. 259-269.

44. Cfr. FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari-Roma, Laterza & Figli, 1990, parágrafo 35, pp. 490 y ss. En igual sentido, PRIETO, L., «Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional», *Sistema* 96/90, pp. 19-35.

lidad de principios tan fundamentales para el Estado (liberal) de Derecho como son los de legalidad, de personalidad, tipicidad e imputación de las sanciones penales, incurriendo en un déficit de legitimidad. Porque la primacía de la solidaridad impide afinar y delimitar individualmente la sanción en aras del cumplimiento de la obligación cuyo cumplimiento asegura. En efecto, el autor citado muestra como el principio de culpabilidad y responsabilidad personal y subjetiva que se introduce por una Ley de Numma Pompilio supone un avance frente a la responsabilidad solidaria del primitivo derecho romano que a través de la ilustración se incorporará a los códigos, y constituirá el principio de legalidad. Sin embargo, esta evolución quiebra con la devaluación del principio de la culpabilidad personal, y substitución posterior por el concepto de peligrosidad, y con la consiguiente transformación que el derecho penal autoritario demanda de la responsabilidad subjetiva y personal en objetiva y solidaria. El principio de solidaridad admite la existencia de responsabilidad sin deuda como sucedía en el Derecho penal primitivo en el que la responsabilidad se extendía a la persona y bienes del deudor que puede no ser el obligatus (pensemos, aunque en este punto la doctrina no es pacífica en el supuesto general de la fianza o en el más general de la responsabilidad vicaria) y de deuda sin responsabilidad, (como son los supuestos de las obligaciones naturales) queda indefenso frente a los acreedores, de ahí su virtualidad y eficacia. La solidaridad transforma la obligación causal en abstracta y priva de las excepciones que el deudor en otro caso pudiera oponer al cumplimiento de la deuda. La solidaridad aparece en esta concepción ligada a la responsabilidad objetiva o sin culpa cuyos indudables logros merecen quizá de alguna reconsideración, puesto que si bien es cierto que a través de este mecanismo presuntamente protector de los riesgos que entrañan ciertas actividades se asegura la protección de quienes están expuestos a tales riesgos, no lo es menos, que el principio de solidaridad así entendido permite eludir los más elementales principios y garantías individuales que conforman el proceso y constituyen al sujeto solidario en indefensión, a la vez que aumenta considerablemente los costes económicos a través de la disolución de la culpa y de la responsabilidad subsidiaria de los aseguradores<sup>45</sup>. Todo ello está en el origen de lo que para algunos autores constituye el «ocaso de la responsabilidad civil»<sup>46</sup>. Por el procedimiento de extensión y generalización de la responsabilidad objetiva, desde el derecho penal a otros sectores del ordenamiento se abre la posibilidad de dirigir un nuevo Derecho sancionador al margen de las garantías del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho amenace los derechos y libertades de los

---

45. Cfr. REBUFFA, G., «El análisis económico del Derecho» (trad. cast. de M. Maresca), *ACFS* núm. 25/85, pp. 161-187, en el que se resume la polémica entre Posner y Calabressi al respecto.

46. Cfr. DE ANGEL YAGUEZ, R., *La responsabilidad civil.*, Bilbao, Univ. de Deusto, 1988, cap. IX pp. 381 y ss.

individuos (más que ciudadanos; pensemos en la Ley 7/85 de 1 de julio reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, y en la Ley Orgánica 1/92 de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana) en nombre de un (presunto) bien superior o de los derechos de la colectividad, que muestran las tendencias autoritarias y neoconfesionales del Estado contemporáneo. Como bien dice Ferrajoli, «el sistema garantista y los que incluyen la garantía de la responsabilidad personal, subjetiva o culpable, se distinguen de los restantes porque rechazan la responsabilidad impersonal, objetiva o sin culpa pues constituyen, causas subjetivas de exclusión del delito<sup>47</sup>». Por ello las críticas que en la actualidad se vierten sobre el utilitarismo y las que en tiempos pasados se han vertido contra los individualismos merecen de alguna reconsideración. Si el precio de la solidaridad es el menoscabo de los Derechos individuales y de las garantías jurídicas creo que es una contribución excesiva, y en consecuencia estoy con quienes piensan que los Derechos individuales son triunfos frente a la mayoría. Ahora bien, estoy a la vez con quienes piensan que los derechos individuales, no son absolutos ni tan fuertes como para exigir sacrificios injustificados de la colectividad. Como apunta Prieto, hablar de derechos sociales (y con mayor razón de derechos de solidaridad añadiría yo), no es hablar de nada sustancialmente distinto a las libertades tradicionales pues unos y otros sirven a un mismo ideal de comunidad política<sup>48</sup>.

Con todo creo que hay razones más que suficientes para pensar que la solidaridad, entendida como Derecho desde el paradigma iusprivatista es, una solidaridad egoísta, y contradictoria con la solidaridad entendida como valor jurídico y como fundamento de los Derechos en el marco del Estado Social y Democrático Derecho, y que, de no tenerse en cuenta esta dimensión, daría lugar a una asimetría entre lo que constituye como virtud y lo que implica como Derecho. En definitiva y, al menos desde su consideración tradicional, la solidaridad constituye un concepto que si bien contribuye a la eficiencia económica del Derecho permitiendo una resolución rápida y eficaz de no pocos conflictos, menoscaba su justicia<sup>49</sup>, por lo que paradójicamente se ha transformado en una exigencia de los agentes económicos fuertes y del aparato administrativo frente al individuo y ciudadano que queda en indefensión. Ello nos permite afirmar que la solidaridad jurídica es muy poco solidaria moralmente y que lo que en Derecho implica la solidaridad es contradictorio

---

47. Cfr. FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penale*, cit., p. 495.

48. Cfr. *Los Límites de una concepción liberal de los derechos. El caso de los derechos sociales. En Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 46.

49. Cfr. CALABRESSI, G., «Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho», *AFD*, II/85, pp. 219-228.

con lo que de ella se colige en el ámbito moral, y disfuncional con lo que de la solidaridad se deriva en los límites propios de lo jurídico.

## II

Otra cosa significa la solidaridad desde el Derecho público y desde la evolución más reciente. No quiero decir con ello que, por sí mismo, el Derecho público produzca un cambio en el concepto jurídico de solidaridad, sino que este cambio se opera en el seno de la sociedad que demanda del aparato jurídico unas transformaciones que sólo serán viables en el seno de un marco distinto de las relaciones sociales regidas ya por el derecho público. Solari lo ha descrito muy bien indicando como el paradigma se ha transformado desde la idea individual a la idea social<sup>50</sup>. No voy a insistir pero sí llamar la atención sobre la importancia, el contenido y alcance de la división entre Derecho público y privado<sup>51</sup>, y afirmar de acuerdo entre otros con Parejo, que vivimos un tiempo de transformaciones en el que simultáneamente se reivindican valores individualistas y valores de solidaridad social en el marco de una sociedad cada vez más compleja que tiende a sustituir las categorías tradicionales de pobres y ricos por la de marginados o integrados<sup>52</sup>.

De ahí que asistamos en la actualidad con no poca perplejidad al desarrollo de un doble y en ocasiones contradictorio proceso. De un lado el de privatización de lo público, cuyas características principales son la consideración de la democracia y de la política como un mercado gobernado por la lógica privada del acuerdo frente a la pública del poder, en el que se intercambian bienes y se privatiza la representación<sup>53</sup>, y, la recuperación del contrato y el pacto entre los agentes sociales como instrumentos de formalización de los intereses particulares y egoístas. Todo ello conduce a la reivindicación de las tesis anarcocapitalistas que a través de los ultraliberales como Nozick conllevan la práctica de políticas neoconservadoras que culminan en la deslegitimación del Derecho y el Estado, de modo que el mejor gobierno es el que menos gobierna.

---

50. Cfr. SOLARI, G., *Storicismo e diritto privato*. Torino, Giappichelli, 1940. Cito por la trad. cast. de Oberdaan Caletti. *Filosofía del Derecho Privado. T. II. La idea social*. Buenos Aires, Depalma, 1950.

51. Cfr. AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «Derecho público y derecho privado», en J. de LUCAS y otros. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, cap. 8, pp. 179 y ss.

52. Cfr. PAREJO, L., *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 11 y ss.

53. Cfr. BOBBIO, N., *Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale*, cit., pp. 124 y ss. Sobre cuestiones de representación política vide de BOBBIO, N., «Rappresentanza e Interessi», en BALBO y otros, *Rappresentanza e Democrazia*, Bari, Laterza, 1988, pp. 3-27. Sobre la Representación política en general, cfr. DOXA, 6/87.

De otro lado, y a la inversa a un proceso de publicación de lo privado que demanda acciones positivas por parte de los poderes públicos cada vez más extensas e intensas a fin de proveer a la solución de las demandas que surgen de la sociedad. Este es el ámbito en el que actúa la solidaridad de los modernos que como el derecho público y el Estado Social de Derecho denuncian la ideología de la mano invisible y fijan límites al principio de la propiedad privada y al contrato como manifestación suprema de la autonomía de la voluntad y de la igual libertad de las partes contratantes. Ya no será el mercado quien impondrá su ley, sino la superior voluntad de la Ley como manifestación de la soberanía nacional (recuérdese la antítesis derecho público —primacía de lo político y de la Ley—, derecho privado —primacía de lo económico y del mercado— que señala Bobbio, siguiendo a Hegel<sup>54</sup>). En esta estructura el Estado ya no es liberal ni el Derecho garante de orden «natural», alguno sino que por el contrario, uno y otro asumen funciones *positivas* de promoción y redistribución. La obediencia al Derecho por mor de la representación cobra una nueva dimensión y es compatible con la autonomía personal, de modo que no por coactiva la obligación jurídica es «forzosa». Los deberes jurídicos no serán sólo negativos sino también y esencialmente, positivos situándose en ocasiones en los niveles jerárquicamente superiores del Ordenamiento<sup>55</sup>. Los poderes públicos intervendrán para promocionar y premiar las conductas que se realizan conforme a Derecho. El Derecho ya no será un instrumento de mantenimiento del status quo sino en ocasiones de transformación de la sociedad y su estructura de clases. De ahí que las normas jurídicas no se agoten en la coacción sino que persigan la realización de objetivos e intereses generales a través de las técnicas de alentamiento/incentivación de aquellos que se consideren valiosos o por el contrario de desincentivación de los perjudiciales, sin que esta se lleve a cabo necesariamente mediante la imposición de sanciones penales. Por ello en la estructura del Estado social y democrático de Derecho cobran gran importancia las normas programáticas que se limitan a señalar tan solo los objetivos o finalidades que por su ejercicio se pueden alcanzar, y cuya sanción consiste precisamente en la no consecución de tales objetivos, y las normas que confieren potestades frente a las tradicionales normas que ordenan o prohíben determinados comportamientos<sup>56</sup>. En este marco sí cobra pleno sentido la idea soli-

---

54. Cfr. «Diritto privato e diritto pubblico in Hegel», en *Studi hegeliani, Diritto, società civile, stato*. Torino, Einaudi, 1981. Hay trad. cast. de J. C. Bayón con estudio introductorio de A. Ruiz Miguel en *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid, Debate, 1985, pp. 211-239. Sobre la contraposición derecho público-derecho privado, vide *La grande dicotomia en Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 145-163.

55. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los deberes fundamentales». *DOXA* 4/87, pp. 329-341.

56. Cfr. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto* en *Dalla struttura alla funzione cit.* Hay traducción castellana en la edición de A. Ruiz Miguel, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, aptdo. G., caps. XVIII y XIX.



daridad como fundamento de los derechos que si bien corrige el contractualismo clásico no es incompatible con él y cuya finalidad es contribuir a la autonomía, independencia y libertad de las personas<sup>57</sup>, constituyendo, ahora sí, un contrapeso al prejuicio egoísta. La solidaridad realiza los derechos sociales<sup>58</sup> y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades. Se trata de un nuevo concepto de solidaridad «altruista» que no es el de la solidaridad de los antiguos, por cuanto es incompatible con la sociedad abierta, ni el de la solidaridad egoísta propia del derecho privado que abona el prejuicio egoísta y sirve a las leyes «naturales» del mercado.

### III

El Estado social y democrático de Derecho definirá la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad. Este es el sentido que en mi opinión reviste la dicción del art. 9.2 de la Constitución cuando fija las obligaciones de los poderes públicos. Estamos ante una solidaridad positiva y no negativa que no busca ya la identificación de acreedor alguno que garantice el cumplimiento de cualesquiera prestación, sino ante un deber general de los poderes públicos para que mediante la solidaridad sea posible promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas y remover obstáculos que dificulten su plenitud, siendo éste el contexto en el que se distinguen con mayor nitidez los efectos de la solidaridad en el ámbito jurídico político puesto que implica como bien se ha señalado la justificación de los deberes positivos que como los negativos en otro tiempo protegen bienes igualmente valiosos<sup>59</sup>.

La estructura heredada del Derecho civil y del paradigma del Derecho privado que presupone la igual condición de las partes y somete su ejercicio a la reciprocidad y correlatividad en la atribución de Derechos y deberes es inadecuada para regular los deberes y funciones positivas del Estado y en particular con los deberes de los poderes públicos que integran el capítulo III del Título I de la Constitución, y

---

57. Cfr. PECES-BARBA, G., *La solidaridad*, cit., p. 235.

58. Cfr. sobre los Derechos sociales, cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los límites de la fundamentación liberal de los derechos. El caso de los derechos sociales», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit., pp. 43-51. Vide también BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», en este mismo número.

59. Cfr. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político*, cit., pp. 133-135. Sobre los deberes positivos cfr. GARZÓN VALDES, E., «Los deberes positivos generales y su justificación», *DOXA*, 3/86 pp. 17-33.

exigen la realización de acciones positivas y políticas de discriminación.

a) Porque su finalidad no es la de realizar un intercambio entre iguales sino transferir recursos, adscribir bienes y adjudicar reconocer y tutelar Derechos a sujetos que por su status personal (menores e incapaces), sociales (marginados, parados, inmigrantes) o por su propia definición (pensemos en los derechos de los animales) quedarían al margen del ámbito jurídico.

b) Porque carece de sentido aplicar a la solidaridad el instrumental propio de la llamada justicia conmutativa que exige simetría, igualdad de trato, vinculación genética y funcional entre las prestaciones de uno y otro obligados, y presume que ambos obligados son sujetos de Derecho y se encuentran en una ficticia situación de igualdad por lo que el resultado no puede ser más que el de la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva por el contrario regula relaciones de Derecho público, parte de la desigualdad de condiciones, se extiende igualmente a aquellos que por no cumplir las exigencias del Ordenamiento no pueden ser considerados sujetos de Derechos y tiende a un resultado desigual porque así lo exige el principio y valor superior de la igualdad y la solidaridad.

c) Porque si de políticas redistributivas se trata el ejercicio de los deberes positivos implica desigualdad de trato y transferencia de recursos (personales o patrimoniales) por lo que no tiene sentido exigir la relación típica de reciprocidad y simetría que caracteriza la correlación entre Derecho y deber en el Derecho privado. Estos deberes son incompatibles y contradictorios con el Estado liberal y constituyen un adecuado contrapeso al prejuicio egoísta y a la autonomía liberal que sacraliza la lógica del mercado y considera como precio justo el resultado de la mano invisible que controla la Ley de la oferta y de la demanda (il potere invisibile, en términos de Bobbio).

La estructura de los derechos de solidaridad que como los sociales son derechos *in faciendo*, permite distinguirlos de los derechos sociales. En éstos, el sujeto está limitado a una determinada categoría de ciudadanos; funcionan a través del principio de reciprocidad y del *do ut des* (a semejanza de lo que sucede en el derecho privado tiene derecho a una prestación sanitaria o a una pensión sólo quien previamente ha satisfecho las cotizaciones); finalmente, los derechos sociales tienen un carácter benefactor, asistencial, paternalista, pasivo y social, que está ampliamente superado por la obligación que la calificación democrática del estado impone a los poderes públicos y a los ciudadanos en el 9.2 de la Constitución en donde a través de los derechos de solidaridad, no se trata de paliar la desigualdad y disminuir las diferencias sociales, cuanto de realizar la igualdad real y efectiva, mediante la participación e implicación activa de todos (ciudadanos y poderes públicos), en una acción que supera los vínculos de ciudadanía y nacionalidad.

Titular y sujeto activo del derecho a la solidaridad, será la colectividad. Creo que el término «Todos» (entendido en el sentido más amplio posible de quienes sean acreedores a las prestaciones positivas en que consiste el ejercicio de la solidaridad), sería más adecuado que ningún otro para definir los sujetos del derecho a la solidaridad puesto que por su propia definición y por lo que como virtud y como derecho implica en este nuevo marco conceptual sería absurdo y contradictorio reducirla a una determinada categoría de ciudadanos. Es acorde además con el fundamento del derecho que más allá de todo vínculo de adscripción en términos de nacionalidad o ciudadanía, radica en las ideas de «humanitas» y de «pietas» cuyo sujeto no puede ser sino el género humano, en su conjunto, y que manifiesta la existencia de una solidaridad universal que justificaría la imposición de prestaciones positivas generales<sup>60</sup>. En el derecho de solidaridad se manifiesta la asimetría entre reciprocidad y correlatividad entre derechos y deberes sobre la que advierte Ruiz Miguel, porque en caso contrario, sólo podrían ser titulares de un derecho de solidaridad aquellos que pudieran recíprocamente ser titulares de un deber de solidaridad, con lo cual los presuntamente beneficiados del derecho (marginados, menores, extranjeros, pensionistas, enfermos) que son quienes más precisan de ella, quedarían fuera de su campo de acción proque recíprocamente no pueden corresponder. Sin embargo como afirma Ruiz Miguel la falta de reciprocidad no niega la correlatividad «pues esta última es un requisito lógico que sólo exige que los titulares de derechos pueden disfrutar de ellos porque una norma imponga a otro deberes correlativos»<sup>61</sup>. La solidaridad, como muy bien se ha observado fundamenta indirectamente derechos, lo hace por medio de deberes positivos que estos sí tiene como correlativos a derechos<sup>62</sup>. En el supuesto que nos ocupa «todos» son titulares activos del derecho pero no por ello son a la vez y recíprocamente sujetos de deberes, puesto que en la mayoría de las ocasiones serán titulares y beneficiarios de los que con respecto a ellos y correlativamente a su derecho contraigan otros, puesto que la solidaridad se resuelve la mayoría de las ocasiones en la realización de actos gratuitos, de prestaciones positivas frente a las que la reciprocidad anularía su función. Es evidente que la estructura del derecho de solidaridad supera el marco del «do ut des» que se establece como paradigma en el derecho privado (1124 CC) y funciona al margen de las reglas que fijan los principios de la justicia conmutativa y la simetría e igualdad de las recíprocas prestaciones.

Sujetos pasivos del derecho a la solidaridad y por consiguiente obligados a las prestaciones serán los poderes públicos, y subsidiaria-

---

60. Cfr. PRIETO, L., «Los Derechos fundamentales como derechos universales», en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 83.

61. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, 6/1990, pp. 149-160.

62. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad*, cit., p. 239.

mente las personas e instituciones especialmente obligadas, llegando en algunos supuestos a generalizar el deber. En primer lugar porque así lo dispone la Constitución en el art. 9.2 y en los arts. 39 y ss. que fijan los principios rectores de la política social y económica. En segundo lugar porque los derechos de solidaridad son, como los sociales, obligaciones a cargo y, en especial de los poderes públicos que están obligados (deben) realizar la prestación positiva que ello implica<sup>63</sup>, no sin señalar, con Prieto<sup>64</sup> que un derecho que no aparece acompañado de garantía (como sucede en esta clase de derechos) no es un derecho mal protegido, es simple retórica. Finalmente, por una razón pragmática que entre otros ha señalado Garzón Valdés: si la solidaridad implica la existencia de un deber general positivo de asistencia, su efectiva realización exige que haya alguien especialmente obligado jurídicamente que no puede ser otro que los poderes públicos. En efecto, si lo que caracteriza los deberes positivos generales es que frente a los deberes genuinos cuyo incumplimiento perjudica a los destinatarios que sí tienen un derecho a exigir su cumplimiento, el cumplimiento de los deberes positivos generales beneficia pero nadie tiene derecho a exigir su cumplimiento habremos de proveer el arsenal necesario para que como apunta Laporta los llamados deberes positivos generales se diluyan en deberes positivos especiales. En este contexto y del mismo modo que al Estado Liberal de Derecho le competía la tutela y cumplimiento de los deberes negativos, el Estado Social y Democrático de Derecho será quien deba asumir el cumplimiento de los deberes positivos generales (especiales)<sup>65</sup>. Ello hace que junto a la obligación general de los poderes públicos, coexistan en el ámbito del derecho privado, deberes especiales de solidaridad como son los que tienen los padres respecto de los hijos mientras están bajo su potestad; los de los hijos respecto a los padres (cuidado y alimentos) y el deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente. Aquí se manifiesta de nuevo la falta de simetría entre el deber de solidaridad y el derecho de solidaridad, porque el deber (jurídico) de solidaridad surge para remediar precisamente la ausencia de solidaridad moral, y porque en la regulación de la solidaridad en el ámbito del derecho privado no existe esta correspondencia entre unos y otros. Así hay deberes morales de solidaridad como los citados a los que no corresponde un correlativo derecho de solidaridad (de la solidaridad altruista) ni por supuesto la obligación jurídica consiguiente, y hay por el contrario deberes jurídicos de solidaridad (egoístas) como son los de los mandatarios respecto del mandante, art. 1731 CC, en los que cuesta comprender cual sea su

---

63. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, «Los derechos humanos como obligación». *Persona y Derecho*, vol. 22/90 pp. 235-240.

64. Cfr. *Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional*, cit. p. 21.

65. Sobre los *deberes positivos* cfr. DOXA, 3/86 cit. con arts. de BAYON, LAPORTA y GARZÓN VALDÉS.

fundamento moral. Por ello, del mismo modo que antes he apuntado la diferencia entre solidaridad y fraternidad, no creo que jurídicamente entendida (moralmente es otra cosa) la solidaridad constituya un complemento de la justicia <sup>66</sup>, que llegue hasta el punto de suplirla mediante la caridad, sino que precisamente donde falte la solidaridad y quiebre la justicia cuya realización exigen las normas, deberá haber normas que sancionen la omisión de determinados comportamientos, subrayando con ello la dimensión jurídica normativa e institucional de la solidaridad. Debemos sin embargo mencionar las muestras que de la solidaridad altruísta surgen en el seno del derecho privado, en la Ley sobre extracción y transplante de órganos de 27/X/79 que regula los trasplantes y donaciones de órganos, la ley 35/88 de 22/XI sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la 22/48 de 28/XII, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos.

Finalmente, beneficiarios del derecho a la solidaridad y sujetos de los deberes de prestación correlativos que no recíprocos serán nuevamente todos, sin que deban necesariamente coincidir sujetos y beneficiarios. Los derechos de solidaridad en cuanto que tutelan intereses colectivos y generalizables constituyen derechos de la llamada «tercera generación» que se ven afectados por no pocos problemas en torno a su titularidad y legitimación <sup>67</sup>. Mención especial merece al respecto la innovación jurisprudencial que ha supuesto la Sentencia 214/91 de 11 de noviembre del Tribunal Constitucional concediendo el amparo constitucional y con ello la anulación de las sentencias que en su día dictaron los Tribunales inferiores en el caso Friedman vs. Degrelle y la Revista Tiempo, porque por primera vez reconoce legitimación activa para interponer el recurso de amparo constitucional no sólo al ofendido y a sus herederos como era la norma e interpretación jurisprudencial hasta ahora dominante en nuestro ordenamiento jurídico según lo establecido en el art. 12.1 de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y en los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/82 de Protección del derecho al honor, sino que, de acuerdo con lo que ordena el art. 162 b) de la Constitución, la legitimación para interponer el recurso de amparo se extiende a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo y en cuanto tal, a la persona integrante de un grupo étnico o social determinado, asegurando con ello la protección y la tutela judicial y el control jurisdiccional pleno a los derechos de las minorías que en otro caso quedarían desprovistos de ella e inermes ante tales ofensas. La Sentencia, sienta un precedente de importancia fundamental por cuanto muestra hasta que punto la solidaridad que nace de la condición de pertenencia de la recurrente al grupo

---

66. Cfr. CAMPS, V., *Virtudes públicas*, cit., p. 36.

67. Cfr. ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1990, cap. IV, pp. 112 y ss. Sobre ello vide PÉREZ LUÑO, A. E., «Concepto y concepción de los Derechos Humanos», *DOXA*, 4/87, pp. 47-65.

étnico que ha padecido la ofensa es condición suficiente para reconocer su legitimación procesal en cuanto titular de un interés legítimo, constituyéndose por ello en un instrumento clave para la interpretación y aplicación de los derechos<sup>68</sup>. También son dignas de mención al respecto las decisiones de algunas autoridades administrativas y judiciales de las Comunidades Autónomas reconociendo y apoyando el derecho al libre acceso a los centros educativos a los niños portadores de anticuerpos del SIDA, y a los niños pertenecientes a una minoría étnica (gitanos)<sup>69</sup>.

#### IV

Resta por ver los supuestos de solidaridad jurídica que se establecen en el ordenamiento jurídico. A falta de declaración expresa la raíz de la solidaridad se encuentra en la enumeración de valores superiores del ordenamiento jurídico, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, que contiene el art. 1.1 de la Constitución y que bien podrían ser reducidos a la síntesis de libertad e igualdad<sup>70</sup>. Más allá de esta consideración la Constitución sólo se refiere expresamente a la solidaridad en dos ocasiones y sobre el mismo tema. En el art. 2 y en el art. 138 cuya declaración define siguiendo a J. de Lucas la solidaridad interregional como exclusión de las discriminaciones y desigualdades entre las Comunidades Autónomas<sup>71</sup>.

Excepción hecha de este supuesto, el desarrollo de dichos valores superiores, de los que la solidaridad a falta de mención expresa es el resultado de la libertad e igualdad, se encuentra en el mandato general que contiene el art. 9.2 del texto fundamental, y su fundamento se remite a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son (art. 10), fundamento del orden político y de la paz social. El mandato del art. 13 por lo que se refiere a

---

68. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad*, cit., p. 240. Vide también PRIETO SANCHIS, L., *Principios Generales del Sistema de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., pp. 219-246.

69. Cfr. J. de LUCAS y otros. *Medios jurídicos para combatir el racismo y la Xenofobia. Informe Nacional Español*. Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

70. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*. Madrid, Tecnos, 1984; PRIETO SANCHIS, L., «Los valores superiores del ordenamiento y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial* 11/1984 pp. 80 y ss.; OLLERO TASSARA, A., «La Constitución entre el Normativismo y la Axiología», *AFD*/1987, pp. 389-403; PAREJO ALFONSO, L., «Constitución y valores del ordenamiento» en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid, Civitas, 1991, t. I. pp. 29-133 y PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1984, caps. 3, 6 y 7.

71. Cfr. *Solidaridad y Derecho al medio ambiente*, cit.

los extranjeros defectuosamente desarrollado por la Ley 7/85 y los arts. 14 y siguientes constituyen concreciones del derecho a la solidaridad. Especial relevancia al respecto merecen la dicción del art. 25.2 en lo que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad que están orientadas a la reeducación y reinserción social se refiere y el 27.4 cuando declara que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. También es interesante la relación que se establece entre el derecho y el deber de defender a España (art. 30.1) y la concreción de ese deber que comprende entre sus manifestaciones el ejercicio de prestaciones de solidaridad como lo son la prestación social sustitutoria para los objetores de conciencia, el establecimiento de un servicio civil para el cumplimiento de los fines de carácter general<sup>72</sup>, y los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

Entrando en el capítulo de los deberes el art. 31, fundamental al respecto, establece el deber general («todos») de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Aunque con respecto a la dicción de este artículo creo que es cuando menos dudoso que establezca un deber de solidaridad. En rigor fija los principios de generalidad igualdad y capacidad económica pero no de solidaridad puesto que en ningún momento dice que todos deban responder por el todo sino que contribuirán, según su capacidad económica (cada uno por su parte de modo similar a como en el derecho privado se regulan las obligaciones parciales). Sí aparece por el contrario tipificado el principio de solidaridad en el art. 34 de la Ley General Tributaria, en donde cumple una función análoga a la que realiza la solidaridad pasiva en el ámbito del derecho privado: garantizar el pago de la deuda. El art. 33 limita el derecho a la propiedad privada y a la herencia a su función social, concepto ambiguo y vago en extensión e intensidad donde los haya, el 35 fija entre otros el derecho y deber al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia.

Los arts. 39-51 que integran el capítulo tercero excepción hecha del 52, regulan los deberes de los poderes públicos definiendo sus competencias y deberes como sujetos pasivos de los derechos de solidaridad y por ello especialmente obligados a su realización y cumplimiento. Respecto de todos ellos conviene tener la denuncia de su naturaleza jurídicamente devaluado que señala Prieto, y tiene su reflejo en la confusa redacción del art. 53.3 que en modo alguno supone que los arts. 39 y siguientes no sean alegables ante los Tribunales ordina-

---

72. Cfr. DE LUCAS J., *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit. Del mismo autor vide, «El castigo de los insumisos» *Claves de Razón Práctica*, 25/90, pp. 32-40, con un extenso aparato bibliográfico sobre objeción de conciencia y desobediencia civil al que remitimos.

rios, sino que los derechos que pueden derivarse de las normas constitucionalmente aplicables para su configuración como verdaderos derechos, la mediación del legislador, es decir que los derechos que proclaman y los deberes que de los principios rectores se derivan no son derechos subjetivos que puedan dar satisfacción concreta a las pretensiones subjetivas<sup>73</sup>.

Más allá del catálogo de derechos fundamentales podemos encontrar manifestaciones del derecho a la solidaridad en el Título VII del Capítulo III, Economía y Hacienda (arts. 128 a 136) y la remisión concreta al principio de solidaridad entre todos los españoles que se encuentran en el art. 156.1 y que ha sido objeto de un desarrollo legislativo no excesivamente afortunado en leyes posteriores, singularmente en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. Como cuestión pendiente queda la regulación del Jurado que es susceptible, en su caso y en su día, de introducir dimensiones de la solidaridad en la Administración de Justicia.

Resta finalmente, la remisión a la solidaridad internacional, que tiene su fundamento como señala J. de Lucas en la declaración que contiene el Preamble de la Constitución en orden al establecimiento de las relaciones de paz y cooperación, sin dejar de señalar siguiendo al autor citado la limitación que implica el que por razones no siempre justificables, esta solidaridad se ejerza sólo en una dirección o bando ideológico<sup>74</sup> (por ejemplo, actualmente hay solidaridad con Somalia pero no con Cuba que sigue sometida a un embargo que impide entre otros la adquisición de medicinas). Los problemas que afectan y condicionan el ejercicio de la solidaridad internacional se centran en la actualidad en torno al tema del terrorismo y de la intervención de humanidad<sup>75</sup>.

---

73. Cfr. *Los principios rectores de la política social y económica*, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit. pp. 185-204.

74. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

75. Cfr. RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el Derecho Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 260 y ss.



## Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar.

Por EMILIA BEA PEREZ

Valencia

Si, como es bien sabido, la historia del reconocimiento de los llamados «derechos sociales» viene estrechamente ligada a las ideas y presupuestos que configuran el Estado del bienestar, también la crisis de este modelo de organización, tan denunciada en los últimos años, ha de incidir de forma directa en la puesta en cuestión de esta categoría de derechos. La interrelación de ambos fenómenos tiene múltiples implicaciones, como la que lleva a plantear en qué medida el fracaso del Estado del bienestar puede estar provocado por la escasa realización de los derechos sociales, o, por el contrario, hasta qué punto la extensión de estos derechos ha contribuido a la crisis actual, o también, desde otros puntos de vista, cuestiones como las relativas a la posible pervivencia de la función asistencial del Estado, aunque desaparezcan las otras facetas típicas del *Welfare State*, o las referentes a la posible continuidad de las prestaciones garantizadas por los derechos sociales a través de vías alternativas a la intervención estatal. Sobre algunos de estos aspectos queremos reflexionar en las páginas que siguen, no de forma exhaustiva ni pormenorizada, sino tratando tan sólo de recoger diversos análisis y sugerencias sobre el tema que nos han resultado de gran interés y que requieren una constante profundización.

Antes de referirnos a las tensiones derechos sociales-Estado del bienestar en las coordenadas de su crisis, debemos partir de señalar que, desde la primera institucionalización de la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y aún durante los momentos de mayor auge de esta modalidad jurídico-política, los derechos sociales como categoría jurídico-constitucional han suscitado una constante polémica doctrinal sobre su naturaleza y las posibilidades de su realización. El debate no ha dejado de polarizarse en un extremo por la postura de quienes niegan el carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales y el carácter de normas jurídicas a las normas en

que estos se proclaman, y en el otro extremo, por la perspectiva de aquellos que reivindican la fundamentalidad de tales derechos, es decir, su consideración como derechos básicos innegociables, presentes en normas constitucionales vinculantes y no meramente programáticas. En el marco de la discusión van singularizándose tres grandes dificultades con las que siempre choca el intento de definir la posición jurídica de los derechos sociales, a las que se conoce habitualmente como las «aporías» de este tipo de derechos, y que pueden sintetizarse en su indeterminación interna, su dudosa justiciabilidad y su carácter relativo.

## I

Sin entrar ahora en el análisis de estas «aporías», hay que observar su presencia incluso en el sector doctrinal que más se esfuerza por compatibilizar los principios de Derecho y social predicados respecto del Estado y por precisar las implicaciones de la cláusula social. Arrancando de la conocida polémica entre Forsthoff y Bachof, cabe mencionar las perspectivas de E. Fechner, W. Abendroth, G. Dürig, F. Klein, T. Maunz, U. Scheuner, H. Gerber y E.R. Huber, cada uno de los cuales introduce nuevas matizaciones y dimensiones para revalorizar el contenido social del Estado, sin que la mayor parte de ellos pueda ocultar las dificultades del intento de construcción de los derechos fundamentales como derechos sociales de participación en prestaciones públicas (PAREJO, 1983). Como escriben en un trabajo en colaboración Maunz-Dürig-Herzog, los constituyentes —se refieren, claro está, a la Ley Fundamental de Bonn— tuvieron expresamente en cuenta y cuidaron de no introducir en el texto constitucional promesas de todo punto imposibles de satisfacer, ya que de reconocerse los pretendidos «derechos complementarios», la Constitución se convertiría en un catálogo inagotable de requerimientos al Estado imposibles de cumplir, por la limitación de sus medios. En la misma línea, el austríaco Tomandl afirma que el objetivo básico del Estado social no puede cristalizar en concretos derechos sociales, no porque sea hostil a la idea de éstos, sino porque desde el atributo de la seguridad no puede garantizar las condiciones de eficacia de hecho, especialmente las económicas. (GARCÍA MACHO, 1982).

Los derechos sociales suelen definirse, de este modo, por su carácter relativo, ya que según mostrara Badura, son dependientes de circunstancias variables, de la situación social, crecimiento económico y producto social, porque el Estado no dispone plenamente de las circunstancias económicas por lo que estos sólo pueden ser controlados limitadamente. Aquí entran en juego aspectos del Estado social que han llevado a ver en los elementos configuradores de su génesis la razón última de su posterior crisis, como su propia ambigüedad estructu-

ral y la noción de Constitución económica. Con palabras de E. Olivas, tal ambigüedad se cifra en que el Estado ejerce con su intervención un notable control social con leyes y técnicas legales que han de limitar su actuación: su misma naturaleza se torna extraña ya que encierra en sí misma la prohibición y la obligación de intervención de la esfera pública en el área social (OLIVAS, 1991). Así, Offe plantea la tensión entre dos racionalidades contrapuestas en el ámbito de la actuación administrativa del *Sozialstaat*: la presidida por el principio de legalidad y la presidida por el criterio de la eficacia. En esta línea, Eriksson se refiere al choque de dos principios: el de la autonomía privada, cuya expresión es la racionalidad formal, y el principio de la intervención estatal, cuya expresión es la racionalidad material. A este respecto, como señala N. Reich, habría que profundizar en la contradicción que afecta al derecho de la economía, en cuanto, por una parte, debe organizar el desenvolvimiento de los procesos económicos de forma que el mercado desarrolle su función de autorregulación de los mismos y, por otra, en razón de los postulados del Estado social, debe intervenir en estos procesos, debe manipularlos (REICH, 1985).

La constitucionalización simultánea de protagonistas de la vida económica en el pasado radicalmente enfrentados —la libertad de empresa, el poder sindical y la iniciativa pública—, representada en la idea de Constitución económica, resulta consustancial al Estado social de Derecho planteando innumerables tensiones, debilitamientos recíprocos, y toda una serie de consecuencias derivadas de una conciliación siempre precaria entre elementos diversos. En este sentido, a juicio de G. Berti, la Constitución económica no es otra cosa que una expresión sintética de la convergencia entre valores constitucionales e intereses económicos, obtenida precisamente mediante una dinámica jurídica orientada a este fin. Los derechos sociales aparecen en este contexto como instituciones jurídicas lábiles, sensibles a los equilibrios políticos y económicos de todo el sistema en su conjunto (CASCAJO, 1988). A este respecto, aunque haya notables discrepancias en el alcance de la dependencia de los derechos sociales respecto a la situación socio-económica, el creciente escepticismo con que los mismos son acogidos deriva en gran medida de que las posiciones jurídicas prestacionales se presentan como posiciones claudicantes, debido a que su optimización presupone siempre una «reserva económica de lo posible» que los poderes públicos interpretarán o concretarán en función de los modelos político-económicos de sus programas de gobierno (GOMES CANOTILHO, 1988).

Este mismo orden de consideraciones subyace a la decisiva contribución de dos autores norteamericanos, J. Rawls y R. Dworkin, que representan las posiciones más igualitarias dentro del liberalismo, y que resultan de indudable interés para la comprensión de las bases tanto del Estado social como del rechazo neoliberal de este modelo regulador e intervencionista. Como destaca M.A. Rodilla, lo más original de la concepción rawlsiana de la justicia es que na-

die tiene derecho a beneficiarse de las diferencias si no es en condiciones que todos los demás puedan aceptar. No se prescribe, por tanto, la igualdad, sino que se justifican las desigualdades pero con el importante límite de que los más favorecidos sólo pueden obtener provecho de su situación en la medida en que mejoren la situación de los no favorecidos (RODILLA, 1985). En atención al principio de diferencia, segundo principio de la justicia como equidad, las desigualdades sociales y económicas han de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo y unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades. Sin embargo, la libertad prima sobre la igualdad, ya que según el primer principio de justicia, cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas compatible con un sistema de libertades similares para todos. Las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en beneficio de la libertad misma, no por ventajas sociales y económicas. En este marco se inscriben las conocidas consideraciones de Rawls de que en una comunidad bien organizada, los derechos y libertades se hallan plenamente garantizados y «no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales».

Siguiendo a L. Prieto Sanchis, vemos que el segundo principio de justicia de Rawls estimula una acción pública más atenta a las exigencias igualitarias y permite la articulación jurídica de derechos sociales destinados a la satisfacción de algunas necesidades básicas, pero mientras las libertades fundamentales constituyen una barrera infranqueable por las decisiones colectivas, incluidas aquellas que tienen por objeto el bienestar de las personas, los derechos sociales admiten límites utilitaristas, pueden servir de moneda en el regateo político, con lo cual se abre un abismo jurídico y político entre ambos tipos de derechos (PRIETO, 1990). Según el modelo rawlsiano, los derechos sociales estarían en todo caso fuera del marco constitucional por muy progresiva que fuera la política económica diseñada por el legislador (VALLES-PÍN, 1985).

También en el caso de Dworkin, aunque algunos de los pasajes de su obra parezcan sugerir la posibilidad de reconocer derechos sociales como auténticos derechos, las pretensiones sociales no funcionan como derechos frente a la mayoría, sino que se mueven en el terreno de los objetivos colectivos; los derechos sociales no pueden concebirse como «triunfos», es decir, como derechos básicos innegociables. En último término, estamos ante la tesis de la inconmesurabilidad de los derechos respecto al bienestar, que es aplicable, aunque en desigual medida, a todos los autores que consideran las libertades básicas insubordinables a la utilidad general (DE PARAMO, 1989), es decir, a todo el sector de la filosofía política y jurídica construida en torno a los derechos fundamentales y en diálogo polémico con el utilitarismo.

Dentro de este pujante sector, los derechos sociales aparecen claramente descalificados en la perspectiva neoliberal en la medida en que implican una intervención estatal reputada en todo caso como atentatoria a la libertad. Las tesis de Hayek son claras a este respecto: el Estado debe garantizar las condiciones para una ordenada competencia, dejando a los individuos la decisión sobre los fines para los que serán usados los recursos disponibles; los poderes públicos deben autolimitarse en aras de los derechos inviolables del hombre, y, desde luego, carece de fundamento todo intento de ampliar el concepto de derecho a los derechos sociales. Cercanos a esta postura se encuentran en este punto los economistas de la Escuela de Virginia, entre los que sobresale Buchanan, para quien el Estado debe ser transmisor de deseos individuales, en torno al deseo de maximizar el propio interés individual, función que se adultera si no se respeta íntegramente el marco legal de garantía de los derechos individuales. La finalidad no es otra que la de evitar que los ciudadanos queden relegados a eternos menores de edad cívica, que dejen en manos de los poderes públicos las responsabilidades y decisiones más importantes de su existencia. Por otra parte, Nozick proclama asimismo que los derechos no pueden ser sacrificados para alcanzar los objetivos de otras personas sin su consentimiento. El modelo liberal del «Estado, vigilante nocturno, simple celador de seguridad y propiedad», cuya defunción había certificado F. Lassalle con excesiva premura (LASSALLE, 1987), reaparece ahora con nuevo ímpetu, pues según Nozick, el Estado social hace a los individuos esclavos, sometidos a una especie de trabajo forzado, del que sólo pueden emanciparse mediante una reducción de las funciones públicas al mínimo imprescindible. Cualquier injerencia estatal en la esfera de los derechos individuales se considera una violación de la persona independiente y autónoma y su instrumentalización al servicio de otros. Los derechos funcionan como «restricciones laterales» a la persecución de objetivos colectivos, apareciendo, no sólo como principios justificativos últimos de nuestras acciones, sino como barreras infranqueables por cualquier argumento consecuencialista, el cual, por definición, tiene inferior relevancia moral.

Al hilo de de la consideración de este modelo neoliberal en el que las libertades básicas resultan inmunes a cualquier valoración de sus consecuencias sociales, podemos preguntarnos si necesariamente el reconocimiento de derechos sociales fundamentales ha de implicar la aceptación de la concepción utilitarista consecuencialista negadora del valor ético de la observancia de los derechos. Acogiendo de nuevo las reflexiones de L. Prieto, parece que la clave de la tesis que sostiene la existencia de derechos sociales formulados como auténticos derechos fundamentales se encuentra precisamente aquí: en la afirmación de que reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades puede articularse en forma de derecho fundamental supone aceptar que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general, es decir, aun cuando una regla de

utilidad aconseje orientar los esfuerzos colectivos en otra dirección. Se acepta así que los derechos, y también los derechos sociales, tienen un valor en sí mismos independiente con respecto a sus consecuencias; la satisfacción de una determinada necesidad, elevada a la categoría de derecho fundamental, resulta prioritaria respecto a cualquier otra consideración basada en el cálculo de utilidad o en cualquier otra justificación general. No se trata, por tanto, de sacrificar ninguna libertad en nombre de las exigencias utilitarias, sino de mostrar que existen otros derechos, los derechos sociales, también sustraibles al regateo político y el cálculo de utilidad (PRIETO, 1990). Como subraya el mismo autor en otro momento, una política de bienestar consistente en la distribución de los recursos encontraría su justificación en la propia doctrina de los derechos; es el derecho a gozar de las libertades lo que estimula una decisión pública en favor de la consecución de un nivel de vida para todos los titulares de esas libertades que permita transformar su titularidad formal en ejercicio real. Tras los derechos sociales es posible encontrar exigencias que deben ser satisfechas aun cuando con ello no se maximice la utilidad general entendida como simple incremento de la riqueza, y de ahí que se rehuse ver en el bienestar colectivo un reflejo del volumen de riqueza y si, en cambio, de su reparto (PRIETO, 1989).

Desde esta perspectiva, los derechos sociales puedan ser vistos como auténticos derechos fundamentales garantizadores de exigencias derivadas de la dignidad humana, esto es, condiciones del propio ejercicio de la autonomía personal, entendida, no sólo como libertad negativa, sino también como libertad positiva. Utilizando la conocida distinción de Isaiah Berlin, como es bien sabido, esta concepción de la libertad implica la posibilidad de ejercer activamente determinadas facultades o poderes, de participar en el proceso social y político, o de disfrutar determinadas prestaciones. De este modo, frente a la idea de que la autonomía personal sólo puede violarse a través de acciones y no de omisiones, debe insistirse en que en el ámbito de la autonomía no sólo influyen de manera restrictiva las interferencias externas de los derechos, sino también otros factores que reducen de manera muy restrictiva nuestra capacidad de elegir y de reflexionar críticamente sobre lo que se elige. La libertad negativa es condición necesaria de la autonomía pero no suficiente (DE PARAMO, 1989).

En una concepción de la autonomía que integre la dimensión positiva de la libertad, la capacidad para promover, modificar y hacer efectivas las propias preferencias, exige una capacidad real para el autogobierno y la realización del plan de vida personal. Desde este punto de vista, también la pobreza, aparte de las interferencias externas, reduce nuestra capacidad de elegir entre distintas alternativas. Como afirma muy gráficamente MacCormick, junto a la libertad existen otras condiciones del respeto de sí mismos y de la búsqueda de satisfacción, como eso que puede identificarse crudamente con estómago lleno, techo bajo el que vivir y la oportunidad de mantener esto mediante un trabajo decente. Un sistema económico que niegue bienes

como estos a algunas personas, o que los distribuya sistemáticamente de manera profundamente desigual, es tan contrario a la demanda equitativa de respeto de sí mismo por parte de cada persona... como un sistema político que reprime la libertad indebidamente o la distribuye en proporciones sistemáticamente desiguales (MACCORMICK, 1990). Desde este planteamiento, los derechos sociales, lejos de considerarse un riesgo para la autonomía personal, son vistos como una condición necesaria de la misma en la medida en que esta concepción de la libertad comprende, no sólo la indispensable defensa del individuo, sino también el cumplimiento de ciertas exigencias materiales, es decir, no sólo las condiciones para la igualdad formal, sino también para la igualdad material.

En este sentido, Peces-Barba señala que todos los derechos fundamentales son derechos de libertad en cuanto pretenden crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía ya que sólo podemos hablar de hombres libres allí donde encontramos hombres liberados por la satisfacción de las necesidades básicas (PECES BARBA, 1988 y 1991). Con palabras de Ferrajoli, el principio de igualdad puede ser concebido como un «meta-derecho» pues es el principio constitutivo tanto de los derechos de libertad, en cuanto igualdad formal en los derechos de todos a sus personales diferencias, como en los derechos sociales en cuanto igualdad sustancial en los derechos de todos a condiciones sociales de supervivencia (FERRAJOLI, 1990). En todos estos casos se pone el énfasis en la posibilidad de comprender los derechos sociales como auténticos derechos compatibles y complementarios de los derechos clásicos de libertad, a los que vienen a dotar de efectividad.

Por consiguiente, dejando aparte al sector del liberalismo que descarta toda posibilidad de hablar de derechos sociales, observamos el contraste entre quienes piensan que pueden existir derechos sociales pero que estos estarían fuera del marco constitucional, fuera del marco de lo sustraible al regateo político y al cálculo de intereses sociales, es decir, que no serían cartas de triunfo frente a la mayoría, y quienes creen que puede hablarse de derechos sociales fundamentales, esto es, derechos básicos innegociables, presentes en normas constitucionales vinculantes y no meramente programáticas; como señala Alexy, derechos que suponen una «posición jurídico prestacional» tan importante desde el punto de vista del Derecho Constitucional, que su garantía o no garantía no puede ser dejada en manos de simples mayorías parlamentarias (GOMES CANOTILHO, 1988).

En cualquier caso, tanto si se trata del especial consenso exigido para adoptar un texto constitucional en el proceso constituyente, como si se trata de la deliberación pública propia del procedimiento legislativo ordinario o en el resto de instancias decisorias, los derechos sociales, por estar destinados a la satisfacción de necesidades variables, atender directamente a categorías determinadas de personas y reclamar

en la mayor parte de los casos acciones positivas para su realización, no pueden concebirse independientemente del consenso, al margen del debate sobre las necesidades para determinar cuáles de ellas pueden reconocerse como exigencias dignas de ser satisfechas por el conjunto de la comunidad como derechos de los individuos.

La referencia a la teoría de las necesidades de A. Heller se hace ineludible en este punto. Siguiendo a M.J. Añón, vemos que la «igualdad de oportunidades de vida» de que habla Heller no es la igualdad de recursos que no conduce a un resultado igualitario porque ignora que las necesidades de los distintos seres humanos son diferentes. Se trata de atender a estas necesidades básicas, variables e históricas, que se distinguen por su carácter no intencional y porque, de no ser satisfechas, se sigue un daño a la persona, un atentado a su integridad física y psíquica. Los derechos sociales podrían considerarse expresión del criterio de igual satisfacción de necesidades básicas, pero el problema es distinguir las necesidades que son realmente básicas para la vida humana y las que pueden verse como pretensiones o intereses a valorar en términos distintos a los de los derechos humanos (AÑÓN, 1990). De cualquier forma, determinar el carácter del nexo entre la existencia de una necesidad y la exigencia de satisfacción resulta siempre una tarea de indudable dificultad. La postura a este respecto de De Lucas y Añón se orienta en la línea de considerar que una vez que se ha demostrado la existencia de una necesidad puede argumentarse consistentemente que constituye una buena razón para su satisfacción (DE LUCAS y AÑÓN, 1990).

Sin entrar en el análisis de una fundamentación consensual de los derechos, parece que las necesidades que aquí entran en juego han de ser necesidades generalizables o susceptibles de ser compartidas comunicativamente en un proceso de argumentación intersubjetiva. De ahí que, tal como veremos más adelante, el status activo, de participación de los ciudadanos en las tomas de decisiones, sea imprescindible para la realización de los derechos sociales. Sin embargo, la realidad actual se distancia cada vez más de un diálogo libre de dominio en el que todos los afectados puedan participar de forma simétrica y abierta; un importante sector de la población, precisamente el más necesitado, permanece fuera del consenso intersubjetivo, pues aunque se pretende universal no toma en consideración a partícipes que, o no tienen la palabra, o no pueden estar presentes, como los vencidos y los marginados (R. MATE, 1990).

## II

La cuestión de delimitar el ámbito de las necesidades y de potenciar nuevos cauces de participación de los afectados en las tomas de decisiones constituye el punto neurálgico de la reflexión de numerosos



autores tradicionalmente comprometidos en la reivindicación de derechos como instrumento para la igualdad y la solidaridad. En este sentido, puede decirse que en los países desarrollados, la cuestión de establecer límites al ámbito de las necesidades básicas para cuya satisfacción se reclama la creación de nuevos derechos es una de las claves de la reacción contra el movimiento de los derechos, contra la ampliación de una «política de derechos» y su sustitución por una «política de poderes». Se insiste así en que no sirve hoy una estrategia tendente a poner en pie el Estado social, una estrategia de mera «conquista de derechos», un programa de actuaciones funcionariales, sino que debe tenderse a la lucha por conquistar «poderes» para las poblaciones, a la articulación y vinculación social (CAPELLA, 1993). En todo caso, se trataría de encontrar cauces que permitan articular la participación en prestaciones sociales con la participación en la toma de decisiones colectivas.

Como subraya Estévez Araujo, en este tipo de planteamientos lo que se critica de la «política de derechos» del Estado social, no es la conexión inicial entre la necesidad y la prestación asistencial, sino que en medio se sitúe un aparato administrativo que enfoca burocráticamente los problemas, así como el hecho de que la racionalidad estratégica aplicada a la lucha por los derechos haya conducido a planteamientos corporativistas de búsqueda de privilegios, llegándose a la desvinculación entre la existencia de la necesidad y el disfrute de derechos sociales, que nace, en cambio, del cumplimiento de determinados requisitos (ESTÉVEZ, 1991). Desde esta perspectiva, se hace urgente trazar una línea más definida entre necesidades esenciales y necesidades cuya satisfacción puede ser modulada y modificada.

No son infrecuentes en este orden de reflexiones las expresiones de desconfianza y malestar por los costos para los otros de nuestros logros en la satisfacción de necesidades a través de derechos. Las siguientes frases de D. Velasco son bien elocuentes a este propósito: Un logro, incluido el de los derechos sociales, queda devaluado y se desfigura cuando se mira al mundo subdesarrollado y dependiente, cuando la calidad de los derechos se mide, no por la cantidad de bienes materiales que suponen, sino por la calidad de la relación humana que permiten tejer; cuando se descubren las nuevas miserias que emergen en la sociedad del bienestar y del consumo, como la falta de creatividad, de comunicación y de sentido, cuando, en fin, la solidaridad que dichos derechos expresan no pasa de ser una solidaridad «excluyente» y «corporativista» (VELASCO, 1991).

P. Barcellona se ha referido a todos estos aspectos: a la pérdida del vínculo social, a la falta de solidaridad y el corporativismo de las reivindicaciones actuales, a las consecuencias en el plano antropológico en lo que él define como «ciudadanía social» y «personalidad transitoria» y a la mercantilización de la vida y desestructuración del motor del cambio a que ha conducido todo este proceso (BARCELLONA, 1992).

Un diagnóstico semejante de la situación es el realizado por U. Preuss en su caracterización de los «derechos distributivos», derechos que combinan el poder adquisitivo, que es típico de la renta de mercado, y la seguridad, que no lo es, y que tienen la tendencia a ser maximizados, con lo cual el rasgo de la renta de mercado se aplica a su sustituto. Se intenta demostrar que el estatus social de los individuos en el Estado social está mediatizado por el dinero, pues la vida no ha sido desconectada del mercado, sino que más bien han sido interasociados por medio de la política y del Estado. Los derechos distributivos nacen de la necesidad de una intervención estatal «correctora» del mercado, pero los titulares de estos derechos no dejan de actuar de acuerdo con una racionalidad exclusivamente estratégica por el proceso de mercantilización de la satisfacción de las necesidades. La efectividad del derecho es independiente de la consideración del beneficio que reporta su ejercicio en relación con los perjuicios que puede ocasionar (PREUSS, 1991). De ahí que se produzca una constante erosión en la identidad colectiva de estos grupos y la solidaridad que caracteriza sus relaciones. La no-reciprocidad de los derechos sociales favorece una actitud interesada por parte de los individuos y los colectivos.

Surge, de este modo, la dimensión antropológica de los riesgos del Estado social y su relación mediatizada entre necesidades y derechos. G. Corso, basándose en el pensamiento de L. Lombardi, la define como la antropología del hombre asistido: el hombre que se mueve en un ámbito puramente cuantitativo, que desconoce la incertidumbre del futuro, que rechaza la necesidad como elemento coexistencial a la condición humana, que no conoce bienes exclusivos, que es radicalmente dependiente (CORSO, 1981). Con las miras puestas en las consecuencias para el desarrollo personal de la actividad asistencial, también E.R. Huber alerta de los posibles peligros de la «procura existencial», según el término de Forsthoff, que debería equivaler a la creación de las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre; por el contrario, una mera actividad de ayuda económica que tuviera como resultado la obstaculización del despliegue de la personalidad, que la alienara a una procura extraña, que hiciera depender la seguridad de una voluntad ajena, sería una degeneración de la procura existencial (GARCÍA-PELAYO, 1977). Asimismo, Capograssi expresa el temor de poner continuamente las condiciones para vivir sin llegar nunca a vivir, el peligro de que se recaiga en el estado de abstracción del que se trata de salir, pues el derecho era abstracto porque prescindía de las concretas condiciones de vida del sujeto, y ahora puede volverse abstracto si llega a prescindir del propio sujeto (CAPOGRASSI, 1959).

Aunque el enfoque general de su pensamiento se sitúe en otras coordenadas, por lo que ahora interesa, nos encontramos cerca de la crítica de Habermas cuando manifiesta que la actitud predominante en la actualidad es la actitud del que espera recibir asistencia sin querer im-

poner decisiones. Con palabras de J.R. Capella, nos encontramos ante ciudadanos-siervos, sujetos de los derechos sin poder, de la delegación en el Estado y el mercado, que han disuelto su poder al confiar sólo al Estado la tutela de sus derechos, al tolerar una democratización falsa e insuficiente que no impide al poder político privado modelar la «voluntad estatal» (CAPELLA, 1993). Por otra parte, también Offe y Lenhart, según explica Ara Pinilla, han incidido lúcidamente en el determinismo de la voluntad de los individuos que comporta ya la propia idea de Estado social, en la medida en que se afirma que la satisfacción de las necesidades que se lleva a cabo en el Estado del bienestar supone, sin embargo, una satisfacción de las necesidades que define el poder político, y nada hay más alienante para el individuo que ver que son otros los que determinan cuáles son sus necesidades más íntimas y elementales. Será precisamente ese paternalismo disimulado el que va a acarrear la crisis del sistema cuando el Estado, que durante mucho tiempo se ha ocupado de enseñar a los ciudadanos cuáles son los bienes que debe consumir, cuáles son las necesidades elementales que deben satisfacer, se encuentra con que ni puede satisfacer esas necesidades ni puede suministrar a los ciudadanos los bienes que imperiosamente le demandan (ARA, 1990). Además, no hay que olvidar, que la mejora de las condiciones de vida y del consumo material de los trabajadores determina tanto el crecimiento de nuevas necesidades no materiales como la extensión de estratos no ligados a la producción que cada vez de forma más aguda expresan necesidades e intereses diversos del mero consumo material.

Pensamos que todas estas referencias ponen claramente al descubierto que desde este polo de la crítica a los derechos sociales no se rechaza la aspiración a la igualdad o la funcionalización hacia fines sociales que conllevan tales derechos, sino las deficiencias, las contradicciones internas, que determinan su inadecuación a las finalidades a que estaban ordenados en un principio. No se niega la conexión con las necesidades básicas, sino que esas necesidades vengán determinadas desde arriba y estén orientadas al consumo, es decir, a las exigencias del sistema productivo, llegándose a una siniestra conjunción de mercantilización de la vida humana, predominio de privilegios corporativistas y alienación en los propios deseos y necesidades. El modelo del Estado del bienestar muestra en estos extremos su máximo grado de tensión y su alejamiento de las cláusulas sociales que se ligaron a su origen y que han ido generando efectos diversos que propician otras lecturas.

En este sentido, no hay que perder de vista el dato significativo de que la mayor parte de los críticos del Estado social a que hemos aludido, tras lamentar todas estas carencias, tienen palabras de reconocimiento a los logros irrenunciables de la dinámica de los derechos sociales. Así, por ejemplo, D. Velasco, a renglón seguido de sus duras consideraciones sobre los derechos sociales antes citadas, afirma: soy consciente de que mirar el fenómeno de los derechos sociales desde un

ángulo tan subrayadamente crítico, para detectar las deficiencias en los logros, no es lo justo. Debería haber abundado en lo que de positivo y progresista suponen respecto a épocas anteriores o a alternativas presentes posibles, sobre todo cuando la amenaza neoconservadora al Estado del Bienestar sigue vigente. Pero creo que el peligro de nuestras sociedades no está tanto en la autocrítica cuanto en la sumisión satisfecha (VELASCO, 1991). Se trataría, por consiguiente, según señalan nuevamente Barcellona y Cantaro, de singularizar más claramente las necesidades básicas y trazar una línea divisoria entre áreas en las cuales no es posible hipotizar retornos a la estructura mercantil, (prevención, salud, educación, vivienda), siendo necesario que sean sustraídas del mismo incluso constitucionalmente, y áreas de necesidades que se entiende pueden ser confiadas a relaciones mercantiles, asociativas, voluntarias, o cooperativas. Pérez Luño se pronuncia sobre la cuestión de forma contundente cuando escribe: constituiría una presunción inaceptable el enjuiciar el Estado social para señalarle sólo sus insuficiencias, sin reconocer sus anticipaciones, así como sus potencialidades inexploradas (PÉREZ LUNO, 1991).

### III

La cuestión se plantea en términos distintos a los empleados por quienes pretenden la desvertebración del Estado del bienestar y la simple eliminación de los derechos sociales, ya que el objetivo es más bien el de definir algunos elementos que podrían venir a completar el nuevo déficit de derechos fundamentales en el Estado social de Derecho. Creemos que de forma muy general se puede sostener que a esta categoría de derechos le serviría de complemento, en cuanto categoría basada en el valor igualdad, la revalorización de la dimensión de la solidaridad, y en cuanto categoría que permite hablar de un status positivo, la insistencia conjunta en un status activo que permita articular la participación en prestaciones sociales con la participación en la toma de decisiones colectivas. En pocas palabras, el objetivo final no sería otro que el de establecer nuevos criterios de aproximación al ideal global del Estado social y democrático de Derecho, siempre y cuando estas dos cláusulas puedan resultar compatibles (BARATTA, 1977 y E. DÍAZ, 1979).

Como es bien sabido, W. Abendroth es el más fiel representante de la tendencia que ve en el principio del Estado social una extensión del principio democrático de la esfera del Estado a la esfera de la sociedad, lo cual puede suponer modificaciones importantes en los principios de constitución económica de la sociedad (PÉREZ ROYO, 1984). Desde su punto de vista, la separación del poder económico y político genera un estado de tensión que en una democracia formal no puede ser contenido a largo plazo. El pensamiento democrático debe impregnar también

el orden social y económico y debe transformar las relaciones de poder. En palabras del propio Abendroth, la idea de la estatalidad social en el Estado democrático de derecho muestra claramente que, si se respeta el valor propio del ser humano, el orden social y económico ha de quedar a disposición de la sociedad que se determina a sí misma (ABENDROTH, 1973). Como ha subrayado J. Ballesteros, no existe contradicción alguna entre los términos social y democrático, sino mutua compenetración. Lo social afecta sobre todo a las relaciones económicas, lo democrático a lo político que incide sobre lo anterior. El modelo de régimen democrático se observa ante todo en los principios de representación, en el pluralismo político y en dejar un amplio campo a lo social privado, que no cabe reconducir a la sociedad burguesa y no tiene por tanto ningún sentido individualista (BALLESTEROS, 1990). Sin duda, la recomposición del tejido social aparece como necesario contrapeso de la extensión de la intervención de los poderes públicos en la sociedad.

Pero, como es bien sabido, la complementariedad entre derechos sociales y principio democrático no ha dejado de ser contestada por el temor a que pueda romper el equilibrio con la libertad; equilibrio sobre el que se sustenta de modo siempre inestable el propio Estado social. Según lo señalado, si un extremo de la crítica al Estado social parte de este temor al detrimento de la libertad individual, el otro extremo de la crítica pone el énfasis en el miedo a que el Estado social, al operar a través de segmentos y jerarquías que se creen inevitables, levante acta de la quiebra definitiva del principio de igualdad (OLIVAS, 1991). Dicho de forma gráfica, el primer sector de respuesta a la crisis propugna la supresión de aquellos derechos que se consideran impedimentos para la función de asignación del mercado, mientras que el segundo sector sostiene la necesidad de participar en el proceso de distribución y en todos los foros de decisión (PREUSS, 1991). En el primer caso, se reclama la «desregulación» o «desreglamentación» en aras del aumento de eficiencia del sistema, mientras en el segundo se insiste en el paso de la «materialización» del Derecho a su «procedimentalización». Los valores guía de las respectivas críticas no pueden ser otros que en el primer supuesto la libertad individual como límite de la igualdad, y en el segundo, la solidaridad como su expresión más acabada y de ahí que haya podido afirmarse que los derechos fundamentales del Estado social son los derechos sociales fundados en la igualdad y los derechos de la solidaridad (PÉREZ LUÑO, 1991).

Sobre la continuidad y diferencias entre igualdad y solidaridad resumimos en muy pocas líneas las reflexiones de J. de Lucas al respecto, que pueden ayudarnos a comprender las complejas dimensiones que se entrecruzan en las relaciones entre estos dos principios. Así, se muestra que la solidaridad como principio ético surge sobre todo como reactualización de la fraternidad que en su sentido positivo supone ayuda mutua y comunicación. Esta perspectiva de la solidaridad, por encima de las variadas acepciones en el campo de las ciencias sociales,

supone que para ser auténtica no puede ser excluyente y que actúa como contrapeso del instinto egoísta, pero por sí misma no marca suficientemente la distinción con el principio de igualdad, ya que sus orígenes son en muchos casos comunes. No basta tampoco con afirmar que la solidaridad debe arrancar de la heterogeneidad, del reconocimiento de la diferencia, sino que su signo distintivo se encuentra en la idea de vinculación del individuo y la comunidad que permite conjugar autonomía e integración; de este modo, la solidaridad requiere, no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad sino también la responsabilidad colectiva. Acudiendo a la caracterización de Vasak, los derechos de la solidaridad resultan de una cierta concepción de la vida en comunidad y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social. Como concluye De Lucas, la solidaridad, más que contrapeso del prejuicio egoísta, sería la contrapartida de las exigencias de la autonomía personal, como valor central, como el fundamento último de los derechos, sobre todo allí donde la igualdad no ofrece tal adecuado contrapeso (DE LUCAS, 1992 y 1993).

La solidaridad puede ser entendida de este modo como el principio que vendría a tratar de recomponer el vínculo social que los derechos de igualdad no han logrado tejer o han contribuido a descomponer. Según señalamos, algunos autores no han dudado en llegar a manifestar que la solidaridad que los derechos sociales expresan no pasa de ser una solidaridad excluyente y corporativista, por consiguiente, una falsa solidaridad. No puede ser de otro modo si la realidad de estos derechos se observa desde el prisma del juego de intereses y privilegios a que a veces han sido hipotecados dentro de esta dinámica de fragmentación y división de los colectivos, que supone una constante erosión de la identidad colectiva y un aislamiento social de los grupos.

Para contrarrestar esta situación, es decir, la falta de participación de los ciudadanos en la conformación del tejido social, al igual que los derechos sociales han podido entenderse como desarrollo del status positivo de Jellinek, se propone también la posible proyección en el terreno de los derechos fundamentales del status activo, que en su sentido originario se refería a la posición de quien contribuye a constituir la voluntad estatal, por lo que se encontraba en la base de los derechos políticos. A este respecto, proliferan las referencias a un *status activus processualis*, que E. Denninger concibe como el reconocimiento de la facultad de cada persona para participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista procedimental, la realización de los derechos fundamentales requiere unas estructuras organizativas que aseguren el pluralismo, el respeto a las minorías, la neutralidad o imparcialidad y la apertura de los procedimientos a las oportunas innovaciones (PÉREZ LUÑO, 1991).

En esta línea, Cascajo se refiere a la participación en los procedimientos de distribución del sistema global de prestaciones como medio de proteger y tutelar los derechos sociales. El objetivo se cifra en que en el seno de cada formación social, el ciudadano tenga la posibilidad, a través de una organización y procedimiento reglado, de participar en la asignación ponderada de prestaciones sociales (CASCAJO, 1988). Este tipo de demandas se dirige a la participación de los interesados en la propia gestión del servicio y, tal como indica López Guerra, habría que mentalizarse de que destinar recursos públicos a prestaciones sociales no tiene por qué significar forzosamente la administración de tales prestaciones por agentes públicos, ya que el Estado benefactor o intervencionista no tiene por qué traducirse en la estatalización o burocratización de los servicios sociales (LÓPEZ GUERRA, 1980).

Con el norte puesto en la mayor democratización de los diferentes sectores de la vida social, se suceden numerosas sugerencias de las que L. Ferrajoli destaca la actuación en dos ámbitos preeminentes, el principio de legalidad y el principio de jurisdiccionalidad. Según el primero, para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no queden al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean los presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad los órganos que deben satisfacerlas. Por lo que atañe al principio de jurisdiccionalidad, para que las lesiones de los derechos fundamentales liberales o sociales sean sancionadas, es necesario que tales derechos sean justiciables, o sea, accionables en juicio en confrontación con los sujetos responsables, por comisión o por omisión, de su violación. Se precisa que la legitimación activa sea extendida para los derechos sociales de naturaleza colectiva a las nuevas subjetividades colectivas, no siempre dotadas de personalidad jurídica. En suma, que, junto a la participación política en las cuestiones de gobierno reservadas a las mayorías, se desarrolle una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y en la satisfacción de sus derechos como instrumentos de autodefensa y de control en las relaciones con los poderes públicos. (FERRAJOLI, 1990). Como escribe A. Nieto, en los tiempos actuales hablar de intereses colectivos es hablar de democracia, porque es permitir que amplios sectores sociales, a los que son en parte inaccesibles tanto los mecanismos forenses como los políticos, puedan participar en la vida pública, pero no de forma abstracta, sino muy concreta, porque se trata de intereses que, aunque supraindividuales, afectan al individuo de manera muy directa (NIETO, 1983).

Esta alusión a intereses supraindividuales -que podría prolongarse en los análisis que hoy ocupan a los administrativistas de nociones como interés directo, interés legítimo o interés difuso- nos incita a volver la mirada a algunas ideas de G. Gurvitch que suponen una interesante articulación de Derecho social y democracia. Su *Déclaration des droits sociaux* distingue tres esferas de derechos sociales: los derechos del productor, los del consumidor y los del ciudadano, y en el ámbito

formal, que es según Bobbio el más interesante aunque el más discutible, pretende fundar la garantía de los derechos sociales, no ya sobre los principios considerados insuficientes del Estado liberal, sino sobre el principio informador en una sociedad pluralista de la limitación recíproca y del equilibrio de los grupos, o, en concreto, del desarrollo paralelo de la organización política y de la organización económica y, en el interior de ésta, del ordenamiento de los productores y de los consumidores (BOBBIO, 1991).

En fechas más recientes, podemos detectar en Italia diversos intentos de definición de otras declaraciones de derechos que pretenden servir de instrumento para la operatividad práctica de derechos ya proclamados, incluso en los textos constitucionales, pero carentes de suficientes garantías de realización. A este propósito, I. Ara destaca las aportaciones de F. Occhiogrosso, L. Balbo y S. Rodotà, a las que nos referiremos de forma sumaria.

En primer lugar, resultan de gran interés las manifestaciones de Occhiogrosso sobre la tendencia a requerir el paso del actual sistema de protección del ciudadano portador de determinadas necesidades por parte de las instituciones a un sistema fundado en la individualización de específicos derechos fundamentales, y en el pleno reconocimiento de la titularidad de los mismos en los ciudadanos, con la consiguiente posibilidad de acción frente a los representantes de instituciones que tienen encomendada su protección, o, quizá mejor, la gestión pública de la necesidad de la que son portadores. Por su parte, L. Balbo describe la categoría de los llamados «derechos cotidianos» como aquellos que expresan el hecho de que los ciudadanos no son objeto de disposiciones sino interlocutores; no se limitan a pedir, sino que elaboran propuestas, y, en cierto modo, ellos mismos organizan soluciones, no delegan, no son periféricos con relación a los centros de decisión, no se sitúan como postulantes; son precisamente, en lo cotidiano, portadores de los derechos. Las cartas de los derechos cotidianos se caracterizan, según S. Rodotà, por ser más bien un conjunto de instrumentos operativos directamente accionables por los interesados. En definitiva, nos encontramos ante derechos que, aunque corresponden a la fase de la crisis del Estado social, se constituyen como facultades que les son reconocidas a los individuos para poder provocar la efectiva realización de los derechos proclamados en las Constituciones de los denominados Estados sociales. Así, la aparición de los derechos cotidianos comporta la exigencia de realización, junto a los nuevos derechos de la tercera generación, de los viejos derechos sociales para exigir ahora la determinación de los individuos como auténticos interlocutores a los que les corresponde una función directamente de decisión. (ARA, 1991).

También en Alemania se detecta desde hace algunos años una preocupación creciente por buscar nuevas vías de superación de la crisis del Estado social en el plano jurídico. En términos muy generales, se parte de considerar que el Estado ya no es capaz de tomar decisiones compa-



tibles entre sí dada la diversidad de ámbitos y de intereses contrapuestos que ha de controlar. La dificultad del Estado para organizar a través del Derecho una globalidad coherente, lleva a que se propugne cada vez con más fuerza la desregulación, la retirada del Estado y la delegación de su responsabilidad. Como hemos anticipado, las propuestas neoliberales orientan la tendencia a la desregulación hacia el progresivo desentendimiento del Estado en los procesos sociales; en cambio, los planteamientos a que aquí nos referimos contienen un componente de «desregulación» por lo que respecta al Derecho material y un componente de nueva regulación en sentido procedimental y organizativo (ESTÉVEZ, 1993). Esta tendencia a la «procedimentalización» o «proceduralización» del Derecho, con las repercusiones en la ampliación del *status activus processualis* antes referidas, se inscribe en un fenómeno global de primacía del procedimiento, que resulta decisivo en el terreno ético-político. De hecho, uno de los más originales exponentes de este tipo de planteamientos en el ámbito jurídico, G. Teubner, parte en su obra del pensamiento de Habermas, aunque también del de Luhman, en la construcción de lo que califica de «Derecho reflexivo».

Teubner relaciona su perspectiva con otras búsquedas actuales de una nueva racionalidad en el Derecho como las de la «nueva proceduralización del Derecho» de Wiethölter, el concepto de un «derecho ecológico» de Ladeur, el nuevo «pluralismo jurídico» de Boaventura Santos o los «programas relacionales» de Willke (TUBNER, 1985 y 1989). Su propio intento por construir un «Derecho reflexivo» pretende contribuir a resolver los problemas de integración de sociedades altamente diferenciadas sustituyendo la tarea interventora del Estado social por una labor «facilitadora» en la que el Derecho regule procedimientos, mecanismos de tomas de decisiones y formas de participación y organización que hagan posible la «autorregulación». Se trata, pues, de una integración descentralizada en la que las organizaciones privadas o semipúblicas deciden por sí mismas pero deben ser responsables de las consecuencias externas de sus actividades. El «Derecho reflexivo» no impone la obtención de resultados determinados que una racionalidad material o sustantiva requeriría, no intenta realizar objetivos preestablecidos, pero tampoco se desentiende de la dinámica social (ESTÉVEZ ARAUJO, 1990 y 1991). Para V. Ferrari, el carácter «reflexivo» del Derecho supone que actuaría como marco exterior, rígido en sus confines últimos, pero flexible en su interior, que proporcionaría modelos para decidir sobre las decisiones, regular las reglamentaciones, establecer premisas estructurales para futuras decisiones en términos de organización, procedimientos y competencias (FERRARI, 1989). Según Preuss, la propuesta de Teubner no supone sólo una «procesalización» de los derechos sociales, sino una teoría más amplia de reestructuración de las relaciones sociales mediante la sustitución del mercado por la organización como mecanismo para la distribución de recompensas sociales (PREUSS, 1988 y 1991). También para N. Reich, Teubner define un papel diferente del Derecho en la re-

gulación de las relaciones sociales que no supone el abandono de la política, sino el control de contexto descentralizado del cual espera que alcanzará objetivos sociales con menos fricción porque reconoce la complejidad de los subsistemas sociales.

Partiendo de estas últimas consideraciones, N. Reich critica el «Derecho reflexivo» de Teubner por su ambigüedad a la hora de resolver el problema del poder político, ya que nos movemos en un concepto de Derecho autopoietico pero que puede ser utilizado por el sistema político como medio de control (REICH, 1988). Esta crítica puede encontrar su base en consideraciones de Teubner que no acaban de mostrar con claridad el proyecto político que subyace a su «Derecho reflexivo», así por ejemplo cuando trata de resumir su postura en estos términos: El derecho, en vez de regular directamente el comportamiento social a través de normas, se limitaría a regular organizaciones y procedimientos y a redistribuir derechos regulativos. El fin principal del Derecho no consiste hoy en tener bajo control el poder y tampoco en incrementar la participación individual en el poder de manera enfática por la denominada «democracia participativa», sino que estriba en proyectar estructuras organizativas internas (asociaciones públicas, sindicatos, *mass media*) que sean sensibles a los efectos sociales producidos por las estrategias de maximización de la específica racionalidad adoptada por ellos. La creación de condiciones estructurales favorables al desarrollo de una «consciencia organizativa» que refleje el equilibrio entre función y actividad del sistema social, debería ser el objetivo integracional desarrollado por un derecho reflexivo (TEUBNER, 1985). A juicio de Barcellona, estas dimensiones conllevan que el derecho vaya perdiendo toda connotación fuerte, de participación en la «construcción» del proyecto del orden social o de pretensión de hacerse valer contra un poder que se opone y se resiste; por el contrario, lo que habría que potenciar es una nueva forma de criticismo, una «ciudadanía conflictiva», a través de una estrategia que sitúa en el centro el problema de la distribución y la titularidad del poder (BARCELLONA, 1992).

Junto a las propuestas de Teubner, aparecen otras formulaciones que se orientan a la «desregulación» para contrarrestar las deficiencias de las normas jurídicas materiales con una regulación precisa del procedimiento. Los intentos por precisar el aspecto procesal se unen a la búsqueda de instrumentos con que compensar las desigualdades de poder realmente existentes en el seno de la sociedad. Por ejemplo, U. Preuss caracteriza la regulación «post-intervencionista» —el «Derecho internalizador»— como aquella que requiere un alto grado de conciencia social y sensibilidad para con las consecuencias de los actos de uno, propugnando la creación y distribución de los derechos de negociación, que podrían respaldar la autoconstitución de grupos descuidados por el modelo tradicional del Welfare state y posibilitar o facilitar su lucha por la defensa o mejora de sus condiciones de vida (PREUSS, 1988). En este sentido, debemos recoger una serie de medidas destina-

das al colectivo que mas directamente «pone en crisis» y «padece la crisis» de nuestro mundo actual: los trabajadores inmigrados, prueba de fuego de una concepción de los derechos sociales comprometida con la solidaridad y la participación democrática.

J. de Lucas ha propuesto a este respecto diversos tipos de medidas: el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, la homologación del trato penal, el reconocimiento también de modo efectivo del derecho de reagrupamiento familiar y, en suma, establecer y garantizar la igualdad de derechos de los extranjeros con los nacionales que son imprescindibles para su dignidad. En todo caso, parece necesario que las medidas restrictivas que afecten a los derechos y en general la condición de los extranjeros supongan siempre la tutela judicial y, por tanto, la supervisión por los jueces de toda actuación administrativa al respecto (DE LUCAS, 1992a).

Una vez más surge la llamada a la solidaridad con los que no tienen voz en la articulación de las necesidades y los intereses sociales. En estos últimos años se han levantado importantes protestas por las deficiencias en este sentido de la actividad sindical, centrada en la demanda de realización de los derechos de los trabajadores cualificados y estables pero ajena a nuevos colectivos especialmente desprotegidos, como los inmigrantes u otros sujetos descolgados del sistema productivo. De ahí la acusación de corporativismo a la que nos venimos refiriendo en nuestra exposición. Nos encontramos ante un fenómeno general de desproletarización del trabajo que va unido a la reducción del empleo y que conlleva, como ha analizado J. Ballesteros, que en los países más desarrollados económicamente el problema básico sea hoy la consecución de un puesto de trabajo estable, y, en su caso, la protección de los no trabajadores, tales como parados, especialmente mujeres, jóvenes, minorías étnicas, ancianos, disminuidos físicos, enfermos; en definitiva, las llamadas clases pasivas o, lo que es lo mismo, los «nuevos pobres». (BALLESTEROS, 1992). En este sentido resulta de gran interés la «Propuesta Sindical Prioritaria» realizada por los sindicatos españoles a raíz de la jornada de huelga general del 14 de Diciembre de 1989 en la que se asume la defensa de los intereses de los sectores desempleados y marginados de la sociedad.

La «Propuesta Sindical Prioritaria» es relevante también para otros aspectos relacionados precisamente con la exigencia de participación y solidaridad a la que nos venimos refiriendo. Así se crítica a un tiempo el «déficit social» y el «déficit democrático» que sufren nuestras sociedades en cuanto existe, junto a una política económica orientada a maximizar el beneficio empresarial y fomentar la precariedad en el empleo, un grado elevado de parcelas de poder exentas de mecanismos de control y de transparencia. La democracia se ha quedado en la puerta de las empresas ya que en su interior los derechos de negociación, información, participación y consulta chocan con las «potestades y facultades del empresario». (TREVILLA, 1991). Como afirman Barcello-

na y Cantaro, la teoría liberal fija la frontera entre lo que pertenece a las relaciones económicas y lo que pertenece a la política. Por el contrario, el Estado social entra en el mercado pero se para en sus propias fronteras, en el umbral de la fábrica. En términos generales, puede observarse un déficit decisivo, un déficit de vertebración social, de potenciación y de protagonismo de las organizaciones intermedias de la sociedad.

La reiterada preocupación por la participación en las tomas de decisiones va unida habitualmente, y a este respecto es paradigmática la obra de Simone Weil, a la idea del trabajo como dimensión esencial para el desarrollo pleno de la vida humana. Creemos que se trata de una cuestión decisiva para concluir una reflexión sobre los derechos sociales, surgidos ante todo como derechos del trabajador y ligados al mundo laboral, sobre todo en un momento en que la vertiente asistencial del Estado de Derecho parece asumirse en una resignada aceptación de la sociedad de dos tercios paliable con medidas de mera supervivencia. La garantía de unos mínimos vitales, a través del llamado «salario social» o pensión asistencial y de otros instrumentos de Seguridad social, resulta claramente insuficiente como solución de la miseria y la exclusión social si se reduce a mantener vivo al sujeto condenándolo al espacio propio de la marginalidad. Como muestra con gran plasticidad García Roca, el pobre no demanda sólo pan, sino oportunidades vitales para la realización de un proyecto autónomo de existencia (GARCÍA ROCA, 1991). Evitar la miseria es también paliar la exclusión social, la marginación psicológica y el síndrome de aislamiento que afligen a miles de personas en la actualidad. Así se propugnan prestaciones en tres ámbitos: las necesidades de subsistencia, el acceso a los servicios sociales y la inserción en la vida activa para el desempeño de las responsabilidades sociales. Son las llamadas «prestaciones básicas de solidaridad» que desarrollan el significado de los derechos sociales y promuevan, no beneficiarios pasivos, sino auténticos ciudadanos capaces de acceder a los bienes sociales y de participar en la vida colectiva.

Algunos de estos objetivos laten también en algunos textos internacionales que en la esfera europea tratan de compensar la primacía del interés por la política económica con una cierta preocupación por la política social. En esta línea se orienta desde la Carta Social Europea hasta la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales pasando por el Acta Unica Europea. En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales se reconocen en concreto doce derechos sociales: la libre circulación, el empleo y la remuneración, la mejora de condiciones de vida y de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y la negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, la consulta y la participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, la protección de los niños y de los adolescentes, de las personas de edad avanzada y de los minusválidos.

Como se observa fácilmente, los derechos proclamados vienen a ser los habituales en los Derechos internos; las dificultades para su realización son también aquí, y aun en mayor medida, las que proceden de la propia estructura de estos derechos y de «la seriedad» con que sean tomados por parte de los diversos agentes encargados de su operatividad. Todo ello constituye una materia de análisis urgente y apasionante en momentos de crisis, y si pocos de sus aspectos se ven hoy con claridad, al menos uno parece imponerse, que se requiere un gran movimiento de solidaridad para que pueda hablarse de los derechos sociales como expresión de una democracia en la que todos los ciudadanos puedan participar.

## BIBLIOGRAFIA

- ABENDROTH, W. *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona-México, Grijalbo, 1973.
- AÑÓN, M.J. «El sentido de las necesidades en la obra de Agnes Heller», *Sistema*, n.º 96, 1990.
- ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- BALLESTEROS, J. «Los principios básicos de la Constitución (I): El Estado social y democrático de Derecho», en VVAA. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*.
- BALLESTEROS, J. *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BALLESTEROS, J. «Los derechos de los nuevos pobres», en J. BALLESTEROS (ed), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BARATTA, A. «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», *Sistema*, 17-18, 1977.
- BARCELONA, P. «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- BARCELONA P. y CANTARO, A. «El Estado social entre crisis y reestructuración», CORCUERA J. y GARCÍA HERRERA, M.<sup>a</sup> (eds), *Derecho y economía en el Estado social*.
- BARCELONA, P. *Postmodernidad y comunidad*, Madrid, Trotta, 1992.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- CAPELLA, J.R. «La crisis del 'Estado del bienestar' en la crisis de la civilización», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- CAPELLA, J.R. *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993.
- CAPOGRASSI, G. «L'ambiguità del diritto contemporaneo», *Opere*, V, Milán. Giuffrè, 1959.
- CASCAJO CASTRO, J.L. *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, CEC, 1988.
- CORCUERA, J. y GARCIA HERRERA, M.A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988.
- CORSO, G. «I diritti sociali nella Costituzione Italiana», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981.
- DIAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Edicusa, 1979.
- ESTEVEZ ARAUJO, J.A. «La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración», *AFD*, 1990.

- ESTEVEZ ARAUJO, J.A. «Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990.
- FERRARI, V. *Funciones del Derecho*, Introducción de J. de Lucas, Madrid, Debate, 1989.
- GARCIA MACHO, R. *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- GARCIA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- GARCIA ROCA, J. «Rentas mínimas garantizadas», *Derechos sociales*, Iglesia Viva.
- GOMES CANOTILHO, J.J. «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988.
- LASSALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*, Estudio preliminar de E. Aja, Barcelona, Ariel, 1987.
- LÓPEZ GUERRA, L. «Las dimensiones del Estado Social de Derecho», *Sistema*, núm. 38-39, 1980.
- LUCAS, J. DE *Europa ¿convivir con la diferencia?*. (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías), Madrid, Tecnos, 1992 a.
- LUCAS, J. DE *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.
- LUCAS, J. DE «El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente», Ponencia al III Congreso nacional ADAME, Madrid, 7-8 de abril de 1992 b.
- LUCAS, F.J. DE y AÑÓN, M.J. «Necesidades, razones y derechos», *Doxa*, n.º 7, 1990.
- MACCKORMICK, N. *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos, 1990.
- MATE, R. *Mística y política*, Navarra, Verbo Divino, 1990.
- MUGUERZA, J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- NIETO, A. «Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales», REDA, 1983, n.º 100-102.
- OLIVAS, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- OLIVAS, E. «Problemas de legitimación en el Estado social», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- DE PARAMO, J.R. «Bienestar, derechos y autonomía», MUGUERZA, J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*.
- PAREJO ALFONSO, L. *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.
- PECES-BARBA, G. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, EUDEMA, 1988.
- PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A.E. «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- PÉREZ ROYO, J. «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social». REDC. n.º 10, 1984.
- PÉREZ ROYO, J. «Crisis del Estado social: Un falso debate», CORCUERA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A. (eds), *Derecho y economía en el Estado social*.
- PREUSS, U.K. «La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social», J. CORCUERA y M.A. GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*.
- PREUSS, U.K. «El concepto de los derechos y el Estado del bienestar», en E. OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*.
- PRIETO SANCHIS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- PRIETO SANCHIS, L. «Notas sobre el bienestar», *Doxa*, 1991.

- RAWLS, J. *Justicia como equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, presentación de M.A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986.
- REICH, N. *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.
- REICH, N. «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica», en CORCUERA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*.
- RODILLA, M.A. «Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza», *AFD*, n.º 2, 1985, pp. 229-284.
- RODOTA, S. *Alla ricerca delle libertà*, Il Mulino, Bolonia, 1978.
- TEUBNER, G. «Aspetti, limiti, alternative della legificazione», *Sociologia del Diritto*, n.º 1, 1985.
- TEUBNER, G. «'Et Dieu rit...'. Indetermination, autoréférence et paradoxe en droit», *A.Ph.D.*, 34, 1989.
- TREVILLA, C. «La propuesta sindical prioritaria: un instrumento para la acción sindical y el diálogo social», *Los derechos sociales, Iglesia Viva*.
- VALLESPÍN, F. *Nuevas teorías del contrato social*, Madrid, Alianza, 1985.
- VELASCO, D. «Derechos sociales y socialización del poder», *Derechos sociales, Iglesia Viva*.
- VVAA, *Estudios sobre la Constitución Española*, Universidad de Valencia, 1980.
- VVAA, *Los derechos sociales, Iglesia Viva*, n.º 151, 1991.





## Europa y la esperanza del orden: La democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea\*

Por JOSE MARIA ROSALES

Málaga

### I

«Europa o el caos» era el título de un artículo de Jacques Delors, presidente de la Comisión Europea, aparecido en España en 1991. En un contexto particularmente significativo para definir el papel internacional de la Europa comunitaria: abiertos los procesos de transición a la democracia desde los regímenes comunistas, finalizada la guerra del Golfo y reconocida la dificultad de llevar a la práctica una política común de seguridad, desatado el conflicto nacionalista e interétnico en Yugoslavia y previstos ya los pasos iniciales para la constitución de la Unión Europea desde la Comunidad Económica. La reflexión de Delors presenta a la Comunidad como garantía de estabilidad económica y política en el continente. Pero fomentar este papel estabilizador requiere consolidar previamente el mercado interior y la unión política, de forma que la Comunidad no se limite, como Delors observa, a ceñirse a su papel tradicional de entidad con vocación económica, sino que opte por convertirse en «una potencia global que asume responsabilidades en el plano mundial».

En estos términos puede entenderse qué signifique ser una respuesta al caos y el alcance, más allá de las fronteras comunitarias, de la defensa emprendida de la economía libre de mercado y la democracia

---

\* He redactado este trabajo durante la estancia en el Walt Whitman Center de la Universidad de Rutgers (EE.UU.), entre 1992 y 1993, gracias a una beca postdoctoral MEC-Fulbright. Agradezco a su director, Benjamin Barber, su discusión desde una perspectiva «no europea». Debo el interés inicial en estas cuestiones a Philippe Schmitter y Elemér Hankiss. Asimismo, deseo agradecer la lectura de borradores previos a Juan José Gil Cremades, Salvador Giner y José Rubio Carracedo.

liberal. No obstante, cómo se caracterice su papel internacional no es tanto una cuestión de diseños previos como de articulación de políticas concretas consensuadas por los países miembros. Como es lógico, la composición interna de la Comunidad no sólo afecta a las estrategias de cooperación económica, sino que en el contexto de la Unión, determina también el sentido que adopte su responsabilidad internacional. A este respecto el título introduce una desafortunada elección de alternativas: la elección de Europa (pero de la Comunidad Europea se entiende) constituye no sólo como una respuesta a inestabilidades económicas y políticas, sino *la* respuesta. Ya de entrada «Europa o el caos» deja sin responder el problema de la inclusión o de la pertenencia. Qué países pueden y qué países no pueden elegir dicha Europa plantea desde una cuestión de intereses (que no pueden conciliarse bajo la ambigua expresión de una «familia europea») a problemas de racionalidad (¿hasta cuántos miembros podría admitir la Comunidad para continuar respondiendo a sus objetivos?) y de configuración de los equilibrios económico y geopolítico del continente (¿cuál puede ser el contexto futuro donde se integre la Comunidad?) La disyuntiva distorsiona el planteamiento de dichos problemas. Pero refleja, de hecho, uno de los extremos del discurso europeísta. Junto a ello refleja también el riesgo de cristalizar una argumentación política en sofismas políticos.

Tras la firma del Tratado de Maastricht en diciembre de 1991 el proceso de Unión Europea ha entrado en una rígida dinámica de ratificación. El debate público en los distintos estados (cuando lo ha habido) se ha procedimentalizado rigurosamente. El calendario de integración *ha de cumplirse* (Europa o el caos) a pesar de los desmentidos o las dilaciones en la práctica (primer referéndum danés en junio de 1992, victoria ajustada en el referéndum francés de septiembre del mismo año, problemática ratificación parlamentaria en el Reino Unido durante la primavera de 1993). Pero las dificultades son también manifiestas en el proceso de unión monetaria (salida de Italia y el Reino Unido del Sistema Monetario Europeo), a propósito de la unión política (papel del Parlamento Europeo, su coordinación con los parlamentos nacionales, problemas por la delegación de soberanías y consecuentes reformas constitucionales) o a propósito de la política social (opción de salida del acuerdo para el Reino Unido, conflicto de intereses, fundamentalmente en España, Grecia y Portugal, por la reasignación de los fondos estructurales para el desarrollo ante la incorporación de los países de Europa central). La periferia ha quedado definida en función de las expectativas de ingreso: Austria, Noruega, Suecia y Finlandia, países de la Asociación Europea de Libre Comercio, previsiblemente en 1996 (fecha también fijada para Islandia y Suiza, aunque sin plenas garantías debido a problemas de convergencia económica); en el año 2000 podrían incorporarse Polonia, Hungría, la República Checa y Eslovaquia; las reservas son mayores y por de pronto invariables hacia los países bálticos, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria y Albania, mientras que

la consideración de Turquía, Malta o Chipre permanece aplazada *sine die* (en busca, no obstante, de acuerdos de cooperación).

Uno de los posibles futuros para la Unión Europea viene determinado por la tensión entre una confederación (imperfecta) de estados relativamente centralizada (una unión de estados soberanos) y una federalización (imperfecta) relativamente descentralizada (una comunidad de estados interdependientes de carácter tanto unitario como relacional). Dicha tensión va a determinar cómo se implique la Comunidad en el resto del continente. Sus relaciones se establecerán en un contexto de creciente interdependencia. La cooperación entre los países bálticos y los países nórdicos apunta ya en esa dirección. De igual modo puede observarse la formación de un espacio centroeuropeo de economías y sistemas políticos en transición que facilitará la comunicación entre Europa del este y Europa occidental. Por último, la desmembración de la Unión Soviética puede abrir la posibilidad (condicionada por la normalización en Rusia y el tratamiento constitucional del problema de las nacionalidades, conectado de hecho con la distribución del poder económico y político tras haberse desestatalizado el régimen comunista) de nuevas interrelaciones dentro y hacia el exterior de la Comunidad de Estados Independientes. Los ejes de una centralización y una descentralización relativas describen las direcciones en que se configura la Unión Europea (desde la política comunitaria en el primer caso y desde la política local en el segundo). Una fórmula de carácter supraestatal e interestatal. El Tratado de Maastricht contiene argumentos para el equilibrio, pero el sentido que éste adopte va a depender finalmente de la orientación que los países miembros den al proceso.

En principio, el proceso de la Unión Europea no equilibra las relaciones entre la Comunidad y su entorno. Al contrario, tiende a profundizar las asimetrías de poder económico e influencia política en la escena internacional. En el primer caso Estados Unidos y Japón son los interlocutores privilegiados, mientras que en el segundo el papel de la Europa comunitaria se desarrolla a la sombra de la iniciativa norteamericana. Pero de aspirar a tener una política exterior y de seguridad cohesionadas, la Comunidad no podrá definir las, sin embargo, al margen de Europa del este (el antiguo bloque comunista). Con ello se indica una necesidad no meramente coyuntural. El rendimiento de las economías y la estabilidad democrática dentro y fuera de la Comunidad depende en buena medida de la reducción de asimetrías y el reforzamiento de la cooperación. (Es ésta una de las líneas argumentales de Maastricht, contenida en su artículo G, a propósito de la «cooperación al desarrollo»).

Se genera ya de un modo incipiente una interdependencia entre los procesos económicos y políticos dentro y fuera de la Comunidad. Es cierto que el modelo europeo de democracia parlamentaria y estado del bienestar opera como referencia en la transición desde los regímenes totalitarios. Pero una vez alcanzada una nivelación por el saneamiento

económico y la normalización política resulta previsible que ambos escenarios describan pautas comunes de evolución. La recuperación económica de Hungría y Polonia constituye un primer acercamiento en esta dirección, seguida por el caso de Checoslovaquia (de momento si se considera el estado de su economía antes de la separación) e incluso Albania, Bulgaria y Rumanía. Por otra parte, la relativa inestabilidad de los gobiernos de coalición en dichos países debe entenderse en el contexto de la transición democrática y, por tanto, como un fenómeno circunstancial. De la experiencia de la ratificación de Maastricht, así como de los procesos de cambio en Europa del este pueden extraerse algunas indicaciones para la construcción europea. La accidentada historia del Tratado permite sugerir una reconsideración de sus calendarios y procedimientos que haga más democrático el debate público (sólo en Dinamarca, Irlanda y Francia se ha optado por una ratificación vía referéndum) e introduzca plazos más flexibles y la previsión de revisiones tras la incorporación de nuevos miembros con respecto a la convergencia en las legislaciones y la adopción de políticas comunes.

Una de las dimensiones de la construcción europea es profundizar el pluralismo. El desarrollo de Maastricht puede conducir o a una entidad de algún modo monolítica (una potencia mundial) por la concentración de las decisiones, o a una entidad de tipo relacional que permita integrar y ampliar nuevas relaciones. En este sentido la Unión puede llegar a perfilarse como una comunidad democrática, una comunidad no en un sentido fuerte de pertenencia «natural» (pues procede de un acuerdo constitucional entre diferentes países), sino en un sentido débil o pluralista. Pero entender que comunidad y pluralismo puedan conjugarse y que la Comunidad Europea pueda orientarse en esta dirección es en realidad sólo una hipótesis. Viene avalada por lo que puede considerarse una convergencia paulatina del modelo económico, el sistema político y la sociedad civil en Europa del este con Europa occidental. Los antecedentes en ambos contextos permiten reconstruir una historia de divergencias, pero también de paralelismos recientes, de acercamiento desde el este. La reducción de las diferencias no sólo aproxima a las distintas Europas, sino que puede propiciar una evolución conjunta, crecientemente interrelacional.

## II

Con respecto al modelo económico, tanto en Europa occidental como en Europa del este se describe un mismo escenario de partida tras la Segunda Guerra Mundial, el de la reconstrucción de las economías nacionales. En el primer caso, la recuperación económica se lleva a cabo a través de programas que combinan la inversión privada en la economía y la adopción de políticas de bienestar social por parte del estado. En el segundo caso, se inicia mediante la introducción de la

economía socialista: sustitución de los mecanismos de mercado por una planificación centralizada y por la apropiación estatal sobre los medios de producción. La economía se adapta a la planificación estatal, de forma que la acción del estado ya no es sólo compensatoria (como en el caso occidental), sino que llega a definir las reglas del juego al margen de los agentes económicos (que quedan de hecho subordinados en la esfera del estado).

En Europa occidental una de las pautas de cambio decisivas para la evolución posterior ha sido la constitución en 1957 de la Comunidad Económica Europea. La consolidación de un mercado común, caracterizado por la libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas entre los países miembros (un proyecto aún por realizarse en 1993), ha implicado una aproximación de las legislaciones en los ámbitos económico, comercial y, finalmente, fiscal y social. El mercado común, en efecto, ha sentado las bases para una transformación de la Comunidad Económica en la Unión Política. Uno de los factores para dicho paso ha sido la simbiosis (PIERSON) entre la economía libre de mercado, o mejor, entre capitalismo y estado del bienestar, que se ha prolongado más allá del contexto de reconstrucción económica de la postguerra, propiciando la aparición de los nuevos acuerdos corporativos, la concertación social, donde en economías de capitalismo avanzado el estado asume una clara función de arbitraje. A los momentos de crisis o de ruptura del «consenso socialdemócrata» (DAHRENDORF) han seguido reacciones de carácter neoliberal. A los problemas de ineficacia en la gestión del estado por sobrecarga de funciones se ha respondido con una nueva racionalización de su papel en la economía. En concreto, una desregulación parcial de determinadas actividades (normalmente la inversión industrial y comercial) y una mayor implicación de los agentes económicos privados.

Convertir la Comunidad Económica en la Unión Europea ha obligado, entre otras cuestiones, a definir una política social comunitaria (que precisamente profundiza la relación entre capitalismo y estado del bienestar). Los resultados difieren de experiencias anteriores, pero no sólo por lo que supone armonizar los contenidos de una política social entre de momento doce países, sino además porque los parámetros que definen el estado del bienestar, el papel del estado en la economía, el papel de los agentes económicos privados, el mercado laboral o la concertación social están en continuo cambio. Por último, los límites entre los sectores público y privado no son fijos y determinadas áreas, no gestionadas satisfactoriamente, quedan ya cubiertas por el sector de servicios comunitarios. Se esboza así, como Dahrendorf y otros autores han indicado, una reestructuración sin precedentes del mercado de trabajo.

Por su parte, en Europa del este los síntomas de recuperación económica en los últimos años comienzan a asemejarse a los experimentados en Europa occidental durante el período de reconstrucción de las

economías nacionales. No obstante, la transición desde una economía cerrada ha debido cumplir etapas previas. En concreto, el proceso de desestatalización, que se ha traducido en una privatización parcial del sector público. Como ejemplo significativo, cabe destacar que en 1992 en los casos de Hungría, Polonia y Checoslovaquia entre un 30 y un 40% del producto interior bruto ha sido generado por el sector privado («A survey of eastern Europe», *The Economist*, pp. 9-10). Los antecedentes de la liberalización económica remiten a la formación de una «segunda economía» (GABOR) desde los años sesenta: iniciada en empresas de pequeña escala y de carácter cooperativo y en torno a actividades comerciales no reguladas, o no reguladas totalmente, por el estado. La segunda economía (que Gabor analiza en el caso de Hungría, pero de la que se encuentran ejemplos en el resto de los países) se distingue de la economía oficial por el ámbito de sus actividades, pero entre ambas se produce una imbricación parcial, que ha servido para acelerar la transición económica. En un segundo momento la liberalización económica tiene como objetivo el ingreso en la Comunidad Europea. Para ello habrán debido reducirse las asimetrías actuales. De ese modo, a partir de una convergencia gradual de modelos podría hablarse en los próximos años de una evolución conjunta.

### III

Por lo que se refiere a los sistemas políticos, Europa ha permanecido durante cuatro décadas delimitada por bloques. Desde 1989 la bipolaridad ha perdido validez fáctica y teórica, pero su sustitución por nuevos equilibrios (no sólo el de la Unión Europea) no está aún clausurada. Las historias políticas de Europa occidental y del este han comenzado a confluir sólo muy recientemente. La reunificación alemana ha constituido un primer encuentro entre un país del antiguo bloque comunista y un país occidental. Tras ello el balance de fuerzas en la comunidad ha vuelto a reajustarse. Este va a ser el único ejemplo de contraste sin apenas mediación temporal entre dos tipos de economía, dos modelos de vida política y de sociedad, pero cuando menos plantea el problema de que reducir las diferencias en los próximos años va a requerir no sólo un reajuste económico, sino un aprendizaje político en uno y otro de los antiguos extremos. Por lo demás, la transición a la democracia en los países del este introduce en el escenario político problemas de índole étnica, así como de interpretación de los límites territoriales y de distribución del poder sobre argumentos nacionalistas, que no se dieron, por ejemplo, en la transición por los países de Europa meridional (Grecia, Portugal y España), si bien el resto de las pautas de cambio son ya comunes en otros procesos de transición. Los factores locales, en mayor medida que el contexto internacional (O'DONNELL, SCHMITTER, WHITEHEAD), van a determinar el curso de los acontecimientos.

La consolidación de la democracia liberal en Europa no se entiende sin la experiencia de la inestabilidad política en el período de entreguerras, sin la «quiebra de los regímenes democráticos», según la expresión de LINZ, ante el ascenso de los fascismos, sin el debate constitucional en Alemania (Schmitt, Kelsen, Heller) o sin los intentos fracasados de «democratizar» el sistema de representación parlamentaria en la república de Weimar. La respuesta vendría desde el afianzamiento del sistema de partidos como reacción prudencial y estabilizadora adoptada en los ordenamientos constitucionales europeos. Pero los déficits de legitimidad producidos por los mecanismos de representación (una alienación de la voluntad soberana del pueblo, en términos de Rousseau), serían denunciados, desde finales de los años sesenta, por la crítica de los nuevos movimientos sociales de orientación política. Su desarrollo abre una perspectiva que podría transformar el funcionamiento del proceso de deliberación pública y la toma de decisiones políticas: podría permitir coordinar formas de acción política convencional (partidos) y no-convencional (movimientos). Sin embargo, la experiencia de los Verdes en la República Federal Alemana desde 1988 (con su adopción de los criterios de funcionamiento parlamentario del resto de los partidos) o la más reciente de Generación Ecología y los Verdes en las elecciones al Parlamento francés en marzo de 1993 (su juego de alianzas partidistas) confirma la dificultad de mantener en un mismo plano institucional la política de partidos y la política de movimientos.

Otra posible vía de exploración democrática se encuentra en el proyecto de la Unión Europea y su defensa de una descentralización en los procesos de toma de decisiones (principio de subsidiariedad). Efectivamente, y con referencia a la administración local, el sistema de representación puede complementarse con fórmulas de democracia participativa (que no han de ser necesariamente de democracia directa) en los momentos de deliberación pública, defensa de intereses y elección de opciones. La idea apunta a un desarrollo de la participación ciudadana en la política local, el ámbito «inmediato» de la política y, por tanto, de la creación del espacio público.

· Si en Europa occidental durante las últimas décadas la democracia ha seguido una trayectoria apenas accidentada (su estabilidad no ha estado en peligro), en Europa del este su suerte ha sido radicalmente distinta. Pocos años después del final de la Segunda Guerra Mundial la presión de la Unión Soviética sobre los países de su entorno se traduciría en la implantación generalizada de lo que se conoce como stalinización: el sistema de partido único totalitario que opera sobre la supresión de las libertades civiles y políticas. En 1956, en su discurso ante el XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética, Kruchev se distancia críticamente del legado stalinista. Sería un primer desmentido oficial que marcaría el cambio de rumbo en la política de la represión. En el terreno intelectual las interpretaciones no ortodoxas del marxismo y las críticas del sistema totalitario (en numerosas

ocasiones publicadas y posteriormente prohibidas) comienzan a configurar una contracultura política de orientación democrática. Las revoluciones en Budapest (1956) y Praga (1968) son dos de los momentos aglutinantes de la resistencia pública, neutralizados pero difícilmente diluidos en la amnesia social. No obstante, sería la experiencia de Solidaridad en Polonia durante 1980 y 1981 la que habría de generar una conciencia social de cambio, una conciencia colectiva de la posibilidad del cambio. Para entonces la descomposición interna del régimen (corrupción política, disidencia), la oposición organizada (aunque no plenamente diferenciada en opciones) y el efecto liberador de la política de reestructuración institucional (de las relaciones de poder en el bloque comunista) y apertura informativa desde 1985 en la Unión Soviética configuraban ya un escenario de cambio.

Sin duda, y a menos que los cambios se interpreten desde una determinada teoría de la historia y de la ideología, la transición a la democracia sólo puede entenderse retrospectivamente. La confluencia de factores que ahora la explican podría haber evolucionado en una dirección distinta. Desde esta perspectiva no historicista (en el sentido popperiano del término) cabe también considerar la formación del multipartidismo desde lo que NEAL ASCHERSON ha llamado la «política de foros». Según este autor, la estrategia de foros aparece como una alternativa viable tras el fracaso de experiencia previas de oposición: resistencia armada (guerrillas) en Hungría, Polonia, Ucrania o los estados bálticos; partidos políticos formados antes de la guerra y grupos religiosos en la clandestinidad; células reformistas, ilegales, de miembros disidentes del Partido. En torno al objetivo de transformar el régimen y de vehicular una transición hacia la economía de mercado los foros aglutinan a sectores de la oposición de la más heterogénea procedencia: liberales, socialdemócratas, comunistas disidentes, demócratacristianos, conservadores, nacionalistas o pacifistas. Pero la adaptación del multipartidismo impone una primera reconversión política, que recuerda a la experimentada por la política de movimientos en Europa occidental.

Cuando los foros no trabajan en la ilegalidad su papel se hace «constructivo». Los foros se convierten así en opciones políticas. Entran en la dinámica de la competencia electoral. No basta entonces concretar los programas. Se hace preciso definirlos como opciones de gobiernos y, por tanto, articularlos mediante la vía institucional del sistema parlamentario (y a los líderes definirlos como posibles gobernantes, ponerlos a prueba en la política real). Los foros originan o se convierten en partidos. La síntesis, en efecto, obliga a una definición más precisa de las orientaciones iniciales. Cada partido se identifica con un programa de reformas y de normalización democrática. Por de pronto, las primeras elecciones parlamentarias (desde marzo de 1990 en Hungría hasta junio de 1992 en Checoslovaquia) reflejan aún un espectro considerablemente diferenciado de opciones políticas (desde 11 partidos que se presentan a las elecciones de marzo de 1992 en Albania



hasta 74 en el caso de las elecciones rumanas en septiembre del mismo año) («A survey of eastern Europe», *The Economist*, p. 6). Pero los resultados electorales producen ya una selección entre las formaciones. No es la única. La transición es un proceso de reagrupaciones progresivas de formaciones políticas (bien como coaliciones o como nuevos partidos), de aproximación de los programas y de estabilización de los electorados. La transitoriedad, aunque no la transición, se cierra con la aprobación de nuevas constituciones. Desde ese momento puede reorientarse la transición hacia una etapa de consolidación de la democracia.

#### IV

Los límites entre el estado y la sociedad civil definen espacios de derechos y de acción. La sociedad civil se configura por el conjunto de derechos, individuales y colectivos, no creados pero sí garantizados por el estado. Definen, por tanto, el límite legítimo de la regulación estatal, como ha señalado PÉREZ DÍAZ. La sociedad civil es el resultado del desarrollo de dichos derechos: las instituciones, asociaciones, prácticas individuales y colectivas que responden a intereses privados (aunque no por ello dejen de tener una dimensión pública). El estado, en cambio, crea instituciones (aunque no las únicas) que promueven intereses públicos. Pero los límites de derecho y acción entre el estado y la sociedad civil no caracterizan por completo sus relaciones. Si ya en las actividades económicas, culturales o sociales los límites pueden flexibilizarse (dado que el estado puede llegar a intervenir como árbitro o como parte), en la política se produce una mayor imbricación entre las instituciones estatales y las instituciones de la sociedad civil. En este sentido el ámbito público, entendido como el ámbito de la deliberación ciudadana en torno a los asuntos públicos, posee un carácter interrelacional. Se configura sobre el espacio de derechos y de acción de la sociedad civil y el estado.

Ambas esferas se constituyen por sus límites y por sus imbricaciones. Las pautas de cambio de la sociedad civil en Europa occidental y Europa del este reflejan en sentidos diferentes este proceso de formación. En el primer caso la evolución se desarrolla desde una etapa de reorganización de los agentes económicos y sociales entre 1945 y 1950 hasta el momento actual, que autores como KEANE o DAHRENDORF interpretan como de apertura hacia una posible transformación democrática vinculada a las transformaciones del estado liberal y de la democracia representativa. Durante este amplio período la sociedad civil ha conquistado áreas de autonomía frente al control estatal, pero de forma paralela sus instituciones han coordinado funciones con las instituciones públicas. El proceso de erosión de su red de autonomías, como SALVADOR GINER lo ha denominado, responde en gran medida

al desarrollo de las políticas del estado del bienestar. Estas alcanzan su momento de mayor expansión (PIERSON) entre 1960 y 1975, mientras que los años ochenta han sido, en cambio, un período de desregulación neoliberal del intervencionismo estatal adoptada por gobiernos tanto conservadores como socialdemócratas. La década de los noventa abre, por su parte, un período de nuevas síntesis en el que el liberalismo y la socialdemocracia tienen como reto gestionar el estado del bienestar. Su racionalización depende de cómo queden distribuidas las funciones entre el estado y la sociedad civil, y de cómo queden definidas sus interrelaciones. Por lo que se refiere a la Europa comunitaria la convergencia de las políticas económica y social, así como el proceso de unión política esbozan ya un escenario donde la coordinación mutua de funciones se encuentra potencialmente abierta a la participación de la ciudadanía. Potencialmente, pero no en la práctica en vigor. El desarrollo de Maastricht puede propiciar una democratización (y cuando menos reducir los déficits de legitimidad) del papel del estado y de su relación con la sociedad civil.

En el caso de Europa del este la evolución ha venido marcada por tres pautas generales de cambio: una desintegración de la sociedad civil tras la implantación del régimen comunista, la formación de una sociedad «paralela» no oficial y la reconstrucción reciente de la sociedad civil con la llegada de la democracia. Cada momento presenta una configuración diferente del papel del estado. El carácter totalitario de éste último se debilita con la formación desde los años sesenta de una cultura cívica en la clandestinidad que llegaría a constituir lo que ELEMÉR HANKISS ha denominado, en el caso de Hungría (considerablemente similar al de Polonia y Checoslovaquia), una «segunda sociedad». Pero la sociedad oficial y la segunda sociedad, como HANKISS destaca, no son dos sociedades separadas, sino «dos dimensiones de la existencia social gobernadas por dos conjuntos diferentes de principios organizativos». Frente a la homogeneización producida por el régimen totalitario, la segunda sociedad introduce una diferenciación gradual de actividades e intereses económicos, sociales, culturales y políticos y, consecuentemente, la posibilidad de desarrollar estrategias posteriores de integración. Aparece así un marco de relaciones anti-jerárquicas, horizontales, formalmente simétricas y de una «centralización moderada», que durante los últimos años se solaparía con el marco de relaciones de la sociedad oficial. Se trata, en efecto, de la creación de una segunda sociedad, una segunda esfera de redes asociativas para la defensa de intereses, así como una contracultura del marxismo crítico, del socialismo democrático y del liberalismo, una segunda conciencia social y la infraestructura mínima para la circulación de ideas (esfera pública). La reconstrucción democrática se efectúa sobre el espacio de relaciones e instituciones generado tanto en la sociedad oficial como en la no oficial. Esta segunda determina ahora la orientación de los cambios de la sociedad civil para constituir finalmente una sociedad oficial alternativa.

## V

Este trabajo comenzó por cuestionar una disyuntiva: Europa o el caos. Optar entre la Comunidad Europea y el caos plantea una elección inverosímil, artificiosa, etnocéntrica. Sobre ella, sin embargo, se ha avanzado el proyecto, inicialmente franco-alemán, de una Unión Europea. Los pasos iniciales ya se han tomado o están en curso, pero incluso cuando la ratificación del Tratado de Maastricht se haya formalizado cabe pensar en una posible reconsideración de su agenda. La Europa de finales de los ochenta es bastante distinta de la que se perfila en la década actual. Como las dificultades en la ratificación ponen de manifiesto, la desmesura de una «fortaleza Europa», siempre oficialmente negada, resulta inoperante políticamente. Europa se define, al contrario, por la interdependencia de sus miembros. Ahora bien, las formas de integración posibles se realizan sólo como acuerdos constitucionales entre diferentes países. Son construcciones que operan sobre las diferencias, que las integran, pero que no disuelven la pluralidad. La Unión Europea una vez constituida se ampliará en los próximos años. Se hará más plural, no más homogénea. Más interdependiente, no más autárquica. La Europa de la Comunidad puede ser en este sentido una respuesta al caos. Para ello la disyuntiva se habrá sustituido por una conjunción: Europa y el orden.

¿Señala el tratado de Maastricht esa dirección? De hacerlo, ¿qué tipo de orden prefigura? Puede decirse que un orden democrático. La Unión Europea constituye una comunidad de estados democráticos inserta a su vez en un marco de democracias liberales. Sin embargo, cómo se articulen democracia, comunidad y pluralismo no obedece a alguna evolución espontánea. El diseño de Maastricht contiene algunas de las claves y señala una dirección. Ese es el alcance de todo texto constitucional. En su desarrollo es cuando el diseño se materializa institucionalmente. Maastricht contiene las claves de una comunidad, de una estructura unitaria, pero también las de una estructura descentralizada. Administrativa y políticamente es posible un balance entre ambas. Se trata de llevar a efecto el principio de subsidiariedad: descentralizar los procesos de toma de decisiones desde el nivel comunitario hasta los estados miembros. El problema reside en qué tipo de decisiones, qué tipo de competencias pueden descentralizarse, o mejor, no centralizarse (¿cuál ha de ser el límite de la autonomía fiscal para las distintas administraciones, o de la autonomía política cuando las estrategias, las líneas políticas, se encuentran previamente reguladas?), dado que la delegación de la capacidad de decisión es una delegación de soberanía (de este modo, el proceso de Unión introduce un nuevo equilibrio de poder en la Comunidad, un cambio en la centralización y la descentralización de las decisiones).

Maastricht es una creación constitucional, una síntesis política que opera en el plano supranacional. Orienta a la Comunidad hacia una

«nueva forma de dominación política» (SCHMITTER). El reconocimiento de su autoridad va a depender de cómo se conjuguen pluralismo y comunidad democráticamente. En principio ambos responden a lógicas sociales y políticas diferentes, de ahí que no resulte del todo claro hablar de una *comunidad pluralista democrática*, una comunidad que conjugue la diferenciación con la integración y en ambos momentos establezca mecanismos de administración democrática. En los párrafos iniciales del trabajo se indicaban algunas dificultades que encuentra el proceso de Unión Europea en esta dirección. Pero también algunos factores que esbozan cómo la Unión puede aproximarse a una comunidad pluralista democrática.

Se trata en realidad de tres momentos de desarrollo interconectados: *en primer lugar*, la reducción de asimetrías de poder económico y político entre los países miembros (una reducción que trae consigo una redistribución proporcional, pero no una equiparación del poder institucional) que permite, posteriormente, concentrar recursos para reducir asimetrías con los países no miembros. La creación del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo en 1991 obedece a esta estrategia niveladora. Uno de sus objetivos finales es sustituir las actuales relaciones de ayuda por relaciones de cooperación, habiendo de hecho garantizado un papel preeminente de la Comunidad en la reconstrucción de las economías y el sistema democrático del este (la transferencia de conocimiento experto, de ayuda técnica, se lleva a cabo, si bien con notable retraso en la ejecución de los proyectos, me-

dante los programas Tacis y Phare de la Comisión Europea); *en segundo lugar*, la creciente interdependencia entre la Comunidad y su entorno, que incide en la formación de las políticas tanto económica y social como de seguridad y defensa. La agenda de Maastricht no se desarrolla al margen. Una flexibilización de sus condicionantes, una rebaja del grado de comunitariedad exigido a los países miembros facilitaría las nuevas readaptaciones tras su ampliación, así como la estrategia de explorar fórmulas de cooperación con el resto de los interlocutores europeos (en la línea, por ejemplo, de la creación del Espacio Económico Europeo como marco preliminar de integración económica); y *en tercer lugar*, una incipiente democratización, provocada paradójicamente por la experiencia de la ratificación de Maastricht. En efecto, ésta ha puesto de relieve los déficits democráticos que se mantienen en los procedimientos de la política comunitaria. Una *extensión* del principio de subsidiariedad es ahora vista como alternativa viable para descentralizar (o no centralizar) determinados procesos de toma de decisiones desde el nivel local al comunitario.

Reducción de asimetrías de poder económico y político, creciente interdependencia y democratización. Son momentos que enmarcan el desarrollo de la Unión Europea en la dirección de una comunidad democrática pluralista. En la segunda parte del trabajo la atención se centraba sobre la Comunidad y su entorno (limitado en este caso a los

países del este europeo). El propósito era destacar el proceso de convergencia creciente en los modelos económico, político y social en Europa del este y Europa occidental y defender a partir de ahí como hipótesis de trabajo que una Unión Europea viable como alternativa pluralista democrática habría de avanzar en las tres líneas de desarrollo señaladas. Ello significaba potenciar una de las posibles interpretaciones de Maastricht, aquélla que hace inseparable su desarrollo de una evolución conjunta con el resto de Europa y que, por esta razón, contempla la posibilidad de futuros reajustes de los equilibrios económicos y políticos en el continente en los que la Comunidad no sólo se verá envuelta, sino que como resultado experimentará posteriores transformaciones.

Es a partir de la transición a la economía de mercado desde la economía socialista y a la democracia liberal desde los regímenes totalitarios cuando comienza a destacarse un acercamiento desde Europa del este hacia Europa occidental. Anteriormente las evoluciones habían sido divergentes. Sólo desde los años sesenta cabe hablar de una aproximación gradual. Se trata del fenómeno de las duplicaciones: formación de redes paralelas, no oficiales, de actividades económicas y de organización social y política. Sobre estos antecedentes se inician los procesos de transición. Una primera etapa comprende las adaptaciones derivadas del cambio de sistemas (donde conviven inicialmente instituciones del sistema totalitario con instituciones democrático-liberales). Como se destaca en la literatura política sobre procesos de democratización, la transición conduce, también con continuos solapamientos, a una segunda etapa de consolidación que supone ya un funcionamiento normal (no transitorio) de la economía y la vida social y política.

Pero la transición no constituye un movimiento lineal. Es un proceso iniciado sobre experimentos de cambio parcial que conserva las inercias que trata de sustituir, las prácticas colectivas y el funcionamiento de las instituciones propias del sistema anterior. La transición es traumática: estructuras económicas, instituciones políticas, referencias sociales e ideológicas son suprimidas. A su vez, la sustitución tiene contrapartidas: se pierden las seguridades tradicionales, se pierden de hecho las referencias de la oposición. El estado ya no es un Leviatán totalitario, los mecanismos de mercado y las regulaciones internacionales orientan la economía, no hay una segunda sociedad. La transición a la democracia opera sobre esta pérdida de coordenadas y su sustitución por instituciones importadas de las democracias capitalistas. En principio la inestabilidad se reduce al quedar cubierto provisionalmente el vacío institucional. Sin embargo, la introducción de nuevas inercias encuentra considerables obstáculos. Como GEORGE SCHÖPFLIN observa, éstos remiten a la transformación del papel del estado en el contexto postcomunista. Las pautas de desarrollo en el período totalitario habían configurado una sociedad débilmente organizada, dependiente del estado. Este, por su parte, concentraba todas las funciones políticas y el conjunto de las actividades económicas.

Pero la desestatalización no es suficiente. El cambio de papeles en la transición requiere la existencia de una sociedad civil organizada.

Puede entenderse que la transición da paso a la consolidación de regímenes democrático-liberales y economías de mercado cuando el estado liberal ha reemplazado al estado totalitario y cuando se ha llevado a cabo la reconstrucción de la sociedad civil (MOLNAR). Ambos factores señalan ya una diferenciación entre los espacios de derecho y acción, entre las instituciones, del estado y la sociedad civil. A su vez, señalan la constitución de áreas comunes entre ambas esferas. De este modo se configuran la esfera de actividades económicas entre agentes privados y estatales, así como el ámbito público entre instituciones y agentes sociales y políticos del estado y la sociedad civil.

Es en el escenario de la consolidación donde la convergencia de modelos crea propiamente las condiciones para una evolución paralela. En el desarrollo del estado del bienestar o de la democracia liberal, en las transformaciones de la sociedad civil, Europa del este y Europa occidental pueden describir pautas comunes de evolución. Europa es ahora un escenario de crecientes interdependencias. La Comunidad es una parte más, no la alternativa al caos, pero sí un factor decisivo para afianzar un orden democrático en el continente. El proceso de la Unión Europea puede actuar como catalizador de los cambios (aunque también pueda ralentizarlos) y como soporte para el nuevo equilibrio si su dirección es la de una comunidad pluralista democrática. Pluralismo significa aquí interdependencia. Democracia significa descentralización de decisiones, redistribución del poder y creación de un ámbito público, de una sociedad de ciudadanos (usando la expresión con que DAHRENDORF define la sociedad civil). Comunidad es un marco de relaciones de cooperación establecido constitucionalmente por un acuerdo entre diferentes países. No es una entidad supra, sino interrelacional y, en este sentido, modificable, intercomunicable con otros marcos de relaciones (económicas, políticas, culturales) que virtualmente puedan constituirse. Presentar de este modo uno de los desarrollos de la construcción europea sugiere sólo uno de sus posibles futuros, que no es, a la luz del escenario europeo actual, en última instancia el más incierto.

## REFERENCIAS

- ASCHERSON, N., «1989 in eastern Europe: constitutional representative government as a 'return to normality'», en DUNN, J., ed., *Democracy: the unfinished journey, 508 BC to AD 1993*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 221-237.
- BEILHARZ, P., G. ROBINSON and J. RUNDELL, eds., *Between totalitarianism and post-modernity: a Thesis Eleven reader*, Cambridge, Mass., and London, The MIT Press, 1992.
- CORCUERA ATIENZA, J. y M. A. GARCÍA HERRERA, eds., *Derecho y economía en el estado social*, Madrid, Tecnos, 1988.

- DAHRENDORF, R., *The modern social conflict: an essay on the politics of liberty*, New York, Weidenfeld & Nicolson, 1988.
- *Reflections on the revolution in Europe*, London, Chatto & Windus, 1990.
- DALTON, R. J. and M. KUECHLER, eds., *Challenging the political order: new social and political movements in western democracies*, Cambridge, Polity, 1990.
- GABOR, R.I., «The second (secondary) economy», *Acta Oeconomica*, 22, 1978, pp. 291-311 (comentado en HANKISS).
- GARCÍA PELAYO, M., *El estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- GARTON ASH, T., *The uses of adversity: essays on the fate of central Europe*, New York, Random House, 1989.
- *The magic lantern: the revolution of '89 witnessed in Warsaw, Budapest, Berlin, and Prague*, New York, Random House, 1990.
- GINER, S., *Ensayos civiles*, Barcelona, Península, 1987.
- HANKISS, E., *East European alternatives*, Oxford, Clarendon, 1990.
- JAY, M., *Fin-de-siecle socialism*, New York, Routledge, 1988.
- JESSOP, B., *State theory: putting the capitalist state in its place*, Cambridge, Polity, 1990.
- KEANE, J., *Democracy and civil society*, London, Verso, 1988.
- KING, D. S., *The new right: politics, markets and citizenship*, Chicago, The Dorsey Press, 1987.
- LINZ, J. J., *La quiebra de las democracias*, (1.<sup>a</sup> ed., 1978), tr. R. de Terán, Madrid, Alianza, 1987.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 57-93.
- MOLNAR, M., *La démocratie se lève à l'Est*, Paris, PUF, 1990.
- O'DONNELL, G.; P.C. SCHMITTER and L. WHITEHEAD, eds., *Transitions from authoritarian rule*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1986, 4 vols.
- OFFE, C., *Contradictions of the welfare state*, ed. J. Keane, London, Hutchinson, 1984.
- PÉREZ DÍAZ, V., *El retorno de la sociedad civil*, Madrid, IEE, 1987.
- PICO, J., *Los límites de la socialdemocracia europea*, Madrid, Siglo XXI, 1992.
- PIERSON, C., *Beyond the welfare state? The new political economy of welfare*, Cambridge, Polity, 1991.
- PRZEWORSKI, A., «Could we feed everyone? The irrationality of capitalism and the infeasibility of socialism», *Politics & Society*, 19, 1991, pp. 1-38.
- SCHMITTER, P.C., «The European Community as an emergent and novel form of political domination», *Working Paper 1991/26*, *Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales*, Madrid, Fundación Juan March, 1991.
- SCHÖPFLIN, G., «Obstacles to liberalism in post-communist polities», *East European Politics and Societies*, 5, 1991, pp. 189-194.
- «A survey of eastern Europe», *The Economist*, March 13th-19th, 1993.
- TARAS, R., ed., *The road to disillusion- from critical Marxism to postcommunism in eastern Europe*, Armonk, New York, and London, M.E. Sharpe, 1992.
- TILLY, C., «Futures of European states», *Social Research*, 59, 1992, pp. 705-717.
- Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas*, ed. Araceli Mangas Martín, Madrid, Tecnos, 1992.





## Ecología, Estado de Derecho y Democracia \*

Por JOSE LUIS SERRANO MORENO

Granada

SUMARIO: 1. Tres significados de la Ecología política. 2. Un modelo ecológico de sistema jurídico-político. 3. Estado de derecho ecoliberal Estado ecosocialista de Derecho. El modelo radical-democrático de la Ecología política. 4. La aporía de la irreductible ilegitimidad ecológica de los poderes públicos.

### 1 TRES SIGNIFICADOS DE LA ECOLOGIA POLITICA

1.1 Según una primera acepción posible, *Ecología política* sería la expresión política de una determinada cosmovisión, de una nueva *weltanschauung*, esto es, una nueva mirada hacia el espacio de lo político desde el punto de vista de la ontología ecológica. Esta nueva mirada de lo ya existente en el territorio del poder político se irá traduciendo en muchas cosas y una de ellas necesariamente adoptará la forma del programa. La nueva mirada sobre lo viejo formula así en su interior un *modelo de sistema jurídico-político*. *Hasta qué punto este modelo se asemeja o se distancia del modelo del Estado social y democrático de derecho, será la única cuestión que desarrollaremos a lo largo de los epígrafes de este trabajo.*

1.2 Pondré punto y final en las mismas puertas de una segunda acepción de la Ecología política que me gustaría desarrollar próximamente y que podría denominarse con propiedad *Ecología jurídica*. Esta segunda acepción designaría a una teoría jurídica bifronte y basada en la concepción de la validez y de la eficacia como categorías distintas. La primera objeto de una Teoría General del Derecho y la

---

\* El presente texto desarrolla la ponencia pronunciada en el *I Congreso de Movimientos sociales alternativos* (Facultad de Humanidades de Orense, marzo de 1993) bajo el título de *La política legislativa de la Ecología política*.

segunda objeto de una Sociología del Derecho. En este sentido la expresión Ecología jurídica expresaría una teoría de la complejidad del sistema jurídico, más en concreto, una aproximación teórica cuyo problema central será el de la desviación entre modelos normativos (tendencialmente ecologistas) y praxis operativas (tendencialmente antiecologistas). Esta nueva Ecología jurídica deberá su misma posibilidad a la nueva mirada ecológica sobre la vieja Teoría General del Derecho. Más en concreto, al paradigma ecológico le deberá la posibilidad de comprender el desnivel entre lo válido y lo real como irreductible, como fisiológico dentro de ciertos límites y como patológico más allá de esos límites; y a la Teoría General del Derecho le adeudará la posibilidad de interpretar la antinomia que subsiste entre validez (e ineficacia) de las nuevas normas jurídicas que expresan los deseos ecológicos y eficacia (e invalidez) de las reales políticas ambientales constitucionalmente orientadas hacia la satisfacción de las expectativas <sup>1</sup>.

1.3 Según un tercer significado, que tampoco abordaremos aquí, *Ecología política* designa una filosofía política propia de los movimientos alternativos ecologistas, pacifistas y feministas. Desde una perspectiva sociojurídica, el rasgo común de estos tres importantes movimientos del siglo XX residiría en haber problematizado el entorno del sistema jurídico-político, en haber aumentado la complejidad del entorno social y, por tanto, en haber aumentado el desnivel de complejidad del sistema de decisión jurídico-político. Se trata, en efecto, de movimientos situados en el entorno y que desde el entorno han traspasado al sistema la carga de la justificación,

---

1. Un enfoque del sistema jurídico ambiental así hecho será estructuralmente idéntico al realizado por FERRAJOLI (1989) para el Derecho penal. Y aún más no sería posible si el propio Ferrajoli no hubiese realizado el ejercicio de construcción de una Teoría general del garantismo tras haber descompuesto el sistema. Desde esa generalización de Ferrajoli, la tarea de una Ecología jurídica sería la de volver a bajar, particularizando en los ámbitos de los derechos ambientales. Ahí probablemente aparecerá el paradigma ecológico introduciendo ciertas matizaciones, pero el modelo del garantismo seguirá vigente en la Ecología jurídica al menos en los siguientes aspectos: en primer lugar, la Ecología jurídica no será ni puramente normativista ni puramente realista. La teoría que la inaugure será una *teoría de la desviación* entre normatividad ambiental y derecho efectivo, entre deseo y realidad y, por ello, una teoría que actuará como doctrina jurídica de legitimación de políticas ambientales y, sobre todo, de deslegitimación interna del sistema jurídico-político. En segundo lugar, la Ecología jurídica —como el garantismo— tendrá doble punto de vista y requerirá por ello de la Jurisprudencia y de la Dogmática una constante tensión crítica hacia las normas ambientales, tanto en su aplicación como en su explicación. En tercer lugar, esta Ecología jurídica —a diferencia de la Ecología política— no será ya externa o metajurídica, sino interna y científica: en el sentido de que asumirá como universo del discurso jurídico todo el Derecho ambiental, no obviando las antinomias sino haciéndolas evidentes y deslegitimando así, desde el punto de vista normativo del derecho válido, los perfiles antiecológicos y los momentos de arbitrariedad del derecho positivo.

creando un problema adicional de legitimación <sup>2</sup>, mediante la exigencia del cumplimiento de deberes relativos a los bienes, sensibilidades o intereses que definen a cada uno. En este último sentido la corta experiencia histórica de la Ecología política ha presupuesto la doctrina laica de separación entre el punto de vista interno y el externo en la valoración del orden político-jurídico, es decir de separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre ser y deber ser del derecho. La disidencia del crecimiento propia del ecologismo, las nuevas gramáticas vitales propias del pacifismo y las nuevas formas de integralidad propias del feminismo se distinguen de otros fenómenos sociales de la modernidad tardía porque no son sectores sociales concretos, no son intereses adscritos a partes de un todo que sería la sociedad, sino tendencias generales, intereses difusos y colectivos que no pertenecen ni a lo público ni a lo privado, porque no son de ningún «todo», sino elementos internos y externos y relaciones que atraviesan hacia dentro y hacia fuera los límites del sistema.

Esta diferente naturaleza de los movimientos sociales alternativos tiene amplias repercusiones: justifica, en primer lugar, la definición luhmaniana de Ecología como todo discurso elaborado en el entorno del sistema <sup>3</sup>. Explica, en segundo lugar, por qué la expresión Ecología política no es sinónima de partido verde <sup>4</sup>. En tercer lugar, separa a la Ecología política de la modernidad y la convierte en un paradigma transmoderno o posmoderno. Y, finalmente, en cuarto lugar y sin contradicción <sup>5</sup> con lo anterior, crea una unión, un nexo evolutivo entre el

---

2. Sobre las condiciones requeridas para que una penuria de legitimación se convierta en crisis de legitimación véase HABERMAS, 1973, p. 88-95.

3. LUHMANN, 1985. Esta definición se contiene en el Anexo terminológico del libro, y, como el propio Luhmann dice, no implica la existencia de un determinado tipo de sistemas (los ecosistemas). Este concepto de Ecología implica una interesante impugnación metodológica de la noción de ecosistema porque ésta, efectivamente, une el entorno (eco-) con el sistema. Dado que todo sistema tiene un entorno con el que se comunica y se diferencia y dado que no puede haber sistemas sin entorno, parece imposible la existencia de sistemas que sean puro entorno. Tal hipótesis sólo podría verificarse en un sistema que fuese el todo, es decir, usada propiamente la expresión ecosistema sería sinónima de mundo y se anularía a sí misma en su significado porque el mundo no es un sistema, el mundo es «todo lo que acaece» (Wittgenstein) con independencia de que acaezca dentro o fuera de un sistema. Lo que corre es que la expresión ecosistema lo que designa, en realidad, es un sistema natural de organismos vivos (por ejemplo, un planeta) que tiene su propio entorno.

4. El discurso de Los Verdes es interno al sistema de partidos, el discurso de la Ecología política, en cambio, es transversal a ese sistema.

5. Las contradicciones son lógicas y susceptibles de superación, las confrontaciones son naturales e imposibles de superación lógica. Un choque de trenes no es una contradicción, sino una confrontación patológica. Un virus inyectado en forma de vacuna no provoca una contradicción con el organismo, sino una confrontación, pero esta vez no sería una confrontación patológica, sino fisiológica. De la misma manera en el interior del paradigma de la Ecología política se dan las condiciones metodológicas para que confronten fisiológicamente discursos que son «tomas de partido en favor de la razón» (HABERMAS 1972, p. 168) con discursos que reconocen (sin claudicar) las claves de la racionalidad de los sistemas (Luhmann, Lyotard, Vattimo, Marramao...).

paradigma moderno y el paradigma ecológico. Este nexo vinculante de modernidad y Ecología sería el mantenimiento por parte de la segunda en su versión política, de la separación entre el punto de vista interno y externo de la valoración. La Ecología política, por exigencias que provienen de su propia naturaleza óptica, asume la necesidad de un punto de vista externo (o político) de legitimación que acompañe al punto de vista interno (o jurídico). Este doble punto de vista fue el propio del pensamiento de la Ilustración y durante toda la modernidad ha sido común a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o sea revolucionaria. Se trata de un patrimonio civilizatorio hallable en la base de toda doctrina democrática de los poderes del Estado. Y ello en un doble sentido, en primer lugar, porque —como dice FERRAJOLI 1989 p. 893-894— el externo es el punto de vista del de abajo o *ex parte populi*, con relación al interno que es el punto de vista del de arriba o *ex parte principis*; y, en segundo lugar, porque lo externo expresa valores, intereses y necesidades que son individuales o colectivas, que son —en todo caso— difusas y transjurídicas en cuanto pertenecientes al mundo de la vida y cuya satisfacción representa la única razón de ser, el único sentido, de las cosas conceptuales, artificiales y maquinales, pertenecientes al mundo de la forma como son las instituciones jurídicas y políticas. En toda cultura política autoritaria habitará de diversas maneras la idea de la autofundación y de la autojustificación del derecho y del Estado como valores en sí: no como medios sino como fines en sí mismos. Y, al contrario, la separación de la legitimación *ad extra* de la legitimación *ad intra* —que es la separación laica entre derecho y moral, entre lo legal y lo legítimo, entre las Iglesias y los Estados, entre los derechos y los deberes<sup>6</sup>, entre lo justo y lo válido— será la idónea para justificar doctrinas políticas que prefieren las justificaciones no absolutas, no totales, no taxonómicas, sino contingentes, parciales, a posteriori y condicionadas del Derecho y del Estado.

---

6. Cuando un modelo ilustrado aplica este doble punto de vista al problema de los derechos subjetivos lo hace atribuyendo los derechos al pueblo y los deberes al príncipe, los derechos al hombre natural, los deberes al hombre artificial. El hombre natural existe y de ahí deduce derechos, el hombre artificial tiene deberes y de ahí deduce su existencia. No viola, a mi juicio, este modelo la construcción por los iuspublicistas franceses del siglo XIX de la teoría de las administraciones públicas como personas jurídicas diferentes del Estado y, por tanto, con derechos. Sí viola, a mi juicio, este modelo la construcción de la categoría de los «derechos del Estado» e incluso la propia «teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado» (LÓPEZ CALERA, 1992). Me consta que la intención del autor no es la unificación de los dos puntos de vista de la legitimidad del Estado y, por tanto, no pretende incurrir en la doctrina absolutista de la «autojustificación» del poder, sino que su pretensión es construir una teoría que sirva de freno a las soluciones de mercado, construir un baluarte de derechos de la comunidad fortalecido por el Estado. Es decir, sustraer a la lógica del capital no sólo el *quién* y el *cómo* se decide, sino también el *sobre qué* se puede y *sobre qué* no se puede decidir. Lo que ocurre es que, como enseguida veremos, ésta es la idea genuina de la teoría del *Estado de derecho*, que no requiere la compañía de una teoría de los *derechos del Estado*.

1.4 Delineados así estos tres posibles significados de la Ecología política vamos a desarrollar ahora el primero a través de los siguientes pasos: en el epígrafe 2 perfilaremos el concepto de Estado de derecho y lo distinguiremos del Estado democrático, en el epígrafe 3 abordaremos la distinción entre las propuestas ecoliberales y ecosocialistas y perfilaremos la propuesta radical democrática o de democracia sustancial de la Ecología política y en el epígrafe 4 concluiremos con la exposición del problema de la irreductible ilegitimidad ecológica de todo sistema jurídico político.

## 2. UN MODELO ECOLOGICO DE SISTEMA JURIDICO-POLITICO

1. En la primera de las tres acepciones delineadas aquí Ecología política implica un determinado modelo de sistema jurídico-político de entre varios posibles. Este modelo se caracterizará en el plano epistemológico por provenir de una ontología relativista y conflictual que admita las «leyes» centrales de la Ecología y la termodinámica, a saber: por un lado, que la vida es un conjunto móvil de relaciones vitales en el que están todos los organismos; que los organismos están implicados mediante un sistema de organización (metafóricamente una trama de la vida o *web of life*) sobre la base de una lucha por la vida; que la trama de la vida y la lucha por la vida en su desarrollo permiten la adecuación de los organismos entre sí y de éstos al entorno; y que éste debe ser pensado como todos los factores externos al organismo que ejercen una influencia sobre su conducta<sup>7</sup>. También en el plano epistemológico el modelo de sistema jurídico-político de la Ecología política se caracterizará por ser un modelo tendencialmente adecuado a la asimetría de los ecosistemas, a la coevolución de los sistemas y sus entornos naturales, a la existencia de límites temporales y a la inconmesurabilidad de la realidad. Para decirlo brevemente, el modelo de sistema jurídico político de la Ecología política se caracterizará en el plano epistemológico por ser un sistema de poder mínimo y, por ello, *adecuado a la vida* o, con otras palabras, por ser «un sistema vivo que no pretende un punto cero de equilibrio y perfección» (GARRIDO, 1993).

En el plano político el modelo ecológico de Estado y Derecho se caracterizará por ser una técnica de tutela idónea para minimizar la violencia sobre el entorno y entre la especie y por ser un sistema adecuado para maximizar la libertad. Y en el plano jurídico el modelo de la Ecología política se caracterizará como un sistema de límites im-

---

7. Para la genealogía de cada uno de estos conceptos clave de la Ecología moderna y para la determinación de la carga polémica de cada uno de ellos debe verse el excelente trabajo de DELÉAGE 1991, especialmente los capítulos 3 a 6. Más breve pero también excelente es el de GRINEVALD 1990.

puestos al mercado y a los poderes públicos para la garantía de los derechos e intereses del ciudadano.

Así caracterizado el modelo desde los puntos de vista epistemológico, político y jurídico, resultará que no presenta contradicción alguna con el *Estado de derecho*, más aún, resultará que éstas eran las características propias del modelo de Estado de derecho aún antes de que naciera el paradigma ecológico. Consecuentemente, en un primer momento podremos denominar «ecologista» a un sistema jurídico-político que se conforme normativamente a tal modelo y que lo satisfaga efectivamente<sup>8</sup>. Y podremos decir que, de la misma forma que hay modelos ecológicos de organización de ecosistemas, si hubiera modelos ecológicos de organización de sistemas sociales, éstos responderían por analogía al modelo del Estado de derecho. O más simplemente que el Estado de derecho era un modelo de equilibrio ecológico de sistemas sociales, desde antes que existiera la Ecología o, al menos, la llamada *selfconscious ecology*, la «Ecología consciente de sí misma» (vid. DELÉAGE, 1991, p. 7). Como así dicho esto puede parecer un exabrupto, vamos a intentar perfilar brevemente el concepto de Estado de derecho.

2.2 *Estado de derecho* es una de esas categorías amplias y genéricas susceptible de múltiples genealogías en la historia del pensamiento. Originalmente lo que hoy llamamos Estado de derecho puede entroncarse sin violencia con la tesis platónica de que el gobernante no debe ser sino el «servidor de la leyes»<sup>9</sup>. Con más claridad puede encontrarse el arranque de la noción en la polémica planteada por Aristóteles en torno a si es más conveniente el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres y en su conocida definición de la ley como «razón sin pasión»<sup>10</sup>. Al pensamiento clásico deben añadirse la doctri-

---

8. De nuevo aparece en esta construcción la teoría general del garantismo de Ferrajoli, ya que la Ecología política es también -como el propio garantismo- un modelo límite. Y por tanto, tratándose de algo de naturaleza programática deberá hablarse más que de sistemas ecologistas o antiecologistas de *grados* de ecologismo, de grados de ejecución del programa de la Ecología política. Y, por eso mismo, habrá que distinguir siempre entre el modelo del sistema jurídico ambiental y el funcionamiento efectivo del sistema concebido como políticas públicas juridificadas o prácticas administrativas. Desde el punto de vista ecológico, como desde cualquier punto de vista garantista, una constitución o una ley pueden ser muy avanzadas si se miran sus principios y términos y muy retrasada si se miran sus técnicas coercitivas, o sea, las garantías que permitan el control o la neutralización del poder antiecológico.

9. Dice PLATÓN en *Las Leyes* (lib. IV, p. 217) «si he llamado a los magistrados *servidores de las leyes*, no es que pretenda cambiar en modo alguno los términos establecidos por la costumbre, sino que estoy convencido de que (...) lo contrario acarrea infaliblemente su pérdida; (...) veo muy próxima la ruina de un Estado en que la ley (...) se halle sometida a los gobernantes, mientras que, por el contrario, allí donde la ley es la única soberana, y donde los magistrados son sus primeros súbditos (...) veo reunidos todos los bienes que los dioses hayan podido derramar sobre los Estados».

10. Dice ARISTÓTELES en *La Política* (Libro tercero, XI, 3) «No es más justo mandar que obedecer; conviene hacer lo uno y lo otro alternativamente. Esa es la ley; y el orden está en la ley. Más vale que mande la ley y no un ciudadano, sea quien fuere. El mismo razonamiento nos lleva a decir que, si es preferible confiar la autoridad a un

na medieval sobre la fundación jurídica de la soberanía, el pensamiento liberal sobre los límites de la actividad del Estado y sobre el Estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto a las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el constitucionalismo inglés y norteamericano, la tesis de la división de poderes, la teoría jurídica del Estado elaborada por los iuspublicistas alemanes del siglo pasado y reelaborada en éste por Hans Kelsen, etc...

A nuestros efectos bastará con que nos detengamos en la distinción propuesta por Norberto BOBBIO (1983 p. 154 y ss.) en virtud de la cual Estado de derecho puede significar dos cosas: gobierno *sub lege*, esto es, principio de sometimiento (no sólo de los ciudadanos sino también) de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución española); o gobierno *per leges*, esto es, mandatos de reserva de ley que obligan a gobernar ciertas materias a través de leyes generales y abstractas y no a través de decisiones particulares o privilegios (*lex privata*). A su vez, poder *sub lege* puede entenderse de dos maneras diversas: en un sentido débil, amplio o formal significa que todo poder debe ser conferido por las leyes y ejercitado en las formas y con los procedimientos establecidos en ellas; y en un segundo sentido fuerte, estricto o sustancial significa que —además de lo anterior— todo poder debe estar limitado por la ley que le condicionará no sólo las formas, sino también los contenidos. En el primer sentido son Estados de derecho todos los ordenamientos, incluso autoritarios, en los que *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal, en el segundo sentido lo son en cambio sólo los estados constitucionales. En el primer sentido constitución es cualquier norma que organice las relaciones de los poderes superiores del Estado y, en el segundo, constitución es sólo la que además lo hace dentro de determinados presupuestos (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981). En el primer sentido la expresión es un pleonasma porque todo Estado es un ordenamiento jurídico (KELSEN, 1960, p. 345) en el segundo sentido derecho y Estado no son expresiones sinónimas y sólo es legítimo el Estado sometido al derecho.

El término Estado de derecho es utilizado aquí como gobierno *sub lege* en el sentido más fuerte del término y es sinónimo de modelo de sistema jurídico-político de la Ecología política. Por tanto, el modelo de la Ecología política no designa simplemente a un Estado legal o cuyos poderes estén regulados en su interacción por leyes, sino a un modelo de Estado caracterizado por cumplir además un segundo requisito sustancial: que sus poderes estén orientados *exclusivamente* hacia la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que existan *sólo* para eso. El cumplimiento de este segundo requisito exige la exis-

---

cierto número de ciudadanos, se haga de ellos otros tantos servidores de la ley. Preciso es que haya magistrados, pero no se cree justo que la magistratura suprema la ejerza un solo hombre, cuando los otros son todos iguales».

tencia de una Constitución, entendida como la sede en la que se incorporan los deberes públicos que sintéticamente son dos: el deber de no lesionar ni los derechos de libertad ni el entorno y el deber de satisfacer los derechos sociales y mejorar el entorno. El primer deber exige no actuar, no decidir y es un límite; el segundo deber exige actuar, decidir y es un mandato. El control del cumplimiento de ambos deberes debe ser otorgado a un poder independiente e ir acompañado por el derecho de los ciudadanos a recabar la tutela judicial efectiva (art. 24 C.e). Desde el punto de vista de la Ecología política un modelo que cumpla el primer deber tendrá *legitimidad formal* y un modelo que cumpla ambos tendrá *legitimidad sustancial*.

2.3 Esta distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o entre condiciones ecológicas formales y sustanciales impuestas al ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre Democracia política y Estado de derecho en el interior de la Ecología política. Condiciones formales ecológicas son las reglas sobre *quién* puede y *cómo* puede decidir. Condiciones sustanciales son las reglas sobre *qué* se puede y *qué no* se puede decidir. Las primeras reglas afectan a la forma del gobierno, las segundas a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter *democrático* (o por el contrario burocrático o autoritario) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende su carácter *de derecho* (o por el contrario, absoluto u oligárquico) <sup>11</sup>.

Si por un momento pensamos la Ecología política como una propuesta de «pacto por la vida» (GARRIDO, 1993), comprenderemos que la primera regla del nuevo pacto social no sería que sobre todo se puede decidir por mayoría o que sobre la vida sólo se puede decidir por mayoría, sino que sobre la vida no se puede decidir o no decidir ni siquiera por mayoría. De manera que el país más democrático del planeta no será legítimo desde el punto de vista ecológico si en ella el poder del pueblo puede romper los límites del equilibrio ecológico. La consideración del equilibrio ecológico como *res sacra* sobre la que no se puede decidir es la aportación principal de la Ecología política a la teoría del Estado. Y, llegados a este punto, no es superfluo recordar que el Estado moderno nace como Estado de derecho y no como Estado democrático. La primera regla del pacto constituyente no es que sobre todo

---

11. En nuestra Constitución son reglas del primer tipo, por ejemplo, las que regulan la elección de los órganos legislativos, del gobierno, las competencias de las Comunidades autónomas... en definitiva las que afectan al *quién-decide* y al *cómo-se-decide*. Las reglas del Estado de derecho están, en cambio, en el título I que establece los derechos de los ciudadanos, el sistema de garantías, etc... afectan al *qué-se-puede-decidir* y a *qué-no-se-puede-decidir* y a tal fin le establecen límites y obligaciones a los poderes públicos: de un lado limitan la injerencia de los poderes en los ámbitos de libertad (personal, de opinión, de asociación, de movimiento, etc...); de otro los obligan a remover la desigualdad, a promover las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo, proteger el medio ambiente, mejorar la calidad de la vida, tutelar la salud, etc...



se debe decidir por mayoría, sino que *no* sobre todo se puede decidir o no decidir ni siquiera por mayoría. Esta regla es necesariamente resca-

ta-ble por la Ecología política porque de la misma manera que la democracia política más perfecta, representativa o directa es un régimen absoluto si el poder del pueblo en ella es ilimitado, así la mejor democracia directa carecerá de legitimidad ecológica si las decisiones de la mayoría afectan a las condiciones de la vida que no se pueden tocar. De la misma manera que el pensamiento moderno establecía que ni siquiera por unanimidad un pueblo puede decidir que una persona muera o sea privada sin culpa de su libertad, o que no piense o escriba o que no lo haga de un determinado modo, o que sacrifique el patrimonio de las por nacer, así el paradigma ecológico sienta la regla de que ni siquiera por unanimidad pueden tocarse las variables naturales de los ecosistemas relevantes para el equilibrio ecológico. En un caso y en otro estas reglas no son reglas del juego, sino reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego. La consecuencia primera de que no sobre todo se pueda decidir es que no todos los derechos humanos son alienables o transferibles, ni entre personas, ni entre éstas y el Estado. El pensamiento iusnaturalista y contractualista de la Ilustración formuló esta idea concibiendo los derechos intransferibles del hombre como naturales y su respeto inactivo como condición de legitimidad de aquel «hombre artificial»<sup>12</sup> que era el Estado. Repensar la idea de los derechos naturales desde el paradigma ecológico supone tan sólo adiciones al catálogo de derechos inalienables, pero no supone modificación sustancial de su eje teórico. Perdura la idea de intangibilidad y perdura la idea de legitimidad del Estado por inactividad.

2.4 Bastante similares son las conclusiones cuando la Ecología política repiensa la gran innovación constitucional de la que nace el Estado de derecho. Es decir, la positivación y constitucionalización de los derechos a través de la incorporación constitucional de los correspondientes deberes impuestos al ejercicio de los poderes públicos. Con esta incorporación cambia la estructura del Estado que ahora no sólo debe buscar reconocimiento en la inactividad del respeto a los derechos que lo limitan, sino que también aparece como una estructura dirigida, orientada, condicionada para satisfacer en positivo intereses legítimos. Así pensados, los deberes del Estado, en cuanto sean exigibles, conforman las garantías que están contra las mayorías y están contra la utilidad general, teniendo como fin exclusivo la tutela de los derechos individuales.

---

12. Dice HOBBS —1651 pp. 230-231— «Cada vez que un hombre transfiere su derecho, o renuncia a él, es o por consideración de algún derecho que le es recíprocamente transferido, o por algún otro bien que espera obtener de ello, porque es un acto voluntario, y el objeto de los actos voluntarios de todo hombre es algún *bien para sí mismo*. Y hay, por tanto, algunos derechos que no puede pensarse que un hombre abandone o transfiera por palabra alguna o cualquier otro signo».

La innovación constitucional que propone la Ecología política consiste en la incorporación al catálogo de los derechos y, por tanto, al catálogo de los correspondientes deberes del Estado, de los derechos del tiempo: los derechos del pasado, los derechos de los seres vivos y los derechos de las generaciones venideras. Con esta estipulación constitucional de los deberes ecológicos del Estado y de los límites ecológicos al mercado, los derechos del tiempo devendrán derechos inviolables y cambiará, por ello, la estructura del Estado, ya no una máquina sin entorno ni tiempo, ya no una idea absoluta, sino un sistema comunicado, limitado y condicionado por su ambiente.

2.5 Pero aún es precisa una segunda depuración ecológica de la idea ilustrada del contrato social: la que se refiere a los firmantes del pacto. La Ecología política puede heredar la idea del pacto social, pero sólo si depurada de la cultura del capital<sup>13</sup>. El pacto por la vida estará desprovisto del atributo del pacto entre sujetos propietarios (patriarcas) y será un pacto ampliado a todo lo que la cultura del capital ha considerado como bienes susceptibles de apropiación (asalariados, mujeres, niños, pueblos colonizados, etc...). La razón que justifica la exclusión del capital parece obvia: el eje del nuevo pacto social no puede ser otro que la vida y sus cláusulas dirán que no todo es transferible en el mercado, que no sobre todo se puede decidir, que no siempre se puede crecer, que no todo es apropiable y que el tiempo forma parte de las imperfecciones del mundo que no debemos tocar. Estas reglas pueden ser cumplidas por un mercado autorregulado y heterolimitado, pero jamás pueden ser cumplidas por la lógica proliferante del capital que sólo puede obedecer la regla interna de la mercancía absoluta, del crecimiento ilimitado y del triunfo de su lógica en la muerte del sistema vivo que lo contenga. Por tanto, no puede ser la propiedad transferible sin límite, sino la vida limitada por el tiempo la que rija el nuevo pacto. Y, por tanto, sujeto de este pacto no es *el que posee* recursos (o mujeres, o asalariados, o colonias) que transfiere sino *el que vive*, es decir aquel que simultáneamente heredó la posibilidad de comunicación del pasado, el lenguaje del cofre de la muerte (Heidegger), aquel que lo posee sólo en fideicomiso y aquel cuyo deber principal consiste en transmitirlo al que nacerá. Por lo tanto, no se trata sólo de la refundación del Estado, sino también de la refundación de lo social como lo global percibido<sup>14</sup>.

---

13. Intuyo que las claves de esta segunda depuración podrían extraerse también por otro camino diferente al que yo sigo: me refiero a la analogía que creo ver entre el Estado de derecho, por un lado, y la comunidad fraternal totémica de FREUD (1913 y 1921), por otro.

14. Este pacto vital será todavía un pacto antropocéntrico, no androcéntrico ni fuerte, sino un pacto de los que hablan con los que hablaron y los que hablarán. No será un pacto cuyos sujetos sean las otras especies y la nuestra, no hablará de derechos de la naturaleza o de derechos de los animales, porque los derechos son sólo de los que viven y lo saben, pero será también, por eso mismo, un pacto de comunicación ecológica entre la especie y su entorno, donde habitan las otras especies. Un ejercicio de antropocentrismo débil, un pacto cuya tensión será la reconstrucción de las relaciones ecológicas con las otras especies.

2.6 Y aquí aparecerá el pacifismo como aportación ecológica, desde aquí vista la Ecología política será un paradigma ecopacifista. El respeto y el cuidado del núcleo esencial del *sobre-qué no-se-puede-decidir* (la vida) ni siquiera por mayoría, exige que el conflicto no salga jamás del tiempo interno de la comunicación del sistema social, que nunca se transforme —como el dinero— en un valor proliferante. El conflicto aparece así dibujado como patológico si rompe el límite simbólico de la comunicación y como fisiológico si no lo viola, si no incumple las metarreglas del juego que dicen no *quién* y *cómo* se juega sino *con qué no se juega* (la vida). La no violencia aparece así como una enorme fuerza, pero no como la fuerza destructiva de la guerra, sino como la energía productiva empleada para la reinversión de los conflictos. La no violencia se convierte en el fluído esencial del Estado de derecho y éste, a su vez, en el juego totémico de reorientación del conflicto.

### 3. ESTADO DE DERECHO ECOLIBERAL Y ESTADO ECOSOCIALISTA DE DERECHO. EL MODELO RADICAL-DEMOCRÁTICO DE LA ECOLOGÍA POLÍTICA

3.1 La tradición liberal concibió al Estado de derecho como un sistema de vetos. Las garantías liberales consisten únicamente en un sistema de deberes públicos de no hacer —de dejar vivir y de dejar hacer—. El ámbito más importante sobre el que recaen estas garantías es, sin duda, el relativo al uso de la fuerza y por tanto, sobre todo el derecho punitivo: el derecho penal y el derecho administrativo en cuanto derecho de policía. Sin embargo, el mismo modelo liberal de Estado de derecho dotó de garantías análogas a los derechos de libertad. Con una importante peculiaridad: no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes privados. Aparece así un curioso principio que debe ser hoy tematizado de nuevo por la Ecología política: aquel en virtud del cual la privación de derechos no es posible ni siquiera con el consenso de sus titulares. Un hombre tiene derechos aunque no los quiera y recibirá la tutela del Estado aunque exprese frente a él su voluntad libre de renuncia. Un hombre no puede devenir esclavo ni siquiera si firma libremente un contrato al respecto con un igual. Así estos derechos de vida y libertad además de inviolables e inderogables, son construídos por la tradición liberal como *indisponibles* e *inalienables*. Precisamente esto distingue este tipo de derechos de cualquier otro, muy especialmente del derecho de propiedad y de los otros derechos patrimoniales que obviamente no son irrenunciables en cuanto que, a diferencia, de los primeros son, por naturaleza, transferibles. Un hombre puede renunciar a su propiedad y puede transferirla mediante contrato, pero no puede hacer lo mismo con su vida o con su libertad. Aparecieron así en el siglo XIX un núcleo de derechos *sustraídos a la*

*lógica de la mercancía y el capital*, un conjunto de bienes no mercantiles ante los cuales el mercado se debe detener.

3.2 Por otro lado las constituciones de este siglo se caracterizan por haber introducido una nueva gama de derechos al trabajo, a la salud, a la educación, etc... A diferencia de los derechos de libertad, que son derechos de hacer algo correspondidos por deberes públicos de no hacer nada, esta segunda generación de derechos que podríamos llamar sociales o materiales son *derechos a*, correspondidos por obligaciones públicas positivas, por deberes de hacer algo. Cuando un Estado posee este segundo tipo de derechos lo llamaremos Estado social o si se quiere Estado socialista de derecho<sup>15</sup>. Esta diferencia entre ambos tipos de derechos cambia profundamente la estructura del poder del Estado, que aparece ahora obligado no sólo a no impedir los derechos ciudadanos, sino también funcionalizado positivamente hacia la obligación de satisfacer los *derechos a*. Y cambia también la base de legitimación del Estado: mientras el Estado liberal de derecho obtiene la legitimación sólo con no empeorar las condiciones de vida, el Estado social de derecho debe además mejorarlas para obtener legitimidad.

El mantenimiento de esta doble fuente de legitimidad es justificable —o al menos no es reprobable— desde la óptica de la teoría de los bienes jurídicos. En efecto, es diversa la naturaleza temporal de los bienes asegurados por cada uno de los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas sobre prohibiciones son óptimas para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de existencia: la vida, la libertad o la no nocividad del aire, el agua o en general del ambiente. Las garantías sociales o positivas basadas sobre obligaciones son las óptimas en cambio para adquirir condiciones mejores de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la casa, la educación, la restauración del paisaje. Las primeras son las garantías del pasado y el conservacionismo. Las segundas son las garantías del futuro y la restauración. Es obvio que la Ecología política en cuanto paradigma del tiempo que contiene elementos de restauración e innovación por un lado y elementos de conservación, por otro, debe incorporar a su modelo de sistema jurídico-político ambos tipos de garantías. El problema es cómo.

---

15. Sin duda debe usarse con cierto cuidado la expresión «Estado socialista de derecho» por mor de los muchos significados que evoca la palabra —del socialismo utópico al socialismo real, de las socialdemocracias al socialismo científico, etc...— sin embargo la expresión *socialismo* —al menos a los simples efectos de la teoría del derecho subjetivo— designa con propiedad a un sistema de garantías de los derechos sociales o de segunda generación.

3.3 En efecto, los dos tipos de garantías no se excluyen, pero tampoco se implican recíprocamente. Los dos modelos —como sostiene FERRAJOLI 1989— son lógicamente independientes<sup>16</sup>. Eso viene a significar fundamentalmente que hay siempre un margen irreductible de antiliberalismo en toda forma de Estado social y un margen irreductible de antisocialismo en todo Estado liberal. La tensión es irreductible por las razones que en seguida veremos, pero de ahí no puede deducirse que sea históricamente invariable, posee la posibilidad de evolución hacia el acercamiento o el alejamiento. La experiencia constitucional de este siglo ha puesto de manifiesto que el reconocimiento de derechos sociales no ha ido acompañado de la elaboración de garantías adecuadas a su naturaleza social o positiva y si resulta que las técnicas de garantía y tutela judicial del Estado socialista de derecho no son parangonables con aquellas construídas para la tutela del Estado liberal de derecho, es evidente que la evolución histórica apunta al crecimiento del abismo lógico. Sin embargo no hay nada que justifique la afirmación de que necesariamente seguirá creciendo. Y, *a fortiori*, es falaz la argumentación que descalifica al estado liberal por incumplimiento de los deberes del Estado social, como es falaz la argumentación de la incompatibilidad del Estado socialista con el marco liberal<sup>17</sup>. Ambas falacias (naturalista y normativista) sólo son explicables a partir de la ajeneidad política y cultural al pensamiento liberal de las nuevas figuras de la tradición socialista y la no menor ajeneidad del pensamiento socialista a la tradición liberal. ¿Es la Ecología política un tercero en discordia? ¿*Tertium non datur*? ¿Es un debate ajeno a la Ecología política? ¿Es un debate a reproducir en el interior del paradigma ecológico entre ecoliberales y ecosocialistas? Responder a estas preguntas nos exige volver momentáneamente al problema de la democracia política.

3.4 Sostiene FERRAJOLI (1989 p. 986 y ss.) que los modelos de Estado socialista de derecho y Estado liberal de derecho tienen en común consistir en un sistema de metarreglas respecto a las reglas mismas de la democracia política. Es decir, tienen en común la afirmación de la necesidad de añadir a la pregunta por el *quién* y el *cómo* se decide, la pregunta sobre *qué se puede decidir* y *qué no se puede decidir*. Lo que los diferencia es que la regla del Estado libe-

---

16. Pueden darse Estados liberales profundamente antisociales (por ejemplo los actuales del sudeste asiático), Estados antiliberales y antisociales (por ejemplo los totalitarismos europeos nazis y fascistas) y Estados sociales antiliberales (por ejemplo, Cuba).

17. Se pueden citar entre los sostenedores de esta tesis de la incompatibilidad entre los dos tipos de garantías y, más en general, entre Estado social y marco liberal, a un conjunto de autores encuadrables en el paradigma de la autopoiesis, o en la teoría del «derecho reflexivo», o en estrategias políticas neoconservadoras, o de progresiva *deregulation*, o de redimensionamiento del Estado social. Por ejemplo Peter Heil, Helmut Willke, Gunther Teubner o el mismo Luhmann. Para una crítica véase ZOLO 1986 y en lo relativo a la teoría del derecho BOBBIO 1970.

ral de derecho dice que *no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría*; mientras que la regla del Estado social de derecho dice que *no sobre todo se puede no decidir, ni siquiera por mayoría*; por ejemplo, sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, de trabajo y salud los poderes públicos no pueden no decidir o no intervenir aunque en ello no esté interesada la mayoría.

Esta diferencia entre ambos modelos exige una revisión del concepto de democracia. Así, una democracia será social cuando un determinado Estado de derecho esté dotado de garantías eficaces tanto liberales como sociales. Y una democracia será formal (liberal) cuando un Estado esté regido por el juego de las mayorías y limitado sólo a no actuar contra derechos esenciales. De la misma manera que entre Estado social y Estado liberal se daba un abismo lógico también, sobre el mismo plano lógico, ambas formas de democracia son independientes: pueden darse o no darse o darse simultáneamente y, por tanto, son independientes los sistemas de garantía.

Ahora bien, aquí sí es nítida la opción de la Ecología política por un modelo de democracia sustancial<sup>18</sup>. El motivo de la opción ecológica por la versión sustancial de la democracia proviene de la convivencia histórica de la Ecología política con el capital y del convencimiento de que la contención ecológica, la prudencia, no puede permitir que determinados poderes privados escapen al control sustancial, al control sobre el *qué* decidir. La Ecología sabe bien que determinados problemas civilizatorios (como la aceleración del tiempo) o ecológicos (como el agotamiento de recursos naturales) no se resolverán nunca automáticamente por el simple juego de las mayorías democráticas y sin la intervención del poder público, ni siquiera en el remoto caso de que el ámbito de la mayoría fuese un parlamento mundial, cosa que por cierto exigiría una importante actividad de los actuales Estados. La Ecología sabe bien que las cuestiones relativas a la recuperación de la tensión entre tiempo histórico y tiempo natural, a la consideración como presentes de generaciones futuras, o al equilibrio de Gaia, sólo se podrán afrontar en un marco jurídico-político que además del *quién* y el *cómo* decide, establezca con claridad sobre *qué* se puede y sobre *qué* no se puede decidir. La Ecología política en cuanto cronopolítica (GARRIDO 1993) propugna necesariamente un baluarte de derechos, en los que ni el *quién* ni el *cómo* puedan entrar, por más que la entrada sea mayoritaria y aún menos si la entrada es la del capital. Sustraer substancias al capital y convertirlas en intransferibles como mercancías es

---

18. La expresión «democracia sustancial» puede ser sinónima de la expresión «radical-democracia» —como se la denomina en los programas originarios de *Die Grünen*—, siempre que por la segunda no se entienda una mera opción asamblearia cuya única regla sea que sobre todo se *puede* decidir por mayoría sino, muy matizadamente, una regla que dice que sobre todo lo que se puede decidir se debe decidir por mayoría.

para la Ecología política un principio tan elemental como la entropía. El modelo ecopolítico incorpora valores más importantes y por tanto prejudiciales respecto a la democracia formal. Para la Ecología política la expansión de la democracia, después de la conquista del sufragio universal, debe venir no sólo con la multiplicación de las sedes de decisión, el principio de autodeterminación a todos los niveles, el quién y el cómo de la decisión; sino también por la extensión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes democráticos y burocráticos, públicos y privados para la tutela sustancial de siempre nuevos derechos vitales y en conjunto con la elaboración de nuevas técnicas legislativas garantistas que aseguren mayor efectividad. Esto es lo que la Ecología política tiene de ecosocialista: exige la tutela sustancial. Pero, inseparablemente la Ecología política es ecoliberal por la sencilla razón de que no toca el baluarte de derechos sustanciales inalienables, indisponibles e inviolables, sino que lo amplía introduciendo en él otros derechos que en seguida veremos. Podríamos decir metafóricamente que la Ecología política no derriba la casa liberal, sino que amplía sus habitaciones. La casa seguirá siendo liberal, las nuevas habitaciones son socialistas. O dicho con más rotundidad ni el ecosocialismo ni el ecoliberalismo son genuinamente ecologistas, ninguno de los dos puede ocupar en su totalidad el paradigma ecológico, la nueva casa. Lo que sí es ecológico es exactamente la *confrontación entre ambos*, confrontación que será fisiológica, fructífera y fértil dentro de ciertos límites y patológica sólo más allá de ellos. Queda sólo determinar con precisión cuáles son esos ciertos límites.

#### 4. LA APORIA DE LA IRREDUCTIBLE ILEGITIMIDAD ECOLÓGICA DE LOS PODERES PÚBLICOS

4.1 La tercera generación de derechos, los derechos difusos, los derechos de la vida, los derechos que no son ni públicos ni privados, sino simultánea y opuestamente individuales y colectivos, los derechos transversales de la igualdad como diferencia, de la paz como camino y meta, de la Ecología como prudencia conservacionista y coraje innovador, ha aumentado el desnivel entre validez y eficacia, entre legalidad y legitimidad. Si antes decíamos que el abismo entre garantías de no hacer y garantías sociales crece, ahora podemos decir que los nuevos derechos están aún muy lejos de contar siquiera con las garantías propias ya adquiridas por la segunda generación. Es además bastante claro que cuanto más crezca el catálogo de derechos y, con ellos, los correlativos deberes públicos, tanto mayor será el desnivel entre eficacia y validez, el desnivel de

legitimidad del sistema jurídico político. Desde este punto de vista la Ecología política aumenta el nivel de ilegitimidad de los poderes públicos.

La razón por la cual la Ecología deslegitima permanentemente al sistema jurídico político hay que buscarla en la oposición insalvable entre sus valores y los deberes del Estado <sup>19</sup>. La naturaleza deóntica de los deberes incluye la posibilidad de ser incumplidos y la naturaleza deóntica de los valores incluye la imposibilidad de ser completamente realizados. Así la enunciación de los nuevos derechos ecológicos, que pertenecen como todos los demás al orden de los valores, es una enunciación contrafáctica. Esto quiere decir que los valores ecológicos, expresados en forma de derechos, responden a la definición matemática del límite <sup>20</sup>, responden al principio del deseo. Sin embargo, la enunciación de los deberes públicos de naturaleza ecológica está regida por el principio de realidad que, a diferencia del deseo y «sin abandonar el propósito de una final consecución del placer, exige y logra el aplazamiento de la satisfacción y la renuncia a algunas de las posibilidades de alcanzarla, y nos fuerza a aceptar pacientemente el displacer durante el largo rodeo necesario para llegar al placer» (FREUD, 1921).

Nace así una latente y estructural ilegitimidad ecológica de todo sistema jurídico-político debida a que la ambición de las promesas ambientales formuladas en sus niveles normativos superiores no es mantenida en sus niveles inferiores <sup>21</sup>. Esta ilegitimidad puede asumir formas patológicas cuando las normas superiores son del todo inefectivas, cuando la transgresión del deseo por la realidad pasa el límite de lo tolerable. Pero esta ilegitimidad será fisiológica, estructural al sistema, cuando la tensión entre valores y realidades se mantenga en el marco de ciertos límites. Inútil que la Ecología política pretenda superar esta aporía. Su modelo jurídico-político heredará necesariamente esta aporía y ello por dos razones: porque formula nuevos derechos que comparten la naturaleza de los valores y porque se trata de una tensión suprimible sólo en un Estado absoluto donde no haya promesas o deberes que vinculen jurídicamente a los poderes públicos y donde validez y eficacia coincidan. Las an-

---

19. Intuyo de nuevo que la confrontación irreductible puede explicarse por otra vía: me refiero al juego del principio de realidad con el principio del placer descrito por FREUD 1921.

20. Esa magnitud a la que siempre es posible acercarse y nunca es posible alcanzar.

21. Justo éste sería el punto de partida de una Ecología jurídica: la constatación de que el universo jurídico es tendencialmente ecologista cuando lo miramos en su momento normativo (el momento de los deseos, la validez, los valores y los derechos ecológicos) y tendencialmente antiecologista cuando lo miramos en su momento ejecutivo (el momento de la realidad, la eficacia, la gestión, la administración o la aplicación de las normas ambientales).



tinomias y las lagunas son estructurales en un Estado de derecho ya sea ecoliberal ya ecosocialista.

4.2 Y es preciso que la Ecología política se afirme bien en este terreno porque es ciertamente resbaladizo. El desnivel de legitimidad entre los derechos ciudadanos y los deberes del Estado tiene siempre una solución regresiva: la búsqueda de la coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas superiores para hacerlas compatibles con las de rango inferior<sup>22</sup>; o peor aún, la superación del desnivel de ilegitimidad mediante la reforma de la así llamada constitución formal para adecuarla a la así llamada constitución material<sup>23</sup>. La Ecología política no puede aceptar la trampa realista: frente a ella tiene que afirmar que es siempre progresiva toda interpretación extensiva de los valores constitucionales o mejor aún toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes incluso a costo de ver crecer la incoherencia del sistema.

Por esto la aportación de la Ecología política a la evolución del Estado de derecho y de la democracia sustancial no está tanto en el crecimiento de las promesas como en el desarrollo de nuevas formas de garantía capaces de realizarlas. No está en la superación de la aporía, sino, al contrario, en su conservación y cuidado. El cuidado del desnivel entre los valores ecológicos y su realización operativa por el Estado es la principal fuerza ofrecida por la Ecología política a los titulares de derechos proclamados pero insatisfechos. En la medida en que tales derechos estén insatisfechos pueden —gracias precisamente a sus garantías— deslegitimar los poderes, invalidar las acciones o las omisiones, exigir las prestaciones correspondientes... Los deseos insatisfechos sirven para deslegitimar la realidad. La realidad incumplida sirve para fortalecer los derechos. En este sentido, el Estado de derecho como modelo de Ecología política es caracterizable como el modelo de ordenamiento que consiente no sólo la legitimación sino, sobre todo, la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas por ellos producidas o dejadas de producir.

La Ecología política no puede admitir la doctrina escolástica de que el elemento es superior a la relación, porque el uno es simple y la relación necesita del uno, sino que parte de la doctrina de los opuestos, de la ontología del *avanzar sin progresar* (LAO TSE). Y ello porque la

---

22. En España acabamos de vivir un notorio ejemplo de esto: me refiero al desarrollo restrictivo que hace la denominada «Ley Corcuera» del derecho a la inviolabilidad del domicilio para adecuarlo a las prácticas policiales.

23. Por ejemplo: la lectura del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad como un derecho de propiedad transferible sobre recursos naturales; o, por poner un ejemplo del otro lado, la descalificación lasalleana de la «constitución de papel» en virtud de una constitución material que nunca ha existido si no es acompañada de papeles y sumida en la aporía.

distancia entre el ser y el deber ser forma parte de los defectos del mundo, es uno de los equilibrios desequilibrados de la naturaleza que intentamos conservar. El mundo no es uno, sino trama; no tiene el atributo de la simplicidad, sino el de la complejidad; el cuidado del mundo, que por cierto no es un sistema sino un entorno, es el respeto del tiempo. Y el tiempo es uno de los defectos del mundo que queremos conservar.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARISTÓTELES *La política* (cito por la versión castellana de Nicolás Estévanez), París, casa editorial Garnier Hermanos, 1928.
- BOBBIO, Norberto, (1970) «Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto» en *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di comunità, 1977.
- BOBBIO, Norberto, (1983) «Governo degli uomini o governo delle leggi?» en *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984.
- DELÉAGE, Jean Paul, (1991) *Historia de la Ecología*, Barcelona, Icaria, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, (1989) *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989.
- FREUD, Sigmund, (1913) «Totem y tabú: algunos aspectos comunes entre la vida mental del hombre primitivo y los neuróticos» (cito por la versión castellana de L. López Ballesteros) en *Obras completas* tomo V, Madrid, Biblioteca Nueva, 1974.
- FREUD, sigmund, (1921) «Más allá del principio del placer» (cito por la versión castellana de L. López-Ballesteros) en *Obras completas* tomo VII, Madrid, Biblioteca Nueva, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1980) *La Constitución como norma jurídica* Madrid, Civitas, 1980.
- GARRIDO-PEÑA, Francisco (1993) «La Ecología como Política» en GARRIDO-PEÑA, F., (comp.) *Introducción a la Ecología Política*, Granada, Comares, 1993.
- GRINEVALD, Jacques (1990) «Vernadsky y Lotka como fuentes de la bioeconomía de Georgescu-Roegen» en *Ecología política* núm. 1 1990.
- HABERMAS, Jurgen, (1973) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* Buenos Aires, Amorrortu, 1975.
- HOBBS, Thomas, (1651) *Leviatán* (cito por la edición preparada por C. Moya y A. Escotado), Madrid, Editora nacional, 1980.
- KELSEN, Hans, (1960) *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1981.
- LÓPEZ-CALERA, Nicolás, (1992) *Yo, el Estado: elementos para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*. Barcelona, Trotta, 1992.
- LUHMANN, Niklas, (1985) *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf oekologische Gefährdungen einstellen?* Opladen, Westdeutscher Verlag, 1985. Cito por la versión italiana *Comunicazione ecologica. Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Milano, Franco Angelli, 1989.
- PLATON, *Las leyes* (cito por el ejemplar en dos tomos, editado en Madrid por la imprenta de L. Rubio en 1928, en la que no consta nombre del traductor).

ZOLO, Danilo (1986) «Autopoiesis: un paradigma conservatore» en *Complessita e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987.



II  
ESTUDIOS



## **I. SOBRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO**





## Concepto de la Filosofía del Derecho

Por RAFAEL HERNANDEZ MARIN

Murcia

SUMARIO: I. Filosofía del Derecho y Filosofía Socio-Jurídica.—II. La teoría general del derecho.—1. *La teoría general de las normas jurídicas*. A. La interpretación de los enunciados jurídicos. B. La filosofía del lenguaje jurídico. C. La ontología jurídica.—III. La teoría de la ciencia jurídica—IV. Discusión de otros posibles temas de la Filosofía del Derecho.—1. *Los sustitutos ilegítimos de la teoría general del Derecho*. A. La introducción al Derecho. B. La teoría fundamental del Derecho. C. La materia «Teoría del Derecho».—2. *La materia «Filosofía del Derecho»*.—3. *Los fines del Derecho*.—4. *La técnica legislativa*.

### I. FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIO-JURIDICA

En la actualidad, hay dos clases de filosofía jurídica: una, relativa al Derecho como fenómeno aislado; otra, que lo contempla como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales. La primera, relativa al Derecho estrictamente, puede ser llamada «filosofía del Derecho en sentido estricto» o, simplemente, «filosofía del Derecho»; la segunda, que es un aspecto de la filosofía social, que es la reflexión filosófico-social aplicada al Derecho, puede ser llamada «filosofía socio-jurídica» (que no debe ser confundida con la sociología jurídica). Según como se formulen en sus detalles concretos, estas dos especies de filosofía jurídica tendrán más o menos puntos de contacto; pero, en principio, caminan separadas, cada una por su lado.

Siempre me he inclinado por la filosofía del Derecho en sentido estricto, no por la filosofía socio-jurídica, por razones que no vienen al caso. Pues el motivo del presente trabajo es meramente exponer mi concepto de la filosofía del Derecho en sentido estricto, de la filosofía del Derecho, como diré abreviadamente a partir de ahora.

Se trata de una filosofía del Derecho, que tiene sólo dos partes: la teoría general del Derecho y la teoría de la ciencia jurídica<sup>1</sup>. Hablaré de ellas, en primer lugar, y después me ocuparé de otros posibles temas de la filosofía del Derecho.

## II. LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

La teoría general del Derecho (TGD) se divide en una teoría general de las normas jurídicas, aisladamente consideradas, y una teoría general de las relaciones entre normas jurídicas. La primera puede ser llamada «teoría general de las normas jurídicas»; a la segunda se la conoce con el nombre de «teoría del ordenamiento jurídico» o «teoría del sistema jurídico».

### 1. La teoría general de las normas jurídicas

Dicho vagamente, la teoría general de las normas jurídicas se ocupa de los aspectos generales de las normas jurídicas o de clases de normas jurídicas, aisladamente consideradas. Puede ser subdividida a su vez en varios apartados, que examinaremos a continuación.

#### A. *La interpretación de los enunciados jurídicos*

Una de las tareas de esta parte de la TGD, que es la teoría general de las normas jurídicas (TGNJ), consiste en analizar partes o aspectos de los enunciados jurídicos, que son comunes a todos los enunciados jurídicos de una misma clase, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico en que los enunciados se presenten. Por ejemplo, todas las disposiciones derogatorias, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico en que aparezcan, contienen una expresión sinónima de «la norma *x* queda derogada»; todas las normas de competencia, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico en que aparezcan, contienen una expresión sinónima de «el órgano *O* está autorizado a dictar normas sobre la materia *x*», etc.; y es tarea de la TGNJ analizar estas partes de los enuncia-

1. En un reciente artículo (ALEXY, R., y DREIER, R., «The Concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, 3, 1990, núm. 1, pp. 1-3), sus autores sostienen una concepción similar, al escribir que la teoría general del Derecho y la teoría de la ciencia jurídica son las dos partes en que se divide la *jurisprudence*; pero distinguen entre *jurisprudence* y *legal philosophy*, al identificar esta última disciplina con la teoría del Derecho natural. Personalmente, me resisto a esa asimilación, ya en el plano conceptual, de la filosofía jurídica con alguna especie de especulación acientífica.

dos jurídicos, que son comunes a todos los enunciados jurídicos de la misma clase (comunes a todas las disposiciones derogatorias, o a todas las normas de competencia, etc.).

El calificativo más utilizado para referirse a la actividad de la TGNJ, que acaba de ser descrita, es el de «análisis». Esta es también la denominación que acaba de ser usada, al realizar la citada descripción. Es una denominación adecuada, pero imprecisa. Aunque peor aún, por ser confundente, es describir la misma tarea diciendo que la TGNJ estudia la «función» de las disposiciones derogatorias, de las normas de competencia, etc.

La palabra correcta para describir los análisis citados es la de *interpretación*. La TGNJ interpreta, por ejemplo, las expresiones sinónimas de la expresión, «la norma *x* queda derogada», que aparecen en las disposiciones derogatorias; las expresiones sinónimas de la expresión «el órgano *O* está autorizado a dictar normas sobre la materia *x*», que aparecen en las normas de competencia, etc. De este modo, la TGNJ determina el sentido compartido por todas las normas de una determinada clase (por ejemplo, por todas las disposiciones derogatorias o por todas las normas de competencia), prescindiendo del contenido específico de cada norma, que la diferencia de otras normas de su misma especie, y cuya interpretación queda en manos de la rama de la ciencia jurídica correspondiente.

En esto radica, precisamente, la diferencia entre la interpretación realizada por la TGNJ y la interpretación realizada por una cualquiera de las diversas ramas de la ciencia del Derecho (de la dogmática jurídica):

Dado el enunciado jurídico perteneciente a una determinada rama del Derecho, la rama de la ciencia jurídica correspondiente interpreta aquellas expresiones contenidas en el enunciado, que son propias de dicha rama. En cambio, la TGNJ interpreta las expresiones contenidas en el mismo enunciado jurídico, que no son específicas de ninguna de las ramas del Derecho, sino que son sinónimas de otras que aparecen en todos los enunciados jurídicos pertenecientes a la misma clase que el enunciado considerado.

Pensemos, por ejemplo, en dos negaciones de normas, una de las cuales aparece en una ley civil o en un código civil y dice que si el vendedor no entrega la cosa vendida al comprador no está obligado a pagar el precio de la misma, y otra, que aparece en una ley fiscal y dice que los que tengan ingresos inferiores a un millón de pesetas anuales no están obligados a presentar declaración de la renta. El civilista se preocupará por interpretar o analizar los conceptos, típicamente de Derecho civil, de comprador, cosa, precio, etc., que aparecen en la negación de norma civil; mientras que el especialista en Derecho fiscal se ocupará de los conceptos de ingreso, renta, etc., que aparecen en la negación fiscal. A la TGNJ, en cambio, lo que le interesa es precisar el sentido de la expresión «no está obligado a», que aparece en éstas y

otras negaciones de norma. Le interesa poner de relieve cuál es el núcleo de sentido, el núcleo significativo, común a ambas negaciones de normas, haciendo abstracción de sus contenidos civil y fiscal, o sea, prescindiendo del contenido específico de ambas, de ese contenido específico que las diferencia. La interpretación del contenido específico de cada negación de norma es tarea del especialista correspondiente.

Pero la actividad interpretativa de la TGNJ no se limita a *expresiones* comunes, sino que se extiende a otros aspectos *implícitos*, comunes también a todas las normas de una determinada clase. Por ejemplo, todo enunciado jurídico contiene referencias temporales y espaciales implícitas, siendo tarea de la interpretación realizada por la TGNJ hacer explícitas dichas referencias (el problema tradicional de los límites de la validez temporal y espacial de las normas jurídicas es, en realidad, una cuestión de interpretación). Otro ejemplo: todo enunciado jurídico es sinónimo de un enunciado general y condicional, siendo el antecedente de la condición el supuesto de hecho, y el consecuente, la consecuencia; aunque, a primera vista, no siempre sean detectables esas características, ni tampoco la estructura supuesto de hecho-consecuencia. Tarea de la TGNJ puede ser también interpretar un enunciado jurídico cualquiera, de manera que dichas características y dicha estructura sean fácilmente discernibles.

Estos ejemplos ponen de relieve otra circunstancia interesante. Los filósofos del Derecho suelen centrar sus interpretaciones en aquellos enunciados jurídicos (negaciones de normas, normas de competencia, remisiones, permisiones, etc.), cuyas partes genéricas o comunes a otros enunciados de la misma clase son más difíciles de interpretar. Pero, como los ejemplos que acaban de ser citados muestran, *cualquier* enunciado jurídico tiene partes o aspectos de carácter genérico, cuya interpretación corresponde a la TGNJ. Y también puede servir de prueba la observación siguiente: Salvo rarísimas excepciones, y al margen también de los casos de ambigüedad, un enunciado jurídico cualquiera es o bien prescriptivo, o bien cualificadorio, según cuál sea la expresión contenida en su consecuencia. Dicha expresión es sinónima de otras contenidas en todos los enunciados jurídicos de la misma especie, ya sea la especie la de los enunciados prescriptivos o la de los cualificatorios; por ello, su interpretación corresponde a la TGNJ, según la descripción antes realizada de la actividad interpretativa de esta parte de la TGD.

En otro lugar he defendido la tesis de que interpretar un enunciado jurídico es afirmar que el enunciado interpretado es sinónimo de otro enunciado, que llamo «enunciado interpretante». Este enunciado interpretante puede ser un enunciado de un lenguaje artificial. En estos casos, la TGNJ proporciona indirectamente una traducción del enunciado interpretado, formulado en un lenguaje natural, al enunciado interpretante, formulado en un lenguaje artificial. Y, a la inversa: al traducir un

enunciado jurídico de un lenguaje natural a una fórmula de un lenguaje artificial, la TGNJ realiza indirectamente una interpretación del primero mediante la segunda. La traducción de los enunciados jurídicos a fórmulas de un lenguaje artificial es una actividad (realizada en el plano del lenguaje-objeto) paralela a la actividad interpretativa (desarrollada en el plano del metalenguaje), cuando en la interpretación los enunciados interpretantes son fórmulas de un lenguaje artificial. Por esta razón, la traducción de los enunciados jurídicos a fórmulas de un lenguaje artificial, o su simbolización, forma parte de la actividad interpretativa de la TGNJ.

La ciencia del Derecho y la TGNJ desarrollan, pues, actividades interpretativas complementarias e igualmente necesarias, a fin de determinar el sentido completo de los enunciados jurídicos: la ciencia del Derecho interpreta las partes específicas (penales, mercantiles, etc.) de los enunciados jurídicos; mientras que la TGNJ interpreta las partes o aspectos más genéricos (más filosóficos-jurídicos, por así decirlo) de los mismos. Con frecuencia, la diferencia y complementariedad entre las actividades de la ciencia del Derecho y de la TGNJ han sido expuestas mediante la oposición contenido-forma: la ciencia del Derecho se ocuparía, según dicha formulación, del contenido de los enunciados jurídicos, mientras que al TGD se ocuparía de la forma de los mismos. Pero creo que esta formulación peca de imprecisión y es incapaz de expresar las diferencias y relaciones descritas.

## B. *La filosofía del lenguaje jurídico*

Más la TGNJ realiza también otras tareas. Una vez que las normas jurídicas han sido interpretadas (bien por la ciencia del Derecho, bien por la propia TGNJ), la TGNJ se ocupa de analizar qué o cómo son las normas, desde el punto de vista lingüístico. La teoría general del Derecho acude entonces a la semántica filosófica o filosofía del lenguaje, para tomarle prestadas las categorías, que le van a permitir analizar las normas jurídicas y clasificarlas desde diversos puntos de vista: desde el punto de vista del tipo de discurso, si son prescriptivas o cualificatorias; desde el punto de vista de su precisión, si son vagas o ambiguas; desde el punto de vista de su nivel lingüístico, si son metalingüísticas o no; desde el punto de vista de su alcance, si son generales o individuales, etc.

Esta filosofía del lenguaje aplicada a los enunciados jurídicos, o, como la podemos llamar también, esta filosofía del *lenguaje jurídico*, es una abstracción a partir de la actividad interpretativa. La diferencia y relación entre ambas actividades es la siguiente. Interpretar es decir, por ejemplo: «El art. 1461 del Código Civil establece que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta». Y, una vez realizada esta interpretación, el análisis filosófico-lingüísti-

co dice, por ejemplo: «El art. 1461 del Código Civil es una prescripción». La interpretación trata de determinar el contenido concreto, preciso, de los enunciados jurídicos. En cambio, el análisis filosófico-lingüístico prescinde, abstrae, del contenido concreto de los enunciados jurídicos considerados; su tarea consiste en analizar las partes constitutivas de dichos enunciados y en clasificarlos en una o varias de las múltiples categorías creadas por la filosofía del lenguaje para ordenar y sistematizar sus objetos de estudio.

La llamada frecuentemente «teoría de la norma jurídica» está integrada en parte por interpretaciones y en parte por análisis filosófico-lingüísticos de los enunciados jurídicos.

### C. *La ontología jurídica*

La TGNJ realiza, pues, un proceso de abstracción, que va desde la actividad interpretativa al análisis filosófico-lingüístico. Más este proceso de abstracción no se detiene aquí. El análisis filosófico-lingüístico nos dice qué son las normas jurídicas, desde el punto de vista lingüístico. Pero aún cabe dar un paso más y preguntarse, a secas, qué son las normas jurídicas, o, más genéricamente, qué son esas cosas, esas entidades, que forman parte del Derecho; de qué están hechas, de dónde surgen, etc. Con estas preguntas abandonamos el ámbito de la filosofía del lenguaje (jurídico) y nos situamos en el terreno de la *ontología* (jurídica). Pero seguimos dentro de la TGNJ; pues si la TGNJ se ocupa de los aspectos generales de las normas jurídicas o de clases de normas jurídicas, aisladamente consideradas, nada hay más general en la contemplación aislada de las normas jurídicas (o de cualquier otra cosa) que su naturaleza y propiedades ontológicas.

A quien piense que el Derecho está integrado, no sólo por normas, sino también por otras entidades (derechos humanos, obligaciones, principios, valores, etc.), la denominación «teoría general de las normas jurídicas» le parecerá demasiado estrecha para incluir la ontología jurídica. En mi opinión, sin embargo, el Derecho está formado únicamente por normas, o más precisamente, por enunciados (no necesariamente prescriptivos). Por esta razón, desde mi punto de vista, todos los aspectos ontológicos del Derecho tienen cabida dentro de la TGNJ. Y, también por ello, considero que la ontología jurídica, al igual que la filosofía del lenguaje jurídico, es un subpartado de la TGD.

\* \* \* \* \*

Para la formación del jurista, el aspecto de la TGNJ más interesante parecer ser la actividad interpretativa. Sin embargo, esta tarea interpretativa no puede ser desarrollada adecuadamente sin unos presupuestos mínimos de ontología jurídica y de análisis filosófico-lingüístico; de ahí que, desde el punto de vista expositivo, las partes más abstractas de

la TGNJ deban preceder a las más concretas. Pero además, en segundo lugar, estas partes más abstractas, también son importantes por sí mismas, al margen de su función como complemento indispensable en tareas interpretativas. Pues todo jurista, después de unos cuantos años en una facultad de Derecho, tiene inevitablemente sus opiniones personales acerca de la naturaleza ontológica de las normas jurídicas y acerca de su naturaleza lingüística, aunque sólo unos pocos sean conscientes de sus propias opiniones; y es preferible disponer de una teoría conscientemente elaborada que de unas pocas intuiciones caóticas.

## 2. La teoría del ordenamiento jurídico

La teoría del ordenamiento jurídico (TOJ) es el segundo apartado de la TGD y se ocupa de las relaciones entre las normas jurídicas.

Entre las normas jurídicas se dan relaciones de diferente naturaleza: de encadenamiento (frecuentes en normas procedimentales), de referencia (entre, por ejemplo, una norma de remisión y su objeto de remisión), etc. Sin embargo, a la TOJ le han interesado tradicionalmente dos tipos de relaciones: las relaciones lógicas y las jerárquicas.

El estudio de las relaciones lógicas ha conducido a la visión del Derecho como un sistema lógico, al tema de la coherencia del ordenamiento jurídico y al estudio de posibles contradicciones en el Derecho. El estudio de las relaciones jerárquicas puede conducir (según la perspectiva o concepción que se adopte) al tema de las fuentes del Derecho y al de la validez jurídica.

En mi opinión, ésta es una materia bastante compleja. Por un lado, la TOJ presupone la TGNJ. Pues, por ejemplo, la afirmación de que las normas jurídicas no son verdaderas, ni falsas (afirmación perteneciente a la filosofía del lenguaje jurídico) condiciona la discusión relativa a la posible existencia de relaciones lógicas entre normas jurídicas; y la interpretación que se ofrezca de las normas de competencia (tema incluido en la parte interpretativa de la TGNJ) condiciona también la visión que se ofrezca de las relaciones jerárquicas entre las normas jurídicas.

Por otro lado, la existencia en la actualidad de las relaciones citadas entre las normas jurídicas me parece más que dudosa. En diferentes ocasiones he expuesto las razones, por las que pienso que entre las normas jurídicas no existen dichas relaciones. No obstante, creo que, si alguna vez todo el Derecho de un país se almacenara en una gran base de datos informática, podrían establecerse tanto relaciones lógicas <sup>2</sup>,

---

2. Las investigaciones sobre sistemas expertos y Derecho parecen evidenciar esta posibilidad. Pero ello no implica ni la necesidad, ni la posibilidad de una lógica de normas, como algo distinto o independiente de la lógica clásica, de la lógica de los valores de verdad y falsedad (véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., «Practical Logic and the Analysis of Legal Language», *Ratio Juris*, 4, 1991, pp. 322-333, p. 323).

como relaciones jerárquicas<sup>3</sup> entre los enunciados de esa base de datos. Con lo cual, la concepción del Derecho como un sistema ya no sería, como hasta ahora, patrimonio exclusivo de las concepciones idealistas del Derecho<sup>4</sup>.

### III. LA TEORIA DE LA CIENCIA JURIDICA

La teoría de la ciencia jurídica (TCJ) es un tema central de la filosofía jurídica, conforme a una tradición filosófica (tanto en el ámbito de la filosofía general, como en el más estricto de la filosofía jurídica) y conforme, especialmente, a la filosofía contemporánea, que ha sido y es en gran medida filosofía de la ciencia.

Puesto que la ciencia jurídica actual, la dogmática jurídica, se ocupa del Derecho, no como un fenómeno social, sino como un fenómeno aislado, se puede decir que, al estudiar la ciencia jurídica, la filosofía del Derecho tiene que ver, aunque sólo de forma indirecta, con el Derecho como un fenómeno aislado.

Los apartados en que se divide esta temática son los mismos en que se divide la filosofía de la ciencia, en la medida en que sean trasladables de un ámbito a otro. Así, a mi juicio, la TCJ analiza los enunciados de la ciencia del Derecho, tanto aisladamente, como en sus relaciones recíprocas. El estudio de los enunciados científico-jurídicos aislados conduce a temas tan importantes como la interpretación del Derecho y la aplicación del Derecho. El análisis de las relaciones, concretamente, relaciones lógicas, existentes entre los enunciados científico-jurídicos conduce, por ejemplo, al estudio de la lógica, la axiomatización de teorías jurídicas y, eventualmente, a plantear la posibilidad de lógicas o formas de argumentación alternativas a la lógica clásica.

Para la formación del jurista, la importancia de la TCJ, concebida del modo descrito, reside en que esta materia es lo que permite al jurista tomar conciencia de su propia actividad, de su propio discurso acerca del Derecho.

Sin embargo, la TCJ que los filósofos del Derecho han practicado durante los últimos años ha pasado por encima de esos análisis y ha ido directamente a las síntesis, a las visiones globalistas de la ciencia jurídica. Cabría mencionar excepciones a esta trayectoria dominante; pero son casos aislados, tanto en el sentido de escasos o poco importantes numéricamente, como en el sentido de que se trata de análisis parciales que no están enmarcados en un análisis de la ciencia jurídica más amplio o comprensivo.

---

3. A este tema está dedicada la segunda parte de mi trabajo «Presente y futuro de la concepción jerárquica del Derecho», en MARTÍN VIDE, C., ed., *Lenguajes naturales y lenguajes formales VII*, Barcelona (en prensa).

4. Véase al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1989, 2.<sup>a</sup> ed., 357 pp., p. 254.



#### IV. DISCUSION DE OTROS POSIBLES TEMAS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

##### 1. Los sustitutos ilegítimos de la TGD

###### A. *La introducción al Derecho*

Un error conceptual, bastante extendido, en torno a la TGD consiste en confundirla con la introducción al Derecho. La introducción al Derecho está compuesta, a mi juicio, por una referencia general al Derecho como forma de organización social, presente en los más diversos aspectos de la vida humana en sociedad, y por descripciones más detalladas de aspectos concretos de la vida social, regulados por las distintas ramas del Derecho. Lo que conduce al estudio de las nociones más elementales de las diversas ramas de la ciencia jurídica: contrato, delito, sociedad mercantil, Estado, convenio colectivo, administración pública, proceso, etc.

Para mí es evidente que la introducción al Derecho es algo distinto de la TGD; y también me parece evidente que es ajena a la filosofía jurídica (tanto a la filosofía del Derecho, como a la filosofía socio-jurídica). En mi opinión, esta materia debería ser impartida en enseñanza secundaria y no precisamente por los filósofos del Derecho.

###### B. *La teoría fundamental del Derecho*

También me parece erróneo identificar la TGD con la denominada «teoría fundamental del Derecho» (TFD), o incluir una en otra. La TFD se ocupa de los llamados «conceptos jurídicos fundamentales», como norma, derecho subjetivo, obligación, sujeto de derecho, relación jurídica, ilícito, sanción, etc. Se trata, por tanto, de una materia bien distinta de la TGD antes descrita.

Por otro lado, la TFD se presenta como un conjunto de definiciones de términos que aparecen en todas o casi todas las ramas del Derecho. Pero la mayoría de esos términos (norma, sujeto de derecho, objeto de derecho, relación jurídica, etc.) no son propios del Derecho mismo, sino de la ciencia jurídica, la cual usa esos términos para describir los enunciados jurídicos y su contenido. Por esta razón, la TFD, más que una teoría del Derecho, es una teoría de la ciencia jurídica (las expresiones «derecho» y «obligación», aunque aparecen en los enunciados jurídicos, aparecen también en los enunciados científico-jurídicos).

Estamos, pues, ante una teoría de la ciencia jurídica, que se limita al análisis o definición de algunos términos o expresiones de la ciencia jurídica, sin llegar al análisis de los enunciados científico-jurídicos en que dichos términos aparecen; términos a los que se ha otorgado, sin

que se vea la razón para ello, el carácter de fundamentales. Pues, por ejemplo, los conceptos de relación jurídica, sujeto de derecho y objeto de derecho no son necesarios para describir el contenido de las normas jurídicas. El jurista intérprete (por ejemplo, el civilista) los utiliza para desmenuzar el contenido de las normas, a fin de interpretarlas por partes o por etapas, que son momentos o aspectos de la interpretación completa de las normas jurídicas; pero esta interpretación, dividida en etapas, puede ser realizada perfectamente (y de hecho se hace así en la mayoría de los casos) sin necesidad de adornar la exposición con el comentario de que tal parte de la norma se refiere al sujeto de derecho, y tal otra, al objeto de derecho. Otro concepto considerado fundamentalmente, el de comportamiento ilícito, es expresable mediante conceptos (como el de cumplimiento de una norma) y enunciados (que llamo «consecutivos») más elementales, y que esta teoría no analiza. Por último, las expresiones «obligación» y «derecho (subjetivo)» no pueden ser definidas o interpretadas correctamente de manera aislada, esto es, sin tener en cuenta los enunciados que las contienen y el contexto en que dichos enunciados se presentan.

### C. La materia «Teoría del Derecho»

Inicialmente, la TGD fue concebida como el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas del Derecho y a los diversos ordenamientos jurídicos. Esta descripción de la TGD era entendida literalmente: se pensaba que existen realmente, en un mundo ideal, principios y nociones que se plasman o manifiestan en las distintas ramas de los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, dichos principios y nociones no existen. De ahí que la empresa de elaborar una TGD concebida del modo descrito fuera imposible y se sustituyera, en la práctica, por otra temática bastante confusa, no sólo en sus contornos, sino incluso en su núcleo central.

La TGD que se practicaba era: en parte, la TGD antes descrita (la teoría de la norma jurídica, citada anteriormente, y la teoría del ordenamiento jurídico); en parte, introducción al Derecho; y, en parte también, teoría fundamental del Derecho. A ello se ha añadido en las últimas décadas la difusión de la denominada «teoría tridimensional del Derecho», que consagra un eclecticismo ontológico-jurídico complejo (el Derecho como hecho y como idea a la vez; y, en cuanto idea, en parte positivo y en parte no positivo), y la difusión también del «pluralismo metodológico», que recuerda la divisa «todo vale» de P. K. Feyerabend.

Este conglomerado de perspectivas y temáticas es lo que se conoce con el nombre de «Teoría del Derecho» (*Rechtstheorie, Legal Theory*), con la que se pretende sustituir la teoría general del Derecho (*Allge-*

*meine Rechtslehre, Jurisprudence*). En España ha encontrado recientemente consagración legal en el Real Decreto 1424/1990, de 26 de noviembre, que establece las directrices generales para los planes de estudio de la licenciatura de Derecho.

Una de las materias incluidas en dichas directrices se denomina precisamente «Teoría del Derecho». Y los temas que dicha materia comprende son los siguientes: El Derecho como forma de organización social y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: La norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho.

Como se puede apreciar, esto es un revoltijo (conjunto o compuesto de muchas cosas, sin orden ni método) de temas de teoría general del Derecho, de teoría de la ciencia jurídica, de introducción al Derecho (el tema del Derecho como forma de organización social), de la teoría fundamental del Derecho, antes examinada, e incluso de axiología jurídica (el tema del Derecho justo).

También se puede observar que uno de los *temas* incluidos en la *materia* «Teoría del Derecho» se titula también «Teoría del Derecho»; lo cual sugiere que el legislador distingue entre un sentido amplio y un sentido estricto de la expresión «Teoría del Derecho». El tema «Teoría del Derecho» (o, como lo podemos llamar también, la TD en sentido estricto) es dividido por el legislador en dos apartados: la norma jurídica y el sistema jurídico, división que se corresponde aproximadamente con los dos subapartados de la TGD: la TGNJ y la TOJ.

Pero hay que observar, a este respecto, que si el *sistema jurídico* es un tema de la TD en sentido estricto, el Derecho como *sistema normativo* no sería, según el legislador, un tema de la TD en sentido estricto, sino de la TD en sentido amplio, o sea, de la materia «Teoría del Derecho». Esto resulta extraño, puesto que, con frecuencia, los términos «sistema jurídico» y «sistema normativo» (o sea, «sistema normativo jurídico») son usados indistintamente. Aunque, puestos a distinguir, el término «sistema jurídico» sería más amplio, pues comprendería, no sólo las normas, sino también las instituciones, órganos, etc. Si es ésta la distinción que el legislador tenía presente, habría sido más adecuado incluir dentro del tema «Teoría del Derecho» (o TD en sentido estricto) el estudio del sistema normativo, no del sistema jurídico; el estudio del sistema jurídico pertenecería más bien a la contemplación del Derecho como forma de organización social, otro de los temas que el legislador incluye en la materia «Teoría del Derecho» (o TD en sentido amplio).

Pasando a otro orden de consideraciones, la materia «Teoría del Derecho» incluye algunos temas, por ejemplo, el de la ciencia jurídica, que claramente no pertenecen al estudio del Derecho, a ninguna doctrina o teoría acerca del Derecho. Por otra parte, dicha materia (esto es, lo que vengo llamando «TD en sentido amplio») incluye el tema de los

conceptos jurídicos fundamentales, separado, tanto del tema de la ciencia jurídica, como del tema de la teoría del Derecho (o TD en sentido estricto). Aunque lo más sorprendente es quizá que el tema de la interpretación del Derecho sea considerado como algo aparte o distinto del tema de la ciencia del Derecho; cuando, en realidad, la interpretación del Derecho es el tema central, básico, en el estudio de la ciencia del Derecho.

Y finalizaré el análisis de los temas incluidos en la materia «Teoría del Derecho», llamando la atención sobre el último de esos temas, que se titula «Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho». Personalmente, no veo qué relación existe entre la cuestión del Derecho justo y el tema de la eficacia del Derecho. En cualquier caso, parece obvio que esa relación no es tan estrecha, como para que no puedan ser tratados separadamente.

## 2. La materia «Filosofía del Derecho»

La segunda y última de las materias, de contenido filosófico-jurídico, que aparecen en el citado Real Decreto, se denomina «Filosofía del Derecho». Respecto a ella haré observaciones de dos tipos: unas, referentes a lo que se incluye en la misma, y otras, referentes a lo que se excluye de ella.

El primero de los temas incluidos en la materia «Filosofía del Derecho» se titula «El fenómeno jurídico». Este epígrafe difícilmente podría ser más vago. Puede referirse bien al Derecho como un fenómeno aislado (que es el objeto genérico de la filosofía del Derecho), bien al Derecho como un fenómeno social (que es el objeto genérico de la filosofía socio-jurídica). E incluso evoca también el tema del Derecho como forma de organización social; algo a lo que ya se alude en la materia «Teoría del Derecho», y más bien propio de la introducción al Derecho.

El segundo de los temas y de la materia «Filosofía del Derecho», titulado «Ontología y axiología jurídica», me plantea una serie de preguntas, para las que no tengo respuestas claras. La primera es: ¿por qué unir la ontología jurídica con la axiología jurídica? Sólo desde una concepción iusnaturalista del Derecho resulta o puede resultar necesaria esa asociación; por ello, la pregunta también podría ser: ¿por qué forzar a los filósofos del Derecho a que defiendan o expongan una determinada concepción acerca del Derecho?; ¿por qué violentar o limitar la libertad de pensamiento, de opinión, aún más grave tratándose de la opinión científica?

Por otro lado, por lo que respecta a la ontología jurídica, aislada y considerada, ya he expuesto mi opinión de que se trata de una subsección de la TGD. Y, en relación a la axiología jurídica, sorprende que ésta no incluya los problemas del Derecho justo. A juicio

del legislador, los problemas del Derecho justo tienen más relación con la eficacia del Derecho que con la axiología jurídica, de la cual se encuentran separados, hasta el punto de que ambos temas están incluidos en dos materias distintas: los problemas del Derecho justo en la «Teoría del Derecho», la axiología jurídica en la «Filosofía del Derecho».

La tercera y última temática de la materia «Filosofía del Derecho» lleva el chocante, e incluso divertido, título de «Problemas filosóficos básicos del Derecho». De entrada, dicho título sugiere que los temas antes incluidos, la ontología y la axiología jurídica, son temas filosófico-jurídicos no básicos. Por otra parte, ¿de qué va a tratar la Filosofía del Derecho, si no de problemas filosóficos del Derecho, básicos al menos subjetivamente? Pero, además, nada impide que también sean tratados problemas de filosofía del Derecho, no básicos o menos básicos, desde el punto de vista subjetivo.

La vaguedad de este tercer epígrafe, pues, no tiene nada que envidiar a la del primero: ambos son vagos, hasta el punto de carecer completamente de cualquier connotación orientativa. Lo que los hace completamente superfluos.

Por lo que respecta a los temas excluidos de la materia «Filosofía del Derecho», hay que mencionar todos los temas incluidos en la materia «Teoría del Derecho», y que antes hemos examinado. Al parecer, ni la teoría general del Derecho, ni la teoría de la ciencia jurídica, que son a mi juicio los dos grandes apartados de la filosofía del Derecho, son, en opinión del legislador, temas de la filosofía del Derecho. Esto sólo es justificable, si la filosofía jurídica se entiende como una filosofía socio-jurídica. Pero entonces, el legislador tendría que haber dejado fuera de esta materia la ontología y la axiología jurídica, ya que los temas ontológico-jurídicos y axiológico-jurídicos son más bien propios del estudio del Derecho como un fenómeno aislado; por tanto, en dicho supuesto, el legislador tendría que haber suprimido el único epígrafe cuyo contenido es claro.

Lo más probable es que, al dividir las enseñanzas filosófico-jurídicas en esas dos materias «Teoría del Derecho» y «Filosofía del Derecho», con los contenidos que han sido descritos, el legislador no estuviera pensando ni en el estudio del Derecho como un fenómeno aislado, ni en el estudio del Derecho como un fenómeno social. Quizá la idea más clara del legislador fuera la consideración de la filosofía jurídica como una especie de especulación incontrolada. Pero esa calificación me parece inaceptable, como ya he manifestado en la anterior nota 1. Y tampoco es aceptable (ni desde el punto de vista histórico, ni desde el punto de vista semántico) excluir conceptualmente del contenido de la filosofía (jurídica) materias como la filosofía del lenguaje (jurídico) y la teoría de la ciencia (jurídica); observación, que también es válida contra numerosos autores, por ejemplo, los mencionados en la nota que acaba de ser citada.

### 3. Los fines del Derecho

El tema de los fines del Derecho (justicia, seguridad jurídica y bien común) puede ser abordado desde dos perspectivas:

En primer lugar, como un aspecto de la doctrina del Derecho natural o de la axiología jurídica, las cuales, al referirse al Derecho como un fenómeno aislado, están conceptualmente incluidas en la filosofía del Derecho (en la filosofía del Derecho en sentido estricto). Pero también puede ser considerado, en segundo lugar, como un tema de la filosofía socio-jurídica.

Ambas perspectivas pueden ser complementarias; por ello, aquí se halla uno de los puntos de contacto, teóricamente posibles, entre las dos especies de filosofía jurídica.

En mi opinión, el tema de los fines del Derecho no forma parte de la filosofía del Derecho, cualquiera que sea el planteamiento que se adopte. Pues, por un lado, la doctrina del Derecho natural y la axiología jurídica presuponen una tesis, la del objetivismo ético-jurídico, en la que no creo (por razones que he expuesto en otras ocasiones); y, por otro lado, la filosofía socio-jurídica es algo distinto de la filosofía del Derecho.

La exclusión del tema de los fines del Derecho de la problemática de la filosofía del Derecho choca con numerosas concepciones al respecto. Pero son concepciones que, o bien sostienen algún tipo de objetivismo ético, o bien no les preocupa la distinción entre esas dos especies de filosofía jurídica, de las que venimos hablando desde el comienzo.

Esto es precisamente lo que ocurre en una concepción de la filosofía del Derecho, que, siguiendo a N. Bobbio, numerosos filósofos del Derecho españoles vienen repitiendo en los últimos años. Conforme a ella, la filosofía del Derecho tiene tres apartados: la teoría general del Derecho (Bobbio la llama «teoría del Derecho»; pero, tal como Bobbio la describe, su contenido coincide, aproximadamente, con la TGD, antes descrita, no, desde luego, con lo que antes hemos llamado «teoría del Derecho»<sup>5</sup>), la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia.

De esta concepción llama la atención, antes que nada, el lugar privilegiado que asigna al tema de la justicia, frente a otros temas, también clásicos, como el de la seguridad jurídica y el del bien común.

Más, al margen de lo relativo al tema de la justicia, entre esta tripartición y mi bipartición de la filosofía del Derecho existen diferencias teóricas y prácticas.

Las primeras consisten en la manera de entender, tanto la teoría general del Derecho, como la teoría de la ciencia jurídica. En esta con-

---

5. Véase BOBBIO, N., «Nature et fonction de la philosophie du droit», *Archives de philosophie du droit*, 7, 1962, pp. 1-11. pp. 7-8.

cepción (no en la original de Bobbio), la teoría general del Derecho es, en muchos casos, una teoría del Derecho, esto es, un amasijo de temas, como antes hemos visto; y la teoría de la ciencia jurídica es más sintética que analítica.

Las diferencias prácticas consisten en que la mayoría (aunque no todos) de mis colegas españoles que defienden la tripartición de Bobbio no suelen practicar la filosofía del Derecho que pregonan. El grueso de sus trabajos versa sobre derechos humanos y sobre temas de filosofía social, moral o política. Ignoro si consideran que lo que escriben sobre derechos humanos o sobre alguna que otra cuestión social forma parte de la teoría de la justicia; y, respecto a los restantes trabajos mencionados, tampoco sabría con certeza el lugar exacto que corresponde a cada uno de ellos en particular. Pero lo que es evidente es que ninguno de los trabajos a que me estoy refiriendo forma parte ni de la teoría general del Derecho (o teoría del Derecho, tanto da, ahora), ni de la teoría de la ciencia jurídica.

#### 4. La técnica legislativa

Aunque con precedentes anteriores, la técnica legislativa es una materia, que comienza a desarrollarse hace dos décadas en países del área germánica y está cobrando cada día más auge, incluso en España.

Hasta ahora se han interesado por ella juristas procedentes de las diversas ramas del Derecho, incluso algunos (pocos) filósofos del Derecho; pero lo normal es considerarla como un apartado de la denominada «teoría de la legislación».

Voy a exponer, a continuación, la conexión existente entre la técnica legislativa y la filosofía del Derecho, al margen de cuál sea la relación entre la teoría de la legislación y la filosofía del Derecho.

La TGNJ, primera parte de la TGD, estudia los enunciados jurídicos aisladamente. La TOJ, segunda parte de la TGD, estudia las relaciones entre los enunciados jurídicos, con independencia de cuál sea la rama del Derecho a que pertenezcan; contempla los enunciados jurídicos como miembros del ordenamiento jurídico en su totalidad. Entre ambas hay espacio para una tercera teoría, que la teoría general del Derecho practicada hasta hoy por los filósofos del Derecho ha desconocido completamente, pero que los estudiosos de la técnica legislativa han comenzado a elaborar. Se trata de una teoría de esos documentos (leyes, decretos, órdenes, etc.), en que aparecen los enunciados jurídicos. Dichos documentos pueden ser llamados «Cuerpos Jurídicos»; por tanto, esta tercera teoría, incluida en la TGD, puede ser denominada «teoría de los Cuerpos Jurídicos».

La teoría de los Cuerpos Jurídicos, contenida en los estudios de técnica legislativa, se ocupa de todo lo relacionado con los Cuerpos Jurídicos como tales, desde el nombre, hasta la rúbrica final, pasando por

sus divisiones y subdivisiones, así como del lugar que ocupan en los Cuerpos Jurídicos los enunciados de ciertas categorías (por ejemplo, las disposiciones transitorias o las definiciones). La teoría de los Cuerpos Jurídicos contempla los enunciados jurídicos, no aisladamente (como hace la TGNJ), ni tampoco como parte del ordenamiento jurídico (como hace la TOJ), sino como parte de un Cuerpo Jurídico.

La teoría de los Cuerpos Jurídicos presupone la TGNJ, en especial, la parte interpretativa del ésta; pues sólo después de la interpretación de un enunciado jurídico, es posible comprender el lugar que el enunciado ocupa en el Cuerpo Jurídico que lo contiene.

Y ahora pasemos a la técnica legislativa. La técnica legislativa, entendida en sentido estricto, es un conjunto de directrices encaminadas a elaborar Cuerpos Jurídicos de forma que éstos sean lo más correctos posible, desde diversos puntos de vista. Pretenden que los enunciados jurídicos, aisladamente considerados, estén bien redactados, desde el punto de vista lingüístico; que no contengan demasiadas ideas juntas; que sean claros en su estructura supuesto de hecho-consecuencia; que eviten la ambigüedad; que los Cuerpos Jurídicos estén bien estructurados en sus divisiones, que cada enunciado jurídico esté situado en la sección adecuada, etc.

Muchas de estas directrices presuponen, como se puede apreciar, tanto la TGNJ (especialmente, la parte interpretativa y la de análisis filosófico-lingüístico), como la teoría de los Cuerpos Jurídicos; son una aplicación o una continuación de estas dos teorías. Sin embargo, existen otras directrices, por ejemplo, las relativas al uso del lenguaje o las de carácter político, que aplican conocimientos ajenos a la filosofía del Derecho. Así pues, los conocimientos filosófico-jurídicos son parte de los conocimientos aplicados por las directrices de técnica legislativa.



## Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica

Por MARINA GASCON ABELLAN

Albacete

SUMARIO: I. ¿Unidad o pluralidad de objetos.—II. Lenguaje de los juristas y lenguaje del Derecho.—III. Ciencia y filosofía en el conocimiento del Derecho.—IV. Justicia y argumentación práctica.—V. Observación final.

### I. ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE OBJETOS?

Con frecuencia se observa en los escritos de los filósofos del Derecho aquello que criticara M. Schlick de la filosofía. Cuando abrimos un libro de texto de filosofía, decía este autor, «o cuando examinamos una de las extensas obras de un filósofo de hoy encontramos a menudo una inmensa cantidad de energía dedicada a la tarea de descubrir qué es la filosofía»<sup>1</sup>. Desde luego, si eso pudo decirse de la filosofía en general quizás se debería afirmar con mayor motivo de la filosofía del Derecho, donde a las dificultades de definición propias del término y de su azarosa historia, se une la ingente cantidad de tareas que se le atribuyen y la falta de acuerdo acerca de cuáles son las que le corresponden. Por si fuera poco, esta inquietud ante la propia identidad se incrementa hoy ante la difícil justificación de la disciplina en un nuevo plan de estudios que parece apostar decididamente por una árida tecnificación donde apenas encuentra cabida un conocimiento que no sea estrictamente empírico.

---

1. SCHLICK, M., «El futuro de la filosofía» (1932), trad. cast. de A. Deaño, en MUGUERZA, J., (comp.) *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1974, p. 284.

Pero la emprendida reforma de las enseñanzas jurídicas no sólo parece poco favorable al fomento de las disciplinas tenidas por especulativas, sino que, al menos en nuestro caso, resulta contradictoria. Hasta la constitución de las áreas de conocimiento, la filosofía del Derecho en España presentaba una posición un tanto ambigua que —si se me permite simplificar— se situaba a medio camino entre una ética de raíces principalmente escolásticas y una jurisprudencia de impronta positivista. Inicialmente, el legislador pareció orientarse por el primero de los caminos, acentuando los vínculos con una filosofía moral y política, en verdad no ya necesariamente escolástica, que pudiera aportar aires nuevos y críticos a las construcciones propias de los juristas. Más tarde, sin embargo, viene a proponer como objeto básico de reflexión de los filósofos del Derecho una Teoría del Derecho que de modo tradicional se ha reclamado como una «metadogmática» unida a los saberes jurídicos. En suma, esa posición difícil de nuestra disciplina en las facultades de Derecho, con todo lo que tiene de contradictorio, pero también de inquietante, tal vez se haya perpetuado con esta doble elección que parece orientarse a preocupaciones y métodos diferentes.

Por eso, quizás ahora más que nunca, la elucidación del sentido de la filosofía jurídica se resume en la manida cuestión de resolver el estatus de una disciplina en la que se dan cita consideraciones filosóficas y jurídicas. El problema, como afirma L. Prieto, consistiría «en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»<sup>2</sup>. En palabras tantas veces repetidas de N. Bobbio, se trata de decidir entre una filosofía de Derecho «desde arriba», que sería la trasposición de los grandes sistemas filosóficos al campo del Derecho, y una filosofía del Derecho «desde abajo», que parta de la experiencia jurídica misma<sup>3</sup>. Optar, en suma, entre dos estilos diferentes de concebir la filosofía del Derecho: el estilo filosófico, que la concibe como una *weltanschauung*, una concepción del mundo mejor o peor *aplicada* al Derecho, y el estilo de los juristas, según el cual la filosofía del Derecho constituye una cierta explicación y reflexión crítica sobre el Derecho y sobre el trabajo de los propios juristas, pero construida a partir de «específicos problemas conceptuales nacidos en el seno de la jurisprudencia misma»<sup>4</sup>.

La opción por el primer enfoque, que se desprende de algunos escritos sobre filosofía del Derecho, tal vez ha provocado la falta de interés y hasta un cierto desprecio por parte de los profesionales del

---

2. PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV (1987), p. 592.

3. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de RUIZ MIGUEL, A., Valencia, F. Torres, ed., 1980, pp. 91-101.

4. GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 295-296.

Derecho, incluidos a veces los colegas universitarios, quienes difícilmente encuentran alguna conexión entre su propia experiencia y saber jurídicos y las oscuras especulaciones cerradas en sí mismas que algunos filósofos les presentan<sup>5</sup>, lo que es tanto más preocupante si recordamos que la disciplina se enseña precisamente en las facultades de Derecho. Bien es verdad que si el filósofo del Derecho no debe olvidar nunca la experiencia jurídica, tampoco parece aconsejable que permanezca pegado a ella, pues en tal caso caería en un dogmatismo tan empobrecedor como criticable y, sobre todo, bastante inútil, ya que la dogmática, la aclaración y sistematización del material jurídico-positivo, posee sus propios especialistas<sup>6</sup>. Por eso parece juiciosa y últimamente bastante difundida una posición más matizada que, sin olvidar la realidad jurídica, procura situarse en una perspectiva externa y trascendente al sistema y a sus operadores, asumiendo una labor crítica del Derecho y del saber dogmático que permita la formación de un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica «a fin de poner de relieve las insuficiencias, condicionamientos e implicaciones del trabajo dogmático y del mismo Derecho positivo»<sup>7</sup>. Es más, esta labor crítica se hace particularmente acuciante hoy en día, cuando aparece explícito el componente ideológico de la actividad de los juristas y se asiste incluso a una definición del Derecho no estrictamente normativa, sino abierta a la realidad del poder y a las exigencias sociales.

Con todo, esta tirantez entre la tentación metafísica, que puede convertir a la filosofía del Derecho en un añadido ornamental de los saberes jurídicos, y la tentación empirista, que puede hacer de ella un elemento supérfluo junto a esos saberes, complica extraordinariamente la delimitación de un objeto o campo de reflexión propio. Tal vez por ello, en ocasiones, puede dar la impresión de que la filosofía del Derecho es un cajón de sastre donde tiene cabida cualquier tema que apetezca a sus cultivadores o que, por una u otra razón, no encuentre mejor acomodo en otras disciplinas, del análisis sociológico a la crítica del utilitarismo, de la cibernética a la eutanasia. Así se ha podido decir que «la filosofía del Derecho, ni tiene un contenido fijo, ni un método prefijado»<sup>8</sup>.

5. Vid. en este mismo sentido el escrito de ATIENZA, M., en *DOXA*, «Problemas abiertos de Filosofía del Derecho», núm. 1 (1984), pp. 29-34.

6. Con razón dice A. KAUFMAN que tan mala es la filosofía del Derecho del filósofo puro como la del jurista puro, «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, KAUFMAN, A., HASSEMER, W., (ed.), ed. española de ROBLES, G., Madrid, Debate, 1992, p. 27.

7. PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 596. También en el mismo sentido PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 187, LÓPEZ CALERA, N., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pp. 13 y ss. y PÉREZ LUÑO, A.E., «La filosofía del Derecho y la formación de los juristas», *SISTEMA*, núm. 49 (1982), pp. 93 y 90.

8. GIL CREMADES, J.J., en «Problemas abiertos...», *cit.*, p. 106, quien, sin embargo, añade que la disciplina sí tiene una exigencia: «suministrar a la praxis jurídica una metateoría, que permita una reflexión, y por tanto una crítica de la forma normativa en que se aborda dicha praxis».

Ciertamente, aunque la heterogeneidad sea grande, parece, sin embargo, haberse alcanzado cierto grado de consenso en torno a un núcleo común e indiscutible que estaría formado por tres géneros de reflexión que, si bien reciben también denominaciones distintas e incluso contenidos no siempre coincidentes, parecen haber divulgado bajo estas tres rúbricas: teorías del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. Descritas con trazos muy gruesos, la primera tendría por objeto el conocimiento del Derecho positivo, pero un conocimiento diferente al que ofrecen las distintas dogmáticas; la segunda se propondría el estudio de la actividad de los juristas o, más precisamente, de las condiciones y posibilidades del conocimiento jurídico; por fin, la tercera constituiría una reflexión sobre el llamado Derecho justo, es decir, sobre los valores o principios morales que un Derecho debe reunir para merecer el calificativo de justo.

Ahora bien, si esta elemental aproximación es acertada, enseguida percibimos que dichas teorías no representan en realidad proyecciones distintas de un mismo núcleo común, sino pura y simplemente problemas dispares: la teoría del Derecho supone un estudio del Derecho positivo, tan peculiar como se quiera a fin de distinguirse de la dogmática, pero estudio del Derecho positivo al fin y al cabo; la teoría de la ciencia, en cambio, se refiere a un lenguaje de otro orden, como es el lenguaje de los juristas; y la teoría de la justicia, por último, es, desde la perspectiva del positivismo jurídico, un ejercicio de metafísica, pues su preocupación se centra precisamente en lo que no es Derecho positivo. De manera que reunir las tres tareas bajo la rúbrica de filosofía del Derecho pudiera resultar en apariencia tan falto de razón como adscribir los estudios de Derecho penal y de Derecho canónico a una misma cátedra; cada una de estas teorías parece que puede desenvolverse por sí sola, sin necesidad de basarse o recurrir a las demás.

Desde luego no cabe excluir que la filosofía jurídica constituya un cajón de sastre capaz de recoger éstas y cualesquiera otras reflexiones, y de hacerlo con total independencia entre ellas. Sin embargo, cabe también pensar que esa consideración un tanto despectiva no sea una consecuencia ineludible del género de problemas que integran la filosofía jurídica, sino más bien de un cierto enfoque reductivo de las mismas. Por ello, en lo sucesivo me propongo exponer las peculiaridades de cada una de las áreas enunciadas, intentando mostrar qué tipo de enfoque se requiere para una comprensión unitaria de las mismas.

## II. LENGUAJE DE LOS JURISTAS Y LENGUAJE DEL DERECHO

No cabe duda que si el lenguaje de los juristas tiene por objeto al Derecho, la filosofía jurídica bien puede asumir como objeto de su reflexión el propio lenguaje de los juristas. La tarea es ampliamente

aceptada bajo el nombre de teoría de la ciencia jurídica o metajurisprudencia y comprende, al menos, dos grandes grupos de problemas. Por un lado, los referentes a lo que normalmente se conoce como ciencia o dogmática jurídica, que se identifica con la actividad «doctrinal» que los estudiosos del Derecho realizan con el objeto de interpretar las reglas y categorías jurídicas articulándolas en un sistema; por otro, aquellas cuestiones que surgen como consecuencia de la concreta interpretación y aplicación del Derecho.

En función de esta división temática tal vez sería mejor hablar de una «teoría de la dogmática jurídica» y de una «teoría de la decisión judicial». La primera tendría como objeto de estudio la actividad de los «juristas teóricos» en cuanto intérpretes del Derecho y constructores de un sistema «científico», centrando su interés en los conceptos que la dogmática no explica pero presupone siempre<sup>9</sup>, en las condiciones de posibilidad de su conocimiento y en el estatus del mismo. La segunda, parte de la labor que realizan los «juristas prácticos» y, en concreto, los operadores jurídicos cuando crean y aplican el Derecho, acaso dejando al margen la creación del poder constituyente<sup>10</sup>, por lo que su interés gira en torno a la tarea de interpretación y argumentación implícita en todo proceso de decisión. Naturalmente, entre una y otra no es fácil ni quizás conveniente trazar una nítida frontera, pues la decisión en que desemboca la interpretación operativa descansa en una previa comprensión del Derecho y ésta, a su vez, aparece ordenada en vista de las decisiones que habrán de adoptarse<sup>11</sup>.

Asímismo, un problema que tradicionalmente no ha merecido suficiente atención, pero que, a mi juicio, debe formar parte también de este capítulo, es el de la legislación o producción de normas generales. En realidad, la cuestión pudo suscitarse —y debió hacerse— desde el momento en que la concepción gradual del ordenamiento vino a sustituir a esa nítida escisión entre creación y aplicación del Derecho propia del primer positivismo, pues la tesis kelseniana de que no existe una diferencia cualitativa y sí sólo cuantitativa entre juez y legislador tiene dos consecuencias: una primera, que es en la que más se ha insistido, consiste en mostrar el fracaso de la lógica deductiva y la dimensión creativa y no cognoscitiva (o no sólo cognoscitiva) de la interpretación judicial; pero una segunda debió consistir en interrogarse sobre

9. Vid. GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la Filosofía del derecho contemporánea», en *Estudios de filosofía del Derecho*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 61 y ss.

10. ROBLES, G., «Problemas abiertos...» *cit.*, pp. 205-06.

11. Ya Kelsen advertía, subrayando desde luego el distinto carácter de la interpretación realizada por la ciencia jurídica, que «en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable *se enlaza* con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra», *Teoría pura del derecho* (2.<sup>a</sup> ed., 1960), trad. de J. Vernengo, México, UNAM, tercera reimp. de la 1.<sup>a</sup> ed., 1983, p. 354.

el razonamiento legislativo con el mismo interés que se ponía en los problemas del razonamiento aplicativo. En definitiva, Kelsen sostuvo que «la tarea de lograr, a partir de la Ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta»<sup>12</sup>, y si esta constatación obligaba a plantearse en términos más complejos los problemas de interpretación de las leyes, no se comprende por qué no habría de obligar también a plantearse en similares términos los problemas de la legislación, concibiendo a ésta como un caso especial de razonamiento jurídico. Por lo demás, como escribe M. Atienza, «si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar —racionalizar— el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de producción de las normas»<sup>13</sup>.

Ahora bien, venimos hablando de conocimiento científico y de actividad racional, pero ¿cuál ha de ser su paradigma? Lógicamente, y puesto que la filosofía del Derecho aparece inextricablemente unida al nuevo orden diseñado por el positivismo<sup>14</sup>, creo que todo planteamiento habrá de tomar como punto de referencia la situación creada por la teoría de la ciencia positivista, máxime cuando ese positivismo último y exacerbado que fue el *neopositivismo* del *Círculo de Viena* redujo las tareas de la filosofía a simple análisis lógico<sup>15</sup>. En este sentido cabe recordar que el positivismo señala el final de la teoría del conocimiento y su sustitución por la teoría de la ciencia, «puesto que, para él, el sentido del conocimiento es definido por lo que las ciencias efectúan y puede ser explicitado de manera suficiente mediante el análisis metodológico. Si una teoría del conocimiento traspasa el marco de la metodología científica, recibe el mismo veredicto de superfluidad y de falta de sentido que había atribuido antes a la metafísica»<sup>16</sup>. En suma, la idea de que la única verdad era la verdad científica, esa autocomplacencia de la ciencia consigo misma, tuvo como consecuencia que el paradigma científico fuese el modelo a seguir por cualquier disciplina que se pretendiera digna.

La expresión «ciencia del Derecho» es relativamente cercana, pues según nos cuenta P. Koschaker<sup>17</sup> fue Savigny quien la introdujo a princi-

12. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 353.

13. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991, p. 237; del mismo autor vid. «Contribución para una teoría de la legislación», en *DOXA*, núm. 6 (1989), pp. 385 y ss.

14. Vid. GONZÁLEZ VICEN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», en *Estudios de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 47 y ss.

15. Así lo concebía R. CARNAP en su «Filosofía y sintaxis lógica» (1935), trad. de C. Solís, recogido en *La concepción analítica de la filosofía*, cit., p. 305.

16. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés* (1968), trad. de M. Jiménez y otros, Madrid, Taurus, 1982, p. 76.

17. KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, trad. de J. Santa Cruz, Madrid Ed. Rev. Der. Priv., 1955, pp. 301 y ss.

pios del s. XIX y sólo muy tardíamente sería exportada fuera del ámbito germánico. Sin embargo, pronto se cuestionaría el uso de la expresión y, a partir del célebre opúsculo de Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*<sup>18</sup>, han sido moneda corriente las disputas entre quienes proclaman la cientificidad del discurso jurídico y quienes le niegan tal carácter. Ahora bien, el sentido de la discusión hay que ponerlo en relación con el canon epistemológico positivista, punto de referencia de cualquier actividad que se pretendiera científica, al menos en el contexto intelectual en que se desarrolla la primera filosofía del Derecho.

La evolución del problema es bien conocida: desde el positivismo tan sólo cabía asemejar el discurso jurídico a alguno de los cuerpos científicos incuestionados: el modelo lógico-deductivo de la lógica y las matemáticas, que producía un tipo de verdad «tautológica», y el modelo verificacional de las ciencias de la naturaleza, cuyas verdades «empíricas» resultaban de la contrastación con los hechos observables. Así las cosas, enseguida se encauzarían los esfuerzos teóricos en dos frentes: por un lado, se procura aproximar la reflexión doctrinal o científica a los patrones epistemológicos empiristas y, por otro, se intenta acomodar la argumentación y justificación operativa a las técnicas deductivas lógico-formales. Desde esta óptica, tanto el conocimiento como la aplicación del Derecho se presentan como actividades puramente cognoscitivas. El Derecho es el «ius positum», un objeto perfectamente identificable al que los juristas se acercan desde una razón objetiva acrítica y desideologizada, y el proceso de comprensión y conocimiento jurídico es, tanto en el ámbito de la «ciencia» jurídica como en el de la decisión judicial, una técnica neutral y aséptica. El jurista científico se enfrenta al Derecho como el astrónomo al firmamento; su quehacer es, como el de éste, metódico y exacto y aspirará, por tanto, al desarrollo de una metodología y una lógica del conocimiento jurídico con los mismos patrones que la metodología y la lógica científica<sup>19</sup>. Y análogamente, el decisor/aplicador del Derecho encuentra su modelo en un juez vinculado al Derecho preexistente, conocedor exacto de la realidad jurídica y aplicador de «la solución» correcta en el caso concreto; un juez, a diferencia del legislador, irresponsable políticamente y cuya legitimidad le viene dada, precisamente, por esa vinculación a la ley<sup>20</sup>.

No procede reconstruir aquí la historia de los esfuerzos y fracasos del positivismo por perfilar un modelo de ciencia jurídica que, de un lado, fuese fiel al paradigma epistemológico dominante y que, de otro,

---

18. VON KIRCHMANN, J.H., *La jurisprudencia no es ciencia* (1947), trad. de A. Truyol, Madrid, CEC, 3 ed., 1983.

19. En realidad, en palabras de un prestigioso representante del neopositivismo, «la epistemología o teoría del conocimiento no es más que una parte especial del análisis lógico», CARNAP, R., «Filosofía y sintaxis lógica», *cit.*, p. 295.

20. Vid. PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 105 y ss.

guardase una relación con la actividad efectiva, teórica o práctica, de los juristas<sup>21</sup>. Acaso el intento de Kelsen por diferenciar entre normas jurídicas (*Rechts-Normen*) y proposiciones de la ciencia jurídica (*Rechts-Sätze*), suponiendo que estas últimas, auténticos enunciados descriptivos, podían ser verdaderas o falsas<sup>22</sup>, constituye la culminación de ese esfuerzo positivista; pero culminación también frustrada<sup>23</sup>, pues como escribe A. Calsamiglia, «la posibilidad de la ciencia jurídica kelseniana se basa en una ficción: aunque el Derecho tenga relaciones con la política y con la sociedad... la elaboración de una teoría objetiva y científica de Derecho, *exige suponer* que tales relaciones no son relevantes para el estudio del Derecho»<sup>24</sup>.

En realidad, las tradicionales polémicas acerca de la naturaleza científica de la labor del jurista y acerca de si la teoría de la ciencia o metajurisprudencia debía conformarse con una descripción de lo que realmente hacen los dogmáticos y los operadores jurídicos o, por el contrario, debía emprender una tarea prescriptiva destinada a «mostrar» los postulados de la verdadera ciencia<sup>25</sup>, parecen haber perdido virulencia. Pattaro, por ejemplo, tras analizar el modelo de Bobbio, bastante aproximado al quehacer de los juristas pero a costa de usar un concepto amplio de ciencia<sup>26</sup>, y el de Ross que, a la inversa, parte de un paradigma riguroso de ciencia empírica que poco tiene que ver con lo que generalmente se llama ciencia del Derecho<sup>27</sup>, llega a conclusión de que ésta proporciona cuando menos una «certeza no positivista»,

---

21. Vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho* (4 edic., 1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2 edic., 1980, pp. 39 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 88 y ss. Aludo en el texto a lo que BOBBIO, N., ha llamado la duplicidad del saber, esto es, a la existencia de un conocimiento que, para ser verdadero, no era jurídico y de otro que, por ser jurídico, no era verdadero. Vid. *Teoría della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 63; también «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje» (1950), en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 173 y ss.

22. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura... cit.*, pp. 84 y ss.; también «Una teoría realista y la teoría pura del derecho», en *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, trad. de E. Vásquez, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 30.

23. El propio KELSEN se apartaría de esa distinción. Vid. LOSANO, M., «La doctrina pura del Diritto dal logicismo all'irrazionalismo», que figura como prólogo a la edición italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) (*Teoria Generale delle Norme*), trad. de M. Torre, Torino, Einaudi, 1985.

24. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977, p. 76.

25. Vid. JORI, M., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 328 y ss.

26. Sobre la concepción de ciencia del Derecho en N. BOBBIO puede verse «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», «Ser y deber ser en la ciencia jurídica», y «Derecho y ciencias sociales», todos ellos recogidos en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit. y *Teoría della scienza giuridica*, cit., Vid. También RUIZ MIGUEL, A. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, CEC, 1983, pp. 131 y ss.

27. Vid. ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho* (1946), trad. de J. Barboza, Buenos Aires, A. Perrot, 1961; *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de



esto es, una certeza que «no se fundamenta ni en la observación empírica, ni en la reflexión ('lógica') de sus razonamientos, sino en la circunstancia de que los juristas comparten una determinada cultura jurídica, ya que son miembros de una misma comunidad lingüístico-jurídica, lo que les permite (e incluso dentro de ciertos límites les obliga a) participar en un juego lingüístico con arreglo a un sistema de convenciones y reglas comunes...»<sup>28</sup>. En otras palabras, el problema de la ciencia del Derecho parece haber trasladado su centro de gravedad de los resultados al proceso; de la verificación de la coherencia lógica o de la exactitud empírica de los resultados a la determinación de las condiciones que debe reunir el proceso, o sea, el razonamiento que conduce a esos resultados. Pero sobre ello volveremos más adelante.

Por otra parte, la asunción del carácter normativo de la actividad jurídica resulta comprensible si tenemos en cuenta que la ilusión de asepsia y neutralidad del conocimiento parece desvanecerse incluso en el campo de las ciencias empíricas, donde hoy se pone en duda su naturaleza puramente observacional. «En respuesta a la opinión de que la percepción nos proporciona hechos puros, se arguye que el conocimiento, las creencias y las teorías que ya sustentamos juegan un papel fundamental en la determinación de lo que percibimos»<sup>29</sup>. Y el problema no reside sólo en el número de intereses y valores que están en juego en la investigación científica, sino en que además ha tomado cuerpo la tesis de que no existen hechos puros sino más bien hechos interpretados desde alguna teoría; los presupuestos teóricos con que el científico se enfrenta al conocimiento de los hechos condicionan la realidad observada, de manera que se hace imposible distinguir entre un lenguaje teórico y un lenguaje observacional<sup>30</sup>. Y si la catedral epistemológica de las ciencias físico-naturales se resquebrajó, siendo como era el canon incuestionable de objetividad, no habría de correr mejor suerte la ciencia del Derecho.

---

G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963. Vid. también L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, F. Torres, 1981, pp. 177 y ss. Subraya la evolución del pensamiento de ROSS, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía...*, cit., pp. 178 y ss.

28. PATTARO, E., *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (1978), trad. de J. Iturmendi, Madrid, Reus, 1980, p. 379. Y es que, como explica V. NEUMANN, «la ciencia jurídica no puede verse obligada a aceptar problemas o soluciones de fuera; esto es, no se debe pensar en someter la ciencia jurídica a uno de los modelos teóricos-científicos existentes», «La teoría de la ciencia jurídica», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., p. 351.

29. BROWN, H.I., *La nueva filosofía de la ciencia* (1977), trad. de G. Solana y H. Marraud, Madrid, Tecnos, 1983, p. 105.

30. En la teoría de la ciencia de las últimas décadas se ha aceptado mayoritariamente que el científico se acerca a la realidad condicionado por una serie de prejuicios teóricos o ideológicos, que precisamente en la teoría de T. Kuhn integran un *paradigma* científico que permite identificar los problemas, interpretar los hechos, comparar teorías y explicar el progreso científico; *La estructura de las revoluciones científicas* (1961), trad. de A. Contín, México, FCE, 1971.

Sin embargo, es posible que los mayores ataques a la concepción positivista de la ciencia del Derecho y a su teoría de la interpretación no hayan procedido de «fuera», es decir, de la crítica efectuada por unos filósofos de la ciencia que hubieran levantado acta de la no adecuación del trabajo de los juristas a los patrones metodológicos científicos, o de la propia crisis de esos patrones, sino que han procedido de dentro, de las filas de los propios juristas que, con relativa frecuencia desde finales del siglo pasado, vienen a subrayar, no sólo que la ciencia del Derecho no se ajusta al modelo positivista de ciencia, sino que *tampoco debe hacerlo* si quiere cumplir su misión social y ser fiel a lo que tradicionalmente ha sido. Naturalmente, distinguir entre críticos «externos» e «internos» tan sólo tiene un valor aproximativo, pues los argumentos muchas veces se comparten y entrecruzan.

En efecto, el ideal de ciencia jurídica positivista suponía una peculiar concepción de las funciones de la dogmática y de los operadores jurídicos, donde tanto aquella como éstos debían limitarse a ser un fiel reflejo del orden jurídico positivo, y de ahí el estatus cognoscitivo que se atribuye a la interpretación, los dogmas de la plenitud y coherencia, la limitación de los procedimientos de integración, etc. Pero ya desde la Jurisprudencia de intereses y, sobre todo, desde la Escuela de Derecho libre, las reacciones contra la ideología exegética y conceptual, que consideraba a la ley como única fuente del Derecho y a la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley, no hicieron más que multiplicarse. Así, por un lado, en lo que respecta a la actividad operativa, aunque la adhesión formal al orden positivo no se cuestiona, si se hacen explícitas las consideraciones de todo tipo que influyen en las decisiones jurisprudenciales. Y por otro lado, con referencia a la actividad doctrinal, se pone de manifiesto que una función no reconocida pero importantísima de la dogmática jurídica consiste en reformular el sistema legislado adaptándolo a las pautas valorativas vigentes; una función que consiste, por lo tanto, no en «describir y predecir los fallos judiciales, sino (en) indicar a los órganos jurisdiccionales cuál es la solución correcta para un caso genérico»<sup>31</sup>.

Lógica consecuencia de todo lo anterior es que hoy día parece haberse abandonado la vieja quimera de una ciencia jurídica pura, o sea, depurada de todo juicio de valor y de todo ingrediente fáctico, así como también, desde luego, la concepción cognoscitiva y mecánica de la interpretación. La radical escisión sujeto/objeto del conocimiento carece ahora de sentido o, al menos, del sentido que se le atribuyó desde el positivismo más riguroso, pues resulta manifiesto que tanto lo que hacen los juristas teóricos como lo que hacen los juristas prácticos no posee la certeza que en otro tiempo se supuso, lo que, entre otras co-

---

31. NINO, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, pp. 31 y ss.

sas, obliga a situar al dogmático y, sobre todo, al operador jurídico en un lugar y con una responsabilidad muy distinta a la que se deducía a partir del modelo positivista. Desde luego, cuál sea ese lugar y esa responsabilidad se presta a múltiples discusiones, pero el alejamiento de aquel modelo resulta patente; como dice R. Alexy en la primera página de su *Teoría de la argumentación*, «uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea» es en que «la decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados»<sup>32</sup>.

Ahora bien, si la opinión expresada por Alexy es —como parece— unánime, ¿cómo mantener los viejos ideales de la unidad de solución justa, de un jurista netamente separado del legislador, de la exclusión de toda discrecionalidad, etc.?; si la experiencia nos muestra que un mismo supuesto de hecho recibe diferentes soluciones desde presupuestos axiológicos distintos, ¿es que estamos abocados necesariamente a una anarquía epistemológica?; en otras palabras, ¿hemos de renunciar a toda racionalidad y disolver el Derecho en un conjunto informe de decisiones subjetivas y arbitrarias? Más bien sucede lo contrario. Precisamente, tras la crisis de la jurisprudencia mecanicista, y consiguientemente enervado el principio de vinculación del juez a la ley, urge de nuevo dotar de objetividad y racionalidad a la argumentación jurídica. En esta tarea se empeña el llamado pensamiento retórico o dialéctico, o también pensamiento problemático<sup>33</sup>, que en un afán por superar el irracionalismo que amenazaba con apoderarse de toda interpretación, considera necesario establecer un modelo argumentativo que haga controlable el razonamiento jurídico<sup>34</sup>, y de ahí que se insista tanto en la «motivación» de la sentencia. Lo que ahora resulta incuestionable es que el papel que la ley representa en la decisión varía en cada caso y puede resultar secundario; es, a lo sumo, una razón más

---

32. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, p. 23. En otras palabras, como señala W. HASSEMER, «lo que se ha demostrado es que el juez, por regla general, dispone de *espacios* de decisión», «Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, *cit.*, p. 215.

33. *Pensamiento sobre problemas* es la expresión con la que L. RECASENS SICHES denomina a este tipo de deliberación «que arranca de un complicado y minucioso análisis de esos problemas prácticos», *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1981, p. 260. También para T. VIEHWEG la tónica es «una técnica del pensamiento problemático», en *Tópica y jurisprudencia* (1953), trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1969, p. 44.

34. Sobre todo ello puede verse el trabajo de PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, *cit.*, en especial cap. II.

para decidir —y con frecuencia la más importante— pero no la única<sup>35</sup>. Pero quizás el problema principal de este pensamiento es que, depositando una confianza excesiva en las virtudes del razonamiento o en algún orden superior de justicia, puede desembocar en referencias valorativas extralegales y, no obstante, pretendidamente objetivas.

En efecto, ya se haga referencia a una serie de misteriosos *topoi* capaces de generar el *consensus omnium*<sup>36</sup> o, como hace la hermenéutica, a un «ordenamiento de valores anteriores a toda legislación»<sup>37</sup> o a la tradición, el principio de autoridad y los prejuicios<sup>38</sup>, ya se recurra como es el caso de la nueva retórica, a un Derecho real distinto del Derecho aparente expresado en la ley<sup>39</sup> o a un «Derecho natural positivo»<sup>40</sup>, lo cierto es que para garantizar la racionalidad y objetividad de la argumentación judicial, tanto la tópica como la nueva retórica y la hermenéutica invocan una serie de discutibles principios extrasistemáticos que permiten preservar la figura del juez como órgano no político y vinculado, no a la ley pero sí a estas reglas y pautas hermenéuticas.

También en este sentido, aunque desde premisas metódicas diferentes, una función análoga desempeña el «juez Hércules» de R. Dworkin, sobre todo en los llamados «casos difíciles»<sup>41</sup>, si bien, para mantener la racionalidad de las decisiones judiciales no necesita recurrir a elementos extrajurídicos porque su posición se sostiene en una reformulación del propio concepto de Derecho en virtud de la cual éste no sólo contiene normas, sino también «principios» que constituyen razones morales para decidir<sup>42</sup>. Ahora bien, aunque se presenten dentro de las fronteras del Derecho, se trata de nuevo de principios cuyo origen no es legal ni jurisprudencial, sino que hunden sus raíces en el sistema de moralidad sobre el que descansa el propio Derecho, es de-

---

35. Vid., por ejemplo, PERELMAN, Ch., «Il ragionamento giuridico» (1965), en *Diritto, morale e filosofia*, trad. de P. Negro, Nápoles, Guida, 1973, p. 139.

36. Vid., en especial, WIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., que constituye el manifiesto del pensamiento tópico. Sobre la tópica jurídica, véase de GARCÍA AMADO, J.A. *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

37. ESSER, J., *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956), trad. de E. Valenti, Barcelona, Bosch, 1961, p. 7.

38. GADAMER, H.G., *Verdad y método* (1975), trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977.

39. Quizás el autor más representativo de la nueva retórica sea PERELMAN, Ch; puede verse de él *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979; y, junto con OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958.

40. FORIERS, P., «Le juriste et le Droit naturel. Essai de définition d'un Droit naturel positif», en *Revue Internationale de Philosophie*, XVII, 1963, pp. 335 y ss.

41. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 146.

42. Esta parece ser también la interpretación que A. RUIZ MIGUEL da de la teoría dworkiniana en «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1984, Tomo I, p. 9.

cir, no son identificables por su respaldo social efectivo o mediante alguna regla de reconocimiento<sup>43</sup>, y de ahí que en cierto modo resulten asimilables a esas razones extrasistemáticas del pensamiento dialéctico. En suma, intentos todos más o menos sólidos para dotar al razonamiento jurídico y a la decisión judicial de una seguridad y certeza que la ley y la lógica ya no pueden proporcionar. Desde el punto de vista institucional de la posición del intérprete poco ha cambiado, sin embargo, pues el legislador sigue atendiendo a su ideología y el juez, en cambio, a la justicia<sup>44</sup>.

En mi opinión, y sin perjuicio de reconocer la gran contribución que el pensamiento aporético ha realizado en la tarea de desentrañar el complejo proceso del razonamiento jurídico, su intento de justificar la actividad del jurista manteniéndolo en esa imagen de técnico neutral e irresponsable políticamente, puede terminar oscureciendo la naturaleza de su actividad, amén de contribuir a un cierto encubrimiento de la misma<sup>45</sup>. Me parece, por ello, que la filosofía del Derecho debe desempeñar su función crítica no justificando (encubriendo) la actividad del jurista, sino mostrando su verdadero carácter y obligándolo, si se quiere, a asumir su propia responsabilidad como titular de un poder de decisión.

Sin embargo, que la metajurisprudencia deba limitarse a describir cómo son las cosas y no a justificar a cualquier precio un determinado tipo de jurista, no quiere decir que sus propias formulaciones carezcan de alcance práctico; antes al contrario, suele suceder que las reflexiones de la teoría de la ciencia despiertan en el jurista cierto sentimiento de obligatoriedad. Por eso, suscribo la opinión expresada por L. Prieto cuando dice que un objetivo plausible para la metajurisprudencia será «proponer en la medida de lo posible instrumentos más seguros y depurados para que el razonamiento jurídico, que expresa esa certeza no positivista y que constituye un elemento de control, se aproxime al ideal que dice profesar»<sup>46</sup>. Ahora bien, creo que en estas condiciones la metajurisprudencia viene a entroncarse con el razonamiento moral y con la teoría de la justicia en la medida en que, por un lado, propone modelos de argumentación práctica general; y por otro, si en esas deci-

---

43. Vid. la caracterización dworkiana de los principios en los capítulos 2 y 3 de *Los derechos en serio*, cit. Entre los numerosos comentarios y críticas, vid. en España PRIETO, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 14 (1985), pp. 353 y ss. y, más recientemente, RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1991, pp. 152 y ss.; así como la monografía de PORRAS DEL CORRAL, M., *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, pp. 94 y ss.

44. PRIETO, L., *Ideología...*, cit., p. 65.

45. En los planteamientos retóricos y hermenéuticos, así como en DWORKIN, resulta dudoso hasta qué punto se pretende describir el razonamiento jurídico práctico y a partir de qué momento se formula un modelo a seguir. Vid. las observaciones de PINTORE, A., *La teoría analítica dei concetti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, pp. 146 y ss.

46. PRIETO, L., «Un punto de vista...», cit., p. 602.

siones jurídicas están presentes valoraciones y juicios políticos, dicho modelo debería también propiciar la racionalidad en la elección de los «principios» o de la filosofía política<sup>47</sup>. De manera que, sin necesidad de abrazar las tesis de Dworkin, desde el momento en que se acepta que el lenguaje de los juristas no constituye el reflejo aséptico y mecánico del Derecho, sino que incorpora decisiones morales y políticas, es indudable que la metajurisprudencia ha de abrirse igualmente a ese mundo del razonamiento moral; con lo cual hoy la nítida frontera entre la teoría de la ciencia y la teoría de la justicia parece difícilmente sostenible.

Pero, sobre todo, de cuanto hemos dicho se desprende una conclusión que, a mi juicio, altera las tradicionales fronteras entre Derecho y dogmática jurídica, entre teoría de la ciencia y teoría del Derecho. Pues si los juristas no se limitan a «conocer» las reglas, si en todo acto de interpretación hay un momento de «creación» jurídica, es obvio que el fenómeno jurídico ya no puede reducirse a lo expresamente normado. En los procesos de interpretación y decisión se produce una *interacción* entre el sistema normativo y el bagaje axiológico del intérprete, de forma que bien pudiera hablarse de una constante *recreación* del sistema jurídico. Y si esto es así, se hace ciertamente difícil establecer una separación estricta entre Derecho y ciencia jurídica, entre normas y proposiciones normativas<sup>48</sup>. Asimismo, la teoría de la ciencia y la teoría del Derecho dejan de ser dos reflexiones completamente dissociadas; pues si el discurso de los juristas ya no se presenta como un lenguaje *sobre* el Derecho, sino que en cierto modo forma parte de él, su comprensión y crítica no puede seguir siendo tampoco una competencia exclusiva de la teoría de la ciencia, sino que ha de compartirla con la teoría del Derecho; propiamente, se difuminan las fronteras entre una y otra. En realidad, como dice Guastini, nos hallamos en presencia de tres niveles de lenguaje: el lenguaje del legislador o, en sentido más amplio, de las tradicionales fuentes del Derecho; el metalenguaje de la metajurisprudencia; y el meta-metalenguaje de la teoría del Derecho<sup>49</sup>.

### III. CIENCIA Y FILOSOFÍA EN EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Creo que en la páginas anteriores ha quedado formulado en sus líneas generales el contenido de una teoría del Derecho cuya finalidad

---

47. J. BELL analiza tres modelos de racionalidad: el «Consensus model» (la función creativa de los jueces se mantiene dentro de los valores mayoritarios de la sociedad), el «rights model» de DWORKIN y el «legislator model» (el juez adopta decisiones políticamente relevantes en los casos difíciles), *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 9 y ss.

48. *Vid.*, en general, ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, cap. 4, pp. 185 y ss.

49. GUASTINI, R., *Dalle fonte... cit.*, p. 307.

sigue siendo la tradicional de ofrecer un concepto del orden jurídico, pero cuyo objeto —el Derecho mismo— se nos muestra hoy con perfiles mucho más complejos, pues hemos aceptado que se compone no sólo de materiales procedentes de las «fuentes», singularmente del legislador, sino también del propio lenguaje de los juristas, al menos del de los operadores jurídicos. En consecuencia, dar cuenta de lo que es el Derecho requiere plantearse no sólo la estructura de los enunciados normativos «primarios», sino también su conexión con el lenguaje «secundario» de los intérpretes, sobre todo de los que adoptan decisiones. A su vez, si tenemos en cuenta que ese lenguaje no es científico o puramente cognoscitivo, sino valorativo y que se desenvuelve a través de una argumentación jurídica que forma parte de la argumentación práctica general, se comprenderá que responder a la pregunta qué es Derecho se complica extraordinariamente, pues supone ir mucho más allá del mero análisis de las disposiciones normativas.

Tal vez esto explica que un autor como Kaufmann identifique sin más filosofía y teoría del Derecho<sup>50</sup> y explica también que sea precisamente en esta sede donde hoy se sitúa el debate tradicional acerca de la distinción entre ciencia y filosofía. En cualquier caso, me parece que desde esta perspectiva se logra armonizar dos estilos o enfoques distintos de concebir la teoría del Derecho que recientemente ha recordado R. Guastini<sup>51</sup>. Uno primero, representado por Bobbio, pero que se puede hallar en numerosos autores<sup>52</sup>, diferencia con bastante nitidez entre Teoría del Derecho y Teoría de la Ciencia jurídica, de modo que aquélla estudiaría el lenguaje legislativo (en sentido amplio), mientras que ésta se ocuparía del lenguaje de los juristas o jurisprudencia. Y uno segundo, que presenta la teoría del Derecho como una metaciencia respecto de la ciencia jurídica, identificándola en suma con lo que generalmente se llama teoría de la ciencia jurídica<sup>53</sup>.

Sea como fuere, más allá de la polémica casi verbal acerca de sí la teoría del Derecho agota toda la filosofía jurídica o acerca de sus discutibles fronteras<sup>54</sup>, creo que el interrogante fundamental es si tiene algún sentido una teoría filosófica junto a una teoría científica, pues en principio el objeto de ambas parece idéntico: determinar qué es el orden jurídico y cuál su estructura y funcionamiento. Dicho de otro

---

50. KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho...», *cit.*, pp. 34 y ss.

51. GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, *cit.*, pp. 290 y ss.

52. Por ejemplo, «con algunas matizaciones» es el punto de vista de DÍAZ, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 3.<sup>a</sup> reimp. de la 2.<sup>a</sup> edic., 1984, p. 249.

53. Entre nosotros, G. ROBLES se expresa en estos términos: «La Filosofía del Derecho —o, como preferimos llamarla, la Teoría del Derecho— es análisis del lenguaje de los juristas», *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 17.

54. Baste pensar que la prestigiosa publicación *Rechtstheorie*, fundada en 1970, lleva como subtítulo «Revista de lógica, Metodología Cibernética y Sociología del Derecho».

modo, este género de reflexión, ¿debe adscribirse al ámbito de la filosofía o al mundo de la ciencia?, ¿es posible o tiene sentido construir dos metalenguajes distintos, uno filosófico y otro científico, a partir de un mismo lenguaje del Derecho?

Ciertamente, también estas son preguntas que sólo adquieren relevancia con el positivismo, y no ya porque sea en ese contexto cultural donde se plantea con mayor énfasis el sentido de todo saber filosófico en tensión con la ciencia, sino también porque con anterioridad la escisión del horizonte jurídico entre un Derecho natural y un Derecho positivo resolvía de antemano las dificultades, pues resultaba plenamente viable el desarrollo de dos reflexiones paralelas: una, que pudiéramos llamar filosófica y cuyo objeto sería el Derecho natural, y otra científica dirigida al Derecho positivo; en terminología de Grocio, una jurisprudencia universal y otra particular. Es más, paradójicamente, en sentido estricto científica sólo podría considerarse la primera, pues la jurisprudencia particular, por tener un objeto histórico y contingente como el Derecho positivo, no podía alcanzar las verdades firmes e inmutables de las matemáticas, que a su vez constituían el modelo epistemológico de la época<sup>55</sup>.

Como hemos visto, sin embargo, el positivismo y consiguientemente la filosofía del Derecho que el mismo alumbra parten de dos postulados esenciales: primero, que sólo existe un conocimiento legítimo o fiable, que es el conocimiento científico, de manera que el saber filosófico no puede buscar una verdad alternativa o distinta<sup>56</sup>; y segundo, la afirmación de un monismo jurídico absoluto: sólo existe un Derecho y ese es el Derecho positivo. De manera que la vieja jurisprudencia universal parecía hallarse en un callejón sin salida: ni podía reivindicar un objeto de conocimiento distinto (el Derecho natural) al que analizaban los juristas «científicos», ni podía tampoco desarrollar un método propio (filosófico) que pudiera desembocar en resultados diferentes a aquellos que se obtenían a través de la ciencia del Derecho.

González Vicen ha descrito perfectamente las heterogéneas y a veces contradictorias líneas de defensa trazadas por la filosofía del Derecho frente a la ciencia jurídica: teorías psicologistas, sociológicas, comparativistas, pero sobre todo «Teoría General del Derecho», cuyo cometido consistía en «hallar los elementos permanentes... (del) orden normativo, aquellos conceptos o «principios» que se dan siempre en el Derecho positivo, independientemente de su contenido histórico concreto»; para ello, «ha de eliminar lo variable y diverso en los órdenes

---

55. Vid. CASSIRER, E., *El mito del Estado* (1946), trad. de E. Nicol, México, FCE, 1974, pp. 193 y ss.

56. Como escribe BOBBIO, la doctrina de la doble verdad «es la más extrema y débil defensa de la metafísica dogmática frente al asalto victorioso de las ciencias», «Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho», en *Contribución a la teoría...*, cit., pp. 74-75.



jurídicos y formular por la comparación abstractiva y la inducción aquellas nociones que le son inherentes y constantes»<sup>57</sup>. En suma, la *Allgemeine Rechtslehre* habría de suponer el grado más elevado en la escala de abstracción de las ciencias jurídicas particulares, hasta el punto de no ser más que una especie de «parte general de las partes generales».

Ahora bien, esta reducción de la Teoría General del Derecho a simple generalización de las ciencias jurídicas particulares no podía considerarse base suficiente para fundar un conocimiento filosófico con sustancia propia<sup>58</sup>, y quizás fueron los autores neokantianos quienes con más contundencia arremetieron contra este restrictivo entendimiento empírico-inductivo de la teoría general del Derecho. Así, para R. Stammler, lo que separa la filosofía del Derecho de la Teoría general es que la primera tiene como objeto lo absolutamente válido, el «sistema de formas puras que envuelven nuestras nociones jurídicas»<sup>59</sup>. También E. Lask previno contra el equívoco de creer que una investigación empírica podía transformarse en filosófica por un aumento en el grado de generalización<sup>60</sup>, y G. Radbruch manifestaba la imposibilidad de fundamentar inductivamente la universalidad del concepto de Derecho: por el contrario, éste se deriva deductivamente de «la idea de Derecho» entendida como valor de justicia<sup>61</sup>. Bien es verdad que, como señala Delgado Pinto, el neokantismo tampoco puede servir de base sólida a la actual filosofía del Derecho, pero en cierto modo su anhelo no deja de estar presente entre nosotros, y el propio autor citado es un buen ejemplo<sup>62</sup>.

N. Bobbio ha planteado una crítica penetrante a esta pretensión de formular desde una teoría del Derecho filosófica conceptos «a priori» y universales. Cabe aceptar que el conocimiento formal de las normas pueda prescindir del conocimiento de los comportamientos regulados y, en general, de las esferas de experiencia social y económica a que los mismos se refieren, pero «no se puede decir de ningún modo que sea *absolutamente* independiente de toda experiencia. La regla jurídica es

57. GONZÁLEZ VICEN, F., «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», *cit.*, pp. 59-69.

58. *Vid.* GONZÁLEZ VICEN, «El positivismo...», *cit.*, p. 59.

59. STAMMLER, R., *Tratado de filosofía del Derecho*, trad. de la 2 ed. alemana de W. Roces, México, Editora Nacional, 1980, p. 5.

60. LASK, E., *Filosofía jurídica*, trad. de E. Martínez, Buenos Aires, Depalma, 1946.

61. RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho* (3.<sup>a</sup> ed., 1933), trad. de J. Medina, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 49, donde escribe que el concepto de Derecho «no es de naturaleza jurídica, sino prejurídica, es decir, de carácter a priori en su relación con la ciencia jurídica... el Derecho no es tal porque los fenómenos jurídicos singulares permitan ser inordinados por él, sino al contrario, los fenómenos jurídicos son cabalmente jurídicos porque el concepto del Derecho los encierra o comprende».

62. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15 (1975), p. 33.

un hecho de la experiencia social y todos los elementos constitutivos de una definición general de la regla jurídica son empíricos»<sup>63</sup>. Precisamente por ser empíricos, los conceptos de la teoría del Derecho no pueden pretender validez universal, sino que a lo sumo serán generalizaciones útiles.

Para el normativismo en general, la teoría del Derecho tiene un carácter *formal*, en el sentido de que estudia las formas o estructuras que sirven de «recipientes» a los variables contenidos jurídicos, es decir, «la estructura calificativa de ciertos actos y hechos del mundo social y económico, que adquieren el carácter de la juridicidad precisamente en cuanto que son referibles a esta estructura y, como tales, son los *contenidos variables* de una forma constante»<sup>64</sup>. Pero esa «constancia» o permanencia de las formas tampoco debe entenderse como absoluta ni universal; la teoría del Derecho es también una teoría del Derecho positivo y «no está dicho que la estructura que califica la experiencia como experiencia jurídica sea idéntica en todos los ordenamientos»<sup>65</sup>. De ahí que, si entendemos la filosofía como un saber «a priori» y «universal», Bobbio rehuse concebir la teoría del Derecho como un género de reflexión iusfilosófica.

Con todo, creo que el dilema entre una teoría del Derecho filosófica y una teoría del Derecho científica ha perdido el dramatismo que en otros tiempos pareció revestir. Tal vez porque, como dice Dreier, «pueden considerarse como fracasados los intentos...de trazar una frontera nítida entre ciencia y filosofía»<sup>66</sup> y, consiguientemente, «no hay criterios internos para determinar donde termina la ciencia del Derecho, y donde empieza la filosofía del Derecho»<sup>67</sup>, lo cierto es que hoy tiende a hablarse más modestamente de enfoques o problemas filosóficos que, en palabras de Hart, serían aquellos «que permanecen abiertos incluso cuando se ha alcanzado un alto grado de conocimiento profesional de los sistemas jurídicos particulares o de los estudios empíricos y dogmáticos»<sup>68</sup>. Por eso, la teoría del Derecho tiende a situarse en un punto intermedio entre dos posiciones límite: de un lado, aquella que pretendiera ofrecer un concepto universal de todo Derecho existente e incluso pensable y, de otro, aquella que, por ejemplo, se circunscribe-

63. BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho», *cit.*, pp. 81-82.

64. BOBBIO, N., «La Teoría del Derecho y sus críticos», en *Cotribución...*, *cit.*, p. 134.

65. BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho», *cit.*, p. 80.

66. DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho» (1975), trad. de G. Robles, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 52, 1978, p. 133.

67. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, *cit.*, p. 26.

68. HART, H.L.A., «Problems of Philosophy of Law», en EDWARDS, P., (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. VI, New York, The MacMillan and The Free Press, London, Collier-MacMillan, 1967, p. 264. En un sentido análogo se expresa ROSS, *Sobre el Derecho...*, *cit.*, p. 26.

se a dar cuenta del Derecho español a 1 de enero de 1993, siquiera fuese, como quiere Bobbio, en sus aspectos de forma o estructura <sup>69</sup>.

La teoría del Derecho presenta, pues, al igual que la dogmática o la sociología jurídicas, un fundamento empírico, por cuanto pretende dar cuenta o explicar un Derecho positivo histórico y variable a partir de la observación de su estructura y funcionamiento. Ahora bien, como indica Ferrajoli el lenguaje de la teoría del Derecho, como todo lenguaje teórico, incluye términos no explícitamente definibles a base de observaciones; igual que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la teoría de las ciencias naturales, con los conceptos de masa o temperatura. Por eso, mientras que las proposiciones de la dogmática son verdaderas o falsas según la descripción que ofrezcan de las normas a partir del análisis o interpretación del lenguaje legal <sup>70</sup> —y lo mismo cabe decir de la sociología jurídica respecto de los comportamientos o hechos de relevancia jurídica—, los conceptos de la teoría del Derecho son enteramente contruidos por el teórico. Términos como «norma», «ordenamiento», «validez» o «ilícito» no son meras reformulaciones metalingüísticas de los enunciados normativos, sino que tienen el carácter de «convenciones o estipulaciones elaboradas por el teórico en función de su idoneidad para explicar o sistematizar los fenómenos observados en sede dogmática y/o sociología jurídica» <sup>71</sup>. Naturalmente, también aquí se reconoce que entre el lenguaje dogmático y el de la teoría del Derecho no existe una separación radical, pero sí una orientación o función diferente: mientras que la dogmática procura la clasificación del sentido de las normas, la teoría del Derecho pretende ofrecer un modelo explicativo de la experiencia jurídica; un modelo que no es «a priori» en el sentido de ajeno a la experiencia, pero cuyos conceptos, en cuanto pretenden justamente ordenar esa experiencia, no son absolutamente fiduciaros de la misma.

En el fondo, detrás de todos estos intentos y aproximaciones no deja de latir el viejo anhelo de la jurisprudencia universal de lograr un conocimiento no dependiente de la histórica y variable voluntad del poder cristalizada en las normas jurídicas; es decir, la teoría del Derecho construida desde la filosofía sigue buscando aquellos elementos comunes y permanentes a toda experiencia jurídica. Ciertamente, ahora se trata de un conocimiento que parte de esa experiencia, pero que pretende servir de modelo interpretativo para la misma y que, por ello, ha de sobreponerse a lo contingente, pues sólo así podrá ordenar esa heterogénea y variable sucesión de normas y de hechos; como escribe Scarpelli, la teoría del Derecho, «en la dimensión en que pueda ser lla-

---

69. Vid. FERRAJOLI, L., «La semantica della teoria del Diritto», en SCARPELLI, U., (ed.), *La Teoría Generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali*, studi dedicati a N. Bobbio, Milano, Ed. di Comunità, 1983, pp. 82-83.

70. Hacemos ahora abstracción de los problemas, ya examinados, que presenta en todo caso la búsqueda de una interpretación verdadera.

71. FERRAJOLI, L. «La semántica della teoria del diritto», *cit.*, p. 111.

mada más correctamente teoría formal, en cuanto relativa a la forma, y universal, en cuanto relativa a la forma de toda experiencia jurídica posible, es teoría sobre las figuras necesarias de la cualificación jurídica»<sup>72</sup>.

Pues bien, la experiencia jurídica suele presentarse por la teoría del Derecho principalmente como una experiencia normativa, que reclama un conocimiento específicamente jurídico cuyo objeto han de ser las proposiciones de deber ser y cuya aspiración es alcanzar una verdad jurídica independiente de la verdad factual o de la rectitud axiológica. Desde esta perspectiva, que es esencialmente la kelseniana, la teoría del Derecho se configura como un esquema de calificación normativa autosuficiente: la juricidad es «una etiqueta o marca de fábrica» de la norma<sup>73</sup> que se obtiene exclusivamente mediante su producción a partir de otra norma válida del sistema y, en última instancia, de la norma fundamental<sup>74</sup>. La teoría pura, animada por el deseo de «descontaminar» el conocimiento jurídico tanto de elementos valorativos como factuales<sup>75</sup> intentó expulsar del Derecho toda consideración moral, política o sociológica y construir una ciencia exclusivamente jurídico-normativa<sup>76</sup>.

Sin embargo, parece cuando menos problemático que pueda mantenerse un normativismo de estricta observancia y, desde luego, creo que la teoría del Derecho contemporánea —incluso la de fidelidad más o menos kelseniana— no elude la consideración de elementos fácticos e incluso valorativos. De entrada, esto se manifiesta en la determinación de la propia base del sistema que ha de dotar de validez al conjunto de las normas; Kelsen ya reconoció que su *Grundnorm*, más que una hipótesis, era una ficción, en el sentido de que no sólo contradecía la realidad, sino de que también constituía una contradicción en sí misma<sup>77</sup>. Como escribe Passerin D'Entreves, «detrás de la 'norma fundamental' de Kelsen, detrás del 'criterio último de calificación' de Hart, aparece una realidad política y social que, en el lenguaje común, indicamos con una denominación,

72. SCARPELLI, U., «La teoría generale del Diritto: prospettive per un trattato», en *La teoria generale del Diritto. Probleme e tendenza attuali*, cit., p. 319.

73. FROSINI, V., *La estructura del Derecho* (1973), trad. de A. E. Pérez Luño y M. J. Magaldi, Bolonia, Real Colegio de España, 1974, p. 104.

74. Es la idea, constantemente reiterada por KELSEN, de que «una norma pertenece a un orden jurídico sóloamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden», *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 243.

75. Recordemos que KELSEN parte de la distinción neokantiana entre «ser» y «deber ser» de donde deriva la exigencia de una ciencia jurídica que sólo tiene que ver con realidades normativas. Vid. GONZÁLEZ VICEN, F., «Sobre el neokantismo lógico-jurídico», cit., pp. 37 y ss.

76. Lo que no significa, como recuerda BOBBIO, que los problemas sociológicos no admitiesen una teoría propia, ni que el pensamiento de KELSEN se mantuviera in-conmovible, «La Teoría pura del Derecho y sus críticos», cit., p. 133.

77. KELSEN, H., *Teoría generale delle norme*, cit., p. 46.

ambigua si se quiere y, con todo, pertinente»<sup>78</sup> que es el poder. En la regla de reconocimiento de Hart la cuestión aparece aún más clara: su existencia es una cuestión de hecho<sup>79</sup>. Pero lo fáctico no sólo se hace presente en la base del sistema, sino en todos sus entresijos, pues, como ya sabemos, la producción de una ley o de una sentencia no constituye el simple reflejo mecánico de lo establecido en una norma superior, sino que incorpora también intereses, ideologías o moralidad. Lo que, como indica Ferrajoli, muestra «la insuficiencia de una aproximación exclusivamente normativista o exclusivamente realista»; la teoría del Derecho debe ser ambas cosas al mismo tiempo si quiere satisfacer la doble perspectiva de observación, fáctica y normativa, que admite (y exige) el fenómeno jurídico; sólo así, por ejemplo, la teoría del Derecho podrá dar cuenta del sentido que tiene una norma válida, pero ineficaz, de la contradicción entre normas o de la fractura entre el «deber ser» del Derecho y el «ser» de su efectividad social<sup>80</sup>.

Ciertamente, este normativismo realista<sup>81</sup> no equivale a concebir el Derecho como mera expresión del más fuerte, ni a ver en las normas una sucesión inconexa y arbitraria de las decisiones subjetivas de sus órganos emisores, sino tan sólo a reconocer el fundamento fáctico del sistema jurídico y la necesidad de integrar en su estudio el enfoque normativo y el enfoque de la efectividad. En definitiva, «el normativismo abre una perspectiva de justificación a la luz del deber ser, mientras que el realismo ofrece una perspectiva observacional a partir de hechos jurídicos»<sup>82</sup>. Una teoría del Derecho así concebida, concluye Ferrajoli, no sólo persigue una finalidad científica, sino también una función civil que puede hacer de ella y de la ciencia jurídica «un precioso instrumento de análisis y de crítica del Derecho vigente: de una crítica, se entiende, no de tipo iusnaturalista o de *jure condendo*, sino iuspositivista o de *iure condi-*

---

78. PASSERIN D'ENTREVES, A., «Dos cuestiones en torno al Derecho», en *Derecho natural* (1951), trad. de M. Hurtado, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 256-7. En parecidas palabras se expresa N. BOBBIO: «Considerar el poder como el fundamento último de un ordenamiento jurídico positivo no significa reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho», *Teoría General del Derecho*, cit., p. 185.

79. HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., p. 137. Vid. ampliamente DE PÁRAMO, J.R., *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, CEC, 1984, pp. 242 y ss.

80. FERRAJOLI, L., «La semántica...», cit.

81. También E. PATTARO habla de un «realismo normativista como alternativa al positivismo jurídico», *Elementos para una Teoría del Derecho* (1985), trad. de I. Ara, Madrid, Debate, 1986, pp. 279 y ss.; y G. PECES-BARBA, en relación con el tema de los derechos fundamentales, propugna «llegar a conclusiones realistas y positivistas», *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 226.

82. PRIETO, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Observaciones a propósito de la teoría del Derecho de N. Bobbio», trabajo en prensa que he consultado por gentileza del autor.

to, es decir, respecto al propio «deber ser» inactuado o violado por el Derecho positivo»<sup>83</sup>.

Finalmente, la superación de la concepción kelnesiana estricta no sólo se orienta hoy a través de ese intento de armonización entre normativismo y realismo, sino que parece asumir también una dimensión axiológica, en el sentido de subrayar la importancia de la filosofía moral y política que encarna todo orden jurídico y cuya ponderación puede resultar indispensable para comprender y aplicar sus normas. Este enfoque resulta obvio en un autor como Dworkin que expresamente niega la separación conceptual entre Derecho y moral, hasta el punto de que, como observa A. Pintore, la actitud del juez Hércules se halla «comprometida valorativamente con las instituciones sociales de las que se ocupa», y su función es producir «decisiones jurídicas congruentes con un sistema de principios que exprese las ideas morales de la comunidad, independientemente de que sean coherentes con las ideas jurídicas vigentes, o estén al servicio del bienestar social»<sup>84</sup>.

Con todo, y al margen de las observaciones críticas que se han formulado a este planteamiento<sup>85</sup>, creo que el mantenimiento de la separación conceptual entre Derecho y moral no impide reconocer la existencia de principios morales en el sistema normativo, y de reconocer asimismo que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral<sup>86</sup>. El propio Hart, en su respuesta a Dworkin, ha escrito que «en algunos sistemas jurídicos la conformidad con ciertos principios morales —por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales— es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica» y que nada impide que la regla de reconocimiento pueda «identificar directamente ciertos principios por su contenido»<sup>87</sup>. Y, si esos principios han de ser tomados en consideración por el teórico o por el intérprete, parece claro que éstos no podrán rehusar el razonamiento moral que aquéllos exigen.

Esto último puede incluso resultar particularmente cierto en un sistema jurídico como el español. Por ejemplo, Peces-Barba, un autor que en lo fundamental se mantiene fiel a una concepción positivista del Derecho, no encuentra dificultad en decir que los valores superiores del ordenamiento jurídico son «la cabeza de la Constitución material» y que, como tales, permiten reconstruir la «teoría material de la justicia sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas»<sup>88</sup>. En definitiva,

83. FERRAJOLI, L., «La semántica...», *cit.*, p. 130.

84. PINTORE, A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *cit.*, pp. 152-53.

85. *Vid.* algunas de ellas en PRIETO, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», *cit.*, pp. 353 y ss.

86. *Vid.* ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, en particular capítulos V y VI.

87. HART, H.L.A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, *SISTEMA*, núm. 36 (1980), pp. 7 y 8.

88. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 89 y 101.

ello significa que la atribución de validez a una norma ya no puede concebirse como una cuestión estrictamente formal o que contemple sólo el procedimiento y la competencia del órgano, sino también como un problema sustantivo que requiere interrogarse sobre el contenido de dicha norma a la luz de todo un horizonte de valores plasmados en la Constitución; y, consiguientemente, la labor del jurista, sobre todo en los casos difíciles, no se limitará a una constatación de esos aspectos formales, sino que requerirá el desarrollo de toda una argumentación a partir de principios de moralidad.

#### IV. JUSTICIA Y ARGUMENTACION PRACTICA

Creo que a estas alturas hemos aportado suficientes razones para que una filosofía del Derecho, incluso entendida de modo riguroso, no pueda abdicar de lo que generalmente se llama teoría de la justicia, pues tanto el análisis del lenguaje del Derecho como el del lenguaje de los juristas —que a veces se confunden— desemboca en una reflexión acerca de la argumentación jurídico-moral y, a la postre, acerca del modelo de legitimidad. Es más, para algunos autores este sería el tema central de la filosofía jurídica<sup>89</sup>, lo que, por cierto, resulta coherente con toda una tradición que «dio sentido al yusnaturalismo como modo de pensamiento jurídico que cruza la historia intelectual de Occidente»<sup>90</sup>.

Como es sabido, el panorama que ha presentado la filosofía moral y política de gran parte de este siglo ha venido caracterizado por la actitud no cognoscitivista propia del más estricto positivismo, lo que provocaría durante muchos años la falta de interés por las cuestiones de ética normativa<sup>91</sup>. Ciertamente, desde esta perspectiva, para la que la filosofía era un instrumento al servicio del análisis lógico del lenguaje<sup>92</sup>, la filosofía del Derecho como teoría de la justicia veía reducidas sus ta-

---

89. Por ejemplo A. KAUFMANN escribe que «las dos preguntas fundamentales de la filosofía del Derecho son: 1) *qué* es el Derecho justo, y 2) *cómo* lo reconocemos», «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 25 (1985), p. 37.

90. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho...», *cit.*, p. 26.

91. K. O. APPEL presenta el no-cognoscitismo ético como una actitud derivada del cientifismo y que, por tanto, reúne los siguientes rasgos: 1) No es posible derivar normas de los hechos; 2) La ciencia versa sobre hechos, por lo que no es posible la fundamentación científica de la ética normativa y 3) Sólo el saber científico es objetivo (en el sentido de intersubjetivo), por lo que no es posible una fundamentación intersubjetiva de la ética normativa; en APPEL, K.O. *La transformación de la filosofía* (1973), trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid, Taurus, 1985, p. 359.

92. Vid. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus* (hay traducción al castellano de J. Muñoz e I. Reguera, en Madrid, Alianza Editorial, 1987), especialmente las proposiciones 4.0031 y 4.112.

reas al análisis lingüístico de los juicios de valor. La teoría de la justicia quedaba así asimilada a lo que suele denominarse «metaética», un estudio centrado en las posibilidades mismas de los juicios de justicia y cuyos resultados, debido a los concretos presupuestos teóricos de los que se partía<sup>93</sup>, terminarían arrojando a la ética a las tinieblas de la irracionalidad. No es ésta quizás la sede adecuada para reconstruir los avatares de una filosofía moral alertada por las inquietudes y la desazón que produjo la falacia naturalista, pero sí debemos señalar que, en general, y se compartan o no sus postulados, este pensamiento tuvo la gran virtud de enseñarnos a extremar las cautelas a la hora de reflexionar sobre los valores, lo que sigue constituyendo un buen punto de partida para iniciar la reflexión sobre el Derecho justo o sobre el poder legítimo<sup>94</sup>.

No obstante, a pesar de la fuerte huella dejada por una razón analítica que no conservaba ninguna esperanza en relación con la ética, desde hace algún tiempo asistimos a una «rehabilitación de la filosofía práctica»<sup>95</sup>, pues, en verdad, las principales corrientes de filosofía moral actuales no quieren —ni acaso puedan<sup>96</sup>— renunciar a una fundamentación racional de la justicia; pretenden convencer apelando a razones, y no a cuestiones emocionales. Buena prueba de ello lo constituye la publicación en las últimas décadas de obras que, aunque a veces desde postulados ideológicos dispares, recuperan la preocupación por los temas éticos y abordan sin titubeos problemas morales que parecían estar vedados por la filosofía analítica o por el neopositivismo; me refiero, en el concreto campo de la filosofía jurídica y política, a contribuciones como la de R. Nozick, R. Dworkin y, en particular, J. Rawls, cuya *Teoría de la justicia*<sup>97</sup>, de fulgurante éxito internacional,

---

93. Me refiero, claro es, al prejuicio de negar la existencia de un ámbito de racionalidad teórica más allá de los confines de la ciencia, sin admitir, al mismo tiempo, un uso práctico para la razón. Vid. MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, Madrid, Taurus, 1977, cap. I, especialmente, pp. 29 y ss.

94. PRIETO, L., «Un punto de vista...», *cit.*, p. 608. También señala las virtudes del positivismo en este aspecto KOLAKOWSKI, L., *La filosofía positivista* (1966), trad. de G. Ruiz-Ramón, Cátedra, Madrid, 1979, p. 247.

95. Este es precisamente el título de los trabajos editados por RIEDEL, M., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Freiburg i. B., Rombach, 1972-74. Vid. al respecto, MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, *cit.*, en particular, cap. VIII, «Últimas aventuras del preferidor racional».

96. Pues, como escribe E. FERNÁNDEZ, «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica», «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica» (1982), en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 37.

97. RAWLS, J., *Teoría de la justicia* (1971), trad. de M. D. González, México, FCE, 1979. Vid. la presentación de M. A. RODILLA a la recopilación de trabajos de RAWLS, J., *La justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. y recopilación de M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, donde expone las razones del impacto de su teoría de la justicia.



supuso un detonante formidable en un mundo analítico saturado de metaética<sup>98</sup>.

Pues bien, la teoría de la justicia creo que enfrenta hoy un doble enjuiciamiento a propósito del Derecho. Por un lado, un enjuiciamiento que pudiéramos llamar *externo* de las normas e instituciones jurídicas, donde se inquieren los requisitos que debe reunir el Derecho para merecer la adhesión moral de los ciudadanos, aunque esta cuestión, con ser fundamental, no agota la relación entre justicia y Derecho. Teniendo en cuenta que el Derecho no es sistema rígido de normas, sino que está abierto a la interpretación y que ésta presenta una dimensión valorativa, la teoría de la justicia *es también* un enjuiciamiento *interno* que ha de servir como guía para proporcionar interpretaciones jurídicas satisfactorias, pues si en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho hay siempre un componente de creatividad, resulta deseable ajustar estas operaciones a reglas o directrices que aseguren la racionalidad de las decisiones. En cualquier caso, con independencia del nivel de enjuiciamiento que consideremos, emprender estas tareas con sentido presupone la fijación de un referente axiológico con relación al cual determinar la justicia o injusticia de las reglas e instituciones jurídicas o la corrección o no de una interpretación concreta. Y este es, precisamente, el objeto propio de lo que se ha dado en llamar *ética normativa*, sin duda uno de los capítulos fundamentales de la teoría de la justicia<sup>99</sup>.

Naturalmente, esto no significa que pueda darse por resuelto el problema previo de la fundamentación racional de los juicios de valor. Este nivel de reflexión, que conforma la problemática propia de la *metaética o ética analítica*, ni es exclusivo de la filosofía analítica, ni dejó de tener sentido una vez superado el relativismo ético que ésta implicaba. Antes al contrario, la pregunta por las posibilidades racionales del conocimiento moral es una cuestión primordial de cualquier teoría ética que quiera abordar con sentido la tarea de la justificación de los criterios de moralidad o de justicia; y, como enseguida se verá, acaso en el panorama filosófico-moral actual, enclavado sobre una razón práctica procedimental, constituya también su primera y única tarea. En suma, pues, una teoría de la justicia que no se cierre al planteamiento de problemas morales ni renuncie a la fundamentación racional de

---

98. MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., «La recepción de Rawls en España», *Anuario de Filosofía del Derecho* (1986), p. 609; del mismo autor *vid. La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, CEC, 1985.

99. Antes de seguir adelante, interesa señalar aquí que los «criterios de justicia» que constituyen el objeto de la ética normativa, no han de identificarse necesariamente con un grupo fijo de valores materiales; la meta de la ética normativa puede (y acaso deba) ser más modesta: proporcionar simplemente reglas formales de justicia —nada más, pero tampoco nada menos— reservando la determinación de los valores o principios materiales a los discursos prácticos reales. Tal habrá de ser, si no me equivoco, el resultado a que conducen las modernas éticas procedimentales.

los criterios de valor, se despliega en dos grandes niveles de reflexión: por un lado, la teoría prescriptiva —que comprende el estudio y la determinación de los criterios de justicia que han de servir para enjuiciar al Derecho— y la metaética o metateoría de la justicia —que abordará el problema de las condiciones y límites de una teoría ética—<sup>100</sup>.

En efecto, tras el hundimiento del Derecho Natural racional, aquellos que no quedaron satisfechos por la alternativa del relativismo ético habrían de seguir enfrentándose al mismo problema de los fundamentos morales del Derecho positivo; unos fundamentos que ya no podían explicarse apelando a principios morales del Derecho Natural positivados —pues el carácter contingente del Derecho positivo hace que esos principios puedan cambiar a voluntad— pero que tampoco podían ser liquidados sin renunciar a ese momento de incondicionalidad que todo Derecho necesita<sup>101</sup>. En el panorama iusfilosófico actual, el criterio que mide la justicia del Derecho ya no puede identificarse con un sistema axiológico de contenidos materiales fijos y mayoritariamente positivados; al contrario, «la moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad», pues «la racionalidad procedimental (constituye)... la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes»<sup>102</sup>. En otras palabras, la recuperación de la teoría de la justicia se opera sobre todo con la elaboración de un concepto procedimental de racionalidad práctica que supone, en realidad, una actualización del formalismo kantiano. Esta es la línea en la que se encuentran la teoría de la justicia de J. Rawls y la ética discursiva de K. O. Apel y J. Habermans.

La teoría de la justicia de J. Rawls, que parte de la idea de contrato social como modelo para la adopción de decisiones colectivas, articula mediante la figura de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo de individuos libres e iguales conduce a la elección de normas correctas. La justicia del resultado viene determinada por la racionalidad del procedimiento —asegurada aquí mediante la fijación de limitaciones que establece la «posición original». Ahora bien, esta recuperación del formalismo kantiano como criterio de justificación moral no se agota en sí mismo, sino que, desde este marco de justificación contractualista, la teoría de Rawls fundamenta principios «materiales» de justicia. Como afirma M. A. Rodilla, la obra rawlsiana se presenta con intenciones a un tiempo más modestas y más ambiciosas que los desarrollos de metaética analítica. Más modestas porque no pretende ofrecer una fundamentación última de la ética, y más ambi-

100. Vid. ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, cit., p. 368.

101. Vid. J. HABERMAS, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», trad. de M. Jiménez Redondo, *DOXA*, núm. 5 (1988), pp. 21 y ss.

102. *Ibidem*, pp. 34 y 37.

ciosas porque «no renuncia a la pretensión de formular y justificar racionalmente principios materiales de justicia social. Pero con ello Rawls parece moverse en el plano de un discurso *práctico* más que en el de un discurso *filosófico-práctico*». Más brevemente, su teoría de la justicia contiene «un conjunto de principios sustantivos para juzgar la rectitud de las normas e instituciones»<sup>103</sup>.

Un paso más en el proceso de procedimentalización de la racionalidad práctica lo constituyen las teorías de K. O. Apel<sup>104</sup> y J. Habermas<sup>105</sup>, según las cuales la racionalidad del procedimiento queda asegurada, no por las restricciones normativas a la acción de los agentes que participan, sino por las características de la propia argumentación, que constituye una institucionalización de los discursos práctico-morales<sup>106</sup>. En realidad, desde la ética discursiva se llega incluso a reformular la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral<sup>107</sup> aunque, si he entendido bien, no en el sentido tradicional que criticara el positivismo, es decir, no suponiendo que el orden jurídico sólo merece tal nombre cuando es moralmente bueno, sino en el sentido de que la pretensión de corrección de las normas jurídicas es análoga a la pretensión de corrección de los juicios y normas morales, que, por tanto, se evalúa desde los mismos parámetros. En otras palabras, esa vinculación entre Derecho y moral se establece o aflora a través de un concepto normativo de legitimidad, dado que son legítimas las normas y juicios jurídicos que «pueden ser aceptados en los discursos práctico-morales»<sup>108</sup>. Ahora bien, la justificación de esta tesis del vínculo conceptual entre Derecho y moral exige la demostración de que los procedimientos jurídicos principales (los que regulan la creación y aplicación de las normas jurídicas) que se proponen como criterios de legitimación son discursos morales institucionalizados para la justifi-

---

103. Vid. la presentación de M. A. RODILLA a *La justicia como equidad*, cit., p. XIV.

104. De K. O. APPEL puede verse *La transformación de la filosofía*, cit., así como *Estudios Éticos*, trad. de C. de Santiago, Barcelona, Alfa, 1986.

105. Pueden verse de J. HABERMAS, la *Teoría de la acción comunicativa* (1981), trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, 2 vols.; *Conciencia moral y acción comunicativa* (1983), trad. cast. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985 y de Th. McCARTHY, *La teoría crítica de J. Habermas* (1978), trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1987.

106. Pero, sobre todo, quizás la diferencia más relevante con las teorías neocontractualistas de la justicia sea que en virtud de éstas últimas, cada individuo puede en principio justificar las reglas básicas de justicia (vid. MUGUERZA, J., «Ética y comunicación (una discusión del pensamiento ético-político de J. Habermas)», en *Teorías de la democracia*, GONZÁLEZ, J. M., y QUESADA, F., (coords.), Madrid, Anthropos, 1988, p. 151), mientras que para la ética discursiva la fundamentación de los principios de justicia es una cuestión esencialmente cooperativa, que requiere la participación de todos y que, por consiguiente, supone un marco institucional que regule y asegure el diálogo.

107. Así, expresamente, en TOURI, K., «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», trad. de J. Aguiló, *DOXA*, núm. 5 (1988), p. 48.

108. *Ibidem*.

cación de las normas y decisiones jurídicas, y en este sentido, quizás el intento más depurado de legitimación normativa del Derecho sea el realizado por J. Habermas sobre la base de una razón práctica esencialmente comunicativa.

La ética comunicativa de Habermas toma como punto de partida el principio de universalización kantiano, pues sólo se aceptan como válidas aquellas normas «que han de poder convertirse en ‘ley general’»<sup>109</sup>, pero con la particularidad de que se excluye la aplicación monológica de este principio<sup>110</sup> y de que, además, no se renuncia a la incorporación de intereses, inclinaciones o necesidades particulares, siempre que sean generalizables en el discurso. Pues bien, Habermas sostiene que los procedimientos jurídicos son una institucionalización del discurso práctico-moral, de manera que, análogamente a lo que sucede en éste, donde sólo caben los argumentos, también en aquéllos la racionalidad de los resultados vendrá garantizada por el hecho de que todo participante «tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos»<sup>111</sup>. En suma, la fuerza legitimadora del procedimiento legislativo se basa no en su legalidad, como pensara Max Weber, sino en el hecho de que constituye una institucionalización del discurso práctico-moral.

Análogamente, y puesto que la aplicación del Derecho no puede entenderse como una operación subsuntiva, sino que requiere un desarrollo reconstructivo del mismo, también el procedimiento judicial puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado; es más, el desarrollo de este capítulo desde la teoría del Derecho ha proporcionado valiosos instrumentos a la ética del discurso. Para R. Alexy, en efecto, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico porque la argumentación jurídica se refiere «a cuestiones prácticas» y porque sus resultados implican «pretensiones de corrección» análogas a las de las normas y juicios morales; y se diferencia del resto de la argumentación práctica porque se desarrolla bajo ciertas restricciones, de las cuales una de las más importantes es su vinculación al Derecho vigente<sup>112</sup>.

Ahora bien, la recuperación de la racionalidad práctica que tiene lugar sobre todo con las éticas dialógicas no significa necesariamente la recuperación de una filosofía práctica sustantiva o, por decirlo de

109. HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, cit., p. 83.

110. En efecto, «una norma sólo puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto participantes del discurso práctico», *Ibidem*, p. 86.

111. HABERMAS, J., «¿Cómo es posible la legitimidad...», cit., p. 39.

112. *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 206 y ss.

Otro modo, de una ética normativa en el sentido que tradicionalmente se le atribuyó. Habermas lo expone sin rodeos: lo que una ética discursiva puede hacer es reconstruir las condiciones (reglas) necesarias para garantizar la racionalidad de los acuerdos, pero la determinación de las normas, valores o principios materiales que están justificados en cada caso depende de los discursos prácticos reales, para lo cual la filosofía no posee ninguna competencia especial. La ética discursiva tendría así un alcance meramente terapéutico que consistiría en esclarecer las presuposiciones normativas implícitas en nuestras argumentaciones prácticas cotidianas y que han sido «adquiridas de modo natural en el proceso de socialización», pero nunca en proporcionar el contenido de una ética normativa <sup>113</sup>. En suma, a la teoría de la justicia no le correspondería la fijación de contenidos materiales de justicia, lo que siempre depende de los discursos reales. «El teórico moral puede tomar parte en ellos en tanto que afectado, pero *no* puede conducir esos discursos *por su propia cuenta*» <sup>114</sup>. Por eso, una teoría de la justicia que, como la de Rawls, se extiende a ámbitos de contenido, debe entenderse sólo como una participación más en el discurso que se lleva a cabo entre los ciudadanos. En cierto modo, a la teoría de la justicia sólo le cabría, pues, esa función terapéutica que quería L. Wittgenstein.

La conclusión pudiera resultar desalentadora por partida doble: desde el punto de vista del Derecho y de la política, la ética comunicativa se presenta tal vez como una empresa muy modesta, pues nos dice *cómo* hay que hacer las cosas, pero no *qué* hay que hacer ni, sobre todo, qué es lo que debe hacerse; es decir, parece no proporcionar ningún criterio para evaluar la justicia de una norma más allá de la mayor o menor legitimidad que presente su modo de producción. Y, a la inversa, desde el punto de vista de la moral, el planteamiento se antoja excesivamente ambicioso, pues parece dejar en manos del diálogo intersubjetivo la definición de toda norma moral, con el consiguiente riesgo de asfixiar la conciencia individual bajo el peso de la decisión colectiva.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la modestia es más aparente que real. No es éste lugar para explicar con detalle las exigencias y condiciones que debe reunir el diálogo para merecer el calificativo de genuino discurso ético <sup>115</sup>, pero a poco que se reflexione sobre los elementos que requiere la competencia comunicativa es posible colegir la presencia de numerosos principios morales fácilmente transformables en criterios de limitación del poder, en derechos fundamentales o en reglas programáticas de la acción política; por ejemplo, todo hablante puede expresarse libremente y cuestionar cualquier información, ha de

---

113. HABERMAS, J., *Conciencia moral...*, cit., p. 122.

114. *Ibidem*.

115. Vid. HABERMAS, J., *Conciencia moral...*, cit., pp. 109 y ss. y *Teoría de la acción comunicativa*, cit., vol. II, pp. 211 y ss.

conducirse con arreglo al principio de universalización, los hablantes se sitúan en una posición simétrica y se reconocen igual competencia, etc. De hecho, entre nosotros, se ha ensayado una fundamentación de los derechos humanos, de los civiles y políticos, pero también de los económicos, sociales y culturales, a partir de la ética del discurso; los derechos, escribe Prieto, «resumen las reglas que hacen posible el debate acerca de las decisiones con trascendencia colectiva; pero, al mismo tiempo, articulan también las pretensiones dirigidas a satisfacer las necesidades que se postulan como generalizables; pretensiones que, a su vez, pueden interpretarse como nuevas exigencias para la formación del consenso»<sup>116</sup>, es decir, como nuevas exigencias de la justicia.

El segundo riesgo, es decir, que la ética comunicativa pueda desembocar en un nuevo totalitarismo donde la única voz competente sea la de la colectividad, tampoco me parece fundado o, al menos, es rotundamente desmentido por uno de los expositores más autorizados del pensamiento habermasiano: la ética comunicativa, dice Th MacCarthy, «no aboga por la supresión de la subjetividad concreta para asegurar que el individuo sea idéntico a lo universal. Antes bien, presupone diferentes individuos con sus diferentes necesidades y deseos, emociones y sentimientos, biografías y futuros anticipados —en una palabra, con diferentes identidades personales. Lo que exige es que en aquellas áreas de vida en común sujetas a normas sociales vinculantes, estas últimas sean resultado de un acuerdo obtenido en una comunicación libre de dominio»<sup>117</sup>. Por ello, la ética comunicativa me parece compatible con la alternativa del diseño que propone Muguerra<sup>118</sup> y, en todo caso, con la existencia de límites morales a la acción del Estado y del Derecho positivo<sup>119</sup>.

## V. OBSERVACION FINAL

Abrimos esta reflexión preguntándonos si la actual filosofía del Derecho puede pretender una unidad de objeto y de método o si, por el contrario, constituye una mera yuxtaposición de tareas y enfoques heterogéneos reunidos bajo una misma rúbrica sin más justificación que alguna herencia histórica o la necesidad de dar acomodo a cuestiones y problemas que no encuentran mejor ubicación en otra parte. Acaso al

116. PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 65.

117. MacCARTHY, Th., *La teoría crítica*, cit., p. 461. Vid. también CORTINA, A., *Crítica y utopía: la escuela de Francfort*, Madrid, Cíncel, 1987, p. 153.

118. Vid. MUGUERZA, J., «La alternativa del disenso. En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, PECES-BARBA, G., (coord.), Madrid, Debate, 1989.

119. De ello me ocupé más ampliamente en *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, CEC, 1990 pp. 195 y ss.

final la respuesta dependa fundamentalmente de lo que hagan los propios filósofos del Derecho y del modo en que enfoquen sus tareas tradicionales, pero desde distintas perspectivas creo haber sugerido algunas razones en favor de una concepción unitaria de la filosofía jurídica como género de conocimiento específico dentro de los saberes jurídicos.

De un lado, en efecto, la rígida separación entre el lenguaje de los juristas y el lenguaje del Derecho, que daba vida a dos «teorías» distintas, y, de otra parte, la no menos rigurosa escisión entre la normativa jurídica y la moral, que fundamentaba una segunda división teórica, se muestran hoy difícilmente sostenibles. Primero, porque del lenguaje de los juristas al lenguaje del Derecho se transita sin solución de continuidad, hasta el punto de que el lenguaje de unos juristas particularmente cualificados —los operadores jurídicos— se considera resueltamente lenguaje jurídico; de manera que las conclusiones últimas de la antigua teoría general del Derecho se sitúan actualmente en la metajurisprudencia o teoría de la ciencia, y, a su vez, ésta conduce de forma irremediable a la teoría del Derecho. No otra cosa significa, por ejemplo, la afirmación de que las claves de identidad de un sistema jurídico residen en el comportamiento de los órganos primarios<sup>120</sup>; o que la actividad de los juristas presenta una dimensión prescriptiva o creadora y no simplemente cognoscitiva.

Y asimismo, por lo que se refiere a la segunda de las divisiones antes aludida, la pretensión de corrección de los discursos jurídicos, tanto de creación legislativa como de aplicación de normas, remite a las exigencias de corrección del discurso práctico general, es decir, remite a una reflexión acerca de la argumentación moral, que precisamente ha obtenido un especial desarrollo en los últimos años gracias en parte al estímulo de las teorías de la argumentación jurídica. En otras palabras, y sin necesidad de renunciar a la saludable distinción entre ética y política, entre moral y Derecho<sup>121</sup>, el estudio del lenguaje jurídico y de los juristas en cuanto que lenguaje prescriptivo exige su confrontación con las reglas que lo presiden y que no son otras que las propias de la argumentación práctica.

Ciertamente, cuanto acabamos de decir tal vez pueda cimentar esa unidad última de las tareas que se reúnen bajo el nombre de filosofía del Derecho, pero quizás no la existencia o justificación de un objeto propio y específico frente a las demás formas de conocimiento jurídico. Y es cierto: la filosofía del Derecho no puede tener un objeto diferente desde el momento en que reconocemos que el lenguaje de los juristas es Derecho, que los problemas de legitimidad o de justicia son

---

120. Vid. RAZ, J., *The concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, Oxford University Press, 1970, en especial cap. VIII.

121. Vid. PRIETO, L., *Ética y política*, Ciudad-Real, Universidad de Castilla-La Mancha, 1922.

también con frecuencia problemas constitucionales, o que la corrección argumentativa es una condición exigible a la interpretación jurídica, pues en suma lo que esto significa es que son también competencia de cualquier empresa que pretenda dar cuenta cabal del Derecho. Sin embargo, el mismo objeto puede admitir enfoques diferentes y acaso el sentido de la filosofía del Derecho se cifre en adoptar uno especial que hemos intentado defender aquí y que, en síntesis, consiste en mostrar la distancia que separa la práctica institucional de sus ideas regulativas; en mostrar las incoherencias entre el deber ser normativo y la realidad empírica —aunque se halle expresada también en normas—, entre el modelo cognoscitivo de la interpretación y su efectiva función prescriptiva, entre la imagen pasiva y neutral del jurista y su protagonismo como órgano de decisión, entre el discurso de los operadores jurídicos y sus criterios o ideales de corrección, etc. Con ello, y sin buscar moradas metafísicas, es posible que la filosofía jurídica sea capaz de satisfacer su anhelo (y su justificación) de ofrecer algo más que un mero conocimiento empírico, pero que al propio tiempo tenga algún interés para ese conocimiento, no dando la espalda a la realidad del Derecho.



## El Concepto de Derecho.\* De la argumentación a la comunicación

Por FERNANDO GALINDO, JOSÉ ANGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ

Zaragoza

### I

En la crisis parece como si no fuera posible discurrir acerca de conceptos. Cuando hay crisis no sirven ni los nuevos ni los viejos. Hay quien manifiesta, incluso, que deberíamos renunciar a cualquier construcción que pudiera explicar la vida en general en una sociedad compleja como la presente, y limitarnos a hacer una hermenéutica de lo cotidiano<sup>1</sup>. En un momento de crisis como el presente resulta especialmente evidente que no hay mundos únicos, ni siquiera dos mundos enfrentados con radicales diferencias absolutas. En consecuencia, en Derecho hay desde hace tiempo una cierta renuncia a presentar explicaciones; se dice que tan sólo cabe plantear problemas<sup>2</sup>. Las respuestas pueden ser dadas por todos y nadie puede erigirse en árbitro único o en poseedor de la respuesta correcta. Por ello no caben conceptos y

---

\* Para esta investigación se han recibido fondos de la CICYT, proyecto PB90-0582.

1. Está notablemente extendida esta posición en la Filosofía del Derecho. Ejemplo de una aproximación fundamentada puede encontrarse en: SHINER, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Shiner establece las bases de una teoría del Derecho no convencional: «Ha de ser tan sólo una metateoría de teorías jurídicas, que muestre cómo la teoría del Derecho misma está, en forma similar a la práctica profesional, en un proceso constante de movimiento y ajuste entre teorías que ensalzan los principios de certeza/procedimiento y teorías que ensalzan los principios de flexibilidad/sustancia» (*ibidem*: p. 326). De la conexión entre saber y sociedad habla Luhmann: «el saber se constituye como resonancia de los acoplamientos estructurales del sistema social». Ver: LUHMANN, N., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 122.

2. Sigue siendo ilustrador para con las limitaciones de las «explicaciones»: VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, quinta edición, München, Beck, 1974, pp. 111-119.

ni siquiera teorías. Parece como si el punto de referencia fuera el caos. Pero, por otro lado, se convive atendiendo a ciertas reglas e instituciones: el caos está ordenado en determinados sitios; en otros, en cambio, el orden tan sólo se mantiene por la fuerza de las armas (en ocasiones, las de la ONU). Esto significa que cabe explicar y reconstruir el orden. El filósofo del Derecho, además, ha de ocuparse por profesión de reflexionar sobre el Derecho.

La discusión sobre el concepto de Derecho permanece, si bien en una sociedad plural donde conviven distintas convicciones, creencias o morales, y por ello, la confianza en distintas reglas u órdenes de conducta. El problema real reside en que el concepto positivista de Derecho (Derecho es lo mismo que sistema de normas escritas promulgadas por una autoridad que tiene conferido el poder de legislar por haber sido elegida mediante un procedimiento racional<sup>3</sup>), establecido en consonancia con un mundo con una única moral: la cristiano-rationista del siglo XVIII, apenas sirve en estos momentos.

La reflexión sobre el concepto no es, por tanto, artificial o meramente académica. Se ha hecho precisa cuando la firmeza de las propuestas ilustradas ha comenzado a ponerse en cuestión. Ello no quita fuerza a la razón o a la construcción de teorías; sólo que el concepto tiene que servir para las varias razones, incluso los fundamentalismos, que están vivas y son legítimas en una sociedad democrática a la hora de establecer las reglas de la convivencia o del ejercicio de poder en el que en definitiva consiste el Derecho. Todo lo cual implica asumir que esta razón no puede tener objetivos absolutos, o lo que es lo mismo pretender construir explicaciones totales, detalladas, pormenorizadas de un mundo concreto a partir del análisis de un único principio<sup>4</sup>.

Hablando en términos políticos, cuando han pasado ya los enfrentamientos entre los dos bloques, los habitantes del Tercer Mundo emigran de sus lugares de nacimiento y realizan las labores que no quieren los del Primero, cuando nos encontramos con la convivencia obligada de distintas culturas, es difícil seguir restringiendo la idea del Derecho a la de un imperativo abstracto o proposición normativa, justificada por el principio de universalidad o por su creación por representantes parlamentarios. Más bien aparece la idea del Derecho como organismo vivo, preocupado mediante la actuación de sus agentes por asegurar la convivencia de todos los ciudadanos, sea cual sea su individualidad o pe-

---

3. La frase resume cualquier estado de la cuestión. Véase la coincidencia, por ejemplo, en el señalado en: WEINBERGER, O., *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1987, pp. 109-112.

4. «La filosofía analítica ha dado pasos importantes, bajo el influjo del análisis lingüístico, en la introducción de los condicionamientos sociales en la teoría del conocimiento, especialmente a la hora de reseñar que la 'frase' y el 'discurso público' son formas de encontrar la verdad. El problema de la misma reside en que al no contar con una adecuada teoría de la comunicación queda reducida a ser una mera orientación del lenguaje": LUHMANN, N., *Die Wissenschaft cit.*, p. 7. Resulta de interés la autocrítica a esta forma de estudiar la realidad realizada en: VON WRIGHT, G. H., «'Analytische Philosophie'. Eine historisch-kritische Betrachtung», *Rechtstheorie*, 1992, pp. 3-25.

culiaridad, y aceptado por todos no por su legitimación abstracta sino porque satisface para cada caso concreto, en mayor o menor grado, la idea de justicia. Esto supone que la definición de Derecho, en primer lugar, ha de hacerse; pero también que ha de contar con las características técnicas y políticas de las actividades de los juristas. Por otro lado, para ser una teoría mínimamente consistente ha de poder explicar todas estas actividades y no conformarse con ser una mera exposición de problemas; ha de apoyarse en fundamentos firmes que la capaciten para ser el punto de partida de explicaciones válidas para todos los juristas y los ciudadanos que son parte o intervienen en un acto jurídico concreto.

Atendiendo a la heterogeneidad de los miembros de nuestras sociedades, a su diferencia de culturas y creencias, ya no es posible establecer órdenes fuertes que vinculen dictatorialmente a todos desde la razón universal. Es preciso admitir que hay muchas razones o creencias que son igualmente legítimas en una sociedad democrática, pese a quien pese. Están las creencias de los gitanos, pero también las de los musulmanes, o las de las minorías marginales de todo tipo, o las de los enfermos, o las de los parados, o las de los que tienen empleo, o las de los que tienen capital, o las de los pensionistas... Todos ellos tienen Derecho a participar en la configuración de las reglas de la convivencia: a elegir a los parlamentarios, a -en su día, cuando ello sea posible- formar parte del jurado, a ser tenidos en cuenta en los procedimientos administrativos. Las reglas jurídicas han de ser, por ello, mínimas: han de permitir especialmente la participación de todos, desde sus creencias, en el gobierno de la libertad de los demás. Para solucionar cada problema, mejor para cada acción conflictiva concreta, ha de ser posible articular la participación de todos los interesados; lo que supone que todos, sea cual sea su cultura, puedan conocer los problemas con aquellas particularidades, notas o características en las que cada uno pueda estar interesado, y, a la vez, decidir en libertad respetando la libertad de los demás, participando del poder que acumulan los organismos o instituciones que precisan las reglas que actúan las relaciones sociales.

De ahí que sea conveniente discurrir sobre un concepto de Derecho que permita actuar en el marco señalado. De ello se trata en este trabajo donde, en primer lugar (II), se hacen propuestas acerca de dos conceptos de Derecho, en consonancia con la discusión filosófico-jurídica más reciente, y, en segundo lugar (III), se comprueba la efectividad de ambos mediante el estudio de una actividad jurídica concreta: una sentencia del Tribunal Constitucional. Al final (IV), se establecen unas conclusiones generales.

## II

Se viene a convenir en los manuales y escritos de filósofos del Derecho más recientes <sup>5</sup>, que es preciso considerar el fenómeno jurídico

---

5. Soriano viene a hablar de norma, valor y sociedad (SORIANO, R., *Compendio de teoría general del Derecho*, segunda edición, Barcelona, Ariel, 1993, p. 26).

en su triple dimensión, por orden de importancia, como norma, hecho y valor (positivistas). Las propuestas tradicionales, en cambio, ordenaban dichos elementos de la siguiente manera: valor, hecho y norma (naturaleza de la cosa: iusnaturalismo), o valor, norma y hecho (iusnaturalistas normativistas). Por otra parte, también hay quien ha estimado conveniente, atender al fenómeno jurídico, entendido como hecho, valor y norma (realismos).

Todas estas posiciones tienen en común que, admitiendo la unidad del fenómeno jurídico, se refieren a él considerando su separación en elementos aislados, desvinculados unos de otros. Sólo que tras esa toma de postura, el elemento que sitúan en primer lugar es el que caracteriza, sistematizándolos, a los demás. El Derecho queda identificado así por el elemento considerado más significativo y se traslada a aquél la parcialidad del método de conocimiento por el que éste es estudiado. Eso explica que las doctrinas positivistas consideren el Derecho especialmente como norma, la cual, a su vez, es entendida como frase o proposición prescriptiva.

Paulatinamente, sin embargo, va cobrando fuerza la tesis de que lo relevante no es la discusión en torno a la división del fenómeno jurídico en elementos o siquiera mundos distintos, o a las varias dimensiones del Derecho, o incluso al orden que han de ocupar los diversos componentes en la definición del fenómeno. Lo realmente relevante es asumir la hipótesis de que todos esos mundos están y deben estar conectados intersubjetivamente con la mayor claridad posible, tanto en la teoría como en la práctica jurídicas, dada la irremediable pluralidad cultural del momento presente, que exige, por lo mismo, la necesidad de tener en cuenta distintos órdenes normativos y sociales a la hora de actuar o regular las concretas relaciones sociales. Lo más importante, en este sentido, es asumir el hecho de la necesaria comunicación sucedida entre todos los elementos del Derecho con motivo de una actividad jurídica concreta. Esta es la posición que denominamos comunicativa. A ella nos referiremos, tras examinar algunas de las posiciones tradicionales (positivistas) más recientes.

Un cierto precedente para la consideración comunicativa del Derecho bien cabe encontrarlo en las propuestas que realizara Hart a comienzos de los años sesenta. En congruencia con las características del sistema jurídico inglés, y los principios de la filosofía analítica, este autor se aproximó al Derecho considerando que había de ser definido

---

Bobbio de norma y sociedad, «estructura» y «función» (ver «Prólogo a la edición castellana», 1987, BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 10). De dimensiones valorativa, normativa y social del Derecho habla Javier de Lucas (DE LUCAS y otros, *Introducción a la teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 37). Reale hablaba de aspectos normativo, fáctico y valorativo del Derecho (REALE, M., *Licoes preliminares de direito*, Sao Paulo, Saraiva, 1980, p. 64 ss).

atendiendo a lo que se ve <sup>6</sup>. Para Hart Derecho es lo que los jueces reconocen como tal en su concreta actuación profesional, en coherencia con sus usos, convicciones y prejuicios <sup>7</sup>. El Derecho se viene a identificar así con el reconocimiento, o, lo que es lo mismo, con la actividad profesional típica de los juristas por excelencia en el sistema anglosajón: los jueces. Pero Hart se alejó pronto de este punto de partida y pasó a estudiar únicamente el producto del reconocimiento, las reglas, definiendo el Derecho como sistema, estableciendo la distinción entre reglas primarias y secundarias <sup>8</sup>, y situando dentro de las últimas la regla de reconocimiento. A partir de ahí, realizó un estudio normativo del Derecho.

La necesidad de renovación de este paradigma de conocimiento ha sido defendida, en los últimos años, por las teorías de la argumentación jurídica. Consideran éstas que a la hora de definir el Derecho no ha de atenderse tan sólo a las normas, sino también a su marco: a aquél en el que conviven normas, actividades de los juristas y valores, en concreto la justicia. Esto significa hacer explícito como objeto jurídico de interés el reconocimiento al que se refería Hart. Conviene recoger, a estos efectos, dos definiciones de Derecho que son consecuentes con lo que acaba de expresarse.

La primera de ellas, formulada por Dreier a comienzos de los años ochenta, dice lo siguiente: «Derecho es la totalidad de las normas que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente la justificación ética o la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» <sup>9</sup>.

Esta definición es normativa, sin duda alguna, pero como puede apreciarse hace referencia en forma genérica a actividades («normas que son creadas») y también a la justicia, si bien ésta queda limitada a la justificación ética en general, o, lo que es lo mismo, a que las normas superen los métodos admitidos generalmente como prueba en ética.

---

6. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora nacional, 1980, p. XI: «En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados[...] El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica[...] A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva[...]».

7. *Ibidem*: pp. 144 ss.

8. *Ibidem*: p. 99: «El derecho como unión de reglas primarias y secundarias».

9. DREIER, R., «Der Begriff des Rechts», *Neue juristische Wochenschrift*, 1980, p. 896.

La definición de Alexy, propuesta en mil novecientos noventa y dos, dice: «El Derecho es un sistema normativo, (1) llamado a la justicia, (2) integrado por la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución reconocida socialmente, y no son absolutamente injustas, así como por la totalidad de las normas que han sido dictadas en virtud de esa Constitución, muestran un mínimo de realidad social o posibilidad de realidad social y no son absolutamente injustas, y por (3) los principios y los argumentos normativos especiales en los que se fundamenta y/o debe fundamentarse el procedimiento de aplicación jurídica para satisfacer las exigencias de justicia»<sup>10</sup>.

En ella se hace explícito lo que estaba presente en la definición de Dreier y también, en cierta forma, en la concepción de Hart. No hay duda de que identifica el Derecho con las normas: sistema normativo integrado por la Constitución, las normas y los principios. Su mayor novedad reside, no obstante, en que apela explícitamente a la justicia (1), a la realidad social (2) y a una actividad jurídica concreta: la aplicación del Derecho (3). Esta última consideración, la referencia a la actividad, estaba implícita en la definición de Dreier, pero es Alexy quien la hace explícita.

Ambas definiciones, pese a no traspasar el ámbito de lo normativo, tienen en cuenta también el amplio marco en el que hoy precisan moverse las normas jurídicas. Dicho de otra forma: integran el polimorfismo del fenómeno jurídico que ha sido puesto de relieve por las distintas aproximaciones que se producen al mismo. Esto significa que se remiten al escenario de la argumentación jurídica, al que consideran el único capaz de dotar al fenómeno jurídico de una racionalidad que lo explique y, a su vez, lo articule. Ahora bien, estos autores trasladan las características de las normas a las argumentaciones que las generan, las cuales no sólo están integradas por los textos normativos explícitos en los textos jurídicos, sino también por los principios jurídicos, desarrollados por la dogmática o los órganos jurisdiccionales como precedentes, o los argumentos éticos en general.

Y en esto último reside la limitación de sus propuestas: continúan centradas exclusivamente en realizar un tratamiento normativo de las argumentaciones, propugnando un estudio meramente analítico de las mismas. No admiten que se pueda realizar también una consideración del Derecho a partir de las actividades de los juristas, que siguen quedando fuera de sus apreciaciones. En consecuencia siguen realizando construcciones universalistas, descontextualizadas, del Derecho. Así, por ejemplo, Alexy<sup>11</sup> explica las normas por las argumentaciones jurídicas, proponiendo que las reglas de ambas están constituidas por las prescripciones siguientes:

10. ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, Alber, 1992, p. 201.

11. ALEXY, R., «Rechtssystem und praktische Vernunft», *Rechtstheorie* 1987, p. 418.

- 1) actuar ante problemas concretos utilizando la mayor claridad conceptual y lingüística posibles;
- 2) utilizar información empírica en la mayor medida;
- 3) actuar con generalidad, y
- 4) actuar en lo posible con libertad de prejuicios.

De este modo, el estudio del Derecho queda reducido a la consideración del mismo como sistema de normas o textos escritos, sean éstos leyes o principios. Pese a todo, su atención a las argumentaciones implícitas que está en la línea de dar pistas ciertas sobre la manera posible de resolver esta complejidad.

En efecto, la definición de Alexy —también la de Dreier— se fija de una u otra manera en la actividad de los juristas en relación con los textos jurídicos. Esto comporta la remisión a actividades y por lo mismo posibilita articular los estudios sobre la teoría y la práctica jurídicas que, recogidos en los tratados de Filosofía del Derecho, se refieren a interpretación, aplicación, construcción de dogmas y construcción de «la» teoría del Derecho. Se puede encontrar así en la doctrina referida una cierta sensibilidad respecto a las necesidades sociales, que requieren un Derecho que asuma la heterogeneidad social y la evolución experimentada por la reflexión filosófico-jurídica tras la segunda guerra mundial. Lo único preciso para profundizar en esta propuesta es renunciar al énfasis racionalista puesto en los sistemas normativos abstractos, y fijarse en lo que las definiciones implican: la necesidad de atender en las acciones concretas a la comunicación intersubjetiva, desde las distintas culturas, entre los diversos elementos del fenómeno jurídico.

Para lo cual se requiere añadir una regla más a las prescritas por Alexy a la argumentación jurídica. Regla cuya formulación depende de las precisiones que presta a esta doctrina la teoría de la acción comunicativa. De acuerdo con ella, es necesario atender a las notas propias de cada una de las distintas actividades jurídicas, que han de ser actuadas en un ambiente cultural pluralista <sup>12</sup>. En consecuencia, las reglas anteriores han de completarse con la elaborada a partir de dicha teoría <sup>13</sup>:

5) atender a la pluralidad cultural de los sujetos que intervienen en las actividades jurídicas o al fenómeno de la intersubjetividad.

---

12. La denominada teoría de la argumentación jurídica, en cambio, ha sido construida con el único fin de proponer criterios de racionalidad generales («reglas del discurso») a la construcción de proposiciones normativas. Ver: ALEXY, R., «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», *Rechtssystem und praktische Vernunft. Plenarreferate. 15. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie*, Göttingen, 1991, pp. 12s.

13. HABERMAS J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 144-152.

Lo cual da pie a considerar como objeto de conocimiento propio del filósofo del Derecho, distinto a las normas, las actividades «justas» —abiertas al entendimiento o intersubjetivas— de los juristas en relación con los textos jurídicos. Bajo la expresión «justas» se consideran incluidas tanto las actuadas aplicando el procedimiento democrático, establecido en el Estado de Derecho dirigido por el consenso, como las que participan de los criterios mayoritarios para la acción, respetuosos con los minoritarios, expresados en sus formas más plurales y complejas: normas y principios jurídicos, principios morales y usos sociales<sup>14</sup>. Estos criterios son sistematizados atendiendo a categorías filosóficas o valores (igualdad —justicia—, libertad, seguridad jurídica y comunidad), conceptos jurídicos fundamentales (legitimidad de la actividad estatal, contrato, tráfico de bienes y servicios, propiedad, proceso y pena) y preferencias o concepciones políticas (por ejemplo, las de eficiencia, imparcialidad y comunicación<sup>15</sup>).

De ahí que pueda ser definido el Derecho a partir de la idea de acción/ relación comunicativa entre todos los elementos implicados en su realización: en concreto, el sujeto que lo genera y aquél al que está dirigido, los textos en los que se explica, los criterios a los que todos ellos apelan y muy especialmente la congruencia de éstos con el consenso o la aceptación establecida por las distintas culturas que están presentes cuando la actividad se realiza. Así, una definición adecuada del Derecho en estos momentos, inspirada en una reflexión filosófica participativa o comunicativa, bien podría ser la siguiente: *Derecho es la actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos*. Esto es lo mismo que decir que Derecho es la acción abierta al entendimiento de los participantes que la realizan.

---

14. Esta consideración política de las actividades jurídicas, aceptada hasta por quienes propugnan en exclusiva una consideración racional del Derecho, que se limitan a rechazar como extrajurídica la consideración de la cualidad política de las actividades jurídicas, es compatible con los resultados que ofrecen sobre su caracterización los estudios realizados por las corrientes de reflexión jurídica que se han producido en la cultura occidental a lo largo de los dos últimos siglos, en el momento en el que la Filosofía del Derecho ha utilizado para el estudio de la práctica jurídica las consideraciones filosóficas habidas para con otro tipo de acciones. Quede claro que sin duda alguna dichas reflexiones han puesto de relieve la simultaneidad en las actividades jurídicas de su carácter argumentativo -político-, sus virtudes sistemáticas y sus cualidades típicas (vease: ZIPPELIUS, R., *Rechtsphilosophie*, Munchen, Beck, 1989, pp. 244-270). En este sentido han quedado manifiestas en toda su complejidad las notas principales de las actividades de interpretación y aplicación del Derecho; también las de la construcción de dogmas o de los distintos paradigmas de ciencia jurídica que han sido puestos en práctica desde el establecimiento y consolidación como tal del Estado de Derecho desde finales del siglo XVIII; más recientemente la de la construcción de proposiciones normativas; ahora la del acceso a los textos jurídicos.

15. Esta es una clasificación posible de las preferencias más significativas en nuestra cultura, otra puede ser la que, con relación a la justicia, habla de concepción libertaria, socialista, socialdemócrata, feminista y comunitaria. Así en: STERBA, J.P., *How to make people just. A Practical Reconciliation of Alternative Conceptions of Justice*, Totowa, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1988, pp. 11-82.



Esta definición, ambigua en el contenido a la vez que suficientemente clara en la estructura, permite explicar el Derecho desde una perspectiva cultural plural, permeable a las características de una sociedad heterogénea integrada por personas muy diferentes, con ideas muy diversas sobre los principios sentidos como fundamentales. Fijémonos en que el primer énfasis de la definición reside en las actividades, dejando en un segundo plano el elemento normativo, que, recogido a través de la formulación más amplia «textos jurídicos», permite considerar incluidas tanto las normas, primarias y secundarias, como los principios. Las actividades, acotadas porque se ciñen a las realizadas por los juristas, están ligadas, al mismo tiempo, a la justicia<sup>16</sup>. Observemos también que se ha eliminado el elemento de la imperatividad recogido explícitamente cuando se hace referencia a las normas<sup>17</sup>. Lo más conveniente de la definición reside, no obstante, en que gracias a su ambigüedad limitada es posible dar juego a su admisión por sujetos de muy distinta peculiaridad.

De este modo, la idea de sistema normativo no tiene ya la importancia que tenía para las concepciones positivistas. Pero esto no apunta a una disminución de la razón; más bien se habla de una razón democrática, propulsora de la conciencia de la diferencia más que de la universalidad<sup>18</sup>. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el sistema en este caso ya no es el integrado únicamente por las normas, pues a partir del concepto comunicativo es difícil hablar de un único sistema: hay diversos sistemas constituidos por las notas características de las distintas actividades jurídicas y por su respectiva participación por la justicia, es decir, por el conjunto de criterios aceptados socialmente para cada caso en forma respetuosa con los propugnados por las minorías<sup>19</sup>.

---

16. Es importante insistir en que la apelación a la justicia no significa reconocer que para el concepto comunicativo de Derecho todas las actividades de los juristas son justas sino que tan sólo lo son las que apelan a «la aplicación de alguna concepción de justicia». Ver: BRUDNEY, D., «Two Links of Law and Morality», *Ethics*, 103, 1993, p. 300. En el trabajo de Brudney se continúa y critica las posiciones de Fuller, Hart y Soper sobre el concepto de Derecho (*ibidem*: pp. 280-298).

17. La verdad es que este elemento no debe caracterizar al Derecho propio de una sociedad democrática, regida por la idea de consenso -a diferencia de lo que sucedía a lo largo del positivismo jurídico. Sin que ello suponga olvidar el aparato jurídico sancionador que en nuestra definición está implícito en la expresión «juristas» una vez que éstos pueden en sus acciones utilizar la fuerza del Estado.

18. Vease en este sentido: HOMANN, K., *Rationalität und Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1988, pp. 284 ss.

19. La fundamentación epistemológica de esta posición queda recogida en: GALINDO, F., «La Teoría de los Sistemas Sociales como Teoría de la práctica jurídica. Primeros pasos para la construcción de un concepto de Derecho», en ALEXY, R., y DREIER, R., (eds), *Rechtssystem und praktische Vernunft. ARSP-Beiheft 51*, 1993, pp. 129-135. Sobre el amplio reconocimiento filosófico de esta aproximación, dando cuenta de la más reciente literatura al respecto versa el trabajo: GOLDMAN, A. I., «Ethics and Cognitive Science», *Ethics*, 103, 1993, pp. 337-360. En todo caso ha de quedar claro que la apelación que aquí se hace a sistemas, como luego se demuestra, no significa el reconocimiento como único procedimiento de la teoría de los sistemas sociales, esta teoría precisa del complemento de la Filosofía del Derecho: vease al res-

Al hablar de actividades de los juristas nos referimos, en conformidad con lo que mantiene prácticamente toda la literatura jurídica, a las siguientes: acceso a los textos jurídicos, interpretación del Derecho, aplicación del Derecho, construcción de Dogmas y construcción de normas.

Con la denominación acceso a los textos jurídicos se hace referencia a la actividad mediante la cual los juristas obtienen la documentación pertinente para el desempeño de su actividad profesional. Para la opinión tradicional esta actuación no era considerada jurídica; más bien se trataba de una actividad meramente técnica o, incluso, documentalística. Distinta consideración tiene, en cambio, tras el estudio detallado de la misma que se realiza en monografías y artículos de revista desde hace unos años<sup>20</sup>, por lo que en estos momentos cabe considerarla como una actividad jurídica más con sus notas particulares. Puede decirse, por tanto, que es la actividad más común a todos los juristas, una vez que en el Estado de Derecho, por prescripción constitucional, todos ellos están obligados a documentar o motivar sus actuaciones profesionales<sup>21</sup>.

Se entiende por interpretación jurídica la operación realizada por un profesional del Derecho, en el ejercicio de cualquier función jurídica típica, con el fin de explicar o expresar el contenido de los textos jurídicos. Según se admite generalmente, la interpretación está orientada

---

pecto: KRAWIETZ, W., «Zur Einführung: Neue Sequenzierung der Theoriebildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systeme», en KRAWIETZ, W., WELKER, M., (eds.) *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, pp. 26 s.

20. Por ejemplo: TANGUY, Y., *La recherche documentaire en droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, 283 pp.; MELONCELLI, A., *Come si cerca il diritto*, Dogana, Titanedi, 1990, 187 pp.: exposición de instrumentos y métodos (bibliotecas, bibliografías y bancos de datos) por medio de los cuales se investiga el contenido de las leyes, la jurisprudencia y la literatura jurídica; PETIT, B., *Introduction générale au Droit*, Grenoble, Presses Universitaires, 1991, 160 pp.: estudio sobre las fuentes jurídicas y sobre los derechos subjetivos. Véase también a Alexy (ALEXY, R., *Rechtssystem cit.*) que se refiere a cómo los elementos materiales del acceso a documentación jurídica son los textos, los principios y los valores. Peczenik reflexiona filosóficamente sobre la doctrina de las «fuentes del Derecho» en: PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, 443 pp. Guastini presta una atención directa a las fuentes del Derecho (leyes, reglamentos, normas corporativas, costumbres) y a partir de las mismas revisa problemas jurídicos fundamentales ligados con anterioridad al estudio de la ley (publicación de las leyes, irretroactividad, interpretación e integración del Derecho, límites a la integración mediante la analogía, derogación): GUASTINI, R., *Produzione e applicazione del Diritto. Lezioni sulle «prelegi»*, Torino, Giappichelli, 1989, 137 pp. Giacomo estudia las fuentes del Derecho desde la filosofía analítica y la dogmática: GIACOMO, C., *Fonti diritto e regole*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 137 pp.

21. PERELMAN, Ch., *Ethique et Droit*, Bruselas, Editions de l'Université, 1990, pp. 667-680. Ha de recordarse a estos efectos que la Constitución española en su artículo 120, párrafo 3, refiriéndose a las actuaciones judiciales, dice: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

hacia la aplicación del Derecho, que tiene lugar a través de la realización de un proceso judicial ordinario. De ahí que el objetivo de la actividad interpretativa sea eliminar las contradicciones presentes en los textos jurídicos, tratando de hacer patente para el caso concreto la voluntad del legislador, mediante el uso de las técnicas de interpretación correspondientes. Subyace a dicha concepción la idea de que los textos han de ser aplicados tan sólo a través de la subsunción, operación en virtud de la cual un determinado caso o supuesto de hecho ha de ser integrado en un único texto o proposición normativa deducida de los textos jurídicos, produciéndose en virtud de dicha integración la construcción de una conclusión, que en todo caso es la extensión del texto legal. Sin embargo, tras los estudios que sobre la interpretación en general<sup>22</sup>, y la jurídica en concreto, se están realizando prácticamente a lo largo de todo el presente siglo, tras la crítica de la jurisprudencia conceptual, esta versión ilustrada o racionalista de la actividad está siendo reemplazada por la que considera que la interpretación siempre es deudora de las valoraciones y prejuicios en los que cree el sujeto que la realiza<sup>23</sup>. Al igual que sucedía con el acceso a los textos jurídicos, la actividad de la interpretación es realizada de forma habitual, con las características que le suministra cada actividad profesional, por todos los juristas.

La actividad de la aplicación del Derecho es puesta en práctica por un menor número de juristas, y, además, está ligada en mayor medida que las anteriores a las valoraciones en las que creen los diversos sujetos que participan en su realización. Ha de tenerse en cuenta que siempre se realiza con ocasión de casos o asuntos conflictivos cuya resolución, en principio, no depende tanto del razonamiento o, incluso, del acuerdo de las partes implicadas, cuanto de la resolución de la autoridad competente, fundamentalmente del juez. En este caso nos encontramos con un procedimiento tasado por las leyes procesales, en forma más o menos rígida y por las leyes sustantivas o criterios de justicia. El proceso exige comportamientos típicos, técnicos, pero también de carácter argumentativo de los participantes en el mismo -el

---

22. Véase en este sentido la descripción de su situación hecha en: VATTIMO, G., *Ética de la interpretación*, Barcelona, Paidós, 1991, 224 pp.

23. Dworkin propone que constituyen una unidad las teorías del Derecho, la interpretación y la aplicación jurídicas: DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, pp. 49-53. Aarnio señala el papel de la reflexión jurídica en la interpretación y cómo ambas están condicionadas por la forma de vida (Lebensform) o el mundo de vida (Lebenswelt): AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 289-296. Ackerman realiza un ejemplo de interpretación del Derecho atendiendo consecuentemente al fenómeno del intervencionismo estatal: ACKERMAN, B. A., *Del realismo al constructivismo jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988, 150 pp. Frosini, sin olvidar a Betti, señala las características de la interpretación a partir del estudio de problemas concretos: la ciencia de la legislación, el negocio jurídico y los Derechos Humanos: FROSINI, V., *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma, Bulzoni Editore, 1992, 241 pp.

juez, el fiscal y los juristas representantes de las partes en conflicto- y concluye con una resolución del juez <sup>24</sup>. La cual, pese a que puede ser revisada o recurrida, lo que le obliga a estar en correspondencia con los criterios de justicia admitidos mayoritariamente, se caracteriza por ser emitida atendiendo a los argumentos expuestos en el proceso y, en última instancia, a la «conciencia»: uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el de la independencia de los jueces <sup>25</sup>. La actividad se realiza por juristas que colaboran en la generación de decisiones jurídicas.

La dogmática es la ciencia del Derecho «normal» desde el siglo XIX. Está integrada por el conjunto de afirmaciones o «dogmas» creados por los científicos del Derecho, articulados especialmente en forma de instituciones, que a su vez están formadas por normas o conjuntos de normas, propiamente técnicas o jurídicas en sentido estricto, y por valoraciones, creencias o ideologías acerca de la realidad jurídica y social <sup>26</sup>. La construcción de dogmas es llevada a cabo fundamentalmente por los científicos del Derecho, sobre todo por profesores universitarios especialistas en las distintas ramas en las que se divide convencionalmente el ordenamiento jurídico.

La actividad de construir teorías del Derecho o sistemas normativos es, en verdad, una actividad alternativa a la del acceso a los textos jurídicos, ya que —en teoría— pretende propiciar el mejor acceso posible al Derecho. Esto se logra cuando el Derecho es construido a través de los métodos estándares o racionales de conocimiento, y muy

---

24. BAADER, E., *Vom richterlichen Urteil. Reflexionen über das 'Selbsverständliche'*, Köln, Carl Heymanns Verlag K.G., 1989, pp. 55-58.

25. El proceso de aplicación del Derecho necesita mayores precisiones. Una propuesta ilustradora en este sentido es la de Günther quien, atendiendo a las propuestas de la teoría de la acción comunicativa, estudia la aplicación y considera que las propuestas sobre la generalidad como criterio de la misma, que expresara Kant, no dan respuesta a los problemas morales y jurídicos de carácter práctico, si en cambio la da el principio de aplicación imparcial de las normas, que exige ponderar todas las circunstancias que confluyen en una determinada situación: ver GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988, 410 pp. Es interesante el estudio detallado que sobre la aplicación judicial realizó Wróblewski (WROBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, 357 pp.).

26. AARNIO, A., *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien, Springer-Verlag, 1979, pp. 33-40. Schlapp muestra las posibilidades de acomodación de las figuras dogmáticas a las condiciones cambiantes de la realidad social: SCHLAPP, T., *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Theorienbildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 234 pp. (ver en especial p. 215). Günther estudia la acomodación de las figuras dogmáticas a los cambios valorativos, contemplando las propuestas de la teoría de la argumentación jurídica: GÜNTHER, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz für einer Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, 1989, pp. 163-190, (ver en especial pp. 188 s). Desde otra perspectiva Teubner realiza una propuesta sistémica de formalización de la dogmática con varios ejemplos: TEUBNER, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, pp. 149-185.

especialmente de la aplicación de los mecanismos de la lógica, gracias a la transformación de los textos jurídicos explicitados en un lenguaje depurado: proposiciones prescriptivas o frases normativas. En este sentido, no interesan los textos jurídicos, sino tan sólo las proposiciones normativas elaboradas a partir de aquéllos. Las proposiciones son axiomas a partir de los cuales, aplicando las reglas de la lógica, sean las de la lógica proposicional o las de la lógica de predicados en su subclase lógica deóntica, cabe realizar construcciones deducidas de los referidos axiomas para cada caso concreto. Estas construcciones son sistemas normativos o redes semánticas que ofrecen al jurista alternativas oportunas para cada caso concreto, a través de un proceso cuya consideración no tiene interés, por lo general, para el elaborador de teorías del Derecho<sup>27</sup>. Los autores de la construcción de normas a través del mencionado procedimiento son fundamentalmente los teóricos o filósofos del Derecho.

Todas estas actividades tienen entidad propia, como demuestra el estudio más simple de la práctica jurídica, y son consideradas además como tales por los manuales al uso<sup>28</sup>. Sin embargo, son tratadas en mayor o menor medida en virtud de la experiencia histórica del siglo XX, las exigencias sociales que se hacen a las actividades profesionales y las líneas de reflexión que se han producido en la Filosofía del Derecho fundamentalmente en los dos últimos siglos. Como consecuencia de todo ello en un momento histórico se ha puesto énfasis en un tipo de actividades, en otro momento en otros. Pues bien, cualquier actividad jurídica encuadrable en las categorías mencionadas se caracteriza por cumplir las notas técnicas puestas de relieve por la reflexión filosófico-jurídica más reciente: las actividades de los juristas son actividades generales, mínimamente precisas, sometidas a reglas y procedimientos.

Esta reflexión enlaza con la consideración que hacia las actividades jurídicas en general se ha tenido especialmente en los dos últimos siglos, desde el momento en el que se ha situado al jurista en el papel auxiliar de intérprete de las leyes, las cuales son creadas por los representantes parlamentarios. Pese a todo, hoy cualquier actividad jurídica ha de ser considerada, además, una actividad política, comunicativa o abierta a consenso o aceptación. Y ello porque en el Estado de Derecho todas las actividades desempeñadas por profesionales del Derecho, con independencia de cuáles sean sus características estructurales, están obligadas a su legitimación o, lo que es lo mismo, a ser susceptibles de obtener el consentimiento o la aceptación de la mayoría de los que intervienen en ellas, tal y como establecen las normas y

---

27. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 14 s.

28. Por ejemplo: WEINBERGER, O., *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Viena, Manz Verlag, 1988, 251 pp.

principios fundamentales de los sistemas jurídicos -democráticos- actuales, en especial el principio de la autodeterminación. Lo que requiere fundamentación jurídica -textual- de todas las actividades en todas las instancias: han de estar basadas en criterios generales pertinentes, reconocidos o aceptados por la mayoría<sup>29</sup>.

Llegamos así al final del presente apartado. Comprobaremos ahora mediante el estudio de una actividad jurídica concreta, una sentencia del Tribunal Constitucional, las ventajas e inconvenientes de utilizar un concepto de Derecho u otro de los aquí mencionados como instrumento capaz de explicar los fenómenos jurídicos en toda su complejidad<sup>30</sup>. La sentencia seleccionada lo ha sido porque permite poner en juego los problemas jurídicos estudiados hasta este momento, al tener relación directa con la consideración de la pluralidad de culturas propia del presente momento histórico. En ella queda clara la distinta toma de posición que se produce entre las partes implicadas respecto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Su contenido es expuesto en el siguiente apartado.

### III

#### 1) *La sentencia*

El 16 de noviembre de 1992, el Pleno del Tribunal Constitucional pronunció sentencia en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, por la que se prorrogaba el régimen de determinados arrendamientos rústicos para Galicia<sup>31</sup>. En síntesis, el Tribunal sostiene que la competencia autonómica gallega para desarrollar su Derecho civil foral o especial se extiende a la conversión en Ley Autónoma, y modificación, de meras costumbres, concluyendo que «la Ley impugnada no es contraria a la Constitución»<sup>32</sup>.

---

29. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1961, p. 113.

30. Este procedimiento es consecuente con la idea de que la mejor prueba de los conceptos que tienen como fin ayudar a explicar y articular la realidad, se produce, tras el establecimiento de su consistencia, con su uso.

31. El recurso había sido promovido a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC): «Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad».

32. Sentencia 182/1992 (B.O.E. de 18 de diciembre).

El recurso había sido presentado por el Abogado del Estado el 16 de marzo de 1987, haciendo invocación expresa de lo previsto en el artículo 161.2 de la Constitución <sup>33</sup>, y tenía por objeto el artículo único de la Ley 2/1986, del Parlamento de Galicia, que establecía lo siguiente: «La regla 33 de la Disposición transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, se entenderá prorrogada y vigente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, hasta el 31 de diciembre de 1988» <sup>34</sup>.

De este modo, el Parlamento gallego alargaba dos años más la prórroga prevista en la Ley estatal, que decía así: «Los arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron, cuando el cultivador sea personal, se entenderán prorrogados por dos períodos de tres años; durante estos períodos el arrendatario podrá hacer uso del derecho de acceso a la propiedad en los términos establecidos en el párrafo primero del art. 98 de esta Ley» <sup>35</sup>.

Para defender su tesis —que la norma autonómica suponía una invasión en la competencia del Estado en materia civil—, el Abogado del Estado apoyaba su argumentación en diversas consideraciones. En primer lugar, la Ley gallega no partía de un concepto contractual diferente al previsto en la Ley estatal, ni de una modalidad arrendaticia distinta, ni de un efecto jurídico ajeno al contemplado en la Ley general y común de arrendamientos rústicos, limitándose únicamente a disponer un efecto concreto en el ámbito temporal de una regla estatal. Tomando como presupuesto una Ley del Estado, y aceptando sus supuestos y efectos, se alteraba pura y simplemente una de las consecuencias normativas explícitas en la misma y se sustituía por un efecto diferente en cuanto a la duración temporal de la prórroga.

Por otra parte, el título competencial invocado en la Ley impugnada era el contenido en el art. 27.4 del Estatuto de Autonomía, que atribuye competencia a la Comunidad Autónoma para «la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego». Pero este precepto ha de ponerse en relación con el art. 149.1.8 de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Ahora bien, en la Compilación gallega de 2 de diciembre de 1963 no hay la más mínima huella que

---

33. «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses».

34. Diario Oficial de Galicia núm. 243, de 15 de diciembre.

35. Ley 83/1980, Disposición transitoria primera, regla tercera.

permita entender vigente ninguna particularidad en materia arrendatícia rústica.

Finalmente, la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 1/1987, de 12 de febrero, que prorrogaba por un periodo de cinco años más los arrendamientos rústicos vigentes que se hubieran concertado con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que el arrendatario fuera cultivador personal, ponía más en evidencia la invasión competencial de la Ley gallega, pues —por tratarse de una norma que tiende a conseguir un objeto análogo a la impugnada— no cabe una mayor identidad de contenidos ni, por tanto, mayor grado de incompatibilidad.

Por providencia del 25 de marzo de 1987, el Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda a los órganos previstos en el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>36</sup> y publicar en los boletines oficiales correspondientes la formalización del recurso y la suspensión de la Ley.

Como cabía esperar, la Junta de Galicia presentó escrito de alegaciones. Tras examinar de forma particularmente detenida el artículo 149.1.8 de la Constitución, partiendo de una interpretación literal del mismo que ha de ser también leída a la luz de la Disposición adicional primera de la Constitución<sup>37</sup>, llega a la conclusión de que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma no se restringe a la situación actual de la compilación vigente de Galicia, por tratarse de un derecho esencialmente consuetudinario vinculado al patrimonio familiar y las viejas estructuras organizativas agrarias. En este sentido, el propio artículo 149.1.8 de la Constitución se refiere a la determinación de las fuentes del Derecho foral<sup>38</sup>, lo que tiene especial significación para el Derecho consuetudinario.

---

36. «Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas». (LOTC, art. 34.1).

37. «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

38. El párrafo segundo de dicho artículo atribuye competencia exclusiva al Estado, «en todo caso, [sobre] las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».



Una vez establecida la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de arrendamientos rústicos, se lleva a cabo por el Gobierno de Galicia un análisis de la Ley objeto del recurso. En ella se establece una prórroga respecto a arrendamientos históricos, de carácter consuetudinario, que, por sus claras especificidades, requieren una consideración distinta y propia como institución jurídica propia del Derecho especial de Galicia. En consecuencia, la Ley gallega parte de un concepto contractual diferente al de la Ley estatal, el arrendamiento rústico gallego, al que, como la doctrina ha indicado, no puede aplicarse la legislación estatal. No se invade, por tanto, competencia estatal alguna, ni se toma como presupuesto una Ley del Estado para modificarla.

El Presidente del Parlamento de Galicia, por su parte, formuló también escrito de alegaciones. Tras rechazar la interpretación del Abogado del Estado —que califica de restrictiva— en relación con la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, sostiene la competencia de determinadas Comunidades Autónomas para legislar en materia civil sin otros límites que los consignados en el párrafo segundo del artículo 149.1.8 de la Constitución.

Recuerda asimismo que la legislación arrendaticia rústica es sumamente respetuosa con los derechos autónomos, supeditando su aplicación a la existencia de derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas y que la compilación gallega no regula la totalidad de las instituciones o peculiaridades del derecho civil gallego, del cual forman parte, sin ninguna duda, los arrendamientos rústicos<sup>39</sup>. No se trata, pues, de invadir competencias estatales, sino de hacer uso de una competencia propia reconocida tanto en el Estatuto de Autonomía como en la Disposición adicional de la Ley 83/1980<sup>40</sup>.

En el mes de julio de ese mismo año (1987), tras conceder audiencia a las partes, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la Ley impugnada<sup>41</sup>.

El asunto vino a complicarse con la publicación de la Ley estatal 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, que disponía la prórroga de los citados arrendamientos hasta el 31 de di-

---

39. Así se reconoció en el debate de la Ley de Arrendamientos de 1935 y en la tramitación parlamentaria de la Ley 83/1980, y han reflejado diversas reuniones científicas. Lo que ocurre es que los arrendamientos rústicos históricos, regulados tradicionalmente por el Derecho consuetudinario, fueron ignorados por el legislador, al no encajar en la categoría clásica del arrendamiento rústico liberal de la codificación, sin que la Ley de 1935, ni la de 1980, afrontaran la regulación de estas situaciones.

40. La Disposición adicional primera de esta Ley establece su aplicabilidad en todo el territorio, sin perjuicio de: 1) la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales en todos los territorios donde existan normas particulares al respecto, y 2) la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho civil relativas a las materias reguladas por la Ley.

41. Auto de 21 de julio de 1987.

ciembre de 1997. Así las cosas, en septiembre de 1992, el Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la LOTC, acordó conceder un plazo a las partes para que alegaran lo que estimasen oportuno acerca de la incidencia que sobre el recurso de inconstitucionalidad pudiera tener la publicación de dicha Ley.

La Junta de Galicia afirmó su titularidad competencial y mantuvo, por ello, la necesidad de que el Tribunal pronunciara Sentencia en el recurso. La Abogacía del Estado, por su parte, observó que si bien la legislación estatal sobrevenida disponía para la Comunidad de Galicia la prórroga de los arrendamientos rústicos históricos hasta el 31 de diciembre de 1997, subsisten en su integridad los motivos que dieron lugar a la interposición del recurso contra la Ley 2/1986 —la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para prorrogar los citados arrendamientos— y, por tanto, debía mantenerse el recurso. Finalmente, el Parlamento de Galicia reiteró sus anteriores argumentaciones, afirmando que la regulación de los arrendamientos rústicos llevada a cabo por la Ley 1/1992 debía tener únicamente el carácter de Derecho supletorio, por lo que concluyó suplicando que se desestimara el recurso.

## 2) *La sentencia a través del concepto argumentativo*

Como ya se ha dicho, la definición argumentativa del Derecho continúa las formuladas por el positivismo jurídico. Si para el positivismo Derecho es lo mismo que sistema de normas escritas, promulgadas por una autoridad que tiene conferido el poder de legislar por haber sido elegida mediante un procedimiento racional, la novedad de la definición argumentativa reside en reconocer explícitamente que Derecho es lo mismo que norma llamada a la justicia o a la justificación<sup>42</sup>.

La norma está compuesta por el sistema integrado por los textos jurídicos, recogidos en la Constitución o derivados de la misma, y por los principios. La justicia se actúa mediante la aplicación de la norma por los agentes jurídicos, siguiendo las reglas y principios prescritos por la Constitución o las normas que la desarrollan y los argumentos normativos especiales que garantizan la satisfacción de las exigencias de justicia. En este sentido, una norma puede considerarse justificada o participada por la justicia cuando se atiende en su proceso de creación a las reglas de justificación tanto interna como externa. En la justificación interna se trata de ver si la decisión jurídica se sigue lógicamente

---

42. Ello para Alexy implica reconocer que el concepto de Derecho requiere elementos morales; por lo cual califica su posición, frente a los positivistas, como postura «no positivista» (ALEXY, R., *Begriff cit.*, p. 17). Para nosotros es positivista porque sigue utilizando como principal referencia del concepto de Derecho la calificación de «sistema normativo».

de las premisas, mientras que el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas <sup>43</sup>.

Aquí se va a estudiar el grado de justicia —o lo que es lo mismo de normatividad— de la sentencia considerada, teniendo en cuenta, primero, el modo en el que se ha atendido a las reglas de justificación externa, y, segundo, a las de la interna. Alexy propone la utilización de seis grupos de reglas y formas de argumentos para la justificación externa: (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general, (5) de la argumentación empírica y, por último, (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos (la analogía, por ejemplo) <sup>44</sup>.

El argumento del que parte la sentencia es común a todos los que intervienen en el conflicto: el uso de los métodos «clásicos» de interpretación de las leyes. Tanto las partes contendientes como el Tribunal coinciden en que el ámbito de la Ley autonómica recurrida es el régimen de arrendamientos rústicos de Galicia. Dicho régimen había sido precisado por el texto del artículo único de la Ley gallega, que se limitaba a prorrogar hasta el 31 de Diciembre de 1988 el plazo establecido por una Ley del Estado. Esta fijaba el período otorgado a los titulares de arrendamientos históricos para que se convirtieran en propietarios. Lo que supone que también existió coincidencia en el argumento dogmático: se trataba de la transformación de la «propiedad útil» en simple propiedad, en su concepto moderno.

El anterior argumento se complementa con la consideración hecha por el Tribunal de que si bien la Ley de Galicia 2/1986 se presenta hoy como norma ordenadora de una situación ya plenamente consumada y cuya finalidad ampliatoria ha sido conseguida, con creces, por otras dos Leyes estatales que han sido objeto de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia, su examen no puede considerarse inútil por dos razones: 1.<sup>a</sup>) El precepto impugnado puede ser susceptible, caso de ser declarado conforme a la Constitución, de aplicación jurisdiccional, con relación a supuestos ordenados por él durante el breve período que transcurrió entre la entrada en vigor de la Ley y su suspensión, una vez impugnada; y, 2.<sup>a</sup>) siendo lo único que se plantea en el presente recurso un problema competencial respecto a una determinada disposición de Ley y manteniéndose viva la controversia en los alegatos de las partes, se puede aplicar al caso el criterio sostenido por el Tribunal en relación a los conflictos de competencia: que la pérdida de vigencia o eficacia de la disposición objeto de conflicto no supone necesariamente y en todos los casos la desaparición sobrevenida de su objeto.

---

43. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 273 (hay traducción: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989); ALEXY, R., *Begriff cit.*, p. 206.

44. ALEXY, R., *Theorie cit.*, p. 285.

Uno de los argumentos jurídicos de la sentencia del Constitucional se centra en el reconocimiento de que estamos ante dos ordenamientos, común y foral, nacidos en momentos muy diferentes, y cuya aceptación por la comunidad nace de modos muy diversos. Desde la óptica de Alexy cabe considerar que nos encontramos ante dos «Constituciones» diferentes: una hunde sus raíces en el tiempo y ha regido sin interrupciones hasta hoy, en base a un acuerdo plasmado en la costumbre; la otra, moderna, basada en la idea de Estado y aceptada por plebiscito.

El Parlamento de Galicia afirmó que tiene, al igual que los demás Parlamentos forales, competencia para legislar en materia civil, sin otros límites que los expresamente fijados por el artículo 149.1.8 de la Constitución. De ello se sigue que las Comunidades que conservan un derecho histórico ganan por ese simple hecho una cierta «soberanía» en el ámbito civil. Este privilegio equivale a reconocer la existencia de una «Constitución», en el sentido de la definición de Alexy; ella establece la diferencia entre las Comunidades Autónomas de derecho común y las forales, y es la base sobre la que estas últimas pueden desarrollar sus propios ordenamientos.

Lo hasta aquí observado podría hacernos pensar que la justificación de los argumentos de la sentencia está exclusivamente ligada a las reglas de interpretación de las leyes o, a lo sumo, al uso de los precedentes, pero ello no es así porque, según lo que expresamos a continuación, el argumento fundamental es el dogmático. Se demuestra al considerar los motivos en los que se apoya el Tribunal para desestimar el recurso.

Básicamente son dos: 1.<sup>o</sup>) que los arrendamientos rústicos «históricos» constituyen Derecho propio de Galicia y, por tanto, la Comunidad Autónoma puede someterlos, en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación específica; y, 2.<sup>o</sup>) que entre tanto se realiza esa labor, y de forma transitoria, ha de entenderse que, ante el riesgo de que el Estado no adoptara las medidas pertinentes, la fórmula de mantener unas situaciones o derechos sobre cuya regulación es competente entra dentro de sus competencias <sup>45</sup>.

Respecto al primer punto, la sentencia señala que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, lo cual resulta aún más claro visto el enunciado del art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, pues en la idea de

---

45. «Aunque lo pretendido regular no sea, pura y simplemente, el Derecho consuetudinario, sino la conservación de contratos sometidos al mismo, con ello se trata de evitar la resolución de arrendamientos «históricos» al agotarse el plazo previsto originariamente en la Ley de 1980, intención análoga, por lo demás, a la que subyacía a la Disposición transitoria de la Ley 6/1986, de las Cortes Valencianas, estimada, en este punto, conforme a la Constitución por la reciente STC 121/1992 (fundamento jurídico 5.<sup>o</sup>)».

«institución» jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias <sup>46</sup>.

Esta consideración, sin embargo, no es concluyente en orden al concreto alcance y naturaleza, en Galicia, del régimen consuetudinario arrendaticio que pudiera ser, llegado el caso, conservado, desarrollado o modificado mediante Ley, pero sí ha de ser tomada en cuenta para enjuiciar esta Ley, como dato corroborador de la existencia, en el territorio de Galicia, de un tal régimen consuetudinario para los arrendamientos rústicos que merezcan la calificación de «históricos».

Para afirmar que esa clase de arrendamientos constituye Derecho propio de Galicia —prosigue la sentencia— cabe señalar, «que la doctrina científica generalmente les atribuye la cualidad de Derecho civil propio o especial y los considera institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen por su origen (consuetudinario), por su forma (predominantemente verbal), por la figura del arrendatario (en la que prima la condición de jefe de familia), por su objeto (lugar acasado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica, tan cercana al censo enfiteúutico».

Por otra parte, «la propia configuración por la legislación del Estado del arrendamiento histórico, como algo distinto tanto del arrendamiento rústico de corte liberal, configurado en el Código Civil, como del sometido a la legislación de arrendamientos rústicos, llevó, en un principio, a no someter tal arrendamiento a otro tratamiento que no fuera el de ir disponiendo su prórroga hasta tanto no se dictara una regulación específica. El que el Estado, para evitar los graves problemas sociales que ‘en determinadas zonas se producirían’ (exposiciones de motivos de las Leyes 1/1987 y 1/1992), haya establecido sucesivamente prórrogas en la duración de estos contratos, no impide que, en la esfera de su competencia territorial, la Comunidad Autónoma pueda someter estos arrendamientos rústicos históricos, existentes en su territorio, y en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación que recoja y precise esas costumbres».

Bastaría con las constataciones y consideraciones anteriores para rechazar, según el Tribunal, la impugnación deducida por el Abogado del Estado. El Tribunal concluye declarando que la medida legislativa impugnada, «en tanto que previsión tendente a asegurar la aplicabilidad de una legislación autonómica proyectada sobre un ámbito propio del Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Galicia», no

---

46. «Cabe observar, junto a ello, que la legislación estatal reguladora de los arrendamientos rústicos hace expresa mención de las competencias que sobre ellos pudieran ostentar las distintas Comunidades Autónomas (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980 como de la Ley 1/1992), lo que resulta indicativo de la constancia, para el legislador estatal, de la existencia de regímenes peculiares en este orden».

resulta contraria a lo dispuesto en el art. 149.1.8 de la Constitución y en el art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia <sup>47</sup>.

Frente a esta tesis, el Abogado del Estado considera que «las normas forales sólo pueden modificarse o desarrollarse a partir de sus propios preceptos», con lo que se afirma la presencia en los ordenamientos forales de sistemas cerrados a los que no podrían aportarse nuevos predicados que no se dedujeran de los ya existentes. Estos argumentos, propios de la argumentación práctica general, no los comparte el Constitucional.

En sentido similar, sin embargo, se expresó uno de los componentes del Tribunal, el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, en el voto particular discrepante que formuló a la sentencia. No cuestiona este Magistrado la existencia en Galicia de arrendamientos históricos propios del Derecho civil gallego, ni, por supuesto, la potestad de la Comunidad Autónoma gallega sobre su Derecho civil. Lo que critica a la mayoría del Tribunal es, precisamente, no haber llevado hasta sus últimas consecuencias estos presupuestos: «Si se trata de Derecho consuetudinario Gallego, sólo Galicia tendrá competencia para conservarlo, desarrollarlo o modificarlo (arts. 149.1.8 C.E. y 27.4 E.A.G.), de conformidad, además, con la reserva que al respecto hace la Disposición adicional primera de la Ley citada 83/1980, relativa a la aplicación preferente del Derecho civil foral o especial, allí donde exista».

De ahí que la Comunidad Autónoma de Galicia no tuviera necesidad de establecer prórrogas respecto a una Ley estatal, que ni siquiera puede valer en este punto como Derecho supletorio, pues el Derecho consuetudinario gallego considera de duración indefinida los arrendamientos rústicos históricos. Lo que podría haber hecho, dada la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre su propio Derecho civil, es «haber dispuesto, mediante Ley, la modificación del plazo (prórroga de 'sus' arrendamientos rústicos históricos), transformando la fuente de su Derecho, de costumbre a Ley».

Lo que la Comunidad Gallega no podía hacer, sin embargo, era modificar una Ley estatal <sup>48</sup>, por lo que en opinión de este Magistrado el recurso del Abogado del Estado era admisible en parte: en lo que la Ley gallega suponía de intromisión en la potestad legislativa estatal. En consecuencia, «el fallo debería haber declarado la inconstitucionalidad en este punto y la constitucionalidad de la Ley autonómica en cuanto

---

47. «La Ley objeto de este recurso no dispone, obviamente, regulación sustantiva alguna en materia arrendaticia, limitándose a establecer una ampliación del plazo, respecto del ya establecido entonces por la Ley 83/1980, para el acceso a la propiedad por parte de los titulares de arrendamientos históricos. Esta medida legislativa no disciplinó, pues, peculiaridad alguna ordenada por el Derecho propio de Galicia, pero sí pretendía asegurar —como en la exposición de motivos se afirma— la efectividad de una futura regulación sustantiva a adoptar por la Comunidad Autónoma».

48. «Tampoco tenía necesidad de hacerlo, partiendo, como se parte, del dato afirmado de la no competencia del Estado para regular (o modificar) el Derecho consuetudinario de una Comunidad. Incluso, apurando la lógica, podría la Comunidad de Galicia haber requerido al Estado de incompetencia».

—aun con referencia equivocada a la Ley estatal— se limitaba a legislar sobre su propio Derecho civil».

Volviendo a la justificación externa de Alexy, en nuestro caso se observa que la Abogacía del Estado dió más peso a la interpretación de las leyes y al uso de la argumentación práctica, y la Comunidad Gallega, en cambio, al uso de los precedentes. En todo caso, ambos —y el Tribunal Constitucional, muy especialmente— primaron el uso de la argumentación dogmática.

Si la justificación externa pretende sentar la validez de nuestras premisas, es la interna la encargada de poner éstas en movimiento. El concepto argumentativo del Derecho considera, incluso, que delimitando la parte del razonamiento que pertenece a la justificación interna podremos aislar los argumentos externos<sup>49</sup>. Por otra parte, define también como regla básica de la justificación interna que «la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones»<sup>50</sup>.

Observando la cuestión desde esta óptica nos interesa delimitar si las distintas argumentaciones parten de normas universales comunes o si, como cabría esperar, cada uno se basa en las propias del ordenamiento que defiende. En la medida en que el Tribunal aplique en sus fundamentos ambas líneas de razonamiento, estará reconociendo implícitamente la existencia de dos sistemas normativos, que serían paralelos. De hecho, auxiliado con la doctrina civil, el Constitucional sigue razonamientos positivistas —llegando a conceder amplias competencias a las Comunidades Autónomas, pero sin que desaparezca una limitación genérica impuesta por el ordenamiento constitucional al foral— al manifestar el Tribunal que este ordenamiento debe referirse únicamente a instituciones conexas con las ya reguladas».

Por todo lo cual, cabe concluir que, atendiendo a las indicaciones establecidas por el concepto argumentativo, la sentencia estudiada participa de la justicia y, por lo mismo, constituye Derecho.

Sin despreciar las ventajas que aporta este estudio de la sentencia, en cuanto que el análisis permite ser el punto de partida para consideraciones posteriores, se hacen patentes también ciertas desventajas del procedimiento. Residen éstas en el alejamiento de la teoría de la argumentación jurídica de los problemas reales, y su obsesión por suministrar un tratamiento meramente formal —normativo— a la solución jurídica dada al problema social concreto, a raíz del cual ha surgido la actividad jurídica concreta.

Para un concepto argumentativo del Derecho no interesan las concepciones políticas que hayan podido mantenerse en el procedimiento en relación a la articulación de los datos sociales del problema concre-

---

49. ALEXY, R., *Theorie cit.*, p. 283.

50. *Ibidem*: p. 275:

to: aquí la situación de los arrendatarios y arrendadores gallegos. La única consideración al respecto es la relativa a que se hace justicia «universal» gracias al uso de los argumentos pertinentes de a dogmática civil.

Tan sólo queda, con ello, satisfecho el principio de pureza «analítica»<sup>51</sup>. Pero no hay consideración alguna a preferencias o criterios sustantivos: filosóficos, jurídicos o políticos<sup>52</sup>. En este caso, por ejemplo, a a acomodación o no de a prórroga de los arrendamientos, por parte de la Comunidad Autónoma y el Estado, a los principios y criterios que sobre la protección y función social de la propiedad están reconocidos en el Estado de Derecho.

La depuración formal del discurso jurídico y la delimitación del terreno fronterizo entre la potestad normativa del Estado y de las Comunidades Autónomas, tiene su importancia, e incluso consecuencias políticas, auxiliando a la larga la posibilidad de que se amplíen los canales por medio de los cuales se hagan patentes las peculiaridades culturales y la participación de todos los ciudadanos, pero ello no excusa de la falta de atención a lo que está más próximo: el problema concreto de los arrendamientos históricos en Galicia.

### 3) *La sentencia a través del concepto comunicativo*

Otra consideración tiene la sentencia estudiada desde la perspectiva de un concepto comunicativo del Derecho que, recordemos, expresaba que *el Derecho es la actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos*. Veamos.

El concepto comunicativo no queda satisfecho con el estudio de una norma: estudia actividades. Por tanto, lo ideal en este caso sería, al menos, la consideración de todo el expediente elaborado por el Tribunal Constitucional<sup>53</sup>. De este modo, el concepto es consecuente con la práctica jurídica: cuando un jurista actúa en ejercicio de su profesión lo hace atendiendo al texto de las normas de forma secundaria, pues de lo que se ocupa en mayor medida es, sin duda alguna, del estudio de las características del caso, recogidas en la documentación que integra el expediente o sumario concreto.

51. Con la posición de Alexy la verdad es que este principio puede quedar satisfecho en forma extrema, no nos interesa aquí seguir su procedimiento dado el carácter ejemplar del estudio pero conviene recordar la posibilidad de ampliarlo siguiendo la estructuración que acerca de los Derechos fundamentales realiza el autor en ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 548 pp.

52. Alexy relaciona principios y valores pero prefiere hablar de principios porque «el modelo de los principios tiene la ventaja de que su característica de deber ser queda siempre expresa» (*Ibidem*: p. 133).

53. Un estudio óptimo contaría, incluso, con los expedientes elaborados por todos los órganos o instituciones que han participado en el asunto: tanto a la hora de plantear el recurso cuanto a la de elaborar las respectivas disposiciones objeto del mismo.



En el presente trabajo no cabe entrar, sin embargo, en un estudio de este tipo, ya que su intención queda satisfecha al señalar las hipotéticas virtualidades y desventajas del concepto, partiendo tan sólo de los argumentos expuestos en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado. Estas eran las reglas del juego establecidas implícitamente a lo largo del mismo. El estudio finalizará, por tanto, una vez precisadas las siguientes cuestiones: (A) qué actividades jurídicas típicas se realizan en la sentencia del Constitucional; (B) qué referencia se hace en ella a la justicia; y, por lo mismo, (C) qué margen de participación ha dado a los distintos integrantes de una sociedad democrática en el caso concreto, o puede dar una hipotética generalización de su doctrina como precedente, en otros similares o análogos que se produzcan en el futuro.

A) Con independencia de que en la elaboración de la sentencia se hayan producido distintas actividades jurídicas típicas, especialmente accesos a textos jurídicos, interpretaciones y aplicaciones del Derecho, el resultado final es una norma, en la que plasma una determinada aplicación de textos jurídicos.

La actividad concreta de aplicación ha sido puesta en práctica por el Tribunal Constitucional, siguiendo las pautas prescritas por los textos jurídicos que regulan sus actividades. Los textos jurídicos aplicados han sido fundamentalmente la Constitución y las normas citadas a lo largo de la sentencia: Estatuto de Galicia, y todas las leyes estatales y de la Comunidad Autónoma de Galicia consideradas. Los juristas que la han dictado han sido los miembros integrantes del Tribunal Constitucional en el momento de promulgar la sentencia: la sala en pleno y el ponente.

En concreto. La sentencia del Tribunal Constitucional fué dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, el día 16 de noviembre de 1992. Versaba sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido el 16 de marzo de 1987, por el Gobierno de la Nación contra la ley 2/1986 de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia por la que se prorrogaba el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia. La resolución del Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad.

Nos encontramos, pues, ante la aplicación del Derecho por un órgano jurídico colegiado, integrado por determinados magistrados, elegidos por el Parlamento. Uno de ellos ha sido el ponente, D. Miguel Rodríguez Piñero, y otro, el defensor de un voto particular, D. Carlos de la Vega Benayas<sup>54</sup>.

---

54. También han participado en la aplicación el Abogado del Estado, representando al Gobierno, y las instituciones políticas de la Comunidad Autónoma de Galicia (Parlamento y Junta), auxiliadas por sus letrados. Todos ellos tenían una significación política propia: la de los grupos políticos que, en última instancia, dinamizaban el conflicto concreto al estar presentes en las instituciones participantes en el mismo. Un estudio pormenorizado de la sentencia debería considerar dicha filiación política, que ha podido variar en el tiempo conforme se sucedían las distintas elecciones.

Decíamos que son aplicados el texto de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Galicia y varias leyes ligadas a los textos anteriores. También, fundamentalmente, la dogmática a través de la teoría de la institución. En todo caso han sido considerados los textos precisos requeridos, en opinión de las partes, por el conflicto fáctico concreto. En virtud de la respectiva consideración se han producido diferentes interpretaciones de los textos jurídicos por las varias partes que han intervenido en el mismo. El contenido de estas interpretaciones ha quedado manifiesto en el análisis argumentativo de la sentencia que realizábamos en el apartado anterior.

El hecho causante del conflicto fue la posible lesión de los derechos de determinados arrendatarios históricos gallegos, en concreto los cultivadores personales que detentaban arrendamientos rústicos concertados antes de la ley de 15 de mayo de 1935, al no quedar prorrogados sus contratos más allá del plazo de seis años establecido por la ley del Estado 83/1980 de 31 de diciembre. Ello es lo que obligó al Parlamento gallego a promulgar la ley 2/1986 de 10 de diciembre, por la que se prorrogaban dichos contratos, a la vez que se establecían plazos para el acceso a la propiedad de los territorios arrendados.

Un estudio comunicativo de la sentencia debería precisar las características y configuración de los grupos sociales que integraban a los arrendadores y arrendatarios históricos gallegos, ligados por arrendamientos concertados antes del 15 de mayo de 1935, y cuyas relaciones se vieron afectadas por la falta de prórroga de sus contratos al finalizar el plazo establecido por la ley de 1980. También debería ocuparse de estudiar la trascendencia económica, laboral y, eventualmente, política de la no renovación de la prórroga.

Establecidas estas precisiones quedarían perfiladas nítidamente las características de la aplicación del Derecho realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia estudiada.

#### B) ¿Cuál es el grado de justicia de la sentencia?

La promulgación de la ley gallega de 1986 supuso un enfrentamiento del Parlamento con el Gobierno del Estado, una vez éste entendió que la mencionada prórroga excedía las atribuciones del legislativo gallego, o lo que es lo mismo comportaba la infracción de la Constitución en lo referido a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en este caso la Comunidad gallega.

El Tribunal Constitucional entendió que no se infringió este reparto porque la prórroga tuvo carácter temporal con el fin de solventar el problema social citado, que, además, había sido solucionado a lo largo

---

nes autonómicas y centrales celebradas desde el momento en el que se generó el conflicto. Este estudio también debería contar con que el Tribunal Constitucional resolvió dando la razón a una de las partes: la Comunidad Autónoma de Galicia.

de la tramitación del recurso hasta el 31 de diciembre de 1997 por la prórroga de los arrendamientos que realizó la ley del Estado (ley 1/1992) de Arrendamientos Rústicos Históricos. La argumentación fundamental del Tribunal, ello no obstante, como ha sido puesto de manifiesto por el uso del concepto argumentativo de Derecho, fué la de entender que en virtud de la interpretación de los textos legales y la teoría de la institución, la Comunidad Autónoma era competente para regular sobre la materia.

El Tribunal Constitucional, por ello, en ningún momento entró a considerar las características concretas del problema de la prórroga de los arrendamientos a partir del cual surgió el conflicto: lo estimó evidente. Caso de que en la tramitación del recurso hubieran sido aportadas pruebas al respecto, ello no llegó a ser considerado cuestión de relevancia. Es de reseñar que en este caso el Tribunal no parecía obligado. En verdad la naturaleza del problema no era discutida: fué reconocida como «problema social» por todas las partes, al promulgar en uno u otro momento disposiciones que le dieron solución. Ante una hipótesis diferente un partidario del concepto comunicativo de Derecho habría demandado del Tribunal Constitucional la aportación de los argumentos éticos materiales congruentes con una u otra preferencia expresada en el asunto, que legitimaran su decisión. Conviene recordar que, teniendo en cuenta las características del conflicto concreto, la resolución del Constitucional supuso privilegiar la prórroga de los arrendamientos a los no propietarios frente a la desatención a los derechos de los propietarios afectados por dicha prórroga. En el caso considerado parece más adecuado trasladar la demanda al Abogado del Estado y a las instituciones gallegas.

La consideración de la situación social en la que quedaron los titulares de arrendamientos históricos a lo largo de todo el litigio, es el argumento central de la sentencia para un concepto comunicativo del Derecho. Ante este problema quedan patentes las características y demandas de arrendadores y arrendatarios, y los argumentos políticos acerca de la función social de la propiedad y la potestad de la Administración o el Estado para intervenir en conflictos al respecto. Dicho de otra manera, se hace presente la comunicación intersubjetiva que se produce en el caso.

Desde esta perspectiva, la sentencia es parcialmente justa dado que han prevalecido en la resolución del Constitucional razones formales (dogmáticas fundamentalmente), en relación con el problema social de los arrendamientos históricos gallegos establecidos antes de 1935, sin que esas razones hayan permitido atender a las características del conflicto en toda su complejidad. A lo sumo parece que únicamente se ha tenido en cuenta, dada la inexistencia de una regulación civil especial, la prevención para con las hipotéticas consecuencias sociales que hubiera podido acarrear la falta de prórroga de los arrendamientos históricos a los cultivadores directos que detentaran las tierras en virtud de acuerdos anteriores a la ley de 1935.

Con ello ha sido privilegiada por el Tribunal la política de evitar esas consecuencias sociales frente a otras. No han sido tenidas en consideración, por ejemplo, las que acarreó a los propietarios de los terrenos arrendados la prórroga de los contratos en contra de lo establecido en la ley de 1980. La consideración de su grado de justicia o no debería realizarse atendiendo a las posibles noticias que tanto sobre la aceptación social de dichas medidas se hubieran producido en la Comunidad Autónoma gallega, como a los datos concretos existentes sobre la distribución de la propiedad en Galicia, o a los datos actuales de la dimensión del problema de los arrendamientos rústicos concertados antes de 1935.

C) ¿Qué margen ha dado la sentencia a la participación de los distintos miembros de la sociedad democrática que están implicados en el caso concreto, o puede dar, en una hipotética generalización de su doctrina como precedente, en otros similares o análogos que se produzcan en el futuro?

Atendiendo al texto de la sentencia, considerando su aproximación a la justicia, el Constitucional ha primado una política social ocupada de la distribución de bienes en una sociedad democrática, decididamente protectora de los no propietarios. Ha relegado la protección de los propietarios al no atender a lo que prescribía la ley de 1980 y no aplicar el final de la prórroga prevista en ella. Ha privilegiado la actuación del Parlamento gallego, coincidente, a la larga, con la del Gobierno del Estado. De ahí pueda decirse que la sentencia del Constitucional es parcialmente justa: ha preferido atender, sin justificar la opción, a criterios comunitarios mas que a criterios liberales, y con ello ha atendido a determinados participantes en el problema y no a otros.

Estas ideas darían base para estudiar la resolución del conflicto atendiendo a si en la misma prevalece una concepción socialdemócrata<sup>55</sup> o una concepción neoliberal del Estado y de la propiedad<sup>56</sup>.

---

55. Se entiende aquí por concepción socialdemócrata la que considera que el Estado está caracterizado especialmente por la intervención de sus agentes en las actividades sociales, siendo el Derecho un instrumento más de intervención, junto a otros: la Economía, la Sociología, las técnicas de planificación, las técnicas generales de actuar sobre la realidad social (RAWLS). Vease al respecto, ejemplarmente, los siguientes textos: RAWLS, J., «Distributive Justice», en LASLETT, P., RUNCIMAN, W.G., (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, third Series (1967), Oxford, Basil Blackwell, 1978, pp. 61s; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971, pp. 14s, 274-284; MARTIN, R., *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985, p. 161.

56. Por concepción neoliberal se entiende la que considera que el Estado ha de intervenir en escasa medida en las actividades sociales, siendo los individuos de la sociedad sus responsables; según esta concepción el Estado, actuando las mínimas normas aprobadas por el Parlamento, ha de ocuparse de preservar que la mano oculta de la Economía mediante sus reglas establezca libremente la convivencia (HAYEK). Vease, ejemplarmente: HAYEK, F.A., *Law, legislation and liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, vol. 2, pp. 114 s.

Por lo que respecta a la generalización del procedimiento cabe decir lo siguiente.

Con independencia de que en los datos considerados no haya quedado suficientemente patente la característica intersubjetiva del problema, en la norma del Tribunal Constitucional queda establecido un procedimiento institucional receptivo para con la pluralidad de sujetos o culturas que participan en un caso. Nos referimos a que en la sentencia, como sucede en prácticamente todas las sentencias en las que se resuelve por el Tribunal acerca del reparto de competencias entre instituciones políticas, se ha profundizado en la delimitación de las competencias de los órganos de poder, distinguiéndose entre el ámbito del Estado y el de las Comunidades Autónomas. Este procedimiento permite acercar los órganos de decisión a los ciudadanos, quienes por su proximidad a aquéllos pueden hacer valer sus consideraciones y preferencias peculiares en mayor medida que cuando tan sólo se reconoce la competencia de una única autoridad estatal.

El complemento necesario a este mecanismo está constituido por el que los juristas potencien, igualmente, por medio de sus actividades la atención a la pluralidad cultural. Esto no sucede en el caso estudiado ni es práctica habitual en otros casos. Se quedan, a lo sumo, con un tratamiento analítico de los casos concretos.

Con frecuencia los juristas justifican su acción manifestando que las instituciones jurídicas no están dotadas de los procedimientos necesarios para realizar una actuación profesional democrática, respetuosa con todas las concepciones de justicia. Sólo que esto cada vez se sostiene menos. Ello es así porque aunque cabe extender fácilmente la calificación de injustas a las actividades jurídicas atendiendo a los principios establecidos por el concepto comunicativo de Derecho<sup>57</sup>, lo cierto es que las instituciones jurídicas cuentan cada vez más con una configuración que potencia la participación y la democracia, como en cierta medida expresa la actuación del Constitucional en el caso estudiado y explican otros ejemplos como los que a continuación citamos.

El más destacado de todos es el referido a la legislación en materia social. Han sido varios los acuerdos (Pactos de la Moncloa, Acuerdos económico-sociales, Acuerdos sobre el empleo...), celebrados entre los agentes sociales y el Gobierno, que llegan a establecer pautas a la legislación<sup>58</sup> promulgada por los Parlamentos autonómicos y estatal. Las actividades jurídicas relacionadas con esos textos jurídicos, que en los momentos de crisis como el actual son múltiples una vez que esos Acuerdos constituyen el objetivo político general, están obligadas irremediablemente a atender a la participación de todos los grupos e individuos que ha generado las normas (Parlamentos, sindicatos, patronales y Gobiernos). Esto es lo mismo que decir que son marcadamente insuficientes

---

57. Lo cual da muestras de la virtualidad crítica del concepto.

58. En ocasiones incluso a la elaboración de los presupuestos.

los análisis jurídicos limitados al estudio de las leyes, los Códigos o la misma Constitución. Los juristas necesitan estudiar tanto los acuerdos como los trabajos preparatorios de los mismos o los informes económico-sociales que los generan. No les basta el estudio de las fuentes jurídicas clásicas o, incluso, las propuestas de la Dogmática <sup>59</sup>.

Se están dando pasos similares, por ejemplo, por medio de la puesta en práctica como principio del Estado de Derecho del relativo a la participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, gracias a la reciente Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, o por medio de la organización con auxilio de técnicos de las oficinas de la Administración. Hace referencia a lo mismo la nueva organización administrativa del Parlamento. También la propia organización funcional del Tribunal Constitucional.

Congruentemente con lo anterior se debería dotar a los juzgados y tribunales, especialmente, de instrumentos suficientes de participación política a través de la implantación de instituciones como la del jurado. Hacen falta nuevas leyes procesales. Se requeriría la dotación de personal técnico suficiente (peritos forenses: sociólogos, economistas, éticos, ingenieros...) a las oficinas jurídicas, a efectos de que las decisiones pudieran tomarse teniendo siempre presente la pluralidad de perspectivas que aquí, con motivo del caso estudiado inicialmente, simplemente se apunta. Con estos instrumentos los juristas apenas tendrían coartada para evadirse de la aplicación de un concepto comunicativo del Derecho.

Pero, sin duda, la asunción de todo ello, al menos como principio, supone ya un primer paso. La convicción de los filósofos del Derecho, y juristas en general, de la necesidad de actuar democráticamente el Derecho, atendiendo a las creencias propias de una sociedad pluralista, nos sitúa en el camino adecuado para la renovación de un sistema jurídico capaz de superar la crisis.

En este sentido, otro paso, también factible, consiste en la actuación de los filósofos del Derecho atendiendo a las exigencias del concepto explicado, o, lo que es lo mismo, estudiando actividades jurídicas concretas a través de todos los instrumentos que permiten la aproximación comunicativa: métodos estándares y consideración de los criterios de justicia. La aproximación filosófica exclusivamente analítica es, como aquí se ha mostrado, claramente insuficiente. La transmisión por los filósofos del Derecho al resto de juristas de esta forma de abordar los problemas permitiría una renovación de las actividades jurídicas.

Tal es la relevancia práctica de actuar un concepto de Derecho caracterizado por poner atención a las actividades justas de los juristas con relación a textos jurídicos.

---

59. Mucho más en el caso de que la Dogmática esté más ocupada en la construcción de figuras abstractas, que en la configuración de principios sensibles a las necesidades y convicciones sociales

## IV

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, cabe decir que los dos conceptos de Derecho, argumentativo y comunicativo, son capaces de dar soluciones a la sociedad democrática. En todo caso son capaces de asumir lo más importante: la idea de reconocimiento del Derecho por todos los ciudadanos. Mayores limitaciones tienen, no obstante, las propuestas que se alejan del reconocimiento y reducen el Derecho a norma, entendiendo ésta como mera proposición normativa o imperativo, generada por las reglas de la argumentación práctica. El concepto comunicativo, entendido como actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos, tiene la ventaja de que prima a la comunicación entre todos, fenómeno por su evidencia irremediable de difícil cuestionabilidad. Además, invita a actuar democráticamente, o lo que es lo mismo, a la participación en las actividades jurídicas, sin inhibiciones, de todas las culturas.

Por eso un concepto de Derecho que, sin olvidar el elemento textual que en nuestra sociedad es consustancial al Derecho, ni los valores, en concreto la justicia, ponga el principal énfasis en las actividades de los juristas, parece más adecuado para dar soluciones a los problemas de convivencia que suceden en los complejos tiempos en los que nos ha tocado vivir. Una prueba de ello reside en el estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional llevado a cabo desde las dos perspectivas aquí reseñadas. Los comentarios realizados a través de un concepto comunicativo de Derecho, respetuoso con la pluralidad de sujetos y su particularidad, parecen de mayor alcance democrático que los realizados a través de un concepto normativo, aun cuando éste sea argumentativo.

Resumiendo: un concepto comunicativo puede explicar en mayor medida el Derecho que los que tan sólo eran capaces de fundamentar la actividad de crear normas o imperativos o proposiciones prescriptivas. Mientras éstos se interesan por la extensión de la universalidad, aquél se preocupa por el contexto, por el problema material concreto. Por otra parte, dada su concreción, el concepto comunicativo puede dar lugar a que se admitan en el estudio del Derecho propuestas de otras ciencias —sociología, lógica, economía, política, psicología...— y opiniones distintas a las científicas, generadas por ciudadanos sea cual sea la cultura en la que crean y vivan. Esto, además, coloca al jurista en un lugar adecuado: lo hace sensible respecto a otras culturas, definiendo su lugar entre todas ellas, de tal forma que propone que los profesionales que gobiernan ya no sean únicamente los tecnócratas, sino también los juristas en connivencia con los ciudadanos. La labor que queda es la de realizar propuestas para las distintas actividades jurídicas.

El problema reside en su puesta en práctica: la atención a lo particular o concreto exige fuertes cambios institucionales para los cuales

no son buenos los tiempos de crisis. De todas formas, en nuestro país hay mayores esperanzas que en otros. Pensemos que en España se está profundizando la democracia desde el nacimiento de un Estado, cuya satisfacción mínima está lejos de haber sido ya alcanzada, en el que el reconocimiento de las peculiaridades culturales o nacionales constituye un objetivo central. Así, se están consolidando unas instituciones congruentes con esta pluralidad. Lo que significa que se dan mejores condiciones que en los viejos Estados constituidos en torno a los vicios traídos por los imperativos de la guerra fría. Pero hay que estar alerta: la epidemia europea del maltrato a las minorías está calando progresivamente en el tejido social en este momento de crisis, al cual todos vaticinan manifestaciones si cabe más duras, y con ello se están incrementando las creencias y medidas normativas formales de carácter imperativo y universalista.



## Notas sobre la asignatura de Teoría del Derecho como biografía crítica de la Ley

Por FRANCISCO GARRIDO PEÑA

Granada

### I. LA NARRATIVIDAD

La narración conceptual, es aquella estructura del relatos cuyos sujetos no son sujetos sino conceptos; supone un intento de indagar desde la bisagra situada entre la literatura y la teoría: la posibilidad de un decir, que aune al mismo tiempo la seducción y el vértigo del ritmo; con la claridad y serenidad del concepto. En este sentido, se asemeja a la idea del ensayo que Montaigne aportó: un discurso teórico que permite la contradicción.

Desde una perspectiva pedagógica las virtudes de un discurso de esta naturaleza son indudables y poco exploradas, hasta el momento, en la docencia de la teoría y la filosofía del Derecho. Las presentes notas quieren contribuir al debate sobre los nuevos planes de estudio de la licenciatura de Derecho; y en concreto a la función pedagógica de la nueva asignatura de Teoría del Derecho. La despreocupación por la «cuestión pedagógica» en la enseñanza universitaria en general, y en las de los estudios jurídicos en especial, es escandalosa. Solo comprensible si se entiende la estructura corporativa profundamente endogámica que gobierna la universidad española.

¿Para qué sirve la asignatura Teoría del Derecho?, ¿qué finalidad pedagógica se persigue con la misma?, ¿qué pretendemos enseñar y estimular en el alumnado? Son preguntas que debieran presidir las preocupaciones de los docentes en esta nueva configuración del área de Filosofía del Derecho. Sólo respondiendo a estas preguntas podrá plantearse seriamente el futuro del área y de los estudios metajurídicos.

Para responder es necesario aclarar el estatuto funcional que juegan la filosofía y la teoría del Derecho en el seno de la licenciatura. En es-

tas notas-propuestas, que parte de una experiencia pedagógica durante cuatro años de docencia de la llamada asignatura de Derecho Natural; están contenidas algunas respuestas a las preguntas pedagógicas.

Así a la pregunta por la utilidad de la asignatura; encuentra la respuesta filosófica, es decir la vecindad con las funciones de producción del sentido en el saber jurídico. Esta vecindad requiere de algunos conocimientos y habilidades: descripción de una ontología jurídica sistémica (conceptos y funciones), una cartografía de problemas, la incentivación del goce y la habilidad por el preguntar.

Esto implica la persecución de objetivos pedagógicos difusos, más dirigidos a la formación y motivación de actitudes, que de aptitudes; al desarrollo de una maestría de la atención (como Lacan pedía a la imposible realización de la tarea óptima del enseñar...). Educar la atención es la forma más noble de ese modo del amo moderno que es la función de enseñar. Aspirar a compartir el señorío desde la distancia crítica respecto al sentido, ese es el modo del profesor.

El carácter difuso de los objetivos pedagógicos no comporta la inutilidad de los mismos, sino una utilidad distinta de la utilidad servil de la técnica: la utilidad del concepto. Que tiene consecuencias técnicas a través de la llamada «eficacia simbólica». Pero no se trata de una eficacia de despliegue y aplicación, sino de una eficacia constituyente, fundadora. Es la misma utilidad de la teoría como la praxis más práctica, según decían los griegos.

El saber jurídico está centrado radicalmente en la institución de la prohibición: poder, sujeto, conflicto, pacto, castigo, goce, bien, muerte, interés, beneficio, excelencia, regla, identidad y diferencia, soberanía, justicia, libertad, responsabilidad. Todos giran en torno a la matriz de fundadora de la prohibición, a la barra que separa el significante del significado; se trata de aproximar al estudiante a ese océano tenebroso de la barra sin el desorden suicida que conduciría al naufragio, ni el iluso objetivo de llegar a ningún puerto. Esta es la raza, la nacionalidad filosófica de la crítica de la ley.

Para que la crítica de la ley sea posible, es decir para ofrecer una posibilidad, una razón, un marco de comprensión conceptual. Nada mejor que optar por la narración conceptual, de la que hablábamos al comienzo de estas notas. En el relato ofrecemos la posibilidad (la forma comprensiva) de esta teoría de la ley, que no es edificante (como Hegel no quería que lo fuera la filosofía), sino hermenéutica, desconstructiva, crítica.

## 2. LA BIOGRAFIA CRITICA

Para ello vamos a usar el género biográfico y la estrategia simuladora. Se trata de simular la reproducción y seguimiento de la biografía de una ley. Por medio de esta simulación de la ontogénesis de las normas, recapitular críticamente la filogénesis del sistema jurídico. Apro-

vechar la narratividad de la «story», más que de la «history»; para traducir de ella la ontología y cartografía jurídica fundamental, que nos hemos trazado entre los objetivos pedagógicos de la asignatura de Teoría del Derecho.

La simulación teórica es una idea extraída de la propuesta de I. Izuzquiza sobre la enseñanza de la filosofía como simulación del mismo acto de pensar o filosofar: se aprende a pensar haciendo como que se piensa. Y el pensar no permite otra simulación que el pensar mismo: No hay, en el sentido técnico del término simulación, más simulación posible del pensar que no sea ya un pensar auténtico. Otra cuestión es el falsear o enmascarar el no-pensamiento, otra cuestión es el disimular como pensamiento lo que no lo es: no es este el caso de lo que proponemos con la estrategia simuladora.

### 3. LA GLOBALIZACION

La globalización de los conocimientos de tal modo que se entienda la naturaleza holística-sistémica de los conceptos y las prácticas jurídicas. Esta ha de ser formal, pues solo la comprensión de la esencia formal del saber jurídico puede situar los límites y al mismo tiempo la apertura y plasticidad necesaria para la práctica cotidiana.

Hacerse cargo de la naturaleza globalizadora del saber jurídico, es hacerse cargo de la cuestión de la forma, de la definición de una lógica (casi de un álgebra) de los límites: la comprensión de estos algoritmos simbólicos que atraviesan todo el pensar jurídico, sea cual sea su encarnación específica; esto es adquirir la actitud globalizadora y comprender, la naturaleza sistémica de lo jurídico: tal comprensión es condición de posibilidad para poder desplegar la distancia crítica y la imaginación constructiva. Cualidades centrales en el oficio y la vocación del jurista.

### 4. LA CRITICA

El territorio crítico no es un territorio ideológico, ni falsamente neutral; sino que es el verdadero suelo de la imparcialidad. La imparcialidad es una opción, una toma de posición; pero una opción performativa, no teleológica (como el utilitarismo) o utópica (como el postulado por corrientes progresistas tales como la denominada del «uso alternativo del Derecho»). Educar en la crítica, es educar en la autonomía del juicio, en el compromiso moral con la teoría y en el entusiasmo estético con el preguntar. La crítica comporta la problematización de los contextos (aprender y querer las habilidades del preguntar); y desconstrucción de los conceptos (genealogía y arqueología, hablando con Derrida y Foucault).

Este doble movimiento de globalización y crítica requiere de un continuo ir y venir del análisis a la síntesis, entendiendo, en el sentido hegeliano, que la verdad de la estrategia no está en ninguno de los momentos sino en el proceso en sí; en la forma temporal que es propuesta como experiencia pedagógica a los alumnos y alumnas. La asistencia de otras disciplinas proyectadas sobre el saber jurídico, así como la continua traducción (también en el doble sentido) de los problemas filosóficos puros a los problemas teórico jurídicos. La historia, las metáforas científicas, la lingüística, la lógica formal, la epistemología, la teoría de la percepción y del aprendizaje, el psicoanálisis, la crítica literaria, la economía, la sociología, la teoría de sistemas y la teoría ecológica tienen que estar en continuo diálogo con el saber jurídico: de este estar en contraste permanente con los otros saberes se puede esperar que brote el «sentido» de lo jurídico.

## 5. UN ENSAYO DE PROGRAMA DE TEORIA DEL DERECHO

Este programa constituye un modelo que he utilizado en los últimos dos años. En él hay dos vías paralelas de «narración» de esta biografía de la ley: una vía conceptual dividida en cinco momentos biográficos y, paralela a esta una vía práctica en la cual con dos normas seguimos «in situ» la evolución biográfica conceptual.

Los cinco momentos de evolución de la vida de norma son: 1) Momento ético-político, 2) Momento dogmático-sistémico, 3) Momento legislativo, 4) Momento aplicativo-interpretativo y 5) Momento sociológico.

1) *Momento ético-político.* Se trata de situar las condiciones éticas, políticas, las creencias y las instituciones que preceden al Derecho y a la norma.

Este momento cuenta con temas: 1. Aproximación a una definición intuitiva del Derecho: reglas, universalidad, Igualdad. 2. Derecho, poder y violencia. 3. Teoría de la justicia. 4. Justicia y Derecho.

2) *Momento Dogmático-sistémico.* En este bloque abordamos el Derecho como sistema, como un orden estructurado; las metareglas, los principios generales, las grandes nociones fundamentadoras de la forma. También auxiliamos la información sobre los distintos criterios de división y estructuración del sistema jurídico. Para facilitar el análisis se realiza una introducción a la teoría general de sistema, la teoría de sistemas de N. Luhmann y la teoría de juegos.

Consta este momento de cuatro temas: 5. Introducción a la teoría de sistemas de N. Luhmann y la teoría de juegos. 6. El Derecho como subistema social. 7. Conceptos, funciones y estructuras básicas del derecho. 8. Dogmática y ciencia jurídica.

3) *Momento legislativo*. Se estudia en este apartado la naturaleza de las normas, las fuentes del derecho y las condiciones de producción legislativas. Las técnicas de evaluación a priori y a posteriori de las consecuencias e índice de aplicabilidad de las normas está integrado en este momento.

Cuatro temas también conforman esta unidad. 9. Las fuentes del derecho. 10. Que entendemos por norma jurídica. 11. Técnicas de producción legislativa. 12. Validez y verdad de las normas.

4) *Momento aplicativo-interpretativo*. El análisis lógico del lenguaje jurídico y de la racionalidad jurídica, junto con los tipos de racionalidad de argumentación, constituyen parte de este momento. También tienen cabida aquí los problemas de interpretación y hermenéutica de los textos jurídicos, los criterios de discriminación de lo jurídicamente posible en el conflicto de interpretaciones y el estatuto normativo de los jueces. Como complemento desarrollamos un tema introductorio a los rudimentos de la lógica formal.

Tres temas. 13. Introducción a la lógica formal. 14. Lógica y derecho: la racionalidad y la argumentación jurídica. 15. Hermenéutica e interpretación de las normas.

5) *Momento sociológico*: eficacia, sentido y consecuencias sociales de las normas. El objetivo en este último momento es contemplar el encarte del Sistema jurídico y de las normas en el medio social. Por un lado analizando la cuestión de la eficacia y las consecuencias (anteriormente ya tratada en las técnicas de evaluación legislativa) y las grandes áreas de confrontación social del sistema jurídico: la política y la economía (democracia y mercado-capital). Al calor de esta confrontación son propuestas algunas teorías sobre la constitución económica de la modernidad y de la democracia.

Los tres temas de cierre. 16. Eficacia y legitimidad de las normas. 17. El derecho y su entorno económico: estado y mercado. 18. Derecho y democracia.

Paralelamente a esto se irá estudiando cada uno de estos momentos y temas en la evolución real de alguna ley o proyecto de ley que distingamos como «norma piloto». En el último año he realizado esta experiencia con la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la propia Imagen y con el proyecto de Nuevo Código Penal.

La práctica consiste en ir confrontando y traduciendo los distintos momentos conceptuales con los momentos reales en la gestación, elaboración, inserción en el sistema jurídico, promulgación, aplicación y consecuencias sociales de la norma concreta que hemos elegido como «norma piloto». De esta forma la traducción de las cuestiones filosóficas a las prácticas y viceversa, entre este ir y venir existe un territorio fértil para el alumbramiento del sentido; o lo que es igual, para la realización feliz de una estrategia pedagógica de la comprensión global (formal) y crítica de lo que es eso que llamamos Derecho.

Todo esto además, ha de ser contado con el atractivo para la atención del ritmo narrativo y de la disputa conceptual. Comprender como en la definición normativa del bien jurídico «Honor», por ejemplo: subyacen claves morales, religiosas, sexuales, políticas, doctrina y dogmáticas jurídicas, cuestiones de ensamblaje formal, de coherencia sistémica etc.; es una experiencia seductora y fascinante, es como descubrir aquel punto enigmático, el Alehp, que Carlos Argentino Daneri descubrió un día en una escalera de un sótano de Buenos Aires y a través del cual pudo ver desde las pirámides negras a la primera edición inglesa de Plinio, la de Philemon Holland.

## **2. DERECHO Y LENGUAJE**





## Deberes descriptivos y deberes prescriptivos

Por ROBERTO J. VERNENGO

Buenos Aires

1. Hay algunos equívocos alrededor de la gramática del verbo «deber» —y sus traducciones habituales en otros idiomas—, que conviene poner de lado. Por de pronto, ese verbo y, sobre todo, su versión alemana tradicional, el verbo modal «sollen», suelen estar ligados, de una manera extremadamente sugestiva, a nociones morales y jurídicas. El concepto de deber, no como traducción del vocablo *Pflicht*, sino como infinitivo sustantivado, es pensado como una noción ética central: la moral atañe al deber y el derecho es visto como un orden de deberes. Como se ha señalado, el deber o sollen inclusive ha revestido, en la literatura filosófica, visos metafísicos: el ser de los entes, en cuanto participan del bien, «es» lo que deben ser, y como sólo lo querido por alguna voluntad debe ser, la esencia del ente ha sido pensada como voluntad y como deber. Así, por lo menos, lo relata con mayor precisión y más recientemente, M. Heidegger, remitiendo a la tradición metafísica que se extiende desde Leibnitz a Nietzsche<sup>1</sup>. No es de extrañar, pues, que pensadores menos exaltados, aunque algo inconsecuentes, lleguen a afirmar que no sólo cosas como el derecho o la moral sean deberes, sino también la naturaleza misma tiene un cariz normativo y, por qué no, hasta el ser divino, Dios, constituye un deber ser<sup>2</sup>.

Aquí me interesa analizar un poco los usos, en el lenguaje de juristas y filósofos del derecho, del verbo «deber», y su correspondiente «sollen», como rasgo gramatical elemento esencial en la noción de norma. Me interesa poner un poco en claro la gramática —i.e.: la sintaxis lógica— de esos verbos. Los moralistas, en cambio, si bien se interesan por el concepto de norma, se han preocupado menos por el

---

1. HEIDEGGER, M., *Einführung in die Metaphysik*, 1953, M. NIEMAYER VERLAG, p. 149 ss.

2. Cfr., por ejemplo, KALINOWSKY, G., *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, 1967, cap. V: «Dios es a la vez el Ser y el Deber-Ser».

análisis de las reglas sintácticas de estos verbos, puesto que tienden a pensar al deber sustancialmente, como valor, buena voluntad o intención, preferencia privilegiada, etc.

Cabe señalar también, desde estas primeras líneas, que la filosofía jurídica suele apuntar que los verbos de marras —deber, sollen—, no sólo son equívocos, compartiendo tal característica, según se sostiene, con la mayor parte de los términos de los lenguajes naturales, sino que, en rigor, lo que interesa es explicar teóricamente la gramática de esos verbos, sino la noción de norma como dato metalingüístico. En cuanto a lo primero, Weinberger, por caso, escribe que «en alemán, el verbo *sollen* expresa cosas distintas y ... las oraciones que contienen ese verbo pueden cumplir distintas funciones pragmáticas según sean las circunstancias»<sup>3</sup>. En todo caso, de la *interpretatio duplex* del *sollen*, Weinberger hace depender nada menos que la posibilidad misma de una lógica normativa, asunto nada inocente por cierto. Y en Kelsen, a quien se atribuye y se reprocha la propuesta de distinguir dos modalidades o usos del *sollen* —el descriptivo y el prescriptivo—, encontramos que ese verbo alemán queda reducido a una suerte de variable convencional para simbolizar cualquiera de los múltiples verbos modales deónticos<sup>4</sup>.

Ahora bien, se admite que una norma, sea cual fuere su ropaje verbal, ontológicamente no se reduce a un mero dato lingüístico. Se trataría, más bien del sentido (*Sinn*) de ciertos actos volitivos, sentido que configuraría un objeto ideal, esto es, un objeto que, en todo caso, no forma parte del mundo real de la experiencia empírica. Ello ya había sido sustentado por Husserl y aceptado por Kelsen<sup>5</sup>. Desde otro punto de vista, la norma es vista como un acto lingüístico, como el aspecto verbal del acto de normar, regular, ordenar o imperar. Y si se descarta, como artificio metafísico, el mundo ideal de los significados (*Sinne*) B, para quedarnos con el mundo real de las interacciones verbales, el deber no pasaría de ser un componente ideológico —esto es: carente de

3. Cf. WEINBERGER, O., *Zweierlei Sollen? Überlegungen zur Grundlegung der Ontologie der Normen*, p. 13 ss.; ponencia Congreso sobre lógica, moral y derecho, Córdoba, 1992.

4. Cf. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Viena 1960, p. 4: «Derjenige, der gebietet oder ermächtigt, *will*, derjenige, an den das Gebot gerichtet ist oder dem die Erlaubnis oder Ermächtigung gegeben wird, *soll*. Dabei ist das Wort 'sollen' hier in einer weiteren als der üblichen Bedeutung gebraucht... Hier... wird mit 'sollen' der *normative Sinn* eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten Aktes bezeichnet. In diesem 'sollen' ist das 'Dürfen' und 'Können' mit ingebriffen».

Se trata, cabe advertir, de una definición convencional que difiere grandemente de los usos del alemán corriente, donde, claro está, dürfen y können no son sustituibles o implicados por sollen en muchos contextos.

5. Cf. KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979, caps. 8 VI, 9, 25 II, *passim*. El carácter ideal de las normas, como sentidos de actos de voluntad, tiene en Kelsen origen fenomenológico; cf. VERNENGO, R. J., *Logik und eine phänomenologische Auslegung der Reinen Rechtslehre*, en «Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker», ed. WEINBERGER, O./KRAWIETZ, W., Springer, 1988, pp. 203 ss.

referencia— de ciertas expresiones destinadas a establecer relaciones de poder entre los participantes de grupos sociales. Tendríamos así *speech acts* normativos específicos<sup>6</sup>. Para algunos escritores afiliados a las denominadas «teorías críticas»<sup>7</sup> y, confusamente también, en los variados cultores de teorías de la argumentación<sup>8</sup>, la especificidad de las normas jurídicas no es asunto lógico ni gramatical, correspondiendo otro tipo de análisis.

Con todo, para todas estas interpretaciones, los juristas no sólo tendrían que encarar el tradicional dualismo entre *Sein* y *Sollen*, entre ser y deber-ser, que se da casi por supuesto, sino que el *sollen* mismo introduciría un nuevo e inevitable dualismo, el dualismo entre un deber descriptivo y un deber prescriptivo, o, como se suele decir, entre un deber cognoscitivo y un deber práctico o, en otra versión, entre un deber ideal y un deber expresivo. Cabe pensar que sería bueno introducir alguna claridad en estas distinciones, antes de tener que resignarnos a esos implacables dualismos, dualismos que, como es sabido, constituyen por lo común resabios de formas precientíficas o preanalíticas de concebir las cosas.

2. Si nos atenemos inicialmente a los verbos traídos a colación en estas discusiones —el verbo «deber», el verbo «sollen»—, cabe apuntar por de pronto que estos verbos difieren, en uno y otro lenguaje, en su sintáxis, lo que hace sospechar que su sentido y sus usos posibles también diferirán. La cuestión se hace más aguda cuando para traducir el *sollen* kelseniano, por ejemplo, se recurre a un verbo auxiliar inglés, por demás insólito: *to ought*, cuya gramática no sólo es ciertamente muy diferente de la de los verbos *deber* y *sollen*, sino que además tiene connotaciones significativas ajenas a las palabras alemana y castellana. De ahí, quizás, la renuencia de los escritores anglosajones a pensar a las normas (donde *norm* tampoco es palabra usual en inglés) como *ought-statements* o cosas por el estilo.

Es notorio, primeramente, que los verbos en cuestión, *sollen* y *deber*, no tienen etimológicamente parentesco y que, por ese origen dispar, muchos usos, en uno y otro idioma, no se corresponden. Así, en alemán, puede decirse —y cito un ejemplo del Duden—: «Sollte sie

6. Cf. SEARLE, J.R. & VADERVEKEN, D., *Foundations of illocutionary logic*, Cambridge, 1983, caps. 3 y 9 III/IV, donde se analizan las expresiones inglesas con fuerza normativa.

7. Cf., inter alia, MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, Paris 1976, cap. sobre lógica y argumentación en derecho; COELHO, L. F., *Teoría crítica do direito*, Curitiba, pp. 183 ss. Un punto de vista crítico al respecto puede verse en GUASTINI, R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Turín, 1985, *passim*, y mi trabajo *Validez y eficacia: la pureza de la Teoría pura del derecho y la sociología jurídica*, en prensa en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1992.

8. Cf. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, *passim*, y la literatura secundaria reciente. En castellano, puede verse de un reciente adherente a estas modas, aunque crítico en algunos aspectos: ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991.

ernsthaft krank sein?»), donde el verbo *sollen* no expresa el sentido de un acto de voluntad, no es un imperativo, y no tiene modalidad normativa alguna. En castellano, la oración se expresaría mediante un verbo en indicativo o en condicional: «¿Estará (estaría) ella seriamente enferma?». En castellano, por el otro lado, como una excusa, se suele decir: «Debo estar equivocado», donde la oración, pese al verbo usado «deber», carece de todo sentido prescriptivo y no implica acto de voluntad alguno. Sería inexacto traducirla literalmente al alemán usando el verbo «sollen». Estos ejemplos destacan que «deber» y «sollen» no son equivalentes en cualquier contexto, sino que poseen usos particulares propios de cada lengua.

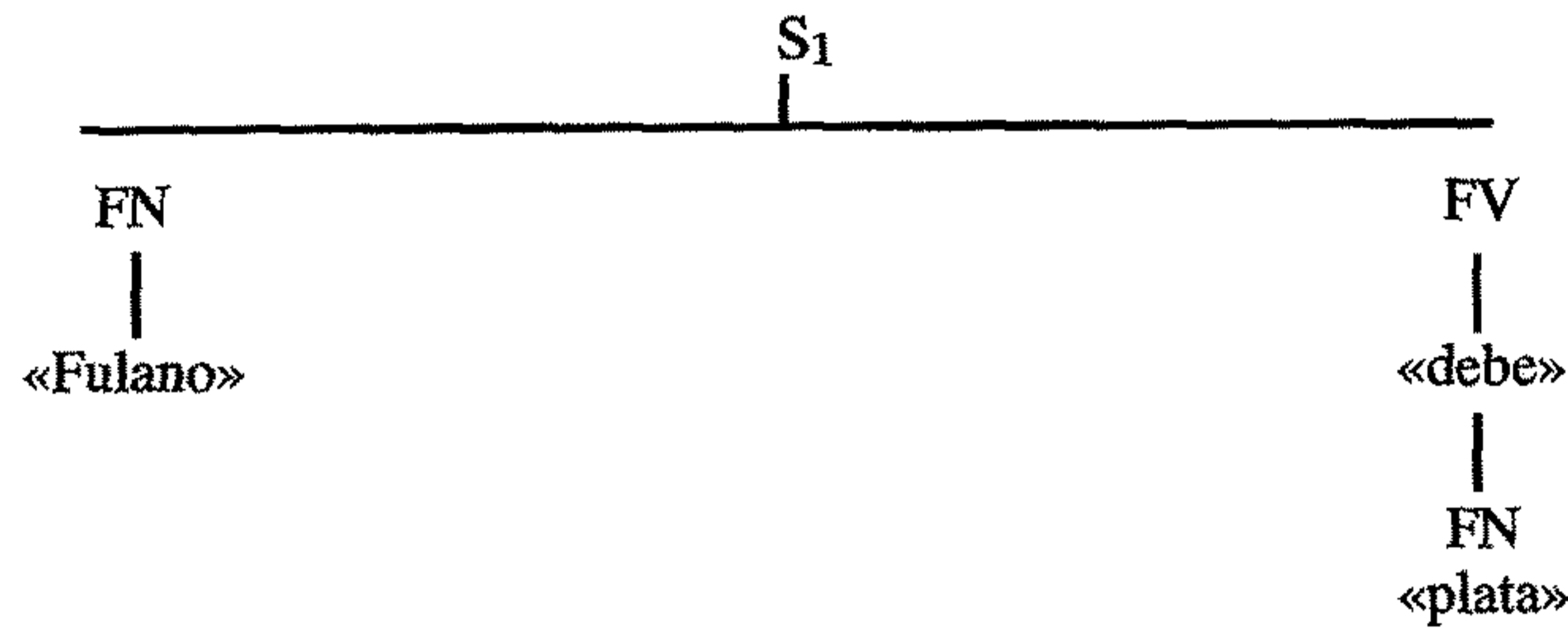
Pero la característica distintiva esencial se encuentra en que «deber» es, en castellano, un verbo transitivo corriente, mientras que en alemán contemporáneo, «sollen» no puede ser utilizado en esa forma gramatical. En castellano, el verbo «deber» no es primariamente un verbo auxiliar modal, sino un verbo transitivo, como cuando se dice: «Fulano debe plata» o, para citar un texto más literario: «A tí sólo se debe esta victoria», un endecasílabo de Ercilla, donde «deber» cuenta con su complemento en acusativo, como los verbos transitivos corrientes. Admite, claro está, otros complementos, sea en doble acusativo, en dativo y, como veremos, con oraciones de infinitivo. En alemán este uso transitivo simple es hoy imposible<sup>9</sup>. Castellano y alemán admiten sí un uso atributivo de los verbos, como «yo debo ser bueno» o «Ich soll tüchtig sein», donde ser-bueno y tüchtig-sein son predicados.

Ello tiene consecuencias sintácticas interesantes que, claro está, se reflejan en las posibilidades semánticas y de uso de las expresiones. Cuando «deber» rige un infinitivo, como el *sollen* alemán, no se advierte de inmediato que pasamos de una oración sintácticamente primitiva (según la fórmula tradicional: S =<sub>df.</sub> F nominal + verbal), como «Fulano debe plata», a una oración *compuesta*. En efecto, mientras «Fulano debe plata» puede ser analizada del siguiente modo:

---

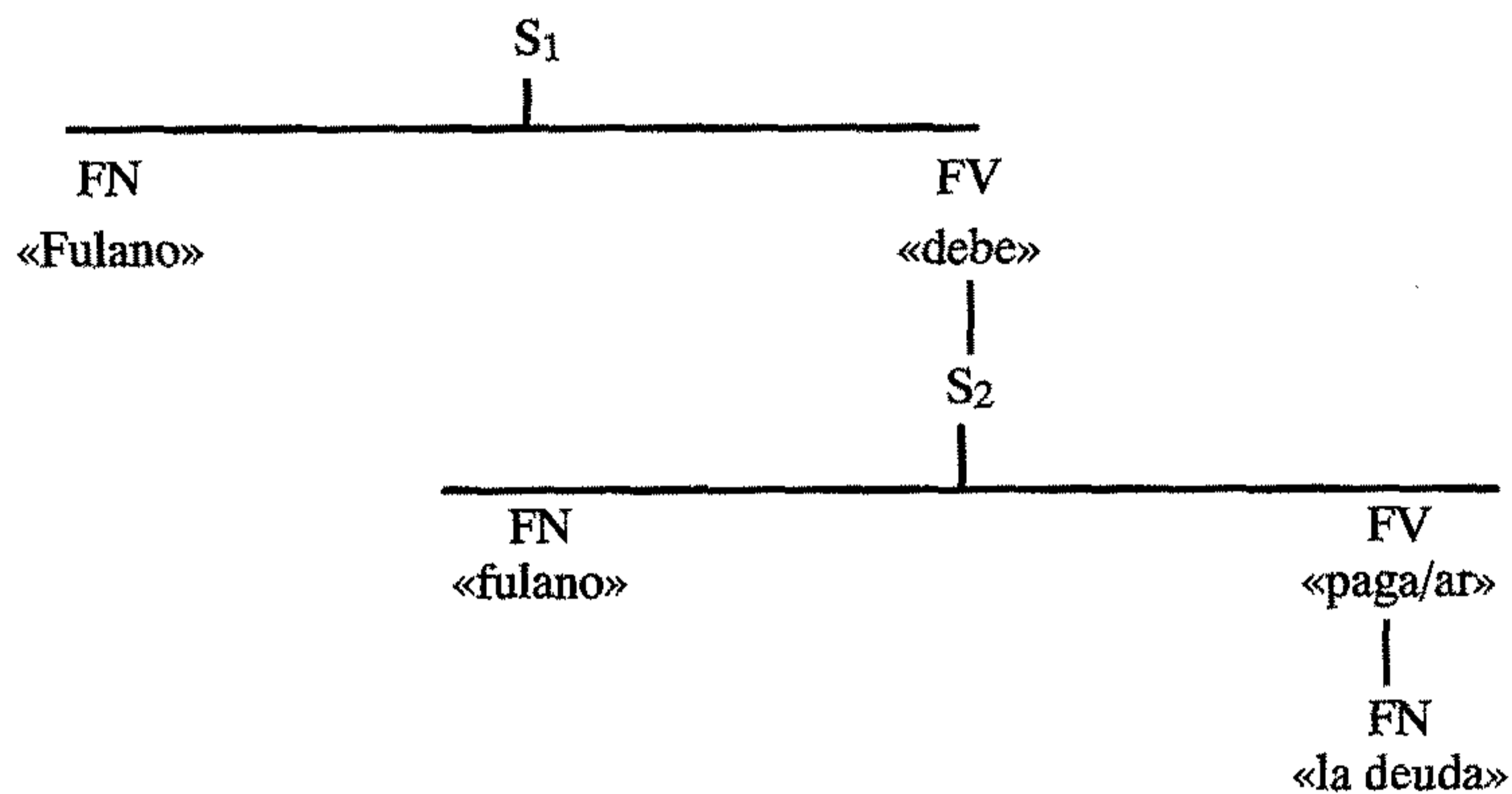
9. Según explica el Duden (t. VII: Etymologie, término «sollen»), sólo hasta el siglo XVII el verbo «sollen» fue usado en forma transitiva, como un *Vollverb*: «er soll mir 10 Taler». Esta forma arcaica hoy es inusitada, pasando «sollen» a usarse solo como un verbo auxiliar modal, esto es, como una suerte de adverbio que rige a un verbo principal. El verbo modal «sollen» introduce un matiz diferencial en el significado de otro verbo; de por sí, no tiene un significado independiente ni puede ser usado como un predicado verbal completo. Junto al infinitivo de otro verbo, forma un «mehrteiliges Prädikat» (Duden IV: Grammatik, par. 125 ss.). El matiz significativo que *sollen* incorpora al verbo principal sería «la referencia *mediata* a un acto de voluntad» y, por ende, es visto como relacionado, en cuanto sentido activo y pasivo, con el verbo *wollen*, querer. (id. par. 144). Esta referencia a la voluntad no es implícita en el verbo castellano «deber». La oración «yo debo plata» no es literalmente traducible al alemán, no sólo porque «Ich soll Geld» no es hoy admisible, sino porque el «deber» de la oración castellana no implica que alguien quiera lo expresado. Por el otro lado, «deber» en castellano puede ser enteramente ajeno a sentidos volitivos u obligatorios, cf. el ejemplo en el texto *supra*.

(i)



la oración «Fulano debe pagar la deuda» tiene que ser analizada como una oración compuesta, por lo menos, por dos oraciones, conforme al siguiente modelo:

(ii)



(La transformación del verbo con forma personal «pago», en el infinitivo nominal «pagar» es gramaticalmente obligatoria en castellano).

Las oraciones de *sollen* (Sollsätze), en alemán, no admiten el análisis por un árbol como (i), mientras que el árbol (ii) parece un análisis sintáctico adecuado de las oraciones de *sollen*, cuando este verbo compone un predicado «compuesto», y de las oraciones en que el verbo «deber» rige un infinitivo (una forma verbal nominal).

Este análisis —hoy aceptado<sup>10</sup>— tiene una consecuencia inmediata. Si las oraciones de *deber*, en cuanto Sollsätze, sólo tienen sentido si están integradas con una oración dependiente imbricada (*embedded*),

10. Cf. HALDLICH, R.L., *A transformational grammar of Spanish*, Prentice-Hall, 1971, cap. V. Cf. para estas estructuras del castellano, CHOMSKY, N., *El lenguaje y los problemas del conocimiento*, Madrid, 1988, p. 61 ss.

es claro que los criterios de verdad que se le apliquen serán también complejos, en cuanto se admite que en oraciones compuestas, o en formaciones simbólicas moleculares, la asignación de valores de verdad depende de la composición sintáctica de las oraciones simples o de los símbolos atómicos, y no únicamente de la verdad categórica de los enunciados simples. En todo caso, tratándose de oraciones complejas, no tiene sentido inmediato postular criterios de verdad por correspondencia, so pena de tener que postular también una compleja ontología donde encontraríamos hechos complejos, hechos normativos y vaya uno a saber qué.

3. ¿No será el caso que algunos de los dualismos relacionados con el *sollen* y el deber provengan de pasar por alto estas estructuras sintácticas? He escrito hace tiempo, por ejemplo, que la traducción tradicional del *sollen* kelseniano como un supuesto verbo compuesto castellano, «deber-ser», constituye un error. En efecto, en los enunciados normativos que se suele utilizar como ejemplo, v. gr.: «El buen soldado debe ser valiente», la partícula «ser» —una forma nominal del verbo: el infinitivo— sirve para formar predicados: el ser-valiente, que es lo que se atribuye obligatoriamente al buen soldado, pero no produce un verbo compuesto «deber-ser», con los correlativos problemas ontológicos. Baste advertir que en el supuesto verbo deber-ser sólo «deber» se conjuga, permaneciendo la partícula «ser» sin flexión. Ahora bien, en los verbos compuestos castellanos, como «des-conocer», es la parte verbal la que se conjuga, permaneciendo la partícula interviniente sin flexión. En «deber-ser», como supuesto verbo, tenemos una mala lectura: el verbo es simplemente «deber» y «ser» es una partícula (verbal) destinada a formar predicados atributivos, como «ser-valiente», etc.

Sucede que el verbo «ser», como el «sein» alemán y sus formas correspondientes en los lenguajes indo-germánicos, puede ser nominalizado. El infinitivo «ser» se ha convertido así en el ens supremo de la metafísica: el Ser, al que se atribuyen prestigiosas características. El infinitivo «deber» puede sufrir igual transformación: el Deber (sea ello lo que fuere). Pero postular, junto al Ser metafísico, un Deber-Ser, como designación de una forma de ser o región ontológica distintiva es, me parece, un claro ejemplo de los excesos verbales que Wittgenstein denostara como un caso en que el lenguaje sale de vacaciones.

Pero interesa aquí examinar el otro dualismo que aquejaría al *sollen*/deber: sus versiones descriptivas y prescriptivas. Kelsen, como es sabido, consideró que una norma, como una típica *Sollsatz*, una oración (modal) de deber, no está inmediatamente sujeta a operaciones lógicas extensionales, toda vez que los operadores correspondientes son definidos como operaciones sobre los valores de verdad de los enunciados y las normas carecen de tal propiedad. Más aún, como se ha so-

lido destacar, una de las operaciones que el verbo modal *sollen/deber* produce es «tornar opaco» el valor veritativo del enunciado afectado<sup>11</sup>. Kelsen agrega la muy discutida tesis de que las relaciones y operaciones lógicas inmediatamente realizables con las *Rechtssätze* pueden valer indirectamente con respecto de las *Rechtsnormen*, de las normas<sup>12</sup>.

Si, pues, tenemos enunciados en que el *sollen/deber* aparece oblicuamente —esto es, en una oración que en que no tiene función referencial, sino que los verbos de *marras* son solamente mencionados, como en el caso de la oración imbricada  $S_2$ , cabría pensar que la oración completa, una *Rechtssatz*, sí puede ser verdadera o falsa y, por ende, quedar sujeta a las operaciones lógicas extensionales corrientes.

Pero veamos: una operación lógica elemental —aunque enigmática—, la negación bivalente, ha provocado dificultades en oraciones normativas. Así, en un puro nivel simbólico se ha distinguido la negación externa que afecta al operador deóntico, de la negación interna que afecta a los enunciados modalizados por tal operador. De suerte que  $NO_p$  (no es obligatorio que  $p$ ) es interpretado diferentemente que  $ON_p$  (es obligatorio omitir  $p$ ). Pero esa diferencia a veces es vista como diferencia entre lenguajes con lógicas dispares:  $ON_p$  es una norma que prohíbe  $p$ ;  $NO_p$  no es una norma, sino un enunciado que dice que la norma  $O_p$  no existe. La reiteración de los operadores deónticos suscita dificultades parecidas en su interpretación: desde que postular que las fórmulas del tipo  $OO_p$  son expresiones mal formadas, hasta suponer la existencia de conjuntos normativos jerárquicamente ordenados o pautas de eliminación de los operadores reiterados, como en el sistema  $S_4$  de Lewis.

Estas dificultades con la negación provocan, a su vez, inconvenientes en la interpretación de las interdefiniciones de los operadores deónticos corrientes, como cuando se define la permisión  $P_p$  mediante el operador de obligación con negación externa e interna: si  $P_p$  equivale (en algún sentido) a  $NON_p$ , ¿todo lo que se quiere decir es que no exis-

---

11. La opacidad referencial suscitada por los operadores modales fue definida por Quine: en contextos opacos no cabe sustituir términos idénticos y, por ende, las operaciones extensionales con los valores de verdad, como la cuantificación, se hacen lógicamente incontrolables. Cf. QUINE, W. v/O., *Word and object*, Harvard U P, 1960, par. 29/32. En cuanto a la opacidad en contextos deónticos, cf. RODRÍGUEZ MARÍN, J., *Opacidad referencial en contextos deónticos*, en «Aspectos de la filosofía de W. V. Quine», Teorema, Valencia, 1975.

12. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, ed. cit., p. 77. En rigor, dado que un cálculo lógico como el de la lógica proposicional clásica, sólo establece funciones sobre los llamados valores de verdad, podemos convencionalmente traducir el enunciado que sea al valor veritativo que posee. La oración «Sócrates es griego» admite tarskianamente el predicado, de otro nivel, «... es verdad». Son las proposiciones con valor de verdad: «Es verdad que Sócrates es griego» las que son argumentos válidos en el cálculo proposicional bivalente. Es claro que la oración normativa: «Sócrates debe ser ejecutado» no es argumento para el mismo cálculo.

te norma que obligue a omitir  $p$ , o bien, simplemente, que  $p$  no está prohibido?

Si encaramos estas dificultades a nivel, ya no de lenguajes simbólicos, sino de expresiones de un lenguaje natural, como el castellano, se advierte que algunos de los problemas tradicionales mencionados se desvanecen o exhiben una catadura bien diferente. Si una norma —un *Sollsatz*— fuera una oración compuesta, cabría pensar que la negación, que es una transformación gramatical admisible en enunciados simples, cuando es como una operación sobre el valor de verdad de las oraciones, tiene que ser analizada de otra manera. La negación interna no sería otra cosa que una normal negación en la oración subordinada o imbricada ( $S_2$ , en nuestro árbol (ii)); la negación externa, en cambio, admitirá ser entendida, no tanto como una negación ordinaria de la oración principal  $S_1$ , sino como rasgo indicador de que la función proposicional que  $S_1$  expresa no se cumple, es decir, que no se ha producido un enunciado descriptivo. En efecto: la oración principal, la *Sollsatz*, que dice «yo debo ...», donde los puntos suspensivos serán reemplazados por la oración declarativa imbricada  $S_1$ , es, en rigor, una función proposicional (para recurrir a la terminología de Russell), o, como dice la gramática alemana, un predicado incompleto. Por lo tanto, la *Sollsatz* carece de valor de verdad, no en virtud de una operación lógica que torne opaco el valor de verdad subyacente, sino por tratarse, lisa y llanamente, de una oración incompleta. La expresión aislada de  $S_1$  —«yo no debo»— es una expresión sin sentido, en cuanto incompleta, a la que damos sentido, completándola, esto es, considerándola un enunciado elíptico en que  $S_2$  es dado por supuesto. Carece de sentido, por consiguiente, preguntar si  $S_1$ , la *Sollsatz* en sentido estricto, es verdadera o falsa y, en su caso, si admite operaciones lógicas veritativas.

En principio, si la oración subordinada  $S_2$  lo admite, cabrá atribuirle un valor de verdad, como puede ser cierto o falso que un señor Fulano pague una deuda. Incluso, en muchos casos, tendremos un enunciado verdadero por correspondencia con algún estado del mundo. La oración principal  $S_1$ , en cambio, en cuanto mera función incompleta, no admite esa característica semántica. De ahí que, en la literatura se señale que aunque una norma completa (esto es:  $S_1 + S_2$ ) sea «alógica» (Ross dixit), por no admitir operaciones funcional-veritativas, su «contenido», esto es, la oración declarativa  $S_2$ , se atenga a las reglas de alguna lógica extensional, como la lógica proposicional o la lógica de funciones de primer orden. Quizás a ello aludían, un tanto ingenuamente, los juristas que insistían en que, en contextos normativos, cabe derivar silogísticamente normas particulares de normas generales; quizás la aplicación «indirecta» de tales lógicas a las normas mismas, en Kelsen, resulte de que el «substrato modal» de las normas (esto es: el enunciado formado por los elementos que constituyan los ámbitos de validez material, per-



sonal, circunstancial, etc., *menos* el carácter modal, el símbolo *so-llen*)<sup>13</sup>, admita normalmente operaciones lógicas corrientes y la aplicación nada problemática de principios como de omni et nullo o ex falso quodlibet. Tales operaciones, en cambio, son impracticables sobre la función proposicional o predicado incompleto expresado por  $S_1$ , que está sujeto, más bien, a reglas de formación de sus términos, como las reglas que permiten interdefinir los llamados operadores deónticos. Así, es admisible substituir, en tales contextos, la permisión de  $p$ , por la negación de su prohibición, etc. Si la lógica normativa concierne al funcionamiento de tales operadores, es claro que contará con reglas de transformación de tales términos, reglas que bien pueden considerarse lógicas en algún sentido, pero que son ajenas a operaciones veritativo-funcionales.

De normas como las analizadas en (ii), por lo tanto, cabe concluir que admiten las operaciones lógicas veritativo-funcionales en su contenido (esto es: en la oración declarativa imbricada); así como las operaciones de la lógica normativa o deóntica que se proponga en cuanto a su oración principal incompleta. La norma, en su conjunto, tiene, pues, una estructura compleja y no cabe sostener, sin efectuar las distinciones analítico-gramaticales sugeridas, que se rige o no se rige por *una* lógica única, tal como las lógicas clásicas bivalentes. En principio, como enunciados compuestos, como formas gramaticales moleculares, no son objeto de cálculos lógicos veritativo-funcionales, dado que no cabe atribuirles globalmente valores de verdad, por las razones sugeridas.

Otra cosa, en cambio, habría que pensar con respecto de normas que se ajusten al modelo (i), que sólo son gramaticalmente admisibles en algunos lenguajes. Definiéndose adecuadamente los criterios de verdad —que quizás sean más complejos que el modelo simple de una verdad por correspondencia intuitivamente verificable—, no habría inconveniente en declarar verdadera una norma de ese tipo. Así, por ejemplo, cabría interpretar la norma «Fulano debe plata» como una afirmación verdadera sobre un estado del mundo en que Fulano tiene esa obligación, si «tener una obligación» es correspondiente y adecuadamente definida. Por ejemplo, puede querer decir hay una norma (un contrato, por caso) que regula ese acto de Fulano, o, en una versión psicologista, que Fulano se siente motivado, en algún sentido, a pagar, o cosas por el estilo.

4. Cuando hablamos de un deber «descriptivo», como el que aparecería en la *Rechtssätze* kelsenianos, aludimos a enunciados distintos a (i) y (ii). Se trata, por ejemplo, de enunciados tales como: «La norma

---

13. Con respecto a este concepto kelseniano, cf. mi ensayo: *Das modal indifferente Substrat der Normen in der Allgemeine Theorie der Normen*, en «*Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*», eds. KRAWIETZ, W. & SCHELSKY, H., *Rechtstheorie Beiheft* 5, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.

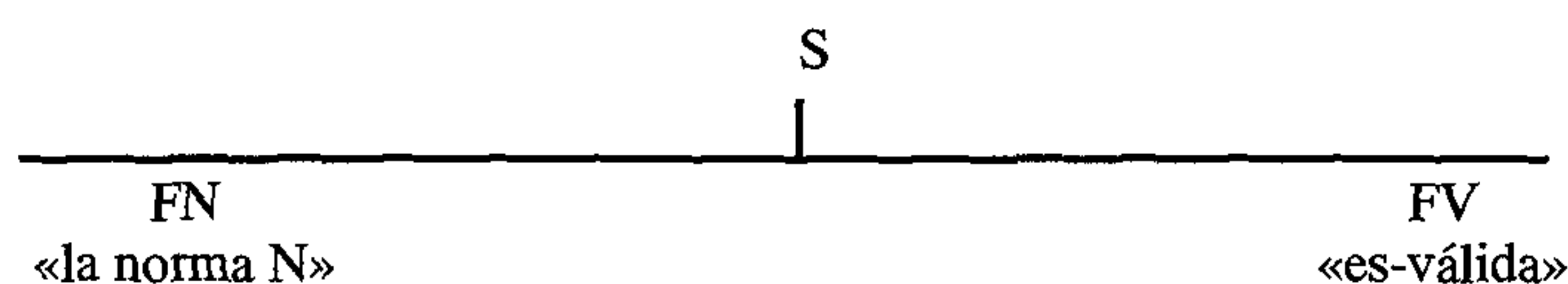
‘Fulano debe plata’ es válida», o «La norma N es efectiva», o «La norma N ha sido derogada», o «Las normas  $N_1$  y  $N_2$  son incompatibles o contradictorias», etc. Los criterios de verdad o adecuación de tales diferentes predicados —«ser válida», «ser eficaz», «estar derogada», etc.— no son asunto lógico, sino, más bien, tema de la teoría de la ciencia involucrada, la teoría general del derecho. Tampoco la lógica podría resolver, por un *fiat* o una convención, si tales predicados pueden ser tenidos, en relación con alguna lógica, como propiedades hereditarias a través de alguna relación de consecuencia.

Aquí interesa destacar que el verbo deber, o el *sollen*, que aparece en esos enunciados, es, gramaticalmente considerado, algo bien distinto del deber usado en normas como «Fulano debe plata» o «Fulano debe pagar su deuda». En éstas, los verbos en cuestión, según se dice, tienen carácter prescriptivo, esto es: expresan que el estado de cosas referido por la oración subordinada es obligatorio, prohibido, etc. Pero en la oración «La norma ‘Fulano debe plata’ es válida», el término «debe» aparece como elemento componente de una función *nominal*: en efecto, la oración entre corchetes, «Fulano debe plata» desempeña, en la oración analizada, la función de un nombre compuesto, que fácilmente puede ser reemplazada por un símbolo convencional ( $N$ ), una descripción («la norma que figura en la página 8 del ensayo que leemos»), o, simplemente, por un pronombre. No se trata, pues de un verbo (un predicado), sino de un segmento léxico componente de un nombre. En cuanto tal, cabe aceptar, carece no sólo de función prescriptiva, sino también de función descriptiva, si por tal entendemos actuar como un predicado susceptible de ser satisfecho o no. Lo que denominamos un «deber descriptivo», un «deskriptives Sollen», es simplemente la aparición de esos vocablos —deber, sollen— como nombres o partes de oraciones nominalizadas. Como es sabido, los verbos (i.e.: las frases verbales) y las oraciones admiten, en nuestros lenguajes, esas transformaciones gramaticales que, en rigor, instauran nuevos lexemas. Nominalizar es una transformación gramatical usual en nuestros lenguajes.

En cuanto tal, es claro que no tiene función «descriptiva» alguna, sino meramente nominativa, en tanto y cuanto se acepte la nominalización efectuada. La frase «Fulano debe plata» es el nombre de la oración normativa: ¡Fulano debe plata! La lógica aplicable a ese nombre es la que empleemos para operar sobre términos y no sobre enunciados declarativos o prescriptivos. Se trata, más bien, de reglas gramaticales de formación de términos, las reglas para su cuantificación, conjunción, etc., campo que también tradicionalmente ha sido atribuido a alguna lógica.

La forma gramatical de «la norma N (i.e.: ‘Fulano debe plata’) es válida» es obviamente:

(iii)



Se trata de un enunciado declarativo, o «descriptivo» si así se quiere llamarlo, pero N («Fulano debe plata») no se refiere descriptivamente a ningún estado de cosas, sino que se limita a nombrar una oración del lenguaje <sup>14</sup>.

De aceptarse estos análisis, pareciera prudente, antes de aceptar como indiscutibles ciertos dualismos tradicionales, como el de ser y deber ser, o ciertos dualismos introducidos un tanto *ad hoc*, para solucionar problemas en algunas teorías, como el de deber prescriptivo y deber descriptivo, atender a la gramática con que expresiones parejas son desarrolladas.

---

14. Ha de advertirse que la noción de «descripción» no coincide, como señalara J. Esquivel, como la de proposición con valor veritativo. Una descripción, más bien, antes de ser verdadera o falsa, es adecuada, insuficiente, minuciosa, detallada, etc., esto es, adecuada a pautas pragmáticas de uso.



## Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

En un imaginativo ensayo, con título similar al que encabeza el presente <sup>1</sup>, Amadeo Conte justificaba el hecho de que su respuesta a la cuestión consistiera en una serie de preguntas sin responder advirtiendo que la ciencia vive de sus respuestas, pero la filosofía vive de sus preguntas. Trataremos ahora la misma cuestión que Conte y, por supuesto, no se descartan resultados análogos.

La cuestión a la que he aludido podría reformularse del siguiente modo: ¿Puede ser la sustitución del valor de la verdad por el valor de la validez la forma de resolver el problema de que los enunciados prescriptivos, al ser enunciados no apofánticos, no pueden formar parte de inferencias lógicas?

Obviamente, partimos de la base de que al menos no es deseable la posibilidad de establecer un paralelismo entre el valor «verdad» en los enunciados descriptivos y el valor «validez» en los enunciados «prescriptivos». Pero el objetivo de esta investigación no es el de analizar las opiniones vertidas en favor o en contra de esa posibilidad, sino el de experimentar la constatación de la semejanza o desemejanza entre una paradoja lógica, la «paradoja de la barbería» de Lewis Carroll, y su hipotético correlativo deóntico. Si, utilizando enunciados prescriptivos en vez de enunciados descriptivos, y rigiéndonos por la validez de los primeros y no por la verdad de los segundos, se reproduce la paradoja, deberemos «en buena lógica» pensar que podemos formar

---

1. CONTE, Amadeo, «Ricerca d'un paradosso deontico. Materiali per una semantica del linguaggio normativo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 51, 1974, pp. 481 a 511.

raciocinios lógicos, basados en normas y con normas como conclusiones, al acoger como criterio la validez de las mismas.

## 1. UNA PARADOJA LOGICA

En 1894 apareció en «Mind» el artículo de Carroll «A logical paradox»<sup>2</sup>, que narra la conversación entre Joe y Jim de camino hacia la barbería. La conversación se desarrolla, por lo que a nosotros nos interesa y dejando a un lado los juegos de palabras que Carroll entremete, en los siguientes términos:

JIM: «Mi única esperanza es que esté Carr. ¡Brown es tan torpe! Y la mano de Allen tiembla constantemente desde que tuvo aquel acceso de fiebre».

JOE: «Seguro que Carr está ... Puedo probarlo lógicamente. No es cuestión de azar... Supongamos como hipótesis de trabajo que Carr no está. Y veamos a donde nos conduce esta suposición. Voy a utilizar para ello la 'reductio ad absurdum'... Voy a proceder a la deducción. Si Carr no está, admitirás que, si Allen no está, Brown tiene que estar, ¿no?».

JIM: «Claro que tiene que estar; de otro modo no habría nadie que cuidara de la barbería».

JOE: «Vemos, entonces, que la ausencia de Carr hace entrar en juego una proposición hipotética, cuya prótasis es 'Allen no está' y cuya apódosis es 'Brown está'. Vemos también que esta proposición conserva su fuerza lógica mientras Carr no esté, ¿no?... Me admitirás también que la verdad de una proposición hipotética —quiero decir; su validez como inferencia lógica— no depende en absoluto de que su prótasis sea de hecho verdadera, ni siquiera de que sea posible... Hemos de considerar ahora otra proposición hipotética. ¿Qué es lo que me dijiste tú ayer a propósito de Allen?».

JIM: «Te dije que desde que tuvo el acceso de fiebre lo pone tan nervioso salir solo que siempre se lleva a Brown con él».

JOE: «Justamente. Entonces la proposición hipotética 'Si Allen no está, Brown está' es siempre verdadera ¿no?... Entonces, si Carr no está, tenemos dos proposiciones hipotéticas, 'Si Allen no está, Brown está' y 'Si Allen no está, Brown no está'. ¡Pero fíjate en que son dos proposiciones hipotéticas incompatibles! ¡No es posible que sean verdaderas a un tiempo!... Lo cual es absurdo. Por tanto, Carr no puede estar ausente. ¡He aquí una exquisita 'reductio ad absurdum!' para usted».

JIM: «No veo en modo alguno clara esa incompatibilidad. ¿Por qué no pueden ser verdaderas a la vez? Me parece que lo único que todo ello probaría es la proposición 'Allen está'. Desde luego, es claro que las apódosis de esas dos proposiciones hipotéticas —'Brown está' y 'Brown no está'— son incompatibles. Pero, ¿por qué no podemos presentarlo de otra manera? Por ejemplo, así: Si Allen no está, Brown no está. Si Carr y Allen no están ninguno, Brown está. Lo cual es absurdo. Por lo tanto, Carr y Allen no pueden estar ausentes ambos. Pero, puesto que Allen está, no veo qué es lo que impide que Carr no esté».

JOE: «¿No te das cuenta de que estás dividiendo equivocadamente la prótasis y la apódosis de esa proposición hipotética? Su prótasis es simplemente 'Carr no está', y su apódosis es una especie de proposición subhipotética, 'Si Allen no está, Brown está'. Apódosis absurda, puesto que es fatalmente incompatible con

---

2. CARROLL, Lewis, «A logical Paradox», *Mind*. 11, 1894. Existe versión castellana: «Una paradoja lógica», trad. de A. Deaño, en *El juego de la lógica y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1981 (véanse pp. 143 a 149).

esa otra proposición hipotética, de la que sabemos que es siempre verdadera, 'Si Allen no está, Brown está'. La causa de este absurdo es simplemente la hipótesis de que ¡Carr no está!. De modo que sólo hay una conclusión posible: ¡Carr está!».

Conforme a la narración de Carroll, se puede construir la siguiente inferencia lógica aparentemente correcta:

- (A). X o Y o Z están en la barbería.
- (B). En cualquier caso, si X no está en la barbería, Y no está en la barbería.
- (C). Conforme a (A), si Z no está en la barbería, entonces, si X no está en la barbería, Y está en la barbería.
- (D). Por lo tanto, si Z no está en la barbería, entonces se infieren dos consecuencias: (D\*) Si X no está en la barbería, Y no está en la barbería; (D\*\*) Si X no está en la barbería, Y está en la barbería.
- (E). (D\*) y (D\*\*) son dos proposiciones contradictorias.
- (F). No puede ser cierto que Z no esté en la barbería, porque ello conduciría a una «reductio ad absurdum».

### 1.1. Razones de su supuesta naturaleza paradójica

Los valores de verdad de cualquier fórmula molecular están determinados por los valores de verdad de las fórmulas componentes, por lo que si (A), (B), (C), (D) y (E) son verdaderos, F es verdadero. Y esto es paradójico porque no concuerda con nuestras intuiciones, ya que parece evidente que si es el caso que X o Y o Z están en la barbería, y si es el caso que, si X no está en la barbería, Y no está en la barbería, no tiene por qué ser el caso que necesariamente Z esté en la barbería. Así, es el caso que

$$(1) \quad \neg q \rightarrow \neg r$$

Conforme a ello, se pretende probar que

$$(2) \quad (p \vee q \vee r) \rightarrow p$$

La demostración es la siguiente:

$$(3) \quad (p \vee q \vee r) \rightarrow (\neg p \rightarrow (\neg q \rightarrow r))$$

$$(4) \quad (\neg p \rightarrow ((\neg q \rightarrow r) \& (\neg q \rightarrow \neg r))) \rightarrow p$$

Nos hallamos ante una «reductio ad absurdum», de acuerdo con el principio lógico según el cual si «p» implica «q» y al mismo tiempo su negación, no es cierto que «p».

Pero, por otra parte, esta conclusión choca con la tabla de verdad que define la disyunción lógica:

|    | p | q | r | $p \vee q \vee r$ |
|----|---|---|---|-------------------|
| 1: | V | V | V | V                 |
| 2: | V | V | F | V                 |
| 3: | V | F | V | V                 |
| 4: | F | V | V | V                 |
| 5: | V | F | F | V                 |
| 6: | F | V | F | V                 |
| 7: | F | F | V | V                 |
| 8: | F | F | F | F                 |

De los siete casos en los que « $p \vee q \vee r$ » hace referencia a proposiciones verdaderas, deben descartarse el 3: y el 7:, puesto que contradicen la premisa inferencial previamente aceptada « $\neg q \rightarrow \neg r$ ». Pero 1:, 2:, 4:, 5: y 6: son perfectamente posibles. De ellos, en 4: y en 6: es el caso que « $p \vee q \vee r$ » y no es el caso que «p».

Nos hallamos, en consecuencia, ante una situación paradójica, ya que parece a la vez verdadera y falsa la proposición a la que alude la siguiente implicación:

$$(5) (\neg q \rightarrow \neg r) \rightarrow ((p \vee q \vee r) \rightarrow p)$$

## 1.2. Propuestas de resolución de la paradoja

La mayoría de los intentos de resolución de esta paradoja —como, por otra parte, de todas las paradojas de la implicación material— se han centrado en la confusión que Carroll introduce al no distinguir dos grados diferentes de implicación y al atribuirles los mismos efectos. En este sentido, la «reductio ad absurdum» se debería a que « $\neg p$ » es el antecedente de dos consecuentes contradictorios. Pero las relaciones de implicación entre antecedente y consecuente en cada una de estas proposiciones condicionales son diferentes:

$$(6) \neg p \rightarrow (\neg q \rightarrow r)$$

«Si es el caso que no es 'p', es el caso que, si no es 'q', es 'r'». En esta ocasión la implicación es recíproca, porque 'si es el caso que, si no



es 'q', es 'r', es el caso que no es 'p'», por lo que hace referencia a una proposición bicondicional. Además de (6), es correcta (7):

$$(7) (\neg q \rightarrow r) \rightarrow \neg p$$

Pero si no se produce el antecedente las proposiciones bicondicionales no son verdaderas. Así, son incorrectas las implicaciones:

$$(8) p \rightarrow (\neg q \rightarrow r)$$

$$(9) \neg(\neg q \rightarrow r) \rightarrow \neg p$$

En efecto, la tabla de verdad que define la implicación bicondicional o equivalencia lógica es:

|   |  |   |  |       |
|---|--|---|--|-------|
| p |  | q |  | p ↔ q |
| V |  | V |  | V     |
| V |  | F |  | F     |
| F |  | V |  | F     |
| F |  | F |  | V     |

Ocupémonos ahora de la segunda proposición condicional de la que deriva la «reductio ad absurdum»:

$$(10) \neg p \rightarrow (\neg q \rightarrow \neg r)$$

«Si es el caso que no es 'p' es el caso que si no es 'q' no es 'r'». Aunque no se produzca el antecedente sigue siendo correcta la implicación. Además de (10), es correcta (11):

$$(10) \neg p \rightarrow (\neg q \rightarrow \neg r)$$

$$(11) p \rightarrow (\neg q \rightarrow \neg r)$$

Pero evidentemente no serían correctas si fueran bicondicionales, ya que las siguientes implicaciones son incorrectas:

$$(12) (\neg q \rightarrow \neg r) \rightarrow \neg p$$

$$(13) (\neg q \rightarrow \neg r) \rightarrow p$$

(10) relaciona el antecedente con el consecuente de una forma diferente a como lo hace (6). La tabla de verdad de la implicación material ( $p \rightarrow q$ ) es:

|   |  |   |  |       |
|---|--|---|--|-------|
| p |  | q |  | p → q |
| V |  | V |  | V     |
| V |  | F |  | F     |
| F |  | V |  | V     |
| F |  | F |  | V     |

### 1.2.1. Consecuencias de la tabla de verdad de la implicación material

Conforme a la matriz que define la implicación material, una proposición verdadera es implicada por cualquier otra proposición y, a su vez, una proposición falsa implica cualquier otra proposición. Podemos entonces construir estas inferencias:

$$(14) p \rightarrow (q \rightarrow p)$$

$$(15) \neg p \rightarrow (p \rightarrow q)$$

Si es verdad que «p», entonces es verdad que cualquier cosa implica «p». Si es falso que «p», entonces es verdad que «p» implica cualquier cosa. A partir de estas dos inferencias nacieron, como posteriormente veremos, las paradojas de la obligación derivada:

$$(16) Op \rightarrow O(\neg p \rightarrow q)$$

$$(17) Op \rightarrow O(q \rightarrow p)$$

### 1.2.2. La explicación de Bertrand Russell

Es la propia noción de implicación material y, en concreto, la inferencia según la cual una proposición falsa implica cualquier otra proposición («Ex falso sequitur quodlibet»:  $(\neg p \rightarrow (p \rightarrow q))$ ) la que nos puede proporcionar la explicación de la paradoja, como ya puso de manifiesto Bertrand Russell en «The principles of mathematics»<sup>3</sup>. Lo «a priori» paradójico es, como ya expusimos:

$$(5) (\neg q \rightarrow \neg r) \rightarrow ((p \vee q \vee r) \rightarrow p)$$

Pero (5) no parece una inferencia incorrecta, de acuerdo con la corrección de (4):

$$(4) (\neg p \rightarrow ((\neg q \rightarrow r) \& (\neg q \rightarrow \neg r))) \rightarrow p$$

---

3. RUSSELL, Bertrand, *The principles of Mathematics*, Londres, Allen & Unwin, 1950, p. 18.

Conforme a (4), no es el caso que « $\neg p$ » porque « $\neg p$ » implica dos consecuentes incompatibles. Ahora bien, ¿son realmente incompatibles  $(\neg q \rightarrow r)$  y  $(\neg q \rightarrow \neg r)$ ? Siguiendo el propio concepto de implicación material, según el cual un antecedente falso implica cualquier consecuente, podemos deducir que existe una posibilidad de que no sean incompatibles  $(\neg q \rightarrow r)$  y  $(\neg q \rightarrow \neg r)$ : que « $\neg q$ » haga referencia a una proposición falsa y que, por ello, implique consecuencias contradictorias. Es decir, sólo hay contradicción segura entre « $r$ » y « $\neg r$ », no entre  $(\neg q \rightarrow r)$  y  $(\neg q \rightarrow \neg r)$ . Realmente, « $\neg p \rightarrow ((\neg q \rightarrow r) \& (\neg q \rightarrow \neg r))$ » no es sino una prolongación de « $\neg p \rightarrow q$ », ya que si es el caso que « $q$ », « $\neg q$ » implica cualquier cosa. «Si Allen no está Brown está» y «Si Allen no está Brown no está» no son incompatibles si es falso que Allen no está. Esto es, si Allen está. Entonces, el hecho de que «Si Carr no está» implique esas dos consecuencias sólo significa que, si Carr no está, Allen está, lo cual no es nada paradójico (ya que si Allen no estuviera tampoco estaría Brown, algo que no es posible porque alguien tiene que estar en la barbería).

## 2. PRIMER INTENTO DE REPRODUCCION DEONTICA DE LA PARADOJA

En cualquier caso, el objetivo de este experimento no es el de encontrar una solución a la «paradoja de la barbería» sino, principalmente, el de analizar la supuesta naturaleza paradójica de inferencias deónticas que reproduzcan las inferencias proposicionales citadas, inferencias que deben ser construidas a partir de la validez de las normas como criterio pretendidamente paralelo a la verdad de las proposiciones.

### 2.1. La hipótesis de los juristas y el ordenamiento desconocido

Realizaré a continuación un primer intento de reproducción deóntica de la «paradoja lógica de la barbería»: Supongamos que dos teóricos del derecho comentan las normas que son válidas en un ordenamiento jurídico que no conocen en profundidad. Sólo disponen de algunos datos, como que el Estado ha renunciado a recaudar impuestos que no sean el que grava el consumo, el que grava la renta o el que grava el patrimonio, e incluso que no tienen por qué estar vigentes los tres. También conocen la existencia en ese ordenamiento jurídico de una norma según la cual si no se da el caso que esté vigente una norma que obligue a pagar el Impuesto que grava la renta, tampoco debe estar vigente una norma que obligue a pagar el Impuesto que grava el patrimonio. De estos datos los juristas deducen que es seguro que sí está vigente una norma que grava el Impuesto sobre el consumo.

## 2.2. Una nueva inferencia paradójica

Estos razonamientos se pueden ordenar a través de la siguiente inferencia (llamamos a la norma que obliga a pagar el Impuesto sobre el consumo «O (c)», a la norma que obliga a pagar el Impuesto sobre la renta «O (r)», y a la norma que obliga a pagar el Impuesto sobre el patrimonio «O (p)»):

(A1). O(c) o O(r) o O(p) deben ser normas válidas.

(B1). En cualquier caso, si O(r) no es una norma válida, O(p) no debe ser una norma válida.

(C1). Conforme a A1, si O(c) no es una norma válida, entonces, si O(r) no es una norma válida, O(p) debe ser una norma válida.

(D1). Por lo tanto, si O(c) no es una norma válida entonces se infieren dos consecuencias: (D1\*) Si O(r) no es una norma válida, O(p) no debe ser una norma válida; (D1\*\*) Si O(r) no es una norma válida, O(p) debe ser una norma válida.

(E1). (D1\* y D1\*\*) son dos proposiciones contradictorias.

(F1). No puede ser cierto que O(c) no sea una norma válida, porque ello conduciría a una «*reductio ad absurdum*».

## 2.3. Razones del fracaso de este intento

Utilizando esta hipótesis también llegamos a una conclusión paradójica, porque intuitivamente parece obvio que, si O(r) es una norma válida, puede ocurrir perfectamente que O(c) no lo sea. Ahora bien, ¿es esta la paradoja que buscábamos?; ¿es esta la paradoja con la que pretendíamos averiguar si el valor de la validez podría cumplir en la lógica deóntica la función que cumple el valor de la verdad en la lógica proposicional?

No lo es; no lo es porque la paradójica inferencia que hemos construido es también una inferencia proposicional y no una inferencia deóntica. Las premisas siguen siendo proposiciones y no normas, y de ellas se sigue predicando su verdad o falsedad, no su validez o invalidez. La única diferencia es que este raciocinio lógico relaciona proposiciones que poseen unas características determinadas: son proposiciones sobre normas, proposiciones normativas. Las proposiciones sobre normas describen, pero en ocasiones se construyen sintácticamente en términos de «deber ser». (A1) podría haberse formulado así: «O(c) o O(r) o O(p) son normas válidas». Y en cualquier caso no sería un enunciado prescriptivo, porque significa que, en opinión de los teóricos del derecho, conforme al derecho positivo vigente, O(c) o O(r) o O(p) deben ser normas válidas.

### 3. SEGUNDO INTENTO DE REPRODUCCION DEONTICA DE LA PARADOJA

Expongamos un segundo intento de reproducción deóntica de la «paradoja lógica de la barbería» y analicemos si en esta ocasión la inferencia paradójica relaciona normas, no proposiciones.

Hablar de algo como verdadero es igual que decir que algo es verdadero. No hay en este caso diferencia semántica apreciable entre lenguaje y metalenguaje, entre decir «Es verdad la siguiente proposición: 'Mi nombre es Juan'» y decir «Mi nombre es Juan». Pero enunciar una norma válida no es lo mismo que hablar de la validez de dicha norma. Si el artículo 212 del Código Civil prohibiera el matrimonio entre primos, sería distinto enunciar la norma —«El matrimonio entre primos está prohibido»— que hablar de su validez —«Es válida la norma 'el matrimonio entre primos está prohibido'»—. El primer enunciado es prescriptivo; el segundo es descriptivo. Por ello, para no incurrir en el error que echó por tierra el primer intento, debemos tener presente que la inferencia debe basarse en el contenido de la norma interpretado prescriptivamente, no descriptivamente.

#### 3.1. La hipótesis de las dos normas tributarias

Supongamos la existencia en un ordenamiento jurídico de dos normas tributarias. Una de ellas establece que se debe cumplir la obligación de pagar el Impuesto sobre el consumo ( $O(c)$ ) o la obligación de pagar el Impuesto sobre la renta ( $O(r)$ ) o la obligación de pagar el Impuesto sobre el patrimonio ( $O(p)$ ), disyunción que se debe interpretar inclusivamente. La segunda norma establece que, si no se cumple  $O(r)$ , no se debe cumplir  $O(p)$ .

#### 3.2. Una nueva inferencia paradójica

Trataremos de inferir, utilizando el mismo procedimiento que en el supuesto de la paradoja óntica, una norma según la cual se debe cumplir  $O(c)$ :

(A2). Se debe cumplir  $O(c)$  o  $O(r)$  o  $O(p)$ .

(B2). Si no se cumple  $O(r)$ , no se debe cumplir  $O(p)$ .

(C2). Conforme a (A2), si no se cumple  $O(c)$ , entonces, si no se cumple  $O(r)$  se debe cumplir  $O(p)$ .

(D2). Por lo tanto, si no se cumple  $O(c)$  se infieren dos consecuencias: (D2\*) Si no se cumple  $O(r)$  no se debe cumplir  $O(p)$ ; (D2\*\*) Si no se cumple  $O(r)$  se debe cumplir  $O(p)$ .

(E2). (D2\*) y (D2\*\*) son dos proposiciones contradictorias.

(F2). Se cumple  $O(c)$ .

### 3.3. Razones del fracaso de ese intento

La inferencia podría considerarse paradójica porque si se cumple  $O(r)$  no tiene porqué cumplirse  $O(p)$ . Pero, ¿es esta inferencia supuestamente paradójica una inferencia deóntica? ¿Deduce la validez de una norma a partir de la validez de otras normas?

La respuesta es de nuevo negativa. No es una inferencia deóntica porque de la validez de dos normas no deduce la validez de una norma, sino la verdad de una proposición. La inferencia está mal planteada de cara a la consecución de nuestros objetivos porque el antecedente de los dos consecuentes contradictorios es una proposición, no una norma. En consecuencia, esta inferencia, en cuya corrección o incorrección no vamos a profundizar, no es la inferencia deóntica análoga a la inferencia paradójica construida a partir del relato de Carroll.

## 4. TERCER INTENTO DE REPRODUCCION DEONTICA DE LA PARADOJA

Realicemos un tercer intento de reproducción deóntica de la «paradoja lógica de la barbería». De los dos intentos fallidos podemos deducir dos consecuencias: a) Debemos basarnos en la validez de las normas, no en la verdad de las proposiciones sobre la validez de las normas; b) El antecedente que al implicar consecuentes contradictorios conduce a una «reductio ad absurdum» no debe ser una proposición, sino una norma.

### 4.1. La hipótesis del precepto constitucional: normas y metanormas

Utilicemos ahora la siguiente hipótesis: supongamos que la norma suprema o constitucional de un ordenamiento jurídico establece en uno de sus artículos dedicados a la financiación del Estado que, en lo referente a los ingresos derivados de la recaudación de impuestos, el órgano legislativo deberá elaborar al menos una de estas tres normas: a) una norma que obligue a pagar el Impuesto sobre el consumo (IC); b) una norma que obligue a pagar el Impuesto sobre la renta (IR); c) una norma que obligue a pagar el Impuesto sobre el patrimonio (IP). El segundo apartado del artículo constitucional especifica que, en cualquier caso, si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IR, no deberá elaborar una norma que obligue a pagar el IP.

## 4.2. Una nueva inferencia paradójica

Conforme a esta hipótesis podemos construir la siguiente inferencia:

(A3). El órgano legislativo deberá elaborar al menos una de estas tres normas: a) una norma que obligue a pagar el IC; b) una norma que obligue a pagar el IR; c) una norma que obligue a pagar el IP.

(B3). En cualquier caso, si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IR, no deberá elaborar una norma que obligue a pagar el IP.

(C3). Conforme a (A3), si no se debe pagar el IC (es decir, si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IC), entonces, si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IR deberá elaborar una norma que obligue a pagar el IP.

(D3). Por consiguiente, si no se debe pagar el IC (es decir, si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IC), entonces nos hallamos ante dos consecuencias: (D3\*) Si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IR, no deberá elaborar una norma que obligue a pagar el IP; (D3\*\*) Si el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IR, deberá elaborar una norma que obligue a pagar el IP.

(E3). (D3\*) y (D3\*\*) son dos normas contradictorias.

(F3). Se debe pagar el IC (ya que no es el caso que el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IC).

### 4.2.1. Razones de su supuesta naturaleza paradójica

Esta inferencia, que deduce la validez de una norma a partir de la validez de dos normas, resulta paradójica porque parece intuitivamente evidente que de la obligación de que al menos una de tres normas sea válida, teniendo en cuenta que, si una de ellas no es válida, una segunda tampoco debe serlo, no se desprende que la tercera forzosamente sea válida.

Así, en lenguaje lógico, es el caso que

$$(18) O(-O(r) \rightarrow -O(p))$$

Conforme a (18), se pretende probar que

$$(19) O(O(c) \vee O(r) \vee O(p)) \rightarrow O(c)$$

La demostración es la siguiente:

$$(20) O(O(c) \vee O(r) \vee O(p)) \rightarrow (-O(c) \rightarrow (-O(r) \rightarrow O(p)))$$

$$(21) (-O(c) \rightarrow ((-O(r) \rightarrow O(p)) \& (-O(r) \rightarrow -O(p)))) \rightarrow O(c)$$

Conforme al principio lógico de «reductio ad absurdum», si  $O_p$  implica a la vez  $O_q$  y  $O_{\neg q}$ ,  $O_p$  no es válido. Aplicado al caso, resulta que la norma  $O(c)$  es válida. Pero, por otra parte, si  $O(r)$  es válida, al margen de que  $O(p)$  lo sea,  $O(c)$  puede serlo o puede no serlo.

#### 4.2.2. *¿Es ésta una reproducción deóntica de la paradoja de Carroll?*

##### 4.2.2.1. Las paradojas de la obligación derivada

Anteriormente señalaba que los intentos de solución de la paradoja de Carroll han girado en torno a la peculiar tabla de verdad de la implicación material, según la cual una proposición falsa implica cualquier proposición y una proposición verdadera es implicada por cualquier proposición. La sustitución de la verdad o falsedad de las proposiciones por la validez o invalidez de las normas propició la aparición de las «paradojas de la obligación derivada» o «paradojas del compromiso», así formuladas:

$$(16) O(p) \rightarrow O(\neg p \rightarrow q)$$

$$(17) O(p) \rightarrow O(q \rightarrow p)$$

En efecto, en el primer sistema de lógica deóntica diseñado por Von Wright aparecían estas implicaciones paradójicas, ya anteriormente estudiadas por Prior, según las cuales la realización de una acción no permitida compromete a realizar cualquier otra acción, y la realización de cualquier acción compromete a realizar una acción que es obligatoria. Von Wright, a partir de la regla de extensionalidad según la cual las fórmulas de lógica proposicional susceptibles de ser probadas equivalentes son intersustituibles en las expresiones bien formadas del cálculo deóntico, formuló tesis como las siguientes:

$$(22) O(p) \& O(q) \rightarrow O(p \& q)$$

$$(23) (O(p) \& O(p \rightarrow q)) \rightarrow O(q)$$

De (22) y (23) se deducían (16) y (17), pero estas fórmulas paradójicas eran consecuencia, como Von Wright posteriormente reconoció, del sistema monádico utilizado, y se podrían evitar si en la noción de compromiso se incluía no sólo la idea de obligación, sino también la idea de permiso, ya que «uno no puede comprometerse a uno mismo a una acción que está ya obligado a hacer. Ni puede uno comprometerse por una acción de la que uno está obligado normativamente a abstener-



se»<sup>4</sup>. Concibiendo el compromiso como « $p \rightarrow O(q)$ », Von Wright pensaba que se eliminaba el efecto paradójico derivado del hecho de que una acción no permitida compromete a uno a cualquier acción, ya que « $O(\neg p) \rightarrow (p \rightarrow O(q))$ » no es un teorema. Y ello no afectaba al hecho nada paradójico de que una acción compromete a uno a hacer el propio deber, porque « $\neg p \rightarrow (p \rightarrow O(q))$ » sí es un teorema<sup>5</sup>.

#### 4.2.2.2. Diferencias con la reproducción de la paradoja de Carroll

Analicemos las fórmulas de la paradoja del compromiso en comparación con las obtenidas en nuestra última tentativa a partir de la hipótesis de los mandatos constitucionales dirigidos a los legisladores.

En las primeras, una premisa mayor (normativa) y una premisa menor (proposicional) implican una conclusión (normativa). Si es el caso que existe obligación de realizar « $p$ », y se realiza « $\neg p$ », entonces es el caso que existe obligación de realizar « $q$ »:

$$(16) O(p) \rightarrow O(\neg p \rightarrow q)$$

Y si es el caso que existe obligación de realizar « $p$ », y se realiza cualquier acción « $q$ », entonces es el caso que existe obligación de realizar « $p$ »:

$$(17) O(p) \rightarrow O(q \rightarrow p)$$

En las segundas, todas las premisas son normativas, pero de una normatividad de diferente orden. En base a normas de primer orden y, por subsunción, a normas de segundo orden, se obtiene otra norma de segundo orden.

#### 4.2.2.3. Validez deóntica y validez dianoética

Conviene en este punto mencionar la trascendental distinción introducida por Conte entre la validez deóntica de una norma («*Geltung*») y su validez inferencial o «dianoética» («*Gültigkeit*»). Una norma es dianoéticamente válida si puede ser inferida de otra norma; una norma

---

4. VON WRIGHT, Georg H., *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963. Existe versión castellana: *Norma y Acción*, trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, (véanse pp. 193 y ss.).

5. VON WRIGHT, Georg H., *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1968. Existe versión castellana: *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, trad. de E. Garzón Valdés, México, UNAM, 1976 (véanse pp. 93 y 95).

es deónticamente válida si existe en un ordenamiento. Pero la validez dianoética de una norma no es condición suficiente de su validez deóntica: que sea dianoéticamente válida no implica necesariamente el hecho de que sea deónticamente válida, porque la validez deóntica de una norma no depende de la norma de la que se infiere, sino de las normas que condicionan la validez deóntica en un ordenamiento; es decir, de las reglas constitutivas del ordenamiento (en singular, de la regla neóntico-constitutiva del ordenamiento)<sup>6</sup>. Un enunciado prescriptivo individual inferido de un enunciado prescriptivo general no tiene por qué ser deónticamente válido —no tiene por qué existir en el ordenamiento—; esto es así, como pone de relieve Conte, no por la prescriptividad de los dos enunciados sino por la relación pragmática que los vincula<sup>7</sup>.

Una inferencia lógica según la cual normas constitucionales implican antintuitivamente normas de orden inferior tampoco puede ser una reproducción deóntica de una paradoja proposicional. El error es en el fondo el mismo que provocó el fracaso de las anteriores tentativas: no se relaciona la validez deóntica de una norma con la validez deóntica de otra norma, sino la validez deóntica de una norma con el hecho de que esa norma, al ser válida, implica determinadas consecuencias no deónticas; la norma inferida es sólo dianoéticamente válida.

#### 4.2.2.4. La bidimensionalidad pragmática de la norma

Deducir (F2) («Se cumple O(c)») de (A2) («Se debe cumplir O(c) o O(r) o O(p)») no nos fue útil. Pero tampoco nos es útil que (A3) («El órgano legislativo deberá elaborar al menos una de estas tres normas: a) una norma que obligue a pagar el IC; b) una norma que obligue a pagar el IR; c) una norma que obligue a pagar el IP») implique (F3) («Se debe pagar el IC»), que equivale a: «Se cumple (A3) porque existe una norma que obliga a pagar el IC». (A3) es una norma dirigida a un sujeto normativo que es a la vez la autoridad normativa de la norma de orden inferior. Es necesario percibir el sentido pragmáticamente dual de la norma, como imposición de una conducta a sus destinatarios y como continuidad racional de la norma superior. Cuando (F3) se enuncia como conclusión es irrelevante su carácter deóntico; en ese caso sólo tiene el sentido pragmático de afirmar el cumplimiento de (A3). Realmente, no se está deduciendo de la validez de una norma la validez de otra norma sino, una vez más, la verdad de una proposición.

---

6. CONTE, Amedeo, «Deontico vs, Dianoetico», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 1986, pp. 489 y ss.

7. CONTE, Amedeo, «In margine all'ultimo Kelsen», en *Problemi di teoria del diritto*, edición de R. Guastini, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 206 a 208.

De la validez del precepto constitucional que establece que el órgano legislativo debe elaborar una norma escogiendo entre las tres alternativas que menciona el propio precepto, sólo se deduce la verdad de un enunciado descriptivo según el cual el órgano legislativo, como destinatario del precepto constitucional, cumple la norma en un sentido determinado. Esta inferencia tampoco nos sirve, porque el antecedente de los dos consecuentes supuestamente contradictorios alude al hecho de que el órgano legislativo no elabora una norma que obligue a pagar el IC; es decir, es de nuevo una proposición a pesar de que evidentemente signifique que los sujetos destinatarios de la norma de orden inferior no deben pagar el IC.

## 5. CONCLUSION

Comenzaba este ensayo preguntándome si la sustitución del valor «verdad» por el valor «validez» podría ser la forma de resolver el problema de que los enunciados prescriptivos, al ser enunciados no apofánticos, aparentemente no pueden formar parte de inferencias lógicas. Advertí asimismo que me acercaría al mencionado problema experimentando la semejanza o desemejanza entre una paradoja lógica y su reproducción deóntica. No he podido obtener dicha reproducción, porque en todos los intentos la conclusión supuestamente paradójica no ha sido deóntica sino proposicional. La única conclusión es que no ofrezco ninguna conclusión en relación con el problema planteado, al menos que pueda extraer a través del citado experimento. Consuela recordar de nuevo que la ciencia vive de sus respuestas, pero la filosofía vive de sus preguntas.



## Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración

Por GIUSEPPE ZACCARIA

Padua

### 1. HERMENEUTICA VERSUS ANALITICA: ¿UNA ANTITESIS INSUPERABLE?

Cuando un fenomenólogo como Merleau-Ponty, en el curso de una charla de Royaumont que se desarrolló entre varios acreditados filósofos analíticos (de J. O. Urmson a B. Williams, de P. F. Strawson a W. V. Quine, de J. Austin a R. Hare) por un lado y destacadas personalidades de la filosofía continental de orientación existencialista y fenomenológica (de J. Wahl a C. Perelman, de F. Alquié a L. Goldmann) por el otro, preguntó al analítico Gilbert Ryle si podía estar de acuerdo con su propio programa de investigación, obtuvo la respuesta: «J'espère bien que non!»<sup>1</sup>.

Estábamos en 1958 y, en efecto, las distancias que en aquel momento contraponían a las principales orientaciones de la filosofía analítica las varias y entre sí diferentes perspectivas de la filosofía continental aparecían inmensas e infranqueables. Hoy en día, a más de treinta años de distancia, a pesar de la gran diferencia y de la lejanía de los puntos de partida, se ve ya bien claro que el *cambio lingüístico*<sup>2</sup> re-

---

1. Cahiers de Royaumont, *La philosophie analytique*, Paris, 1962, p. 98.

2. Véase RORTY, R., ed., *The Linguistic Turn. Recent Essays In Philosophical Method*, Chicago-London, 1967, con una bibliografía excelente y una larga introducción de Rorty sobre las «dificultades metafísicas de la filosofía analítica»; APEL, K. O., *Transformation der Philosophie*, 2 vol., Frankfurt a.M., 1973, trad. it. parcial de G. Carchia, Torino, 1977; DUMMETT, M., *Ursprünge der analytischen Philosophie*, Frankfurt a. M., 1988 trad. it. de E. Picardi, Bologna, 1990, p. 11 y s. Al «cambio lingüístico» a sus implicaciones y a sus desarrollos ha sido dedicado el volumen *Filosofía '90*, reseñado por G. Vattimo, Roma-Bari, 1991; aquí ha de verse, sobre el tema, espe-

presenta el rasgo característico de la filosofía contemporánea, de tal manera que el encuentro de las dos grandes tradiciones que dominan la filosofía del siglo pasado, o sea la orientación empírico-lógico-analítica por una parte y la fenomenología-existencial por otra, puede ya decirse, en muchos aspectos aunque con algún problema, realizado.

Es cierto, sin duda alguna, que si llevamos al extremo la unidimensionalidad de las respectivas metodologías, tanto la filosofía analítica como la hermenéutica nos parecerían caracterizadas por una insanable contraposición: es más, si nos limitamos a considerar únicamente las tradiciones de pensamiento de donde proceden las dos diferentes orientaciones, tendríamos que concluir que en ellas radicaría una total incompatibilidad. Bajo este punto de vista la filosofía analítica (como por otra parte el positivismo lógico y la semántica también) por un lado y la filosofía hermenéutica por el otro, aun más y antes que antítesis relativas a la orientación objetiva y metodología de la reflexión, expresan inconfundibles antítesis universales propias de la mentalidad humana —Hegel hablaba de «figuras del espíritu»— que no por azar se han traducido, pasando el tiempo, en una exacta geografía cultural. Nominalismo y empirismo, predominantes en el campo cultural de tradición anglosajona, se hallan desde siempre contrapuestos a la tradición existencialista y subjetivista de la cultura continental, de carácter especialmente alemán. *Sentido y ontología versus metodología de la ciencia*: se trata, en efecto, y por lo menos en apariencia, de intereses filosóficos divergentes y radicalmente contrapuestos, divididos por un abismo en la metodología filosófica.

Pero allende la observación, siquiera notable (sobre la que volveremos más adelante), de que es más fructífero relacionar filosofía analítica y hermenéutica en el plano de las investigaciones regionales más bien que en el de las premisas teóricas de las concepciones filosóficas generales, en el cual divergen radicalmente por alcance y manera de proceder, también en este terreno es necesario subrayar de inmediato cómo desde el interior mismo del desarrollo especulativo de las dos tradiciones de pensamiento se estuviera preparando el terreno, en las últimas décadas, para un acercamiento y un encuentro<sup>3</sup>.

---

cialmente los ensayos de FRANK, M., «Linguisticità dell'autocoscienza?», pp. 77-116, de VECA, S., «Il linguaggio e altri enigmi», pp. 117-131 y de GARGANI, A.G. «La filosofia post analitica», pp. 133-157.

3. Entre otros, documentan en sus obras más recientes esta feliz compresencia de elementos hermenéuticos y analíticos PICOEUR, P., «Logique Hermeneutique?», en *Contemporary Philosophy. A new survey*, Den Haag, 1981, pp. 179-23, trad. it. di F. Polidori, en «Aut Aut», 1987, en. 217-218, pp. 64-100; *Temps et Recit*, Tome I e II, Paris, 1983, 1984, 1985, trad. it. di G. Grampa, Milano 1986, 1987, 1988; *Du Texte à L'action. Essais d'herméneutique*, II Paris, 1986, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1989; VON WRIGHT, G.H., «Practical Inference», en *Philosophical Review*, LXXII, 1963, pp. 159-179; *Explanation and Understanding*, Ithaca, New York, 1971, trad. it. di G. Di Bernardo, Bologna, 1977; *Causality and Determinism*, New York-London, 1974; «Das menschliche Handeln im Lichte seiner Ursachen und Gründe», en H. LENK (ed.),

Se considere, tan solo como ejemplo, de qué manera la inicial exigencia de absoluto rigor, propia del neopositivismo lógico, se haya progresivamente disuelto desde el interior de la corriente analítica a razón de las disciplinadas formas autocríticas de Quine<sup>4</sup>, de Sellars<sup>5</sup> o de Davidson<sup>6</sup>, que subrayan con claridad cada vez más patente la insuficiencia de puntos de vistas únicamente lógico-formales y perceptivos-concretos, hasta la conclusiva conversión, con

---

*Handlungstheorie*, Braunschweig, 1976; TUGENDHAT, E., *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976, trad. it. di G. Penco, Genova, 1989.

4. La poliédrica teoría de Quine, formulada en *From a logical point of view*, Cambridge, Mass., 1953, trad. it. de E. Mistretta, Roma 1966, y luego magistralmente esbozada en *Word and Object*, Cambridge, Mass., 1960, trad. it. de F. Mondadori, Milano, 1970, aunque esencialmente fisicista en sus conclusiones, marca el importante momento inicial de agotamiento de aquella visión omnicomprensiva del lenguaje, que ha caracterizado desde su origen gran parte de la filosofía analítica. De Quine véase también *The Ways of Paradox and Others Essays*, New York, 1966, *Ontological Relativity and other Essays*, New York, 1969, *Philosophy of Logic*, Englewood Cliffs, 1970, trad. it. de D. Benelli, Milano, 1981, *The Roots of Reference*, La Salle, 1974, *Quiddities*, Harvard, 1987, trad. it. de L. Bonatti, Milano, 1991. Acerca de la obra de esta figura central de la revisión americana de la filosofía analítica, v. DAVIDSON, D., HINTIKKA, J., (eds.), *Words and Objections*, Dordrecht, 1969, colección de ensayos en honor de Quine, ROMANOS, G.D., *Quine and Analytic Philosophy*, Cambridge, Mass. 1983, HAHN, L.E. - SCHILPP, P.A., (eds.), *The Philosophy of W. V. Quine*, La Salle/111, 1986, KOPPELBERG, D., *Die Aufhebung der analytischen Philosophie, Quine als Synthese von Carnap und Neurath*, Frankfurt, 1987 (reseñada por ENGELS - PITZ, E., en la *Revue internationale de philosophie*, 46, 1981, pp. 280-783); PÉREZ FUSTUGUERAS, A., *La epistemología de Quine*, Madrid, 1988; SANTABROMOGIO, M., QUINE, W.V., en ID (ed.), *Introduzione alla filosofia analitica del linguaggio*, Roma-Bari, 1992, pp. 179-222.

5. *Science, Perception and Reality*, London-New York, 1963; *Science and Metaphysics*, New York, 1968, *Pragmatics and Possible Worlds*, Reseda, Calif., 1980. Sobre el pensamiento de Sellars, véase CASTANEDA, H.N., (ed.), *Action, Knowledge and Reality. Studies in Honour of W. Sellars*, Indianapolis, 1975; PITT, J., *Pictures, Images and Conceptual Changes. An Analysis of W. Sellars' Philosophy of Science*, Dordrecht, 1979, PITT, J., (ed.), *The Philosophy of W. Sellars: Queries and Extensions*, Dordrecht, 1980.

6. La teoría de la interpretación de Davidson representa, en el plano del relativismo y desde el enfoque olístico de Quine, el resultado consecuente, aunque radical, de la disolución del dogmatismo analítico. Véase, especialmente, la recopilación de ensayos *Essays on Actions and Events*, Oxford, 1984; entre las obras de Davidson, v. *Actions, reasons and Causes* (1963), trad. it. de A. Artosi, Parma, 1984, pp. 81-104; *Truth and Meaning* (1967), trad. it. de G. Usberti, Milano, 1978, pp. 433-454; *On the very Idea of a Conceptual Scheme* (1974), trad. it. de R. Egidi, Milano, 1988, pp. 151-167; *A Coherence Theory of Truth and Knowledge* (1983), trad. it. de A. Bottani y C. Penso, Milano, 1991, pp. 112-134; «Knowing One's Own Mind», en *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, LX, 1987, pp. 441-459; «The Structure and Content of Truth», en *The Journal of Philosophy*, 87, 1990, pp. 279-328. Sobre los diferentes aspectos del pensamiento de Davidson, véase LE PORE, E., (ed.), *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of D. Davidson*, Oxford, 1986; PICARDI, E., «Donald Davidson: significato e interpretazione», en *Introduzione alla filosofia analitica del linguaggio*, cit., pp. 223-266.

Richard Rorty <sup>7</sup>, en una filosofía pragmática y hermenéutica del lenguaje, «enfocada sobre la conversación».

Llegando a madurez «después» de la disolución posthegeliana del concepto del todo, «después» de la crítica nietzscheana de la subjetividad, «después» de la crítica epistemológica al ideal de exactitud matemática, «después» del abandono wittgensteiniano de la teoría verificacionista y referencial del significado, el *Linguistic Turn*, o sea la constitución del lenguaje como objeto privilegiado de la investigación filosófica se coloca cada vez más en el centro de todo el pensamiento filosófico occidental (y en este sentido aborda, aunque de diferente manera, tanto la hermenéutica como la filosofía analítica). Las cuestiones filosóficas se han ampliamente transformado ya, de manera muy profunda, en problemas de lenguaje. Es el paso desde un pensamiento enfocado sobre las clásicas relaciones de sujeto-objeto hacia una reflexión concentrada sobre las relaciones entre lenguaje y mundo, entre palabra y cosa. En el mundo antiguo, y aún hoy en día en el pensamiento corriente, existen, en términos separados, una realidad, un pensamiento que la piensa y un lenguaje que la expone; por el contrario, en los más maduros desarrollos de la reflexión contemporánea el lenguaje ya no se considera el mero instrumento de una reflexión, que queda al exterior del contenido del pensamiento, sino que adquiere una propia dignidad, autónoma y ya presente. Nuestra experiencia del mundo sufre siempre el condicionamiento preliminar de las categorías lingüísticas que practicamos y heredamos como sujetos pertenecientes a una determinada tradición <sup>8</sup>. La palabra adquiere su densidad como lugar a partir del cual resulta posible que las cosas «se den».

---

7. La «tracción» y el desmantelamiento realizado por Rorty de la tradición analítica de donde procedía se cumple con las siguientes obras: *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, 1979, trad. it. de G. Millone y R. Salizzoni, Milano, 1986, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis, 1983, trad. it. de F. Elefante, Milano, 1986: «Epistemological Behaviorism and the De-Transcendentalization of Analytic Philosophy», en HOLLINGER, R., (ed.), *Hermeneutics and Praxis*, Notre Dame, Indiana, 1985, pp. 89-121; «Solidarity or Objectivity?», en RAJCHMAN - WEST, C., (Eds.), *Post-Analytic Philosophy*, New York, 1985, pp. 3-19, trad. it. de G. Borradori, Milano, 1988, pp. 289-308; «Di là dal realismo e dall'anti-realismo: Heidegger, Fine, Davidson e Derrida», en *Aut Aut*, 1987, n. 217-218, pp. 101-119; *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, 1989, trad. it. de G. Borringhieri, Roma-Bari, 1989; *Objectivity, Relativism and Truth. Philosophical Papers*, vol. I, Cambridge, 1991; *Essays on Heidegger and Others Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge 1991; sobre la obra de Rorty véase WARNKE, G., «Hermeneutics and the Social Sciences. A Gadamerian Critique of Rorty», en *Inquiry*, 28, 1985, pp. 339-257, que establece una comparación Rorty-Gadamer; ROTHBERG, D.J., «Gadamer, Rorty, Hermeneutics and Truth», en *Inquiry*, 29, 1986, pp. 355-361; FERRARIS, M., «Richard Rorty e la transizione dall'emerneutica all'epistemologia», en *Aut Aut*, 1986, 216 pp. 123-129; INVERNIZZI, G., «Recenti discussioni sulla storiografia filosofica in ambiente anglosassone», en *Rivista di storia della filosofia*, LXXVIII, 1987, pp. 121-136; SANTUCCI, A., «Conseguenze delle Consequences of Pragmatism di R. Rorty», en *Rivista di Filosofia*, LXXX, 1989, pp. 431-459; RESTANO, F., *Filosofia e post-filosofia in America. Rorty, Bernstein, Mac Intyre*, Milano, 1990, pp. 87-161.

8. VATTIMO, G., *Filosofia al presente*, Milano, 1990, p. 94.



Pero estos comunes resultados se vuelven posibles porque el cambio lingüístico ejecuta un crítico y decidido alejamiento respecto a las formas transmitidas por la metafísica tradicional y se mueve a partir de un interrogativo de fondo que se refiere a la sensatez de la tradición filosófica anterior<sup>9</sup>. Las dos perspectivas —analítica y hermenéutica— se articulan, aunque de manera diferente, como filosofías de la crisis: y la conciencia de la crisis representa ya la patente manifestación de un sentido y la recuperación de una universalidad del pensamiento. La operación teórica fundamental y sin retorno, que substancia este tejido filosófico ampliamente común, se manifiesta precisamente cuando sale de la subjetividad y de la crítica al paradigma de la filosofía de la conciencia. ¿De qué manera, y a qué condiciones, es aún posible hablar de «sujeto» en la actualidad? Para contestar a este interrogativo, verdaderamente primario en el debate filosófico actual, es necesario tomar un camino indirecto y recorrer aquél que Paul Ricoeur llamo «el largo camino del lenguaje»<sup>10</sup>. La filosofía de la conciencia, polo ya no más último y único del pensamiento reflejo, encuentra establecidos sus propios límites en el momento en que reconoce la especulación dependiente de la filosofía del lenguaje; y esto en el sentido de que el lenguaje representa el horizonte más amplio en el que ésta se sitúa, como en el sentido de que la conciencia se encuentra ya orientada por las maneras de su formulación lingüística<sup>11</sup>. Más allá de la experiencia de su propio pertenecer al lenguaje, no es posible pensar el pensamiento: lo que nos es posible reconocer como pensamiento posee la intrínseca característica de hallar expresión en un lenguaje; este último aparece

---

9. APEL, *Transformation der Philosophie*, cit., p. 5.

10. «Estas dos objeciones poseen también, al mismo tiempo, una proposición positiva: substituir al corto camino de la Analítica del *Dasein* el largo camino que comienza por los análisis del lenguaje. Así conservaremos constantemente el contacto con las disciplinas que tratan de ejecutar la interpretación de manera metódica, y resistiremos a la tentación de separar la verdad, propia de la comprensión, del método, puesto en práctica por las disciplinas nacidas de la exégesis. RICOEUR, P., *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Paris, 1969, trad. it. de R. Balzarotti, F. Botturri, G. Colombo, Milano, 1977, p. 24, (la traducción es nuestra).

11. El autor al que hay que hacer referencia es, evidentemente y antes que nada, el Wittgenstein de *Philosophical Investigations* que, rescatando la filosofía analítica de hipótesis estrechamente positivas, «abre», aunque sea desde una démarche epistemológica, al problema de la comprensión. Véase la homología entre juegos lingüísticos y formas de vida en WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen. Philosophical Investigations*, G. M. Anscombe-R. Rhees eds. Oxford, 1953, trad. it. de R. Piovesan y M. Trincherio, Torino, 1967. Sobre los «diferentes momentos» del pensamiento de Wittgenstein, véase BOUVERESSE, J., *Wittgenstein: la rime et la raison. Science, éthique et esthétique*, Paris, 1973, trad. it. de S. Benvenuto, Roma-Bari, 1982; ID, *Herméneutique et linguistique*, Paris, 1991; DUMMETT, M., *Truth and Other Enigmas*, London, 1978, trad. it. parcial de M. Santambrogio, Milano, 1986; HINTIKKA, M.B. - HINTIKKA, J., *Investigating Wittgenstein*, Oxford, 1986, trad. it. de M. Alai, Bologna, 1990. Sobre los puntos de contacto entre la teoría del juego lingüístico y hermenéutica, véase ZIMMERMAN, J., *Wittgensteins sprachphilosophische Hermeneutik*, Frankfurt a M., 1975, BUBNER, R., *Handlung. Sprache und Vernunft*, Frankfurt a M., 1982 (2 ed.), trad. it. de B. Argenton, Bologna, 1985, p. 141 y s.

como «institutivo» de los significados, incluso en el valor práctico-hermenéutico de éstos. Cualquier comprensión, incluyendo la ontológica, halla su expresión en primer lugar y siempre en el lenguaje<sup>12</sup>. Acabando con una inquebrantable certidumbre del pensamiento moderno, la preeminencia de la conciencia como conciencia de sí misma (como mecanismo también absolutamente seguro de la representación del objeto) que desde Descartes en adelante caracteriza el escenario de la modernidad filosófica, la consideración del sujeto como ente en segundo lugar, como punto no final, lleva consigo desenlazar del sujeto lo trascendental y hace del lenguaje lo trascendente que permite reconocer el horizonte empírico, sin reducirse a ello totalmente. La subjetividad ya no es aquella determinación que de por sí establece el sentido y el horizonte de las demás. Este horizonte se halla al exterior de la conciencia, está en el lenguaje, que tiene en sí mismo los elementos de la pluralidad y de la intersubjetividad, fundados en la comunicación: es por lo tanto en éste donde se vuelve visible lo que es real además de la conciencia de cada uno<sup>13</sup>. Las cosas adquieren forma porque el hombre habla de ellas, o sea las interpreta.

Si la filosofía analítica ha impuesto el crucial aspecto de la relación palabra-cosa, la filosofía hermenéutica nos ha persuadido, por su parte, de la conciencia histórica, de la *dimensión finita* (respecto a una razón no situada y, en sentido idealístico, abstractamente espiritualizada) de la acción del conocimiento y del lenguaje. *Radicalmente e intrínsecamente histórico* es la comprensión que el hombre tiene de las cosas y de sí mismo, y el lenguaje se nos conforma precisamente porque somos seres finitos<sup>14</sup>: históricamente y lingüísticamente condicionados son no solamente la solución que ofrecemos a los problemas de la experiencia, sino el hecho mismo de plantearlos y las maneras en las que sucesivamente son expresados. Por el hecho de acontecer en lo existente, el ser mismo es finito<sup>15</sup>. El punto de vista desde donde nos colo-

12. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, cit., p. 23.

13. GADAMER, H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. de G. Vattimo, Milano, 1983 (2 ed.), p. 515.

14. «El lenguaje es la huella de nuestra finitud, no porque existan diferentes lenguas humanas, sino porque cada idioma se forma y se desarrolla constantemente conforme vaya expresando su experiencia del mundo. No es finita por el hecho de que no es también todos los demás idiomas, pero porque es lenguaje» (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 522; la traducción es nuestra). En una perspectiva diferente, acerca del esencial requisito de la finitud para el lenguaje, véase DAVIDSON, *Theories of Meaning and Learnable Languages* (1965), en *Inquiries in to Truth and interpretation* cit., pp. 3-15. Sobre la experiencia hermenéutica de la finitud véase a este respecto la radical reflexión heideggeriana del curso de Friburgo 1929-30 *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt-Endlichkeit-Einsamkeit*, ed. F. W. Hermann, Frankfurt a M., 1983, trad. it. de P. Coriando, Genova, 1992, p. 36 y s., véase ahora el bonito volumen de RUGGENINI, M., *I fenomeni e le parole. La verità finita dell'ermeneutica*, Genova, 1992, en particular, p. 17 y ss., 223 y ss.

15. RUGGENINI, *I fenomeni e le parole*, cit., p. 38.

camos en cada caso, y respecto al cual entramos en relación con los demás y con las cosas, no puede ser sino relativo y particular. Poniendo en relieve la *colocación* y la *especificidad* de cada fundación, que no es una fundación *absoluta* sino que ocurre *en el interior* de un determinado contexto histórico-lingüístico y *desde aquél*<sup>16</sup>, la perspectiva hermenéutica revisa la teoría de la fundación y coloca la razón en su ámbito propio y específico: ésta en efecto capta el sentido de ejemplos y de términos, poniendo en claro cómo de hecho sean utilizados. Se puede extraer el significado más profundo de los enunciados analizando *qué* se puede *hacer* con ellos, las acciones que se ejecutan con su ayuda. Es esta una perspectiva que no enfrenta la expresión lingüística a la realidad, sino que, siguiendo a John Langshaw Austin, considera *como hacer cosas con palabras*<sup>17</sup>. La filosofía hermenéutica comparte por lo tanto con la filosofía analítica del lenguaje corriente, que también llega a conclusiones similares por otros caminos, el conocimiento de que el significado de las *cosas* puede deducirse observando de qué

16. Es la tesis gadameriana de la «conciencia de la determinación histórica», a la que se conecta la exclusión de la mediación absoluta hegeliana entre historia y verdad: véase *Verità e Metodo cit.*, pp. 396-522-523; 538-539; *Le probleme de la conscience historique*, Louvain-Paris, 1963, trad. it. de G. Bartolomei, Napoli, 1974 (2 ed.). A ese respecto, véase VERRA, V., «Il problema della storia: H.G. Gadamer» en ID., *La filosofia dal '45 ad oggi*, Roma, 1976, p. 62, nuestro *Ermenutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, p. 22 y s., 34 y ss., y también MENEGHELLI, R., «Fondazione e concettualizzazione dei diritti umani», en *Pace diritti dell'uomo dei popoli*, II, 1988, n. 1, pp. 8-9.

17. AUSTIN, J.L., *How to do Things with Words*, Oxford-New York, 1962, trad. it. de M. Gentile y M. Sbisà, Torino, 1974; ID., «Performative utterances», en *Philosophical Papers*, London, 1962, pp. 233-252, trad. it. en SCARPELLI, U., (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 123-141; de los *Philosophical Papers*, véase ahora la trad. it. de P. Leonardi, Milano, 1990; ID., «Performatif-Constatif», en *La Philosophie analytique cit.*, trad. it. en SBISA, M., (ed.), *Gli atti linguistici*, Milano, 1983, (2 ed.). Sobre el pensamiento de Austin, que tuvo mucha resonancia en el ámbito teórico-jurídico también, véase OLIVECRONA, K., *Linguaggio giuridico e realtà* (1962), trad. it. de SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio cit.*, p. 242 y ss., BLACK, M., «Austin on Performatives», en *Philosophy*, 1963, pp. 217-266; FURBERG, M., *Locutionary and Illocutionary Acts. A Main Theme in J. L. Austin's Philosophy*, Stockölm, 1963; TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 253 y ss., SCARPELLI, U., en voce «Semantica giuridica», *Nuovissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, p. 37 y s.; ID., *Semantica, morale, diritto*, Torino, 1969, capítulos VIII y IX; ID., *L'etica, senza verità*, Bologna, 1982, cap. II; DERRIDA, J., «Signature événement contexte», en *Marges de la philosophie*, Paris, 1972, trad. it. de A. Marinelli, en *Aut Aut*, 1987, 217-218, pp. 177-199; ROSS, A., «Ascesa e caduta della teoria dei performativi» (1972), en ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, trad. it. de C. Caffi y R. Guastini, Bologna, 1982, pp. 232-255; BERLIN, I., (ed.), *Essay on J. L. Austin*, London, 1973; CARCATERRA, G., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1976, p. 19 y s., GUASTINI, R., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982, p. 103 y s.; ID., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, cap. I; CASTIGNONE, S., «Le parole del fare: Austin, Olivecrona, Ross e la "Fallacia performativa"», en TARANTINO, A., (ed.), *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, Milano, 1984, pp. 3-31; RECANATESI, F., «La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure», en AMSELEK, P., (ed.), *Theorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, Paris, 1986, pp. 19-35. trad. it. de A. Filipponio, Torino, 1991, pp. 25-43.

manera las *palabras* se hallen, de hecho, empleadas en un contexto concreto.

Cualquiera que sea la relatividad en la que se halle, la experiencia lingüística sobrepasa al mismo tiempo, sin embargo, la relatividad de cualquier posición del ser. El trascendentalismo del lenguaje no suprime la realidad de la experiencia, sino que la constituye. Así, en el lenguaje se hace patente lo que es real más allá de la conciencia de cada uno; pero, a diferencia de la conciencia, aquél es representable según reglas controlables. El lenguaje, regresando al nivel de la intersubjetividad práctica, visto que la autosuficiencia del sujeto empírico no tiene legitimación suficiente para determinar el sentido en su conjunto, encuentra su nueva legitimación en los procesos intersubjetivos, en los que se radica la posibilidad de la universalización del conocimiento, de la verdad. Pero esta pluralidad, esta intersubjetividad no tienen que ser concebidas tanto como una multiplicidad de sujetos no relacionados —lo que significaría volver a proponer el error del paradigma subjetivístico— sino como la consecuencia del proceso dialógico y comunicativo que constituye a los sujetos y les proporciona identidad e individualidad <sup>18</sup>.

Por lo tanto tenemos una necesaria pluralidad del lenguaje, en el sentido que las personas, las acciones, las instituciones, las tradiciones pueden ser objetivizadas como comprensibles solo en la medida en que sean sujetos de posibles interacciones: los significados poseen siempre una validez intersubjetiva. El lenguaje es el heideggeriano *Gespräch*, el hallarse plural de los hombres en el mundo que hablan en común <sup>19</sup>. Pluralidad, pero también carácter *práctico* de lo trascendente: mientras la filosofía especulativa no reconocía el carácter práctico de sus condiciones de producción y realización, la filosofía postespeculativa se plantea por el contrario el problema de la praxis social como *medium* ineliminable del proceso gnoseológico.

## 2. LA CONVERGENCIA ESPECIFICA ENTRE ANALITICA Y HERMENEUTICA

Sin embargo, no nos podemos evidentemente limitar a constatar el hecho, desde luego notable, según el cual el lenguaje no sólo se nos muestra hoy como el terreno eminente en el que surgen los debates y son discutidos los principales problemas filosóficos, sino que representa también el territorio y la extensión de la confluencia y

18. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit., p. 442.

19. HEIDEGGER, M., *Erläuterungen zu Hölderlins Dichtung*, Frankfurt a. M., 1981, trad. it. de L. Amoroso, Milano, 1988. Sobre *Gespräch*, v. GADAMER, *Gedicht und Gespräch*, Frankfurt a. M. —Leipzig, 1990; DE ALESSI, F., *Heidegger lettore dei poeti*, Torino, 1991, p. 33 y s.

de la convergencia filosófica entre punto de vista hermenéutico y analítico<sup>20</sup>.

Si luego dirigimos nuestra atención sobre las relaciones específicas entre filosofía analítica y filosofía hermenéutica, se puede observar, sin mucho esfuerzo, que muchas de las más gruesas barreras que se interponían entre las dos orientaciones han caído ya o de todos modos se han debilitado a razón de un doble movimiento convergente, por un lado bien simbolizado por la relación cada vez más estrecha de un notable hermenéutico como Paul Ricoeur con algunas conclusiones de la filosofía analítica, y por el otro representado por los crecientes avances en sentido hermenéutico de un Quine o de un Putnam<sup>21</sup>, además de los ya citados Davidson y Rorty.

Hay un doble movimiento convergente. Primero: en el plano del análisis filosófico la ruptura (desde Wittgenstein a Quine) de la exclusividad, típica del primer positivismo lógico, de la referencia atomística a las proposiciones como unidades de base del lenguaje, tiene un efecto disolvente sobre el cientificismo, desvinculando la filosofía analítica de la obligatoria y limitante conexión entre significado y verdad empírica, del dogma de la correspondencia entre proposiciones y elementos constituyentes de la realidad. He aquí las tres trabajosas etapas de este progresivo proceso de liberación recorrido por la filosofía analítica, que progresivamente ha ido alejándose de la acentuación del aspecto lógico de origen. En primer lugar tenemos el abandono de la necesaria conexión entre enunciados y objetos, entre proposiciones lingüísticas de la ciencia y estados empíricos de la realidad; en segundo lugar tenemos la elección del análisis lingüístico de las proposiciones científicas exclusivamente en el ámbito del análisis; por fin, tenemos la relativización del lenguaje científico, colocado junto a los demás universos lingüísticos y a las for-

---

20. Sobre las semejanzas y, más ampliamente, sobre las relaciones entre filosofía y hermenéutica, v. APEL, «Wittgenstein und das Problem des hermeneutischen Verstehens», en *Zeitschrift für Theologie und Kirche*, 63, 1966, pp. 49-87; ID., *Analytic Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften*, Dordrecht, 1967; ID., «Intentions, Conventions, and Reference to Things: Dimensions of Understanding Meaning in Hermeneutics and in Analytic Philosophy of Language», en PARRET, H. - BOUVERESSE, J., (eds.), *Meaning and Understanding*, Berlin-New York, 1981, pp. 79-111; HABERMAS, J., *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Tübingen, 1967, trad. it. de G. Bonazzi, Bologna, 1980, p. 31 y ss.; GADAMER, H.G., «Hermeneutik», en KLIBANSKI, R., (ed.), *Contemporary Philosophy*, Firenze, 1969, pp. 360-372; VON WRIGHT, *Spiegazione e comprensione*, cit., p. 50 y s.; SIMPSON, E., (ed.), *Anti-Foundationalism and Practical Reasoning. Conversation between Hermeneutics and Analysis*, Edmonton Alberta, 1987 (y en este especialmente los ensayos de J. Grondin, P. Mc. Cormick, N. Mac Cormick).

21. De una «hermeneutización del análisis» (Hermeneutisierung der Analyse) habla eficazmente BUBNER, R., «Wohin tendiert die analytische Philosophie?», en *Philosophische Rundschau*, 34 (1987), p. 270; de «Analytic Hermeneutics» habla por el contrario HOWARD, R.J., *Three Faces of Hermeneutics. An Introduction to Current Theories of Understanding*, Berkeley-Los Angeles-London, 1982, p. 35 y s.

mas de vida que les corresponden<sup>22</sup>. El entrecruce de lenguajes y formas de vida, esbozado por la filosofía del segundo Wittgenstein y continuado luego por Taylor y Winch<sup>23</sup>, orienta consecuentemente el enfoque analítico, por su lado «performativo», hacia un interés mas profundo por los conceptos de acción, de intención y de motivos prácticos<sup>24</sup>. El hecho de reconocer el papel jugado por la intencionalidad otorga a la filosofía analítica la dimensión de la intervención activa del sujeto en el mundo, impedida anteriormente por el mero análisis descriptivo de las relaciones entre intelecto, lenguaje y mundo y por el objetivismo de una observación neutral de los datos, que no hipotizaba ningun papel significativo para el sujeto<sup>25</sup>. Esto ha tenido por consecuencia que algunos desarrollos de la filosofía analítica, especialmente interesantes para los juristas, hayan ampliado su campo de significados de la oración, admitiendo la significación de varias formas de enuncia-

---

22. Para un sintético cuadro histórico-crítico de los desarrollos de la filosofía analítica, véase VON WRIGHT, H.H., «Analytische Philosophie. Eine historisch-Kritische Betrachtung», en *Rechtstheorie*, 23 (1992), pp. 3-25. Un buen panorama de la óptica con la que la filosofía analítica enfoca la filosofía «continental» está ahora en *Philosophie*, 1992, n. 35, dedicada precisamente a «La philosophie continentale vue par la philosophie analytique», con ensayos de J. Proust, C. Larmore, H. Putnam, F. Recanati, J. Bouveresse. Fundamental es, en este itinerario analítico, la profunda revisión del concepto, aunque a veces con faltas de rigor, de «referencia», acerca del cual, en la amplísima literatura, véase STRAWSON, P.F., «On Referring», en *Mind*, 59, 1950, pp. 320-344, trad. it. de G. Usberti, Milano 1973, pp. 197-224; DONNELLAN, K.S., «Reference and Definite Descriptions», en *The Philosophical Review*, 75, 1966, pp. 281-304, trad. it. de G. Usberti, Milano, 1973, pp. 225-248; GEACH, P., *Reference and Generality*, Ithaca, 1970; BELL, J.M., «What is Referential Opacity?», en *The Journal of Philosophical Logic*, 2, 1973, pp. 155-180; BURGE, T., «Reference and proper Names», en *The Journal of Philosophy*, LXXIII, 1973, pp. 425-439; QUINE, *The Roots of Reference*, cit.; KRIPKE, S., «Speaker's Reference and Semantic Reference», en P.A. FRENCH, (ed.), *Contemporary Perspectives in the Philosophy of Language*, Minneapolis, 1979; PUTNAM, H., en «Referenze/verità», *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980; DAVIDSON, «Reality without Reference y the Inscrutability of Reference», en *Inquiries into Truth and Interpretation* cit., pp. 215-225 y 227-241; JORI, M., «Semiotica», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, pp. 670-688.

23. De TAYLOR, C., v. *The Explanation of Behavior*, New York, 1964; «Explaining Action», en *Inquiry*, 13, 1970, pp. 54-89; «Interpretation and the Science of Man», en *Review of Metaphysics*, 25, 1971, pp. 3-51. De WINCH, P., véase *The idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, London, 1958, trad. it. de M. Mondadori, Milano 1972; «Introduction the Unity of Wittgenstein's Philosophy», en *Studies in the Philosophy of Wittgenstein*, New York, 1969, pp. 1-19; *Ethics and Action*, London, 1972.

24. STRAWSON, P.F., «Intention and Convention in Speech Acts», en *Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 439-460; DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, cit.; J. SEARLE, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, London, 1983, trad. it. de D. Barbieri, Milano, 1985. Sobre los problemas de la acción y de la intención en la filosofía analítica, véase el ensayo de PIERETTI, A., «Azione e intenzionalità nella filosofia analitica», en BERTI, E., (ed.), *La razionalità pratica. Modelli e problemi*, Genova, 1989, pp. 167-193.

25. Sobre la disolución de la tesis descriptiva y objetivista del reflejamiento, de origen kantiano, por obra del performativo lingüístico, véase RORTY, *Philosophy and the Mirror of Nature*, cit., cap. VIII, pp. 357-394, trad. it. cit., pp. 274-304.

dos no declarativos<sup>26</sup>. Una vez que se haya vuelto problemático el supuesto de la correspondencia entre mundo y lenguaje descriptivo<sup>27</sup>, y colocada en segundo plano la atención por su cariz denotativo, el lenguaje no representa ya la representación y el informe del cumplimiento de una acción, sino que a la realización de la acción misma. Esta nueva señal, por parte analítica, del papel no meramente teórico, sino práctico e interesado del conocimiento, a la que vuelven a conectarse una crítica y un reconsideración del objetivismo, se expone de manera natural a notables convergencias con la problemática hermenéutica<sup>28</sup>: el significado de una aserción no puede entenderse sino a la luz de condiciones interpretativas que tengan referencia a la situación comunicativa<sup>29</sup>. Lo que se pone implícitamente en cuestión es la manera *objetivante y reificante* con la cual se consideró la acción humana por el conocimiento científico, o sea como objeto de consideración meramente descriptiva y constatativa. Desde el momento en que se asume la acción humana como campo de investigación de un conocimiento teóricamente riguroso y neutral, apto solo para observar y describir, como si fuera un objeto natural, los mecanismos y regularidades de ésta, pero sin estar concretamente orientado por tal conocimiento relacionado con la acción, la consideración de la acción misma no puede resultar sino reducida y empobrecida necesariamente. Desde este punto de vista el intento de la filosofía analítica de la acción, elaborada en campo anglosajón, de conectar el momento en que se actúa el conocimiento y el momento actualizante de la acción<sup>30</sup> esclareciendo las estructuras de una actividad dirigida hacia un fin, se mueve en paralelismo perfecto respecto a la tendencia filosófica, que se desarrolló especialmente en Alemania, en el sentido de una rehabilitación de la filosofía práctica, o sea de volverse a tomar un gran interés por los grandes problemas éticos, económicos, jurídicos y políticos de la acción humana, que con-

---

26. A este respecto, CARCATERRA, v.G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969, p. 41 y s.; SCARPELLI, *L'Etica senza verità*, cit., p. 54 y s.

27. PUTNAM, H., *Meaning and the Moral Sciences*, London, 1978; *Reason, Truth and History*, Cambridge, Mass., 1981, p. 49 y s.; ID., «Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore», en PIATELLI PALMARINI, M., (ed.), *Livelli di realtà*, Milano, 1984, p. 40 y s.; *Representation and Reality*, London 1988. Sobre este punto véase las observaciones de VILLA, V., «La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1988, p. 364 y s.; ID., «La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 650.

28. Sobre este punto, véase FERRARIS, M., «Aspetti dell'ermeneutica del Novecento», en RAVERA, M., (ed.), *Il Pensiero ermeneutico. Testi e materiali*, Genova, 1986, p. 252.

29. STRAWSON, «Meaning and Truth» (1969), reimpresso en MARTINICH (ed.), *The Philosophy of Language*, Oxford, 1985, p. 10 y s. Sobre el análisis intencionalístico del discurso prescriptivo, véase CELANO, B., *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, 1990, p. 198 y s.

30. BRAND, M., - WALTON, D., (eds.), *Action Theory*, Dordrecht, 1976.

centra su propia atención sobre la caracterización práctico-orientativa del saber que se refiere a la acción<sup>31</sup>.

Sin embargo, por el otro lado del movimiento pendular, la hermenéutica filosófica, que ha subrayado siempre cómo la comprensión hermenéutica se haya ligado a la orientación a la acción, y cómo el lenguaje aparezca simultáneamente cual vehículo de la tradición y cual trámite de su superación, ha impreso progresivamente a sus propias formulaciones un creciente carácter lingüístico<sup>32</sup>: el lenguaje no es solamente el *medium* universal de la vida humana, la condición de la posibilidad de nuestra comprensión y de nuestro conocimiento —razón por la cual la hermenéutica puede también definirse como una reflexión sobre su dependencia del lenguaje— sino el mismo «ser que puede ser comprendido»<sup>33</sup>. La *Sache*, aquello cuya realidad hay que capturar y cuyo sentido hay que descifrar, se resuelve en lenguaje.

Se reconoce por lo tanto la imposibilidad de sortear el *medium* lingüístico: es más, el cambio va precisamente en la dirección del *ordinary language*<sup>34</sup>, entendido respectivamente como forma en la que se vive el mundo y como expresión corriente y pública de una actitud normativa propia de los agentes sociales, que ancla la dialéctica del lenguaje y de la sociedad al mundo de la vida<sup>35</sup>. Naturalmente, condición

31. Para una reconstrucción de conjunto del debate y para un esclarecimiento de algunos malentendidos ligados a este, véanse los ensayos de VOLPI, F., «La rinascita della filosofia pratica in Germania», en PACCHIANI, C., (ed.), *Filosofia pratica e scienza politica*, Abano, 1980, pp. 11-97; «La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità», en *Il Mulino*, XXV, 1986, n. 308, pp. 928-949.

32. Sobre el papel del lenguaje en la filosofía hermenéutica, véase GADAMER (ed.), *Das Problem der Sprache*, München, 1967.

33. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit., p. 542.

34. Sobre el método de la filosofía del lenguaje corriente, véase ahora LEONARDI, P., «La filosofia del linguaggio ordinario. Significato e forza», en *Introduzione alla filosofia analitica del linguaggio*, cit., pp. 135-177.

35. Notable, desde este punto de vista, el concepto fundamental de *actuación comunicativa*, elaborado por J. HABERMAS, abandonando su precedente paradigma dialéctico, en los ensayos: «Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz», en HABERMAS, J. - LUHMANN, N. (eds.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Was leistet Systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 101-141, trad. it. de R. di Corato, Milano, 1973, pp. 67-94; «Wahrheitstheorien», en FAHRENBACH, H., (ed.) *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen, 1973, pp. 21-265, trad. it. de M. Baluschi, Bologna, 1980, pp. 319-343; «Was heisst Universalpragmatik?», en APEL (ed.) *Sprachpragmatik und Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976; *Theorie des kommunikativen Handelns*, I e II, Frankfurt a. M., 1981; trad. it. de P. Rinaudo, Bologna, I e II, 1986; *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983, trad. it. de E. Agazzi, Roma-Bari, 1989, p. 123 y s. Sobre la teoría de la actuación comunicativa, véase CORTELLA, L., *Crisi e razionalità da Nietzsche ad Habermas*, Napoli, 1981, p. 112 y s.; VOLPI, F., «Jürgen Habermas», en *Belfagor* XXXVIII, 1983, n. 2, p. 185 y s.; AA.VV., *Jürgen Habermas. Comunicazione, prassi, società*, Milano, 1984; AA.VV., *La svolta comunicativa. Studi sul pensiero dell'ultimo Habermas*, Milano, 1984 (y en este especialmente los ensayos de L. Cortella, pp. 19-41 y de F. Volpi, pp. 120-140); HONNETH, A. - JOAS, H., *Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas. Theorie des kommunikativen Handelns*,



previa de este nuevo intercambio es una autoreflexión, consciente de las respectivas insuficiencias de su propio planteo y de la necesidad de su valiente superación: por una parte los problemas hermenéuticos del sentido y de la verdad de las proposiciones hay que verlos y resolverlos con reglas pragmáticas, de manera que pueda excluirse la posibilidad y la idea misma de una tácita comprensión, separada de la mediación lingüística; pero por otra parte el lenguaje ya no tiene el único valor de sistema instrumental de signos, sino que consiste también en intenciones y en procesos subjetivos, que exceden de un simple empirismo de observación behaviorística.

### 3. CRISIS DE LA PROPOSICION Y REFERENCIA DISCURSIVA

Habiendo adquirido ya la conciencia de la crisis de lo que para los analíticos representa la unidad lingüística de base, o sea la proposición, se plantea de inmediato el problema referente a la admisibilidad o no admisibilidad de una referencia no proposicional. Más precisamente, si consideramos el lenguaje en su carácter de acto oral, más bien que en relación a su contenido proposicional, el problema se vuelve si pueda hablarse, y en qué sentido, de una *referencia* con relación al discurso.

El modelo del discurso<sup>36</sup> nos permite retomar en términos nuevos, en un sentido más o menos dicotómico, la antigua polémica entre *explicar* y *comprender*. Si es verdad que en el análisis semiótico o semántico del texto se revela el carácter paradigmático de su caracterización respecto a la estructuración en el campo práctico donde los hombres actúan, las oraciones son, propiamente, acciones, o sea conservan una conexión con el actuar efectivo que no es solamente de tipo mimético<sup>37</sup>. La relación estructural entre lenguaje y acción, que en ciencias humanas como el derecho se vuelve objeto eminente del análisis científico, no encaja bien en el principio cartesiano de la explicación, que describe solamente conexiones reales verificables, y que implica necesariamente un procedimiento de tipo objetivamente clasificatorio.

---

Frankfurt a. M., 1986; HORSTER, D., *Habermas zur Einführung*, Hamburg, 1990, p. 33 y s.; 80 y s.; REESE-SCHAFFER, W., *Jürgen Habermas*, Frankfurt, a M., 1991, p. 27 y s.

36. Sobre la interacción discursiva y su lógica, véase TOULMIN, S., *The Uses of Argument*, London, 1964, trad. it. de G. Bertoldi, Torino 1975; RICOEUR, *La métaphore vive*, Paris, 1975, trad. it. de G. Grampa, Milano, 1981, pp. 91 y ss., 391 y sig.; *Interpretation Theory: Discourse and the surplus of Meaning*, Forth Worth, 1976; «Diskurs und Kommunikation», en *Neue Hefte für Philosophie*, 1977, núm. 11, pp. 1-25; HABERMAS, *Osservazioni propedeutiche per una teoria della competenza comunicativa*, cit., pp. 76 y ss.; *Discorso e verità* cit., pp. 320 y ss.; «Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs», en *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Frankfurt a M., 1976, pp. 338 y ss.; *Etica del discorso* cit., pp. 49 y ss.; APEL, *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt a M., 1988.

37. RICOEUR, *Dal testo all'azione* cit., p. 8.

También cuando *explicamos*, o sea referimos, atribuyendo enunciados y significados, las palabras a conceptos claros y separados, todavía no conocemos su significado porque necesitamos comprenderlas; en otras palabras, no pudiendo prescindir de la dimensión intersubjetiva de la comprensión, tenemos la necesidad de tener todavía que interpretar «aquello» de lo cual nos hablan.

Con respecto al discurso corriente, la forma específica del *Diskurs* no se limita al intercambio de informaciones y opiniones, sino que supone la validez de específicas conexiones de sentido. Nosotros comprendemos el significado de un acto lingüístico cuando conocemos a cuales condiciones podría ser aceptado como válido<sup>38</sup>. La necesidad de atenerse a la oración inmuniza del peligro de fáciles resbalones hermenéuticos en el subjetivismo. Cualquier comunicación supone un acuerdo sobre la manera con que se comunica y sobre el sentido pragmático de la interacción: los hablantes utilizan expresiones lingüísticas *a fin* de entenderse respecto a situaciones reales. Por lo tanto, en los actos lingüísticos existe innegablemente un contenido intencional: y desde este punto de vista se puede hablar, con Habermas, de una *Doppelstruktur der Sprache*, o sea, con Arthur Kaufmann, de una *Zweidimensionalität der Sprache*<sup>39</sup>.

Volver a introducir el elemento intencional en un análisis puramente lingüístico significa e implica el paso de lo que el idioma hace a lo que el hablante hace. En otros términos, si la intención es lo que la regla semántica implica en el momento en que el acto enunciativo se transforma en un acto del hablante, el aspecto que verdaderamente caracteriza a la oración, contraponiéndose a las unidades lingüísticas más elementales, es precisamente el volverse a dirigir al hablante<sup>40</sup>. Además, el elemento intencional, como ha explicado Paul Grice<sup>41</sup> en una importante serie de ensayos, no se limita a hacernos comprender el papel de los actos mentales en el desarrollo de la oración, sino que puede implicar también la voluntad de alcanzar cierto efecto sobre el *partner* de la oración, cuando éste reconoce tal elemento. Pasamos del *utteran-*

---

38. Sobre esta conexión interna entre significado y validez, véase HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a M., 1988, trad. it. de M. Calloni, Roma-Bari, pp. 101 y ss.

39. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkungen cit.*, trad. it. *cit.*, p. 70; KAUFMANN, A., «Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts», en ID., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt a M., 1972, pp. 348-349.

40. RICOEUR, *Diskurs und Kommunikation cit.*, p. 21.

41. «Meaning», en *The Philosophical Review*, 66, 1957, pp. 377-388; «Utterer's Meaning, Sentence Meaning and Word Meaning», en *Foundations of Language*, 4, 1968, pp. 225-242; «Utterer's Meaning and Intention», en *The Philosophical Review*, 78, 1969, pp. 147-177; *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass, 1989. En una línea afín a la teoría de Grice, GEACH, P., *Mental Acts*, London, 1957, mientras una crítica radical procede de SCHIFFER, S., *Remnants of Meaning*, Cambridge, Mass. 1988.

*ces meaning* al *utterer's meaning*. En la dimensión discursiva, el hecho de reconocer no representa un factor añadido, sino un factor fundamental en la constitución del significado. Tener conciencia de ello significa orientar la dirección del discurso no ya solamente hacia el sentido o el significado, sino más bien hacia aquél con quién se está hablando<sup>42</sup>, hacia la intención, como espera de reconocimiento de la intención del hablante.

El *medium* lingüístico, si se le considera según la llave temática de los actos lingüísticos<sup>43</sup>, implica por lo tanto un cambio de perspectiva, en el sentido de la actitud performativa de un hablante que quiere entenderse con otro hablante sobre algo en el mundo<sup>44</sup>. Al lenguaje ya no se le considera como descripción de los estados de las cosas, sino fundamentalmente como comunicación entre personas. De tal manera, entre los actores de una comunicación dialógica acontece inevitablemente una contemporánea metacomunicación intersubjetiva sobre el significado pragmático y contextual de la comunicación<sup>45</sup>, sobre el ajuste de los enunciados a las cosas y sobre la posibilidad de distinguir en cada momento entre *entender* y *malentender* (en los convencimientos de fondo de la más ortodoxa filosofía analítica, por el contrario, el lenguaje no es el lugar donde se entiende uno sino más bien el lugar donde ocurren malentendidos, que hay que corregir definiendo con rigor los términos utilizados). Este acuerdo sobre el hecho que los enunciados «valen», este *implícito acorde* no tienen que confundirse con el contenido de cada acto discursivo, y por lo tanto van más allá de las aseveraciones lingüísticamente establecidas<sup>46</sup>, pero al mismo tiempo representan las posibilidades previas del intercambio lingüístico. Si un hablante se entiende con otro hablante sobre algo, condición de su entenderse es que ambos reconozcan los enunciados como adecuados al

---

42. A este respecto, véase las agudas observaciones de RICOEUR, *Diskurs und Kommunikation cit.*, p. 24.

43. La teoría degli *Speech Acts*, esbozada por Austin en la última parte de *How to do Things with Words cit.*, ha sido desarrollada más tarde sistemáticamente por SEARLE, J., *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language*, London, 1969, trad. it de G. R. Cardona, Torino, 1976. De Searle también «How to Derive Ought from is» (1964), en FOOT, P., (ed.) *Theories of Ethics*, Oxford, 1967, pp. 101-114, trad. it de R. Guastini, en GUASTINI, R., (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 155-168; «Theories of Meaning and the Uses of Language», en RACHELS, J.-TILLMAN, F.A., (eds.), *Philosophical Issues. A Contemporary Introduction*, New York, 1972; *Expression and Meaning*, Cambridge, 1982; «Meaning Communication and Representation», en GRANDY, R.E.-WARNER, R., (eds.), *Philosophical Grounds of Rationality, Intentions, Categories, Ends.*, Oxford, 1986. Sobre las tesis intencionalísticas de Searle, además de R. GUASTINI, «Teorie delle regole costitutive», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LX, 1983, p. 548-564, véanse ahora las obras en honor, PORE, E. LE-VAN GULICK, R., (eds.) *John Searle and his Critics*, Oxford, 1991.

44. HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico cit.*, p. 69.

45. A este respecto HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkungen cit.*, trad. it. *cit.*, pp. 70 y ss.; 80, 90.

46. Sobre esta dimensión de acuerdo, véase GADAMER, «Decostruzione e interpretazione», en *Aut Aut*, 1985, núm. 208, p. 9.

objeto<sup>47</sup>. Nada puede realizarse en las oraciones pragmáticas de la experiencia sin que se implique el plano metacomunicativo del acuerdo inexpreso. El concepto de actuación comunicativa no sugiere prescriptivamente lo que los hombres «tendrían que hacer»: con éste nos convencemos de que los seres humanos *tienen* que comunicar, y a ello están obligados cada día por su misma vida cotidiana<sup>48</sup>. Como en la relación y en el intercambio sociales son los demás los que nos otorgan y permiten tener una identidad, del mismo modo en el diálogo lingüístico y en el círculo interactivo que involucra es el interlocutor el que nos «certifica» y nos modifica. En este plano también, no pudiendo estar jamás por separado dentro de sí mismo, el sujeto, cuyo destino es también el de sufrir las peripecias de una relación hermenéutica con su misma subjetividad, implica al «otro» de manera totalmente intrínseca: el sujeto tiene que interpretarse como hablante y como agente, en otras palabras no puede prescindir de la relación constitutiva y esencial con «lo que no es él»<sup>49</sup>. Con la necesidad que expresa de interpretarse a sí mismo y a los demás, también el lenguaje revela inexorablemente la imposibilidad de cada cual de cerrarse sobre sí mismo, y su constitutiva necesidad de encontrarse con «lo que no es él».

A través de estas conexiones de sentido, el lenguaje abre a los hablantes un horizonte de acciones posibles y de experiencias sobre el fondo de este acuerdo, alrededor de la cual los sujetos capaces de comunicación y de acción *comprenden* y *se comprenden* mutuamente<sup>50</sup>, el *medium* lingüístico tiene sin duda el valor de algo que precede y estructura a los sujetos hablantes y el mundo, pero por otro lado es únicamente en la praxis dirigida al acuerdo en una comunidad lingüística donde puede realizarse y «consistir» la interacción entre mundos vitales lingüísticamente estructurados. En otras palabras, el lenguaje no es sencillamente algo predefinido y estructurado, del que hay que depender, sino el resultado de una autonómica actuación comunicativa, circularmente entrelazado con la abertura lingüística del mundo<sup>51</sup>.

---

47. HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico cit.*, p. 72.

48. Sobre este punto, véase HABERMAS, *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991, pp. 133 y ss.

49. La construcción de una «hermenéutica del sí mismo», fundada sobre el recíproco reconocerse, es la consecuencia última de las reflexiones de RICOEUR, P., *Soi-meme comme un autre*, Paris, 1990.

50. Es por esto que la hermenéutica puede definirse como la doctrina del comprender y del comprenderse los unos a los otros: véase RIEDEL, M., *Verstehen oder Erklären? Zur Theorie und Geschichte der hermeneutischen Wissenschaften*, Stuttgart, 1978, trad. it. de G. di Costanzo, Napoli, 1989, p. 33.

51. HABERMAS, «Entgegnung», en HONNETH, A.-JOAS, H., (eds.), *Kommunikatives Handeln cit.*, pp. 328 y ss.; *Il pensiero postmetafisico, cit.*, p. 47.

#### 4. PRECOMPRESION Y RELACION CONSTITUTIVA ENTRE LOS ENUNCIADOS LINGÜÍSTICOS

A este punto se podría objetar —algo precipitadamente, la verdad— que estas adquisiciones, del *Einverständnis* o de la *Verständigung*, como *telos* intrínseco del lenguaje humano, quedan estrechamente ligadas a las tesis hermenéuticas o aparecen como asertos hermenéuticamente inspirados por Gadamer o por Habermas<sup>52</sup>. Pero esta observación no nos convence en absoluto, y prueba de ello es que también en este terreno debemos subrayar la profundidad de la convergencia hoy existente entre algunas posturas hermenéuticas y analíticas, gracias especialmente a un movimiento que va de la filosofía analítica a la hermenéutica.

¿Qué otra cosa significa, en efecto, por parte de un teórico analítico del conocimiento, patentemente relativista y escéptico como Davidson, el abandono de una idea de lenguaje como sistema instrumental de signos en el que la referencia al objeto está todavía sometida a discusión, y la correspondiente, especial adquisición según la cual la referencia al mundo que el lenguaje —concebido no como sistema formal artificialmente creado, sino como viva totalidad —constitutivamente implica, se expresa en una pretendida verdad existente con antelación a cualquier puente echado entre palabras y hechos?<sup>53</sup> Para comprender mejor, hay que haber comprendido ya. El «tercer dogma del empirismo» —después de los dogmas brillantemente denunciados por Quine, con su célebre obra crítica del dualismo carnapiano entre juicios analíticos y sintéticos—<sup>54</sup> consiste exactamente en la descripción y constatación acríticas, fundadas sobre la dicotomía esquema conceptual / contenido empírico, de una experiencia no interpretada y que quedaría colocada substancialmente más allá de cualquier esquema conceptual, paradigma gnoseológico o visión del mundo<sup>55</sup>.

Adhiriendo patentemente a los programas holísticos del discípulo norteamericano más influyente de Carnap, Willard Orman Quine, y en prosecución crítica de Tarski<sup>56</sup>, la semántica significativa de Da-

52. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit. p. 441 «Comprender lo que uno dice significa entenderse sobre el asunto», HABERMAS, *Was heisst Universalpragmatik?*, cit., p. 176; *Theorie des Kommunikativen Handelns* cit., I, p. 387, trad. it. cit., pp. 395-396.

53. De DAVIDSON, véanse especialmente los ensayos «Truth and Meaning» y «True to the Facts», en *Inquiries into Truth and Interpretation*, cit., pp. 17 y ss. 37 y ss. Sobre este punto véase BUBNER, *Wohin tendiert die analytische Philosophie* cit., p. 278.

54. QUINE, «Two Dogmas of Empiricism», en *From a Logical Point of View* cit.

55. DAVIDSON, «On the very Idea of a Conceptual Scheme», en *Inquiries into Truth and Interpretation* cit., pp. 189 y ss., trad. it. cit., pp. 155 y ss.

56. «Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen», en *Studia Philosophica*, 1, 1936, pp. 361-405. Para una crítica de las tesis de Tarski, v. TUGENDHAT, «Tarskis semantische Definition der Wahrheit und ihre Stellung innerhalb der Geschichte des Wahrheitsproblems im logischen Positivismus», en *Philosophische Rundschau*, VII, 1960, pp. 130-159; QUINE, *Quidditates*, cit., pp. 267 y ss.

vidson, despojándose de los últimos residuos empiristas del análisis, presupone una relación constitutiva entre los enunciados lingüísticos: cuando queremos entender algo determinado y específico, suponemos tácitamente también algo no tematizado. Sin duda los sujetos que actúan de manera comunicativa experimentan cada vez su propio mundo vital como un todo intersubjetivamente compartido: un fondo, éste, que sólo sucesivamente será tematizado y diferenciado<sup>57</sup>. En un primer momento hermenéuticamente entreabierto por el preentendimiento, este mundo vital queda entonces sólo posteriormente objetivado reconstructivamente. Y es en este terreno que se podrán distinguir las diversas referencias de un mismo diálogo<sup>58</sup>. Todo lo que en el círculo hermenéutico se resume bajo la cifra central del concepto de *comprensión previa* (preentendimiento) adquiere relieve epistemológico en ese tejido de conocimiento pre-científico, en aquel lazo de retorno entre ciencia y vida, que precede y condiciona el «explicar» propio del conocimiento científico<sup>59</sup>.

Si además nos colocamos en el plano específico del fenómeno jurídico, ¿qué representa, a final de cuentas, este fondo indisponible no tematizado, del que habla Davidson, sino aquella base de valores comunes, esa «praxis compleja», que en el uso constante y viviente de las normas, en los criterios identificativos del derecho válido, en la teoría y en la práctica de la interpretación jurídica aparecen en una específica comunidad lingüística como predominantes? Y no sería desde luego demasiado arbitrario acercar este pre-juicio compartido, este fondo de un conjunto de actos lingüísticos al *punto de vista interior*, sobre el que Herbert Hart edifica su modelo de derecho, desde el punto de vista de una compartida, necesaria conexión, en ambos casos, con la actividad de los asociados y con su ininterrumpida praxis social, o sea con una actividad hermenéutica y con aquella de los textos normativos y de los actos sociales. Como Hart ha subrayado, el derecho es en efecto indisoluble de la práctica social que lo vuelve efectivo y que nos obliga a su cumplimiento: la «faz interior» de las reglas, la dimensión normativa de la vida social, propia del derecho, se pueden en realidad apreciar solamente en el comportamiento de los agentes que, participando en la misma actividad social, adoptan criterios comunes de comportamiento y de reacción a las situaciones en las que suele decirse que exista una norma<sup>60</sup>.

---

57. HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico cit.*, p. 98.

58. Sobre el tema, véase EVANS, G., *The Varieties of Reference*, Oxford, 1982.

59. Sobre este aspecto, para más amplias observaciones, véase nuestro ensayo, «Ermeneutica giuridica ed epistemologia», en *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, pp. 163 y ss.

60. HART, H.L.A., *The concept of Law*, Oxford, 1961, trad. it. de M. A. Cattaneo, Torino, 1965, cap. VI e VII. A este respecto, en la amplia literatura, véase, especialmente en relación a las conexiones entre punto de vista interno y uso de las normas, JORI, M., «Hart e l'analisi del linguaggio» (1979), en *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, cap. III; ID., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987, pp. 28 y ss.; CASTIGNONE, S., «Punto di vista interno ed efficacia», en U. SCAR-

Este sentido pragmático metacomunicativo, que generalmente no se discute jamás, y se da siempre por adquirido, este *Einverständnis* o, si se quiere, esta *ideale Sprechsituation*, en la que se cumplen las implícitas pretensiones de validez de la comunicación, constituye, a mi manera de ver, el objeto de la referencia, o sea el criterio capaz de verificar la validez y la legitimidad del diálogo dentro de la interacción específica.

## 5. HACIA UNA TEORIA GENERAL HERMENEUTICA: LA COMPLEMENTARIEDAD DE *COMPRENDER* Y *EXPLICAR*

El terreno común sobre el que puede madurar una nueva teoría, capaz de volver a incluir y armonizar en sí elementos hermenéuticos y elementos analíticos es, una vez más, el determinado por la pareja epistemológica (que brota de la misma esfera del lenguaje) *explicar -comprender*<sup>61</sup>, y por las diferentes declinaciones de su relación.

*Explicar y comprender*, desde la teorización de Dilthey, quien en nombre de la irreductibilidad de las *Geisteswissenschaften* los caracteriza en términos opuestos, pero excluyendo en realidad el primer término en pro del segundo, muestran ambos una irresistible vocación para disponerse como términos alternativos y exclusivos, dejando cada uno de ellos al propio término antagónico en una posición inesencial y subalterna. En efecto, en la unidad del Círculo de Viena por un lado, y en la recordada oposición diltheyana entre *Naturwissenschaften* y

---

PELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, pp. 9-20; A. CATANIA, «L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart» (1971), en ID., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1987, pp. 17-42; DE PÁRAMO ARGUELLES, J. R., H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho, Madrid, 1984; MAC CORMICK, N., H.L. Hart, London 1981; Mac CORMICK-WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law. New approaches to legal positivism*, Dordrecht, 1986, trad. it. de M. La Torre, Milano, 1990, pp. 162 y ss.; SHINER, R.A., «Hermeneutics and Internal Point of View», en PANOU, S., (ed.), *Theory and Systems of Legal Philosophy*, «Arsp Supplementa», núm. 3, Stuttgart, 1988, pp. 222-229; URSO, M., «Diritto positivo e positività del diritto in H. L. A. Hart», en ZACCARIA, G., (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino 1991, pp. 125-154; BIX, B., «Hart and the "open Texture" of Language», en *Law and Philosophy*, 10, 1991, pp. 51 y ss.

61. Sobre la polémica más reciente entre explicar y comprender, RICOEUR, «The model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text», en *Social Research*, 1971, núm. 38-39, trad. it. *Dal testo all'azione cit.*, pp. 192 y ss.; ID., *Logique hermeneutique? cit.*, pp. 298 y ss., trad. it. *cit.*, pp. 90 y ss.; «Expliquer et comprendre», en *Revue philosophique de Louvain*, LXXV, 1977, pp. 126-147, trad. it. en *Dal testo all'azione cit.*, pp. 155-175; PATZIG, G., «Erklären und Verstehen. Bemerkungen zum Verhältnis von Natur- und Geisteswissenschaften», en *Neue Rundschau*, 84, 1973, pp. 392-413; MANNINEN, J.-TUOMELA, R., (eds.), *Essays on Explanation and Understanding*, Dordrecht, 1975; APEL, K.O., (ed.), *Neue Versuche über Erklären und Verstehen*, Frankfurt, 1978; ID., *Die Erklären-Verstehenkontroverse in transzendentalpragmatischer Sicht*, Frankfurt a M., 1978.

*Geisteswissenschaft* por el otro, se determinaba exactamente esta *reductio ad unum* del polo antagonista: o se «explica» en el sentido del hombre de ciencia o se «comprende» en el sentido del historiador. Si el *explicar* se refiere al aspecto *objetivo*, el comprender se refiere al *subjetivo*. Si el primero actúa gracias a una obligatoria cadena de causas y efectos, el segundo se refiere por el contrario a la manera con la que se accede a los hechos. En una palabra, el *explicar* es *intemporal*, el comprender es *histórico*. Sin embargo, no es posible describir ni explicar los hechos sin que nos podamos separar de la manera con que miramos a ellos y sin que podamos prescindir de una comunicación intersubjetiva; la comprensión del lenguaje no es posible sin una forma de vida que experimente una serie de reglas y de actos compartidos. Del mismo modo, no nos podemos orientar en el mundo sin las explicaciones necesarias para recorrer esta orientación.

Pero si en la orientación analítica lógico-empirista de B. Russell, M. Schlick y del primer Wittgenstein existía fundamentalmente el solo momento de la explicación, de la que la comprensión era solamente una manera, pudiendo esta predisponer, a lo sumo y de manera auxiliar, el material empírico a utilizar, el *new dualism*, que evolucionó luego en el contexto analítico, capta perfectamente la imposibilidad, por parte de la comprensión, de insertarse en la conexión explicativa nomológico-causal<sup>62</sup>. Desde Dray<sup>63</sup> a von Wright<sup>64</sup>, el esfuerzo de componer comprensión y explicación causal desarrolla una enérgica crítica en relación al modelo de explicación nomológico-deductivo presentado por Oppenheim<sup>65</sup> y, denunciando una ilegítima sustracción de conceptos e ideales de las ciencias naturales a las humanas, cambia sensiblemente la perspectiva analítica, que llega así a superar, gracias al tema de la intencionalidad, el dilema comprensión *versus* explicación, como tipos diferentes de inteligibilidad científica.

El riesgo implícito en la postura de los hermenéuticos románticos consistiría, por otra parte, en relegar como extraña a la comprensión, en nombre de la subjetividad de la apropiación del mensaje, cualquier análisis de tipo objetivante<sup>66</sup>; surtiendo así el efecto de liquidar, en nombre de la irreductibilidad de las ciencias humanas frente a las na-

---

62. LANDESMANN, «The New Dualism in the Philosophy of Mind», en *Review of Metaphysics*, XIX, 1965-66, pp. 324-249.

63. *Laws and Explanation in History*, Oxford, 1957.

64. Véase SIMILI, R., «G.H. von Wright e la spiegazione dell'azione», en *Epistemologia*, 10, 1987, pp. 241-267.

65. HEMPEL, C.G., «The Function of General Laws in History», en *Journal of Philosophy*, XXIX, 1942, pp. 35-48, luego en ID., *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York, 1965, pp. 231-243, vuelto a elaborar en HEMPEL, C.G.-OPPENHEIM, P., «Studies in the Logic of Explanation», en *Aspects of Scientific Explanation cit.*, pp. 245-295. Sobre «Cowering Law Model» véase RIEDEL, *Comprendere o spiegare?*, cit., pp. 203 y ss.

66. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., p. 159.



turales, el espacio epistemológico y metódico de la causalidad y de la explicación.

Por lo tanto, hay que rechazar claramente las posturas extremas, o sea por un lado la pretensión de la explicación de proporcionar el único modelo metodológico válido, y por el otro la pretensión también de la comprensión de absorber totalmente en sí misma a la explicación, viéndola como mero corolario del evento comprensivo, porque llega a reducir, por lo menos en sus más radicales expresiones, el mundo de los hechos al mundo de los signos. El *explicar nomológico* y el *comprender hermenéutico* se excluyen mutuamente y *precisamente por esto* son complementarios<sup>67</sup>. Entre comprender y explicar existe —si no queremos ofrecer una imagen simplificada y reducida— una dialéctica, compleja y necesaria, de reciprocidad<sup>68</sup>: cada uno de los dos polos no puede subsistir sin el trámite obligatorio del otro, que sin embargo tiene necesidad del aporte necesario del primero para cumplir mejor con su cometido. En otras palabras, comprensión y explicación, no sólo no aparecen como dimensiones antagónicas, o sea de manera que su relación implicaría la eliminación de la una por la otra —como por mucho tiempo nos han inducido a creer los analíticos empiristas por un lado, los hermeneúticos románticos por el otro— son en efecto dimensiones complementarias<sup>69</sup>: como modo de orientarse en el mundo, el *comprender* halla cada vez las *explicaciones* más útiles para realizarlo. Que el comprender tenga un papel de relieve en las explicaciones de los datos percibidos del mundo, parece muy poco cuestionable; pero también la ciencia hermenéutica no puede no emplear procedimientos de tipo hipotético-deductivo: cualquier interpretación de un caso específico —como Josef Esser ha demostrado con maravilloso acierto en relación a la interpretación jurídica, que tiene su auténtico punto inicial en el caso específico—<sup>70</sup> comienza por una hipótesis, o sea por una suposición, que, siguiendo por el camino de la comprensión, queda confirmada o bien es refutada y corregida.

Es más, hay que subrayar que ambas dimensiones del conocer hacen patente su necesidad —con mutuo beneficio— de funcionar acopladas y de integrarse mutuamente, para actuar de manera más sinérgica en todo el terreno hermenéutico.

67. Es la tesis de APPEL, *Transformation der Philosophie*, vol. 2, pp. 111 y ss.

68. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., pp. 138-147.

69. RICOEUR, *Logique hermeneutique?*, cit., trad. it. cit., p. 90. Para un análisis detallado de los dos conceptos de *comprensión* y *explicación* y de su conexión, véase SPARTI, D., *Se un leone potesse parlare. Indagine sul comprendere e lo spiegare*, Firenze, 1992, especialmente pp. 145 y ss.

70. ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974, 3 ed. pp. 45, 47 y ss.; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a M., 1972, pp. 157-158, trad. it. de S. Patti y G. Zaccaria, Napoli, 1983, p. 153. Sobre este punto, véase nuestro ensayo *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, pp. 38 y ss.

Lo verdaderamente necesario es disponer —como han demostrado, aunque de manera diferente, von Wright y Ricoeur— de un modelo mixto, que pueda juntar intencionalidad y causalidad en un enlace complejo: puede prevalecer, según los casos, una versión en la que predomina la comprensión (como en Ricoeur), o bien una versión en donde predomina la explicación (como en von Wright), pero en cualquier caso no se puede de ninguna manera prescindir de una teoría general hermenéutica, que pueda disponer del aporte de la una y de la otra, aunque reconociendo sus diferencias <sup>71</sup>, y que por lo tanto no recorte forzosamente la complejidad y pluridimensionalidad del evento hermenéutico sometiéndola una a la otra. Este modelo mixto, basado en la necesaria dialéctica entre *explicar* y *comprender*, en el que la comprensión ve a la explicación no como su antagonista, sino como su complemento, no nos es sugerido, desde luego, por discutibles tentativas de eclecticismo metodológico, sino por el contrario queda impuesto por la misma naturaleza «mixta» de la acción, que, interviniendo en el curso cotidiano de las cosas, no se compromete en terrenos de la realidad separables e irreductibles, pero se ve de alguna forma obligada a juntar y conectar entre sí momentos entrelazados de comprensión y explicación, de intencionalidad y de causalidad, de conformidad y de renovación <sup>72</sup>.

La ciencia explicativa, el *explicar*, no puede prescindir completamente del *comprender*, sencillamente porque la ciencia es ella misma también una práctica —aunque sea una práctica teórica— enraizada en la praxis de las relaciones precientíficas con objetos y personas, y que posee un fin suyo interior. También el explicar depende por lo tanto de condiciones comprensivas específicas en cada caso.

## 6. LA DIMENSION PRE-LINGÜÍSTICA: UN PROBLEMA PARA LAS DOS PERSPECTIVAS

La ética dialógica y trans-subjetiva de la Escuela de Erlangen (desde Lorenzen a Kambartel <sup>73</sup>), la ética discursiva de Habermas o la

---

71. Esta tesis está sostenida, por último, por RICOEUR, «Entre hermeneutique et semiotique», en *Nouveau Actes Semiotiques*, 7, 1990, p. 7.

72. RICOEUR, *Op. Ult. cit.*, p. 9.

73. De LORENZEN, P., véase «Logik und Agon», en *Atti del XII Congresso internazionale di Filosofia*, IV, Firenze, 1960, pp. 187-194; LORENZEN, P.-LORENZ, K., *Dialektische Logik*, Darmstadt, 1978; LORENZEN-SCHWEMMER, O., *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim-Zürich, 1975; de F. KAMBARTEL, *Theorie und Begründung. Untersuchungen zum Philosophie- und Wissenschaftsverständnis*, Frankfurt a M., 1976; ID., «Symbolic Acts. Remarks on the Foundation of a Pragmatic Theory of Language», en RYLE, G., (ed.), *Contemporary Aspects of Philosophy*, Stockfield-London-Boston, 1977, pp. 70-85; ID., «Pragmatische Grundlegung der Semantik», en C. GETMANN (ed.), *Theorie des wissenschaftlichen Argumentierens*, Frankfurt a M., 1980, pp. 95-114.

transcendental de Apel se caracterizan, como sabemos, por la compartida creencia en que los problemas prácticos puedan y tengan que resolverse en un contexto dialógico-comunicativo, solamente a condición de que se superen las estructuras típicas de la retórica tradicional. Pero esto supone en primer lugar abandonar el *topos*, o sea el valor obligatorio que se le atribuye a la opinión tradicional; en segundo lugar la elaboración de una lógica argumental, y en tercer lugar la individuación de un principio fundamental sobre cuya base pueda actuar esta lógica argumental. Es posible determinar este principio fundamental no al exterior del diálogo y del lenguaje, como había ocurrido con la filosofía moral tradicional, sino precisamente en su interior, de manera tal que el lenguaje no constituye solamente el instrumento para responder a los problemas prácticos, sino también el fundamento donde hallar los criterios de estas respuestas. Pero si el lenguaje es, según Heidegger, «casa del ser», o bien se encuentra ligado, según Wittgenstein, a la forma humana de la vida, queda en pie el interrogativo central: si pueda ser al mismo tiempo el *habitat* comunicativo de la experiencia y su criterio fundamental regulador.

En otras palabras, una crítica general que puede hacerse tanto a la perspectiva analítica como a la hermenéutica es que hipotizando ambas, aunque de manera diferente, que el lenguaje sea de modo absoluto el horizonte intrascendible de cualquier experiencia, acaban zafándose del problema filosófico de las experiencias que se constituyen antes del umbral lingüístico o con alguna independencia del mismo. Precisamente porque después del cambio lingüístico ya no podemos franquear este umbral a menos que sea con temáticas elaboradas, a su vez, de manera lingüística. El nivel pre-lingüístico de la experiencia, la dimensión todavía no modificada por el lenguaje son precisamente lo que permite la sucesiva elaboración lingüística y la organización de los significados en enunciados. No todo se puede reducir completamente al lenguaje, pero sin duda existimos en la medida en que nuestra relación con los demás y con los objetos está en todo caso en conexión con nuestro necesario ser de hablantes <sup>74</sup>. Lo *comunicable* se distingue y destaca del fondo de lo *incomunicable* en la medida en que el *logos* pueda expresar esa parte intencional de la vida, capaz de salir, gracias precisamente al hablar, de los aspectos de silencio y de cierre presentes en el mundo <sup>75</sup>.

---

74. Subraya la importancia que hay que reconocer al lenguaje precisamente por su intrínseca limitación, VECA, «Il linguaggio e altri enigmi», en *Filosofia*'90, *cit.*, pp. 118 y ss.

75. RICOEUR, *Diskurs und Kommunikation*, *cit.*, pp. 24-25. GEMUNDEN, G., *Die hermeneutische Wende. Disziplin und Sprachlosigkeit nach 1800*, New-York-Bern-Frankfurt a M. París, 1990, considera por el contrario la incomprensión y la incomunicabilidad como «condiciones naturales» de la hermenéutica y paradójicos productos de su operación. Para una crítica de esta tesis, véase L. BOTTANI, «La svolta ermeneutica,» en *Filosofia*, XLII, 1991, fasc. II, pp. 337-341.

Un conjunto de problemas de no escasa importancia corre así el riesgo de quedar excluido del horizonte del análisis, o sea de pasar únicamente por el filtro lingüístico. En el fondo, las investigaciones fenomenológicas de Husserl en *La crisis de las ciencias europeas*, referentes a las relaciones entre expresión y significado, tematizando la relación entre expresión lingüística y su valor de verdad, planteaban ya con exactitud el problema de las relaciones entre lo pre-filosófico y lo filosófico <sup>76</sup>. El concepto mismo de acción, en su más aguda especificidad, es ya problemático: está bien claro que, en efecto, el lenguaje es siempre acción lingüística, o sea posee una dimensión pragmática, es acto; pero no todo acto es acción lingüística <sup>77</sup>.

Hay formas de acción no discursiva o pre-discursiva. En su específica definición, la acción es en realidad algo diferente del hecho de hablar: y aunque reconociendo que los respectivos terrenos no pueden ser totalmente separados, se trata de no borrar estas diferencias, que tienen por el contrario no poca importancia <sup>78</sup>. Entre lenguaje y realidad no se puede garantizar jamás una soldadura completa; si esto fuera posible recaeríamos en el dogma del empirismo lógico neopositivista, fruto del mito racionalista de una total transparencia de la realidad, que se creía libre de la necesidad de enfrentarse con la insuperable finitud de la interposición lingüística.

Sin embargo, replicaría el hermenéutico, cualquier crítica que se dirija a los límites del lenguaje no podría disminuir en nada su preeminencia, ni la esencial caracterización lingüística del hecho de comprender <sup>79</sup>. Si el hombre puede experimentar sólo lo que le llega al lenguaje, esto no significa que la realidad se pueda reducir a los textos, que subsista una homologación total entre lenguaje y acción, sino que reafirma solamente el carácter eminentemente lingüístico de las categorías gracias a las cuales «hacemos» experiencia.

## 7. EL CARACTER INTERSUBJETIVO DEL DERECHO COMO LENGUAJE

El resultado quizás más interesante, aunque desde luego no único, de este progresivo acercamiento, hasta converger, de dos campos originariamente adversos como el analítico y el hermenéutico —del que hemos anteriormente esbozado un somero examen— reside en la con-

---

76. HUSSERL, E., *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie*, The Hague, 1954, trad. it. de E. Filippini, Milano 1961.

77. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft*, cit., pp. 145 y ss., trad. it. cit., pp. 111 y ss.; VOLPI, F., «Ragione, linguaggio, mondo della vita: problemi filosofici della "Summa sociologica" de Habermas», en *La svolta comunicativa*, cit., p. 132.

78. HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico*, cit., pp. 59 y ss.

79. GADAMER, *Verità e Metodo*, pp. 502 y ss.

ciencia, ampliamente difundida, del fuerte carácter *intersubjetivo* que posee el horizonte lingüístico del significado. Los actos lingüísticos, el mundo de la vida lingüísticamente estructurado, suponen por un lado la constitutiva alusión a los interlocutores del diálogo, por otro el enlace con el mundo descrito y representado por el lenguaje, vistos como conjuntos vivientes que son en realidad el resultado de un proceso<sup>80</sup>: en una palabra, aparece en primer plano —como por otra parte había bien subrayado Francesco Viola en su ensayo sobre la crítica de la hermenéutica a la filosofía analítica—<sup>81</sup> la dimensión de la interacción intersubjetiva de quién quiera entenderse con los demás sobre algo en el mundo<sup>82</sup>.

Queriendo utilizar la terminología propuesta por la teoría de los actos lingüísticos de Austin y Searle, podemos decir que el terreno específico de convergencia entre hermenéutica y analítica está representado, en otras palabras, por el nivel de la fuerza ilocutoria del acto lingüístico, por lo que nosotros, *hablando* realizamos.

¿Qué implica este tipo de adquisición en el plano de nuestro problema específico, o sea en el plano del derecho? Ciertamente es que la teoría de los actos ofrece interesantes y fructuosos aportes para investigaciones en el terreno jurídico, en donde la palabra, pronunciada o escrita, tiene de todas maneras un papel de primer plano. Pero si nos planteamos el problema del relieve y de la fecundidad mayor o menor del modelo propuesto por la teoría de los actos lingüísticos en el universo del diálogo jurídico, debemos ofrecer respuestas diferenciadas en los planos, diferentes entre ellos, de los diversos lenguajes en que se expresan los varios actores jurídicos<sup>83</sup>. Se podría distinguir en primer lugar entre actos legislativos y actos interpretativos.

Por lo que se refiere a los primeros, debemos observar de inmediato que identificar las normas jurídicas con los enunciados, o sea con el conjunto de las palabras empleadas por el legislador, no es de todas formas suficiente: siendo siempre la norma «algo más» que su formulación lingüística<sup>84</sup> (si así no fuera no se tendría que interpretar el texto

80. HABERMAS, *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus*, Frankfurt, a. M. 1973, trad. it. de G. Backhaus, Bari, 1975, p. 14.

81. VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 157 ss.

82. Véase, por todas, HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico*, cit., p. 134.

83. Véase especialmente a KALINOWSKI, G., *Introduction a la logique juridique*, Paris, 1964, y «Sur les langages respectifs du législateur du juge et de la loi», en *Archives de philosophie du droit*, 1974, núm. 19, pp. 67 y ss.; AMSELEK, P., «Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques», en *Revue de métaphysique et de morale*, 95, 1990, pp. 393 y ss.

84. MÜLLER, F., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, p. 147: «Ist der Normbereich normtheoretisch ein Bestandteil der Norm, dann kann diese nicht mit ihrem Normtext gleichgesetzt werden»; para sucesivos desarrollos de la relación entre semántica práctica y teoría «estructuradora» del texto de la norma, véase MÜLLER, F., (ed.) *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin, 1989. Sobre este punto para observaciones más amplias, véase mi obra *L'arte dell'interpretazione* cit., pp. 56 y ss.

normativo), existirán siempre normas que no tienen correspondencia, y por lo tanto a identificar, con las formas utilizadas por el legislador<sup>85</sup>. El contenido de la norma no se puede generalmente reducir a una acción (o situación) única, pero tiene que ser extendido, necesariamente, a una pluralidad de actos (o situaciones) diferentes. El específico aporte de hermenéutica puede favorecer el enfoque de lo que Manfred Riedel llamó sugestivamente «la dimensión acroamática del lenguaje»<sup>86</sup>, la relación entre la palabra, dicha o escrita, y sus múltiples interpretaciones que inevitablemente aluden a algo más allá de ella, el enlace de lo uno con lo múltiple que está necesariamente sobre su fondo.

En relación también al derecho, halla su específica confirmación el fundamental principio hermenéutico por el cual el texto y su interpretación se producen recíprocamente. En el proceso de comprensión del derecho resultaría sumamente arriesgado y extraviante inmovilizarse en el solo plano del lenguaje legislativo, concebido como secuencia radicalmente empírica de signos, sin integrar continuamente el acto lingüístico legislativo con el uso que se realiza de este lenguaje en el proceso de comprensión del derecho por parte del intérprete. Queriendo adaptar la terminología de la *Speech Acts Theory* se puede decir también que no hay que quedarse únicamente en el nivel del locutivo jurídico, sino que es necesario colocarse en el plano de la función ilocutiva realizada por todos aquellos que «dicen» el derecho<sup>87</sup>. Por lo tanto es cierto reconocer, sin duda, que el fenómeno jurídico se puede identificar ampliamente con un hecho lingüístico: pero tiene mucho menos fundamento identificar la teoría del derecho con el análisis del lenguaje del (solo) legislador<sup>88</sup>. La tendencia a reducir la norma a la declaración del sujeto emitente, poseedor de la autoridad institucional, minimiza en efecto el aporte que otros sujetos ofrecen a la experiencia *antes y después* del momento de la emisión del precepto. La posibilidad de estipulaciones convencionales, habitual en el lenguaje jurídico por su aspecto especialístico, queda garantizada por la abertura preliminar e indispensable del idioma natural, sin el cual el acuerdo y el diálogo respecto al derecho no son ni siquiera concebibles. No sólo: el significado «no sencillo» de la proposición puede ser entendido no a nivel atomístico y de «disección» microscópica del acto lingüístico individual, sino en el plano «holístico» de su conexión con una multiplicidad, o bien quizás con el conjunto de los enunciados. La parte no puede tener significado sino *por parte del todo y en el todo* en el que se encuentra ins-

85. A este respecto, véase CARCATERRA, G., *Le norme costitutive*, Milano, 1974, p. 12.

86. RIEDEL, M., «Die akroamatische Dimension der Hermeneutik», en I.D., *Hören auf die Sprache. Die akroamatische Dimension der Hermeneutik*, Frankfurt, a M., 1990, pp. 163 y ss.

87. AMSELEK, *Le locutorie et l'illocutoire dans les enonciations cit.*, p. 390. Del mismo autor, sobre este argumento, véase también, «Philosophy of Law and the Theory of Speech Acts», en *Ratio Juris*, 1, 1988, núm. 3, pp. 187 y ss.

88. CARCATERRA, *Le norme costitutive, cit.*, p. 26.

crita. No es posible esclarecer conceptos jurídicos fundamentales, como los de *obligación*, de *deber* y de *poder*, y más aún, afirmar el poder vinculador del derecho y su pretensión obligatoria si se elimina la conexión de cada proposición lingüística con el todo<sup>89</sup>.

Por lo tanto, es en el terreno específicamente jurídico donde aparece una dificultad especial, por que la analítica se niega a acceder a unidades lingüísticas que trasciendan el plano atómico de la proposición. La microfísica del lenguaje, el perseguir «minucias, cosas a las que os puedo sólo alentar»<sup>90</sup>, no siempre se adaptan eficazmente a la realidad compleja y holística del derecho, donde las microunidades de base nos piden constitutivamente la correlación con las demás partes del todo, y especialmente con una medida de carácter general.

La filosofía analítica del derecho se basa en una ontología del atomismo lógico que estructura el mundo jurídico en hechos aislables: pero característica indefectible del derecho es que el conjunto de las reglas y de los materiales jurídicos constituya una unidad. Como a la postre fue eficazmente subrayado por Ronald Dworkin, con su teoría del *Law as Integrity*, el principio de integridad requiere, así en la legislación como en las decisiones judiciales, que el derecho sea concebido como una unidad, coherente en sus principios, y no como un conjunto heterogéneo de leyes y de decisiones judiciales diferentes y aisladas<sup>91</sup>. Por lo tanto la hipótesis de la unidad del derecho no se armoniza fácilmente con la microfísica analítica; sería por ende muy oportuno que también la filosofía analítica *del derecho* se orientara con más valor en la dirección de los desarrollos más recientes de la filosofía analítica *general*<sup>92</sup>, revisando por fin más atentamente su atomismo de fondo, en la perspectiva de una consideración holística del derecho como lenguaje.

## 8. LOS ACTOS LINGÜÍSTICOS INTERPRETATIVOS

Por lo que se refiere a la segunda categoría de actos lingüísticos, los actos interpretativos, considerando que puede volverse difícil la correspondencia entre el acto interpretativo y sólo una de las diferentes

---

89. HART, «Il concetto di obbligo», trad. it. de G. Gavazzi, en *Rivista di Filosofia*, 1966, núm. 2, pp. 125-140; ID., «Legal and Moral Obligation», trad. it. de Frosini, V., en *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, pp. 167-199 especialmente p. 175. Sobre el tema de la obligatoriedad y sobre su necesaria relación con la perspectiva ordenacionista del derecho, véanse las convincentes observaciones de CATANIA, A., *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*. Napoli, 1983, pp. 131 y ss.

90. AUSTIN, J.L., «Una giustificazione per le scuse», en *Saggi filosofici*, cit., p. 168.

91. DWORKIN, R., *L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San vito, Milano 1989, p. 160. Sobre esta teoría de Dworkin, véase J. ABRAMSON, «Ronald Dworkin and the Convergence of Law and Political Philosophy», en *Texas Law Review*, 65, 1987, pp. 1201 y ss.

92. Es el paso dado por Quine, con la su crítica de la dicotomía analítico-sintética, y por Davidson con su *principle of charity* (*Inquiries into Truth and Interpretation*, cit., pp. 17 y ss.).

clases de actos lingüísticos establecidas por la *Speech Acts Theory*, o sea los actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos<sup>93</sup>, es imposible no observar que el acto interpretativo aparece como algo más complejo y diferente de una mera aserción o de una mera constatación. La interpretación jurídica consiste en una *Rechtsfindung* del sentido más adecuado a la coherencia lógica y axiológica del sistema jurídico, pero también en una *Rechtsfortbildung*<sup>94</sup>, que permitiendo la aplicación concreta de las normas jurídicas, representa constitutivamente un desarrollo y una re-formulación de estas últimas con referencia a las extensiones de realidad siempre nuevas halladas con el caso en cuestión<sup>95</sup>: una *Rechtsfortbildung* que no puede de todas formas confundirse con la creación de nuevas normas jurídicas.

Si el hecho interpretativo tiene fines eminentemente *prácticos*<sup>96</sup>, insertándose por lo tanto en un sistema normativo que tiene por fin disciplinar y encauzar los comportamientos humanos, uno de los mayores méritos de la teoría de los actos lingüísticos reside precisamente en que nos recuerda el carácter activo de los actos lingüísticos, su inescindibilidad de exactos contextos de acción: nos dice que los enunciados lingüísticos de las normas jurídicas no constituyen una realidad completa e independiente, susceptible de ser estudiada en sí misma y por sí misma. Es más, como ya había subrayado Jacques Derrida, el problema del lenguaje nos lleva, desde este punto de vista, al de la huella en general, a todo lo que la obra del otro repercute en nosotros. Desde este punto de vista, no existen movimientos espontáneos, sino que cada originalidad se articula sobre algo ya existente, que nos llega del otro.

Por lo tanto es bien difícil trazar una línea de demarcación totalmente neta entre el sistema y la creación lingüística individual aislada<sup>97</sup>. El enunciado no es más que un elemento de uno o más actos sociales realizados dentro de cierto contexto histórico intersubjetivo<sup>98</sup>. Claro está, todos los diálogos dirigidos a los demás se califican por alguna medida de la función alocutiva: hablamos siempre con fines precisos, y del mismo modo el acto relacionado con las normas jurídicas posee siempre una finalidad ilocutiva. Esta no es, sin embargo, únicamente identificable, como quería la primera filosofía analítica del derecho ita-

93. Sobre este punto, véase VAN DE KERCHOVE, M., «La theorie des actes de langage et la theorie de l'interpretation juridique», en *Theorie des Actes de Langage, ethique et droit*, cit., p. 248, trad. it. cit., p. 290.

94. LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1991, 6 ed., pp. 143 y ss.

95. A este respecto, véase mi obra *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 96 y ss.

96. KALINOWSKI, G., «Philosophie et logique de l'interpretation en droit. Remarques sur l'interpretation juridique, ses buts et ses moyens», en *Archives de philosophie du droit*, XVII, 1972, p. 41.

97. ROSS, A., *Direttive e norme*, trad. it. de M. JORI, Milano, 1978; JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit., p. 27.

98. AMSELEK, *Le locutoire et l'illocutoire dans les enonciations relatives aux normes juridiques*, cit., pp. 386-387.



liana<sup>99</sup>, con la función prescriptiva que disciplinaba los comportamientos. El modelo, de tipo imperativo y coactivo, de un derecho cuya función es siempre y sólo la de encauzar nuestra conducta por una sola dirección, de *obligar a hacer* —al que corresponde simétricamente una actitud de pasiva obediencia por parte de órganos jurisdiccionales y ciudadanos particulares— además de ser ingenuo, no tiene en cuenta el aspecto actual del fenómeno jurídico, que en los contextos occidentales de *Welfare State* está caracterizado cada vez más por funciones de tipo promocional y por una incontenible —aunque no siempre positiva— tendencia hacia una consensualización creciente<sup>100</sup>. Se adhiere por lo tanto mucho más a la realidad actual el calificarlo como diálogo, como juego comunicativo y lingüístico complejo que tiene como consecuencia la interacción con una serie diferenciada de actores. Hoy en día ya no es creíble la operación de limitar el derecho a la sola dimensión lingüística calificada por el sujeto emitente (el legislador) y por sus enunciados, considerados como originarios. Y tampoco se puede sostener persuasivamente que el momento interpretativo quede reducido a una atribución sustancialmente extrínseca a su sentido y que tenga por objetivo actos lingüísticos individuales<sup>101</sup>. El intérprete no es, en efecto, un actor aislado y «secundario» en esta notable obra de atribución de los significados; por el contrario, actúa colocándose en el interior de una real comunidad lingüística y dentro de un universo jurídico que está caracterizado ya —bien lo subraya, en consonancia hermenéutica, Francesco Viola también—<sup>102</sup> por la comunicación y por el implícito acuerdo<sup>103</sup>. Ya tenemos, en el uso del lenguaje, ideas derivadas del lenguaje corriente acerca de relaciones familiares y extrafamiliares, como también conceptos valoradores de la vida íntima y personal o también económica, que predeterminan y condicionan continuamente la extensión de los correspondientes textos jurídicos<sup>104</sup>. El mérito de la interpretación jurídica es el de subrayar de la manera

---

99. Véase, por todos, BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» (1950), en *Diritto e analisi del linguaggio cit.*, pp. 287-324; SCARPELLI, U., *Il problema della definizione e del concetto del diritto*, Milano, 1955, pp. 21 y ss. *Vid.*, también SCARPELLI, «Filosofía e diritto», en *La cultura filosófica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del Sapere*, Napoli, 1982, pp. 173 y ss.; JORI, *Il giuspositivismo analítico italiano prima e dopo la crisi cit.*, pp. 28 ss., 47 ss.; BARRERE UNZUETA, M.A., *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, 1990, pp. 47 y ss., 69 y ss.

100. Obligatoria la lectura de N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1984 (2 ed.).

101. Sobre este punto, véanse las agudas observaciones de VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale, cit.*, pp. 107 y ss. (en particular pp. 124 y ss.).

102. *Ibid.*

103. He desarrollado este aspecto en mi obra, *L'arte dell'interpretazione, cit.*, pp. 105 y ss., con atención especial al concepto del una «comunidad de la interpretación jurídica».

104. ESSER, J., «Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts», en *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften-Philosophisch-historische Klasse*, 1979, pp. 24 y ss.

más patente el aspecto necesariamente cooperativo de la relación que estrechan creadores, intérpretes de las reglas y demás actores comprometidos de diferente manera en el contexto aplicativo de éstas últimas <sup>105</sup>. La interpretación no puede situarse en un contexto metalingüístico, porque el significado co-pertenece al uso mismo del lenguaje.

Y es precisamente en este plano que se puede provechosamente utilizar el aporte de la filosofía hermenéutica, con su tesis que la fundamental polisemia de la palabra no puede quedar reducida sino por el trámite de la «acción contextual» del diálogo <sup>106</sup>. El significado de una expresión de múltiples sentidos no solamente se revela como dependiente del contexto, sino hasta determinado por el contexto mismo: es decisivo, de todos modos, el proceso de asentamiento de una expresión en un contexto, que permite reducir la polisemia de la primera <sup>107</sup>. Pero no es posible conseguir tal reducción de la polisemia en un plano puramente *textual*, sino más bien en un plano contextual, donde por contexto debe entenderse tanto el contexto, lingüístico e institucional, de enunciación, como el contexto de aplicación a una situación específica <sup>108</sup>. El texto jurídico legislativo no es nunca autónomo y a-contextual. El lenguaje generalmente falto de rigor del legislador adquiere un significado más unívoco en el especial contexto enunciativo o aplicativo en el que se usa <sup>109</sup>. Un lenguaje jurídico unívoco en un sentido realmente estricto se podría alcanzar solamente bajo la hipótesis de una absoluta abstracción, y por lo tanto con la exclusión de cualquier relación significativa con la realidad. Tal lenguaje no tendría necesidad, a buen ver, de cualquier interpretación, precisamente porque él quedaría muy poco que interpretar. Cada lenguaje orientado a la realidad —y por ende el lenguaje jurídico también— no se puede por lo tanto ligar «unívocamente» a la univocidad <sup>110</sup>.

Esto no impide en absoluto que la multiplicidad de los significados y de las palabras presentes en los enunciados jurídicos no pueda ser reducida o bien excluida en el momento de la interpretación. Cada interpretación pretende ser *unívoca* justamente porque la hipótesis de donde mueve la hermenéutica es precisamente que *una* interpretación exprese exactamente un sentido. Si no se pudiera otorgar a *una* inter-

---

105. TWINING, W.-MEERS, D., *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, trad. it. de C. Garbarino, Milano, 1990, pp. 242 y ss.

106. RICOEUR, *Cours sur l'hermeneutique*, Louvain, 1972, p. 54.

107. RICOEUR, *Diskurs und Kommunikation*, cit., p. 14.

108. HART, «Positivism and the separation of law and morals», en *Harvard Law Review*, 71, 19, núm. 4, p. 609, trad. it. en *Contributi all'analisi del diritto cit.*, p. 129; VAN DE KERCHOVE, *La theorie des actes de language et la theorie de l'interpretation juridique*, cit., p. 224, trad. it. cit., p. 260.

109. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 17.

110. KAUFMANN, A., *Die Sprache als hermeneutischer Horizont*, cit., p. 364.

pretación *un* determinado sentido, no se podría ni siquiera discutir, criticar, aprobar o rechazar tal interpretación <sup>111</sup>.

Queda el hecho de que a nivel de acto lingüístico la interpretación jurídica puede concebirse diferentemente, en relación a las diversas funciones y a la diferente autoridad del intérprete en el interior del sistema jurídico. Como acto de un órgano provisto de autoridad, el acto interpretativo del juez atribuye efectivamente al enunciado el significado establecido, eliminando cualquier incertidumbre. En este sentido el acto judicial modifica la realidad, aseverando la existencia del hecho institucional <sup>112</sup>.

## 9. CONCLUSION

En este terreno eminentemente regional y lugar de un acuerdo práctico-vital entre individuo y sociedad, típico de un saber hermenéutico-comprensivo, la esfera jurídica hubiera podido representar el punto de contacto por excelencia entre teorías analíticas y filosofía hermenéutica, contacto que se había colocado —como ya se dijo— muy adelante en el plano, aparentemente menos tratable, de la integración entre diferentes tradiciones de pensamiento y de las relaciones filosóficas *generales* entre los dos diferentes enfoques.

Paradójicamente, es en el plano jurídico donde se han presentado, por lo menos en el contexto italiano, más grandes dificultades en la individuación de un terreno común y fructífero de diálogo y de convergencia entre las dos diferentes orientaciones, y esto por una serie de razones, que van desde una aplicación todavía demasiado limitada de la perspectiva hermenéutica a los problemas filosófico-jurídico <sup>113</sup>, al volverse más grave la crisis entre los dos pilares (positivismo jurídico y *Ideal Language Philosophy*), sobre los que la filosofía analítica del derecho había seguido edificando sus tesis centrales <sup>114</sup>.

111. RICOEUR, *Diskurs und Kommunikation*, cit., p. 14.

112. LEGAULT, G.A., *La structure performative du langage juridique*, Montreal, 1977, p. 466.

113. Véanse, además de nuestras obras *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984 y *L'arte dell'interpretazione cit.*, los ensayos de VIOLA, «Ermeneutica e diritto», en ID., *Il diritto come pratica sociale cit.*, pp. 5-28 y de CATANIA, A., «Ermeneutica e definizione del diritto», en *Riv. dir. civ.*, XXXVI, 1990, núm. 2, pp. 121-131.

114. Sobre esta crisis del positivismo jurídico-analítico italiano, véase PATTARO, E., «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi» (1972), ahora en *Diritto e analisi del linguaggio cit.*, pp. 451 y ss.; VILLA, V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984; JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi, cit.*, en particular p. 33 y ss., 47 y ss.; ZACCARIA, «Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa», en *L'arte dell'interpretazione cit.*, pp. 11 y ss.; SCARPELLI, «Il positivismo giuridico rivisitato», en *Rivista di Filosofia*, LXXX, 1989, núm. 3, pp. 451-475; BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio, cit.*, pp. 69 y ss.

Para seguir promoviendo un diálogo fructífero y un intercambio entre el «mundo» analítico y «mundo» hermenéutico es indispensable ahora salirse de una serie de límites y de generalizaciones que correrían el riesgo, de lo contrario, de limitar su posible extensión. Me refiero por una parte a la escasa claridad en el uso de la categoría fundamental «analítico»<sup>115</sup> y a cierta indeterminación en la manera misma de considerar el lenguaje, que no parece vayan a desaparecer en el terreno analítico; mientras por el otro lado se puede razonablemente achacar a la hermenéutica una aplicación no siempre clara de los razonamientos hermenéuticos-filosóficos a los problemas regionales del derecho.

Se trata probablemente de apoderarse de los instrumentos analíticos y de algunos resultados del enfoque analítico para alargar el entero horizonte a los temas hermenéuticos de la comprensión de la individualidad /intersubjetividad interpretativas. El horizonte en donde situarse es el de una filosofía de un lenguaje colocado en su densidad histórica y existencial. El problema es el de adquirir las estructuras existenciales de la comprensión y de la interpretación a partir del lenguaje: si la consideramos con alguna profundidad, la conexión lingüística fundamental que el sujeto establece con las cosas y con los demás, no puede no revelar un carácter hermenéutico-existencial. Los problemas críticos y de verificación pueden introducirse en el cuadro de la comprensión hermenéutica. Los significados deben poder ser analizados en los contextos de las situaciones interactivas e intersubjetivas: por lo tanto se presentan en el lenguaje no solamente el estado de las cosas, al que las palabras se refieren, sino también las intenciones de los hablantes (Searle) e incluso las relaciones interpersonales en las que las palabras reciben su valor<sup>116</sup>.

Las intuiciones alcanzadas en el cuadro de la filosofía analítica, gracias especialmente al modelo intencionalístico de Searle, sobrepasan por lo tanto el terreno analítico y pueden fructificar en un cuadro más amplio, el de un contexto de interacción subjetiva, en el que las expresiones lingüísticas satisfacen funciones prácticas. Entenderse sobre algo con alguien: o sea establecer una correlación entre la expresión lingüística y el hablante, el mundo y el oyente. Estas tres dimensiones del significado<sup>117</sup> no pueden asumirse aisladamente, cada una como fundamental y excluyendo a las demás. Por el contrario, es su renovada conexión lo que otorga al significado sus completas dimensiones.

En cuanto renuncien a su respectiva exclusividad, la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica se convierten hoy en aspectos no renunciables para la edificación de una teoría del derecho como práctica

---

115. Véase también la caracterización y la distinción internas propuestas por GUASTINI, R., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1980, pp. 5 y ss., y «Far cose con regole rivistato», en *Riv. dir. civ.* XXXIV, 1988, p. 544.

116. HABERMAS, *Il pensiero post-metafisico*, cit., p. 137.

117. HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 104.

social <sup>118</sup> de tipo interpretativo y argumental, que conecta y junta los documentos legislativos y la práctica interpretativa que, gracias a los diferentes actores de la praxis jurídica, penetren en la vida cotidiana de una comunidad histórico-social. No debemos creer en una fractura entre una realidad «autonómica», que tuviera influencia sobre el derecho y se desarrollara a su lado, y el derecho mismo: somos nosotros los que producimos la realidad del derecho y la edificamos enunciando lo que es ella <sup>119</sup>. Hay derecho donde actores diferentes discuten y desarrollan, sumergiéndose en la praxis, proposiciones y enunciados pertenecientes a esa práctica interpretativa, que sobre la base de su unidad de sentido, llamamos derecho.

Los complejos problemas, a los que nos hemos referido en este ensayo, como los de la referencia, de la comunicación y del acuerdo intersubjetivos, de la necesaria interacción entre *comprender* y *explicar*, se pueden discutir y resolver solamente con una unión solidaria de los esfuerzos analíticos y hermenéuticos. Si es cierto, en efecto, que generalmente el filosofar se verifica menos en los manuales que en la confrontación abierta, el haber sugerido esta ocasión de diálogo entre filósofos analíticos y hermenéuticos del derecho no nos deja sino ser optimistas para el futuro.

---

118. DWORKIN, R., *L'impero del diritto*, pp. 18 y ss.; 380 y ss.; RORTY, «Rappresentazione, pratica sociale e verità», en VATTIMO, G., (ed.), *Filosofia '88*, Roma-Bari, 1989, pp. 209-225; VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit.

119. NERHOT, P., «The Law and its Reality», en ID., (ed.), *Law interpretation and reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, 1990, pp. 193 y ss.; «La dogmatica giuridica e il problema dell'inferenza analogica», en *Il diritto, lo scritto, il senso*, Ferrara, 1992, pp. 39 y ss.



## Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la se- mántica normativa

Por CARLOS I. MASSINI CORREAS

Mendoza

«Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils on faites; mais ils en ont aussi qu'ils n'ont faites. Avant qu'il y eut de êtres intelligents, ils étaient possibles: ils avaient donc des rapports possibles, et par conséquent des lois possibles. Avant qu'il y eut des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eut tracé de cercle tous les rayons n'étaient pas égaux»; Montesquieu, *De l'esprit des lois* I,1.

### I. LA CUESTION DE LA SEMÁNTICA DE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

Luego de que Frege reformulara la antigua <sup>1</sup> distinción entre sentido o significación y referencia o designación, y de que Charles Morris sistematizara la semiótica en «Foundations of the Theory of Signs» <sup>2</sup>, se ha convertido en un lugar común de la filosofía práctica el preguntarse acerca de la semántica de las enunciaciones normativas, es decir, acerca de la cuestión de cuál es el significado y la designación de los enunciados de ese tipo. Dicho de otro modo: habida cuenta de que las normas se expresan a través de signos lingüísticos, aparece como nece-

---

1. Vid. Sobre los orígenes aristotélicos y medievales de esta distinción: BEUCHOT, Mauricio, *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*, México, UNAM, 1981, pp. 15 y 94 ss. y *Ensayos marginales sobre Aristóteles*, México, UNAM, 1985, pp. 11-26.

2. Vid. MORRIS, Charles, *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago and London, 1970 (20<sup>va</sup> ed.). En este trabajo utilizaremos las expresiones significación, sentido y connotación como sinónimas, así como las de designación, referencia y connotación. No desconocemos que ciertos autores atribuyen a estas palabras significaciones diversas.

sario indagar, ante todo, si ellas tienen connotación y denotación y, en caso afirmativo, precisar en qué consiste cada una de esas funciones semánticas.

Las posturas acerca de estas cuestiones son múltiples y variadas, de modo que no es posible hacer de ellas una mención pormenorizada en el breve espacio de un artículo. Por ello, nos limitaremos a una breve enunciación de las más difundidas, concentrándonos luego en la exposición y crítica de una de ellas, que consideramos de especial relevancia en lo que respecta a la repercusión en la teoría ética de las doctrinas lingüísticas. Comencemos, pues, con la reseña de las principales soluciones propuestas:

a) las normas *consisten en expresiones lingüísticas*, es decir, se agotan en ellas y por lo tanto no tienen —o no interesa conocer si tienen— significado o designación; esta es la posición de, v.gr., Genaro Carrió<sup>3</sup>;

b) las normas, como en general las expresiones éticas, designan sólo si se las considera como *enunciados descriptivos encubiertos*, en cuyo caso denotan actos psíquicos de aversión, placer, etc.; si por el contrario, se las considera como propiamente éticas, no designan nada en absoluto, no tienen referente semántico; tal es la postura de Ayer, Bulygin y varios otros<sup>4</sup>;

c) las normas tienen el sentido de *prescripciones universalizables* y su única referencia consiste en los actos de prescripción que les dan origen; la universalidad es la fuente de su validez en cuanto mas normas éticas y es parte integrante de su sentido; aquí es posible ubicar la obra de R. M. Hare y, en filosofía del derecho, de Uberto Scarpelli<sup>5</sup>;

d) las normas tienen por referente *una realidad ideal*, perteneciente al mundo de los valores, y su significación se agota en remitir a esa realidad normativa de por sí, a un mundo del «deber ser» del que la norma es la expresión necesaria; las ideas de Miguel Reale son un buen ejemplo de esta orientación<sup>6</sup>;

e) las normas jurídicas y morales tienen por referente a *un estadio determinado de las relaciones de producción*, resultado a su vez de una etapa evolutiva de las fuerzas productivas; las normas son la expresión ideológica de ese estadio y tienen por finalidad alcanzar su aseguramiento y funcionalidad; en algunos casos, esta afirmación puede aso-

3. Vid. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 37, 45 y passim. Vid. asimismo, CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 19.

4. Vid. AYER, Alfred, *Language, Truth and Logic*, London, V. Gollancz, 1970, pp. 108 y passim.

5. Vid. HARE, H.R.M., *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 1-16 y passim. Adopta esta visión en el ámbito del lenguaje normativo jurídico Uberto Scarpelli; vid. «Ética, linguaggio e ragione», en *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 54-72.

6. Vid. REALE, Miguel, *Filosofía del Diritto*, Torino, Giapicchelli ed., 1956, pp. 129 ss.



ciarse con la postulación de reglas sociales de sentido, que permiten alcanzar el significado de las expresiones normativas; este es el caso de los diversos marxismos<sup>7</sup>;

f) las normas morales designan el contenido de *ciertos actos de voluntad*, sea de la voluntad de Dios o del príncipe, como lo sostenía Ockham, o de la mayoría de los ciudadanos, o de sus representantes; esta es la posición de los voluntaristas de todas las especies, desde Roscelino a von Wright<sup>8</sup>;

g) las normas, en especial las jurídicas, *no designan nada* en absoluto, pero cumplen una irremplazable función de determinación de las conductas sociales a través de efectos psicológicos; cualquier intento de precisar una referencia de las normas jurídicas, tendría —según Olivecrona— carácter puramente «místico»<sup>9</sup>;

h) las normas se refieren a ciertos *actos de habla* (*speech acts*) o expresiones performativas (*performative utterances*) que les dan origen y las constituyen en cuanto tales; tal es la postura de autores como F. von Kutschera<sup>10</sup>;

i) las normas designan *el hecho fáctico de su cumplimiento* o la previsión de ese cumplimiento en el futuro, sea por parte de los ciudadanos o de los funcionarios públicos; esta es la propuesta de autores como A. Ross y, en parte, J. Wróblewski<sup>11</sup>;

j) las normas remiten a ciertos actos *institucionales*, realizados conforme a un procedimiento reglado, que dan origen y establecen su

7. Vid., sobre la teoría marxista del derecho, MASSINI CORREAS, Carlos I., *Ensayo crítico sobre el pensamiento ius-filosófico de Carlos Marx*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976 y la bibliografía allí citada.

8. La concepción voluntarista de las normas tiene representantes desde Ockham a Schreiber, pasando por von Wright; vid. OCKHAM, G., *Opus nonaginta dierum*, en *Opera Política*, Mancunii, e typis universitatis, MCMLXXIV, pp. 288 ss.; SCHREIBER, Rupert, *Lógica del derecho*, Buenos Aires, Sur, 1967, pp. 102-104 y VON WRIGHT, Georg H., *Norma y Acción*, Madrid, Tecnos 1970, pp. 135 ss. Allí escribe von WRIGHT que «como teoría del estado ontológico de las prescripciones en general, la teoría voluntarista me parece básicamente correcta».

9. Vid. OLIVECRONA, Karl, *Linguaggio giuridico e realtà*, en: AA. VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. U. Scarpelli, Milano, E. di Comunità, 1976, pp. 239-283.

10. Sobre las expresiones performativas, el texto clásico es el de John L. AUSTIN, «Enunciati Performativi», en *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., pp. 123-141. Sobre los enunciados performativos en el lenguaje del derecho, vid. GAZEGORCZYK, Christophe, «Le rôle du performatif dans le langage du droit», en *Archives de Philosophie du Droit* (en adelante APD), núm. 19, Paris, Sirey, 1974.

11. La posición de J. WRÓBLEWSKI en este punto tiene matices, debidos a su doble condición de marxista y de filósofo analítico; vid. «El problema del sentido de la norma jurídica», en WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, San Sebastián, Ed. Universidad del País Vasco, 1989, pp. 65-77 y «Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation», en *Logique et Analyse*, núm. 21-24, Louvain-Paris, 1963, pp. 397-416.

contenido; aquí puede ubicarse el pensamiento de autores como Hart y MacCormick<sup>12</sup>;

k) las normas se refieren a ciertas *relaciones de utilidad*, relaciones teleológicas entre un objetivo a alcanzar y los medios generalmente aptos para lograrlo; esta es la solución de los utilitaristas, en especial de los llamados utilitaristas de reglas<sup>13</sup>;

l) las normas tienen como referencia ciertas *estructuras deónticas de la realidad*, existentes de modo objetivo, sea en un mundo posible o el mundo presente considerado tal como es; esta es la posición de autores como J. L. Gardies y G. Kalinowski<sup>14</sup>.

Si bien esta enumeración no es completa, resulta suficiente como para poner en evidencia la diversidad de las propuestas en lo que se refiere a la semántica —y en especial a la referencia— de las expresiones normativas<sup>15</sup>. Dentro de esta diversidad, vamos a escoger la solución aportada por Georges Kalinowski<sup>16</sup>, por considerarla una de las más completas y, sin lugar a dudas, la más rica y sugerente; la expondremos sucintamente y efectuaremos luego una consideración crítica de sus puntos principales. Seguramente, sus ideas en el tema que ahora nos ocupa, podrán servir de base para una sistematización y un desarrollo más ajustado y completo de la semántica de las expresiones normativas.

## II. LA SIGNIFICACIÓN DE LAS NORMAS

Kalinowski comienza sus estudios acerca de la semántica de las normas, precisando qué es lo que entiende por semántica y cuáles son, desde su perspectiva, sus partes principales. Contrariamente a lo sosteni-

12. Vid. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 229 ss.

13. Sobre el utilitarismo en el derecho, vid. MASSINI CORREAS, Carlos I., «Utilitarismo y Derechos Humanos» en *La Ley*, núm. LII-26, Buenos Aires, 1988, p. 1-5 y la bibliografía allí citada, en especial, El SHAKANKIRI, Mohamed, «Analyse du langage et droit chez quelques juristes angloaméricaines de Bentham a Hart», en APD, núm. XV, Paris, Sirey, 1970, pp. 113-149.

14. Vid. GARDIES, Jean-Louis, «L'intérêt des modèles sémantiques pour la logique du droit», en APD, núm. XXIII, Paris Sirey, 1978, pp. 355-362. Vid. también, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972, passim y la «Logique déontique et ses sémantiques possibles», en *Logique et Analyse*, núm. 82-83, Louvain, 1978, pp. 185-203.

15. Para una consideración distinta de estas cuestiones, vid. MASSINI CORREAS, Carlos I. «Derecho, pensamiento y lenguaje», en *Sapientia*, Vol. XLIII, Buenos Aires, 1988, pp. 139-152.

16. Sobre el pensamiento gnoseológico-metafísico de G. KALINOWSKI, vid. Los rigurosos trabajos de Manuel BALLESTER HERNÁNDEZ, *La unidad del pensamiento -Estudio sobre el itinerario intelectual de Georges Kalinowski*, Barcelona, PPV, 1992 y de BOZZI, Rodolfo, *La fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, Napoli, ed. Jovene Nápoli, 1981. Sobre la filosofía jurídica del filósofo polaco, vid. MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, Mendoza, EDIUM, 1987.

do por Charles Morris, para quien «la semántica se ocupa de la relación de los signos con sus designata»<sup>17</sup>, el filósofo polaco sostiene que esa forma de caracterizar a la semántica es contestable, ya que existen expresiones que no poseen *designata*, al menos en sentido propio, y poseen no obstante su semántica. En efecto, en materia de designación existen, ante todo, expresiones categoremáticas y sincategoremáticas. Estas últimas no designan, consideradas aisladamente, nada; sólo pueden codesignar, en el caso de que las expresiones construidas con su concurso designen a su vez. Por su parte, las expresiones categoremáticas han de dividirse en expresiones «vacías» y «no vacías»; las primeras no designan en el sentido propio o «fuerte», sino analógico o «débil»; así es como «Barón de Munchhausen» se refiere a una mera creación del entendimiento humano, sin existencia en la realidad extramental. Por su parte, las expresiones «no vacías» designan en sentido fuerte, es decir, se refieren a entes reales existentes con independencia de nuestro entendimiento, como cuando decimos «George Bush»<sup>18</sup>.

Por otro lado, es posible dividir las expresiones categoremáticas en nombres y proposiciones: las primeras designan entes, tal como lo hace «caballo»; las segundas designan estados de cosas reales, que pueden encontrarse en acto o en potencia, es decir, tener una existencia actual o meramente posible: «precisemos —escribe Kalinowski— que ‘posible’ significa aquí ‘aquello que habría podido o podría ser actual’, y no aquello que no es sino no contradictorio con referencia a tales o cuales suposiciones aprióricas iniciales»<sup>19</sup>. Es preciso, en nuestro contexto, llamar la atención sobre esta posibilidad de designación de entes reales aunque meramente posibles.

Ahora bien, en la perspectiva de Kalinowski, una semántica que quiera ser realista y completa ha de considerar no sólo la función de designación de las expresiones lingüísticas, sino también la de significación. En este punto, Kalinowski se opone abiertamente a Carnap y los carnapianos, para quienes el lenguaje no es sino un conjunto de signos sensibles por el cual nos referimos a las cosas también sensibles, sin que el pensamiento cumpla función relevante en ese proceso<sup>20</sup>. Pero «importa destacar —escribe Kalinowski— que en la teoría semántica de la significación que oponemos a la de R. Carnap, no se trata de conceptos o de juicios en tanto que fenómenos psíquicos, entes accidentales en la terminología de Aristóteles concretos y singulares como los hombres que los piensan (...), sino de sus contenidos considerados en si mismos, abstracción hecha de su existencia en tal o cual hombre. Son estos contenidos los que constituyen los conceptos o los juicios, llamados, según el caso, conceptos o juicios ‘lógicos’, en cuanto estudiados por la semántica lógica»<sup>21</sup>.

17. MORRIS, Charles, *o.c.*, p. 21.

18. KALINOWSKI, Georges (en adelante GK), «Loi juridique et loi logique. Contribution a la sémantique de la loi juridique» (en adelante LJ), en APD, núm. 25, París, Sirey, 1980, pp. 125-128.

19. GK, LJ, p. 126.

20. GK, LJ, p. 127.

21. GK, LJ, p. 127.

Y al entrar ya directamente en el tema de la significación, Kalinowski sostiene que una semántica que sea a la vez i)realista y ii)completa, «debe distinguir entre la significación, función de los signos lingüísticos en relación con el pensamiento, y la designación, función de un gran número de signos lingüísticos en relación con los entes reales y no tener sólo en cuenta, en algún caso, una u otra de ellas. Porque —prosigue— no hay designación sin significación, aunque la significación puede no estar acompañada de designación (en el sentido propio o fuerte) como en el caso de las expresiones vacías. Dicho brevemente —concluye— para un semántico abierto a toda la realidad, con la mente abierta y sin prejuicios, los nombres comunes y las proposiciones poseen siempre sus *significata*: conceptos o juicios y, por otra parte, la mayoría de las veces, sus *designata* en sentido propio y fuerte: entes o estados de cosas reales, actuales o posibles. Los objetos y estados de cosas meramente intencionales, no son *designata* sino en un sentido débil, impropio o metonímico»<sup>22</sup>. Dicho de otro modo, la significación está siempre presente en el fenómeno lingüístico, ya que su función primera es significar los «estados del alma» como los llamaba Aristóteles, es decir, los conceptos juicios y razonamientos. De no ser así, quedaría sin explicación la función significativa de los términos abstractos, que no designan directamente una cosa material sensible.

Por lo tanto, para Kalinowski, como por otra parte para toda la tradición realista, el proceso significativo es el siguiente: las palabras significan las nociones del entendimiento, las que a su vez remiten a la realidad. Es más: esa realidad no puede ser designada sino por mediación de las nociones del entendimiento, ya que la función referencial de las palabras tiene en el lenguaje humano una inocultable dimensión racional, que hace que la designación de realidades extramentales se encuadre en un marco de nociones y proposiciones, contrariamente a lo que ocurre en el lenguaje de los animales. Suponer que es posible designar sin pensar absolutamente en nada, es uno de los supuestos gratuitos de la antropología post-humana<sup>23</sup>.

Si pasamos ahora al análisis de la función significativa de las expresiones normativas, veremos que, conforme a las ideas acerca de la significación que hemos expuesto, ellas significan proposiciones normativas, producto a su vez de juicios de carácter normativo; este tipo de juicios es considerado normativo, escribe el autor que analizamos, «porque dirigen al hombre, reglamentan su acción, normatizan su conducta»<sup>24</sup>. En otras palabras, el *significata* de las expresiones normativas es una proposición normativa, producto de un acto psicológico también normativo. En esta proposición normativa se unen a través de un functor deóntico: «debe ser», «debe no ser», «puede ser», etc., dos

22. GK, LJ, p. 127. Vid, acerca de esta temática, KALINOWSKI, Georges, *Semiotique et Philosophie*, Paris-Amsterdam, Hades Benjamins, 1985, pp. 163-204.

23. Vid. MASSINI-CORREAS, Carlos I., «Derecho, pensamiento y lenguaje», *cit.*, pp. 143-144.

24. GK, LJ, p. 128.

variables nominales: una de ellas designativa de un sujeto de acción o de un conjunto de sujetos de acción y la otra designativa de una acción o de un conjunto de acciones<sup>25</sup>. Ahora bien, esta estructura de las proposiciones normativas, se dá aún en aquellos casos en que las expresiones normativas no revistan una forma gramatical normativa, y sí una forma gramatical indicativa, como cuando las leyes civiles establecen que «el vendedor es el responsable de los daños ocultos en la cosa vendida». En estas situaciones, aún cuando la expresión —el signo— se encuentre redactado en una forma gramatical no normativa, la proposición significada por ella es indudablemente normativa<sup>26</sup>.

Una cuestión distinta, aunque vinculada con la que estamos tratando, es la referida al modo de existencia propio de las proposiciones normativas, en otras palabras, a su índole óntica, en cuanto realidad existente. Este tema ha sido tratado expresamente por varios autores, entre otros, por el pensador austríaco Ota Weinberger, en un trabajo publicado con el título de «The Norm as Thought and as Reality»<sup>27</sup>. Para Weinberger, es necesario partir en este punto de la aceptación de que las normas son realidades ideales, es decir, que «no pueden ser observadas sea directa o indirectamente con la ayuda de algún equipo observacional»<sup>28</sup>; si, por el contrario, sólo se acepta la existencia de entidades materiales, resultará imposible explicar la realidad de las normas, realidad que se pone claramente de manifiesto en la innegable influencia que ejercen sobre la conducta humana. Por otra parte, el filósofo de Graz precisa que «las normas pueden ser expresadas lingüísticamente, sea en un lenguaje natural, sea en uno artificial de suficiente complejidad. Pero es perfectamente posible que un 'debe' exista sin haber sido explícitamente formulado»<sup>29</sup>. Y ello es así, porque la existencia de las normas es la que corresponde a un objeto de pensamiento, la de un significado, que no se confunde —es preciso reiterarlo— con el acto psicológico que le dá origen. «Cuando hablo de la real existencia de las normas —escribe— no me estoy refiriendo al acto a través del cual esas normas son edictadas, ni tampoco a la existencia de una frase que exprese esa norma, ni al conocimiento o a la conducta de la gente que guía su conducta mas o menos de acuerdo con las normas (...). Las normas —concluye— existen en el campo de la conciencia humana: es algo así como la conciencia de obligatoriedad, la concien-

---

25. Vid. GK, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 106 ss. y «Theorie des propositions normatives», en *Etudes de Logique Deontique*, Paris, LGDJ, 1972, p. 33 y passim.

26. GK, «Zur Semantik der Rechtssprache», en *Rechtstheorie*, 1-1979, Berlin, 1979, pp. 240-243.

27. WEINBERGER, Ota, «The norm as Thought and as Reality», en MACCOR-MICK, Neil & WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law - New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1986, pp. 31-48.

28. WEINBERGER, Ota, *o.c.*, p. 33.

29. WEINBERGER, Ota, *ibidem*.

cia de que algo debe ser hecho»<sup>30</sup>; en otras palabras, son aquello a lo que nos referimos cuando hablamos del significado de las expresiones normativas.

Volviendo, luego de este breve excursus, al pensamiento de Georges Kalinowski, veremos que, para él, las proposiciones normativas que son la significación de las expresiones normativas, revisten una existencia que puede llamarse «intencional», siguiendo aquí una terminología con origen en Husserl e Ingarden<sup>31</sup>. Kalinowski llega a esta conclusión, luego de haber descartado que en el caso de las proposiciones normativas, nos encontremos frente a: i) realidades existencialmente autónomas —sustancias en la terminología aristotélica— a las que corresponde existir en sí mismas, sin referencia a ningún otro ente real; ii) entes existencialmente no autónomos —accidentes en la terminología aristotélica— cuya existencia resulta «prestada» por un ente autónomo, tal como sería el caso de los concretos actos psicológicos por los que se piensan las normas; iii) «objetos ideales», como los propuestos por la ontología fenomenológica, que tendrían una existencia en sí, en cuanto ideales<sup>32</sup>. Por el contrario, para Kalinowski, en el caso de los «entes intencionales» entre los que se cuentan las normas, nos encontramos frente al contenido mismo de ciertos actos del pensamiento, fundamentalmente frente al de ciertos actos cognoscitivos. Ese contenido cognoscitivo está dado por una determinada forma que existe intencionalmente en el entendimiento humano y que es idéntica —aunque con otro modo de existencia— a la forma de un ente o de un conjunto de entes reales. Dicho de otro modo, si consideramos a los actos del pensamiento no en su existencia singular, en cuyo caso estaríamos frente a concretos actos psicológicos del sujeto, entes accidentales en la terminología aristotélica, sino en su contenido cognoscitivo, estaremos frente a entes cuya existencia consiste en la presencia en el entendimiento de una forma o estructura abstracta, tomado este último término en su sentido etimológico<sup>32 bis</sup>.

Pero sucede que los entes intencionales pueden ser de dos clases: i) entes meramente intencionales, existentes sólo en el entendimiento, «entes de razón» sin fundamento en la realidad, como la sirena o el unicornio, y ii) entes intencionales cognoscitivos, que se corresponden a una cierta forma o estructura existente en la realidad extramental. Kalinowski considera a las normas como entes intencionales cognoscitivos, es decir, como proposiciones que no resultan de una mera construcción de la razón, sino que son producto de la actividad cognoscitiva del entendimiento. Como consecuencia de ello, critica agudamente a

30. WEINBERGER, Ota, *o.c.*, pp. 39-40.

31. *Vid.* GK, «Essai sur le caractère ontique du droit. Contribution a l'étude de l'être intentionnel et à l'ontologie du droit», en *Revue de l'Université d'Ottawa*, t. V, núm. 34, Ottawa, 1964, pp. 81-99 (en adelante ECO).

32. GK. ECO, p. 82. *Vid.* MASSINI CORREAS, Carlos I. «Introducción a la temática de la justicia como valor», en *La justicia en la filosofía jurídica y social argentina*, ed. MA Ciuro Caldani, Rosario, FIJ, 1983, pp. 105-119.

32 bis. Sobre los sentidos de «abstracción», *vid.* GEACH, Peter, *Mental Acts*, London, Routledge & Kegan Paul, 1971, pp. 130 ss.

las diversas corrientes contemporáneas para las cuales las normas morales o jurídicas constituyen el resultado de la sola razón considerada de modo instrumental-constructivo. En especial, centra su ataque en las diferentes formas de emotivismo o voluntarismo, que reducen el cometido de la razón al registro y expresión de los sentimientos, emociones o decisiones de los sujetos, sean estos individuales o colectivos<sup>33</sup>.

Por supuesto que la afirmación de Kalinowski acerca del carácter cognoscitivo de las proposiciones normativas, supone la aceptación de su carácter veritativo, es decir, de su aptitud para entrar en las categorías de verdad o falsedad. No obstante la centralidad de esta tesis en el pensamiento del filósofo de Lublin, no vamos a desarrollarla expresamente ahora, ya que ello nos apartaría del tema central de nuestro estudio; remitiremos, por lo tanto, a aquellos trabajos en los que se ha tratado y debatido *in extenso* esa problemática<sup>34</sup>.

Para lo que nos concierne ahora, bastará con precisar que en lo que se refiere a la semántica de las expresiones jurídicas, el pensamiento de Kalinowski puede resumirse en los siguientes puntos principales: i) las expresiones lingüísticas de carácter normativo no son en sí mismas normas, sino sólo el signo, el *significans* de normas morales o jurídicas; ii) las normas consisten en proposiciones de carácter normativo, resultado de juicios también normativos, esto último en razón de su función directiva o reguladora del obrar humano; iii) la estructura de esa proposición en que la norma consiste, une el nombre de un sujeto de acción, con el nombre de una acción a través de un functor normativo; este puede ser alguno de los siguientes: «debe hacer», «debe no hacer», «tiene el derecho de hacer», «tiene el derecho de no hacer», «puede hacer o no hacer» y «debe hacer o debe no hacer»<sup>35</sup>; iv) la norma no se confunde con el juicio normativo, acto psicológico individual que le dá origen, sino que tiene una existencia puramente «intencional», es decir, de razón; v) entre los posibles entes intencionales, las normas consisten en entes intencionales cognoscitivos, es decir, referidos a ciertos objetos de conocimiento, razón por la cual pueden ser calificadas de verdaderas o falsas.

### III. LA DESIGNACION DE LAS NORMAS

Al entrar en este segundo punto, es preciso destacar que para Kalinowski la designación —es decir, la relación de las expresiones con ciertos entes o con estados de cosas— es la más importante de las funciones semánticas del lenguaje. Efectivamente, para él, «tal como lo atestigua la imposición de los nombres por Adán (...) la designación,

33. Vid. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., pp. 3-32.

34. Vid. BALLESTER HERNÁNDEZ, Manuel, *o.c.*, passim.

35. GK «Théorie des positions normatives», cit., passim.

en tanto que función semiótica y más precisamente semántica, de los signos lingüísticos, es su función primera desde un cierto punto de vista (...). Los hombres no elaboran sus lenguajes, naturales o artificiales, principalmente para significar sin designar. Por el contrario, los crean, de un modo u otro, al menos en la gran mayoría de los casos, para hablar de cosas o de estados de cosas (realmente) existentes. Por supuesto que las expresiones que designan en sentido fuerte, al mismo tiempo significan: no hay designación fuerte sin significación»<sup>36</sup>; y más adelante precisa que «es necesario subrayar que los sentidos significados por las expresiones que designan en sentido fuerte, son abstractos (en el sentido etimológico), mientras que los sentidos significados que designan sólo débilmente (expresiones vacías) son construidos; ahora bien, no hay construcción intelectual sin algún conocimiento previo, porque el hombre, todo lo creador que pueda ser, no es el creador y no crea *ex nihilo*»<sup>37</sup>.

Esta larga cita del filósofo polaco pone en evidencia su consideración del conocimiento, en especial el conocimiento de las realidades trascendentes al sujeto, como el objeto primordial del lenguaje; para Kalinowski, la función constructiva del entendimiento tiene un carácter secundario respecto del conocimiento: sólo se puede construir a partir de algo ya conocido de antemano. Dicho de otro modo, el lenguaje es, ante todo, un instrumento de conocimiento, un medio a través del cual el hombre aprehende las estructuras de la realidad y sólo en un segundo momento se convierte el lenguaje en instrumento de elaboración o producción de nociones, proposiciones o razonamientos. Lo que es más, para Kalinowski la captación del sentido o significación del lenguaje, no puede hacerse, en principio, sin conocer su designación; esto reviste especial importancia para la teoría de la interpretación jurídica, razón por la cual volveremos sobre ello aunque más no sea brevemente<sup>38</sup>.

Entrando ya directamente en la problemática de la designación de la normas, vemos que Kalinowski, coherente con su concepción de las normas como proposiciones —entes intencionales— cognoscitivas, afirma resueltamente su función designativa: «entre los hombres considerados como sujetos de acción —escribe— y sus acciones posibles (...) existen relaciones tan reales como sus términos: los sujetos de acción y sus acciones posibles. Estas relaciones son también actuales, porque es en acto que existe la relación de obligación entre el comprador de una mercancía y su acción de pago del precio convenido, aunque esta acción no sea en un momento determinado, sino una acción posible. Las relaciones consideradas son relaciones normativas en cuanto consisten en una obligación o permiso de cumplimiento o de no

36. Georges KALINOWSKI, *Sémiotique et philosophie*, cit, pp. 165-166.

37. *Ibidem*, p. 166.

38. Vid. sobre esta problemática: MASSINI CORREAS, Carlos I., «Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica», en prensa en las *Actas del Congreso sobre interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Santiago de Chile, Valparaíso.



cumplimiento de una acción determinada por un sujeto de acción determinado. Son estas relaciones las que son designadas por las normas jurídicas; ellas no son, en consecuencia, expresiones vacías, sino que designan en el sentido fuerte y propio del término, ya que designan un estado de cosas real, a saber, una relación normativa real de obligación de hacer, de obligación de no hacer o de permiso de hacer o de no hacer, para limitarnos a estas relaciones normativas fundamentales»<sup>39</sup>.

La recién citada opinión de Kalinowski plantea de inmediato la cuestión del modo de existencia que compete a esas relaciones deónticas que son el *designatum* de las proposiciones normativas; expresado en otros términos: la cuestión de saber cómo existen o cuál es el estatuto óntico de esas relaciones a que las normas se refieren. Kalinowski responde sosteniendo que del mismo modo como las expresiones descriptivas designan estados de cosas que son relaciones, como por ejemplo la expresión «Pedro es juez» designa la relación real entre Pedro y la clase de los jueces, las expresiones deónticas designan estados de cosas que consisten en relaciones de obligación o de libertad<sup>40</sup>. De ese modo, sostiene, «la proposición (enunciado proposicional) «A debe hacer X» es normativo (deóntico), es una norma proposición. Ella significa un juicio normativo (deóntico), un juicio-norma y designa una relación normativa (deóntica), a saber, una relación de obligación de hacer (...). Como se ve aquí —concluye— el paralelismo entre lo óntico y lo deóntico alcanza el nivel semántico, tanto en materia de designación como de significación»<sup>41</sup>. En ambos casos, lo que se está designando es un estado de cosas real, estructurado como una relación también real.

Pero según lo explicita este filósofo, esas relaciones pueden ser de dos categorías: i) relaciones que existen por sí mismas entre el modo de ser del hombre y el valor de ciertas acciones en orden al progreso o retroceso de su humanidad; y ii) relaciones establecidas por los legisladores humanos en razón de las exigencias de la vida en sociedad o, dicho en otras palabras, del bien común de la sociedad política. «Habiendo cuenta de la naturaleza del hombre —escribe el autor que examinamos— y del carácter axiótico de sus acciones posibles, las acciones intrínsecamente valiosas han de hacerse, las intrínsecamente disvaliosas han de no hacerse y las axióticamente indiferentes han de hacerse o no hacerse según las circunstancias»<sup>42</sup>. Es a estas últimas a las que tiene como materia la normatividad positiva en sentido estricto; las primeras, axióticamente valiosas o disvaliosas por sí mismas, forman el contenido de lo que tradicionalmente se denomina derecho —o normatividad— natural. Es así como, v. gr., la relación entre un sujeto huma-

39. Georges KALINOWSKI, LJ, p. 129.

40. Vid. Georges KALINOWSKI, «Ontique et deóntique», (en adelante O.D.) en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXVI, Milano, Giuffré ed. 1989, p. 441.

41. Georges KALINOWSKI, OD, p. 443.

42. *Ibidem*.

no y la tortura —acción axióticamente disvaliosa— es de «deber no hacer», mientras la que existe entre un sujeto y el respeto de la vida ajena —acción axióticamente valiosa— es de «deber hacer», todo ello, con independencia de la acción legislativa positiva de los órganos del estado o de los usos de la sociedad.

Ahora bien, esta acción legislativa de los órganos del estado, puede ser a su vez de dos tipos diferentes pero complementarios: i) de recepción y explicitación de las relaciones deónticas naturales, así como de establecimiento de sanciones para asegurar su cumplimiento; ii) de determinación de aquellas acciones axióticamente neutras que conviene promover o prohibir, habida cuenta de las circunstancias y de los requerimientos de la buena vida social. En este último caso, y en razón de la variedad de las opciones posibles cuando se trata de determinar en concreto <sup>43</sup> cuál de las acciones axióticamente indiferentes ha de escogerse en una situación determinada, corresponde a los gobernantes establecer autoritativamente algunas de las alternativas posibles y ordenar de ese modo el obrar colectivo. Por supuesto que la exigencia planteada a los gobernantes de regular, de un modo u otro, determinadas relaciones, constituye para ellos una exigencia de carácter normativo natural. Kalinowski patentiza todo esto con el conocido pero esclarecedor ejemplo de la circulación vial: «circular por la derecha o por la izquierda —escribe— no es en sí ni bueno ni malo. Pero en razón de las condiciones actuales de la circulación, la disyunción siguiente aparece como verdadera: (1) es bueno circular por la derecha o por la izquierda. Por lo tanto, es también verdadera la constatación, igualmente disyuntiva, de las correspondientes relaciones normativas: (2) se debe circular por la derecha o se debe circular por la izquierda. Esto hace necesaria la intervención del legislador, obligado por naturaleza a reglar todo aquello que no puede permanecer sin regulación alguna sin grave perjuicio para el bien común del que el legislador es responsable (...). Es de esta manera que el legislador «crea» la norma: (3) No se debe circular por la izquierda. Ahora bien, de (2) y (3) se infiere, en virtud de la ley de *modus tollendo ponens*: (4) se debe circular por la derecha. El acto creador del legislador ha transformado una norma preexistente, diádica y por lo tanto inoperante, en una norma monádica y de ese modo operativa» <sup>44</sup>.

Y volviendo sobre el tema del estatuto ontológico de las relaciones deónticas, precisemos que Kalinowski admite que «las relaciones normativas no son puramente materiales. Pero —agrega— el hombre no es tampoco un ente puramente material, tal como lo revela el análisis de su conocimiento intelectual, que es un conocimiento conceptual» <sup>45</sup>. Se trata, por lo tanto, de relaciones inmateriales,

43. Vid. Georges KALINOWSKI, «Application du droit et prudence» en: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 53/2, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1967, pp. 161-176.

44. Georges KALINOWSKI, LJ, p. 130.

45. GK, OD, p. 444. Vid. Georges KALINOWSKI, «De la signification des normes juridiques. A propos de l'article de J. Wróblewski The problem of the meaning of the legal norm», pro manuscrito, p. 3.

pero no por ello menos reales, habida cuenta de que su existencia es independiente de que las pensemos o no; en efecto, la relación entre un sujeto y la acción de torturar no existe sólo porque la pensemos, sino que la pensamos precisamente porque existe. El que uno de los términos de la relación: en este caso la acción, tenga una existencia meramente posible, no cambia en nada la cuestión, ya que los entes posibles son entes reales; de existencia potencial, pero no por ello menos reales. Cabe reiterar aquí que, cuando Kalinowski habla de «existencia potencial», está queriendo significar «existentes desde ya en potencia» o «existentes desde ya en cuanto posibilidad» y no simplemente «no contradictorios», siendo la posibilidad de ser un modo real de existir.

De lo que llevamos expuesto hasta ahora, podemos concluir que, conforme lo muestra Kalinowski, las normas cumplen la función semántica de designación y lo hacen designando relaciones deónticas existentes en la realidad, aunque sea de modo simplemente posible; estas relaciones se establecen entre sujetos de acción y clases de acciones —en el caso de las normas generales— y obtienen su deonticidad de dos fuentes: en ciertos casos de la adecuación o inadecuación entre el modo de ser del hombre y el valor o disvalor de las acciones y en otros de la decisión del legislador entre alternativas de acción, en situaciones en las que resulta deónticamente necesario reglar un tipo de conducta humana. Esta designación de las normas es una designación en sentido formal o «fuerte», toda vez que no se designan relaciones meramente «de razón»<sup>46</sup>, sino relaciones reales, existentes con independencia de que las pensemos actualmente.

#### IV. BALANCE CRITICO DE LA SEMANTICA NORMATIVA KALINOWSKIANA

Luego de la exposición de las líneas generales de la semántica normativa propuesta por Kalinowski, corresponde efectuar una breve valoración de sus contenidos, tanto en sus aspectos positivos como en sus debilidades o carencias. A los fines de proceder ordenadamente, comenzaremos este balance con los aspectos más destacados de su teoría de la significación de las normas, para pasar luego al análisis de su doctrina de la designación y, por último, a las imperfecciones que sea posible detectar.

Comenzando, entonces, por la doctrina de la significación estudiada, es necesario poner de manifiesto, en primer lugar, que la aplicación a las normas de la teoría de la significación de raíz aristotélica, según la cual el lenguaje significa lo que el Estagirita llamaba «estados del alma» y Tomás de Aquino «verbo interior»<sup>47</sup>, supone una reafirmación y un esclarecimiento del carácter eminentemente intelectual de

46. Sobre esta de las problemática de las relaciones «reales» y «de razón» *vid.* PHILIPPE, M.D., *L'etre*, Paris, Téqui, 1973, t. II, pp. 9-121.

47. Acerca de estas nociones, *vid.* LLANO, Alejandro, *Metafísica y Lenguaje*, Pamplona, EUNSA, 1984, pp. 94 ss.

las normas; en efecto, estas no pueden quedar reducidas a meros signos lingüísticos, ya que el carácter mediador de éstos últimos remite necesariamente a otra cosa y esta no puede ser, en el caso del hombre, una cosa puramente material o simplemente extramental. En ese caso estaríamos confundiendo significación con designación y eliminando toda la dimensión racional del proceso significativo. Dicho de otro modo, el lenguaje humano quedaría reducido a la dimensión de un lenguaje animal, meramente expresivo y privado de la posibilidad de vehicular el pensamiento abstracto que es propio de *homo sapiens* <sup>48</sup>.

Esta remisión a un significado de carácter racional, resulta especialmente pertinente en el ámbito de las normas, ya que las dos funciones que en la realidad humana cumplen las normas, es decir, i) la de determinar o motivar la conducta y ii) la de servir de standard para su estimación <sup>49</sup>, suponen una operación de carácter eminentemente racional; en efecto, no se pueden presentar motivos al obrar ni estimarlo desde un punto de vista axiótico, sin una actividad de carácter racional. Por ello, todas las doctrinas que eliminan el elemento intelectual del proceso significativo de las proposiciones normativas, no pueden dar razón, casualmente, de su normatividad. De allí que un cúmulo de autores, de Jeremy Bentham a Eugenio Bulygin, que reducen la significación de las normas a su referencia a hechos empíricos, dejen sin justificación el rol o función normativa que ellas de hecho cumplen. Así por ejemplo, Bulygin escribe inequívocamente: «¿qué significa el término «obligación»? Ciertamente no se trata de un término observable, es decir, la palabra «obligación» no tiene referencia semántica directa, y si tiene algún significado, es sólo por referencia a los hechos condicionantes o a la consecuencia jurídica» <sup>50</sup>. Es bien claro que si las expresiones normativas «significan» sólo hechos condicionantes y sus consecuencias, la normatividad de esas expresiones queda sin explicación alguna: efectivamente, una expresión que remitiera sólo a hechos, condiciones o consecuencias, pero no incluyera en su significación ningún elemento deóntico, ¿de dónde habría de sacar su deonticidad?; aquí si tendría aplicación la remanida «ley de Hume».

Queda claro entonces que el elemento normativo o deóntico que integra la significación de las expresiones normativas, ha de tener carácter racional y radicar en el entendimiento, concretamente a través de una proposición deóntico-normativa, producto de un juicio también deóntico normativo. De aquí que la teoría de la significación propuesta por Kalinowski para los enunciados normativos, provea de una respuesta más satisfactoria y más completa que la de sus oponentes ultraempiristas; estos últimos pretenden, en una actitud que podríamos llamar ultrarrealista, vincular el lenguaje normativo directamente con

48. Vid. POLO LEONARDO, *¿Quién es el Hombre?*, Madrid, Rialp, 1991, pp. 162 ss.

49. Gr. WEINBERGER, *Ota, o. c.*, p. 36.

50. BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 22-23.

la realidad material, sin tener que pasar por la mediación del entendimiento; como hemos visto, esta actitud no sólo plantea problemas graves desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje en sí misma<sup>51</sup>, sino que resulta incapaz de explicar de modo adecuado las notas propias del lenguaje normativo.

Pero es necesario precisar también que el intelectualismo propuesto por Kalinowski no supone la adopción de una postura platonizante, que afirme la existencia de entes normativos puros o de entidades subsistentes en sí a las que las normas se remitirían al significar<sup>52</sup>; conforme a la teoría del significado de raíz aristotélica a la que Kalinowski adhiere, la significación de las palabras radica en una «entidad mental», según la terminología de Peter Geach<sup>53</sup>; mas simplemente, en un objeto de pensamiento, que no tiene una existencia sustantiva en sí mismo, sino que sólo existe en cuanto pensado. Esto no implica, por otra parte, la aceptación del psicologismo tan repudiado por Frege y Husserl; para Kalinowski, «el *significatum* es, dicho con exactitud, la idea traducida a través de la expresión, pero acotemos al respecto, que la idea de la que aquí se habla no es entendida como el acto concreto individual de una determinada persona, sino como el contenido de ese acto, el que volvemos a encontrar en cada uno de los actos concretos individuales de las personas que piensan lo mismo. Por esto —concluye— se distingue entre conceptos y juicios en sentido psicológico y conceptos y juicios en sentido lógico, que son el producto de procesos de abstracción de las estructuras de la realidad a través de actos de pensamiento en sentido psicológico»<sup>54</sup>. Es casualmente este equilibrio entre las posiciones extremas del platonismo y del psicologismo, lo que otorga un especial valor a la semántica propuesta por Kalinowski; él ha sabido reformular la intuición aristotélica: el lenguaje se vincula con la realidad por la mediación del entendimiento, y aplicarla al caso especial del lenguaje normativo; el resultado de esa tentativa es una teoría de la significación completa y que dá razón adecuada de la especificidad de las enunciaciones normativas.

Al mismo tiempo, esta teoría de la significación supone, al igual que cualquiera otra de carácter realista, que los entes intencionales significados por las expresiones normativas tienen a su vez una intencionalidad, se dirigen a un objeto, designan una realidad. Ya hemos visto que, para Kalinowski, la función de designación es la más importante de las que el lenguaje realiza, afirmación que vale también para el caso

---

51. Sobre estos problemas, *vid.* BEUCHOT, Mauricio, «El pensamiento y su relación con el lenguaje», en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. XVI, núm. 46, Méjico, 1984, pp. 47-59 y *Ensayos marginales sobre Aristóteles*, México, UNAM, 1985, pp. 11-26.

52. Esta es la concepción (de Bradley y McTaggart) contra la que escribe GE MOORE en *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, pp. 110 ss.

53. *Vid.* GEACH, Peter, *Mental Acts*, *cit.*, *passim*.

54. Georges KALINOWSKI, «Zur Semantik der Rectssprache». *cit.*, p. 245.

especial del lenguaje normativo, siendo bien claro que su función semántica no puede agotarse en la mera significación: ¿como podría ser el lenguaje normativo diverso en este punto que el lenguaje en general? Por otra parte, si se niega la capacidad de designación del lenguaje de las normas, resulta imposible justificar sus contenidos racionalmente; en efecto, tanto si se acepta el carácter veritativo de las normas, como sí, negándolo, se remite la fundamentación de las normas a su sola validez, es necesaria una referencia a una realidad extralingüística: en el primer caso, a las relaciones reales deónticas que ya hemos analizado; en el segundo, al procedimiento reglado conforme al cual han sido establecidas. Esto significa que en cualquiera de los casos, se acepte la verdad de las normas o sólo su validez, será necesario admitir la función de designación de las normas a la hora de justificar sus contenidos<sup>55</sup>.

Ahora bien, aceptada la aptitud para designar de las normas morales o jurídicas, es necesario volver sobre la cuestión de cuál es el *designatum* de los enunciados normativos, es decir, de cuál es la realidad extralingüística a la que se refieren en última instancia estos actos lingüísticos. Ya hemos visto al principio de estas páginas que las soluciones propuestas son muchas y variadas, y que los *designatum* propuestos van desde actos de la voluntad o prescripciones, hasta las estructuras socioeconómicas, pasando por actos performativos, el cumplimiento fáctico de las normas o ciertos procedimientos institucionalizados. A los efectos de concentrar el análisis en el núcleo temático de la cuestión, clasificaremos esas respuestas en dos grandes grupos, según que ubiquen el *designatum* de las normas en una cierta actividad de los sujetos humanos, o bien en algún dato diverso e independiente de la acción de esos sujetos; llamaremos a las primeras soluciones *inmanentistas*, ya que en ellas el *designatum* permanece de algún modo interno a los sujetos, y a las segundas soluciones *trascendentistas*, pues en ellas el referente trasciende en alguna medida la interioridad y la actividad de los sujetos. Por lo demás, dentro de las soluciones trascendentistas nos limitaremos al tratamiento de la propuesta por Kalinowski, dejando de lado momentáneamente algunas otras, como la marxista, que no hacen al núcleo de la cuestión central planteada por el autor que estudiamos<sup>56</sup>.

Entrando directamente al tratamiento de la versión ofrecida por Kalinowski de la tesis trascendentista, ella se nos aparece en el marco de toda una serie de ensayos, llevados adelante en varios países y por numerosos autores, ordenados todos ellos a rescatar a la ética de las aporías en que la sumió el emotivismo contemporáneo. La primera de estas aporías radica en la imposibilidad de fundar exigencias que — como sucede con las propias de la ética— se presentan como superan-

55. *Idem*, p. 248.

56. *Vid.* sobre las nociones de «trascendentismo» e «inmanentismo», MASSINI CORREAS, Carlos I., «Inmanencia, trascendencia y derechos humanos», en *Persona y Derecho*, núm. 21, Pamplona, 1989, pp. 173-184.

do y trascendiendo la elección de los sujetos, en las meras emociones o voliciones de esos mismos sujetos. Dicho de otro modo, se trata de las dificultades insalvables que presenta el justificar un vínculo que aparece como imponiéndose desde fuera a la voluntad humana, en algún elemento —voluntad, emoción, consenso, prescripciones, usos lingüísticos— integrante de la interioridad, aunque se manifieste colectivamente, de los mismos sujetos vinculados; según Kalinowski «si ninguna realidad (distinta del sujeto normado) puede ser considerada como causa o fundamento eventual de las normas, ellas no existen en realidad y, al tenerlas por objetivamente válidas, somos solamente víctimas de una ilusión. Esta conclusión se impone, porque la validez objetiva de una norma es, en cierta manera, absoluta»<sup>57</sup>.

Se trata, por lo tanto, de que es necesario escoger entre i) una fundamentación de las normas morales o jurídicas objetiva y trascendente al sujeto, o ii) la aceptación del carácter ilusorio y artificial de todas las normas éticas. Al proponer Mackie que se «invente» lo bueno y lo malo, lo debido y lo prohibido<sup>58</sup>, no hace sino asumir la segunda de las opciones y llevarla hasta sus últimas consecuencias; en rigor, sólo hasta las penúltimas, toda vez que si apurara todas sus conclusiones, no podría arribar sino a la negación lisa y llana de la ética, así como a la consiguiente futilidad de su libro.

Ahora bien, para que las normas puedan ser fundadas de algún modo en una realidad objetiva diversa de ellas mismas y de los sujetos que las promulgan o están reglados por ellas, es preciso de las expresiones que las significan designen, o se refieran a, esa realidad trascendente. De no ser así, no existiría vínculo alguno entre las normas necesitadas de fundamentación y su fundamento posible; para que esta fundamentación resulte accesible, es necesario por lo tanto que la expresión que es signo de las normas sea en realidad signo de algo diverso de ella misma: inmediatamente, de una proposición normativa; mediatamente, pero de modo decisivo, de la realidad de donde esa proposición ha sido abstraída. De esta manera, los procesos semánticos de significación y de designación son el supuesto y el vehículo del proceso de justificación racional de las normas. De una justificación que, tal como lo exige la naturaleza de la ética, ha de ser objetiva y trascendente a los sujetos.

Por su parte, las propuestas que hemos acordado en denominar inmanentistas, colocan el *designatum* de las expresiones normativas en una cierta actividad de los sujetos: en la voluntad, desde Ockham a von Wright, pasando por Hobbes y Rousseau<sup>59</sup>; en prescripciones universalizables, como en el caso de Hare y Scarpelli; en actos de habla o

---

57. Georges KALINOWSKI, «Obligations, permissions et normes, Reflexions sur le fondement métaphysique du droit», en APD, núm. 26, Paris, Sirey, 1981, p. 339.

58. Vid. MACKIE, J.L., *Ethics: Inventing right and wrong*, London, Penguin Books, 1977.

59. Vid. ANDRÉ-VINCENT, Philippe, «La notion moderne du droit naturel et le volontarisme (de Suarez a Rousseau)», en APD, núm. 8, Paris, Sirey, 1963, pp. 237-259.

enunciados performativos, como lo propone Ch. Grzegorzczik<sup>60</sup>; en emociones del sujeto, que se intenta transferir a otros sujetos, como lo sostienen Ayer y Stevenson tras las huellas de Hume<sup>61</sup> y así sucesivamente. Ahora bien, resulta difícil si no imposible justificar racionalmente la fuerza normativa de una regla de conducta que remite sólo —o designa— una afección del propio sujeto o de un conjunto de ellos; «es cierto —afirma Kalinowski— podemos darnos normas de comportamiento. Pero viniendo de nosotros, su fuerza obligatoria depende enteramente de nosotros; tenemos capacidad para cambiarlas o abandonarlas en cualquier momento. ¿Se puede hablar en este caso de fuerza normativa de unas normas establecidas por nosotros mismos y para nosotros mismos? Si la respuesta ha de ser negativa, tal como lo pensamos, con mayor razón no es posible hablar de la fuerza normativa de las normas que un hombre pretendiera establecer para los demás. El tomar en consideración a la sociedad en lugar del individuo, no cambia en nada las cosas»<sup>62</sup>.

Frente a esta objeción, que surge de inmediato ante los planteos inmanentistas, los autores que defienden esas ideas han ideado diversos artilugios intelectuales intentando justificar de algún modo la fuerza normativa de las reglas éticas; es así como aparecen el test de universalidad<sup>63</sup>, el del equilibrio reflexivo<sup>64</sup>, los «principios liberales» que propone Nino<sup>65</sup>, la aceptación de un auditorio universal sugerida por Perelman<sup>66</sup>, diversas versiones del contrato social y varios otros expedientes similares. Pero sucede que, en todos estos casos, de lo que se trata es de mediatizar la referencia final ineludible a la actividad del sujeto: lo que se somete a los diversos test justificadores es siempre y en la última instancia las decisiones o afecciones de los mismos hombres que han de quedar sujetos a las normas así justificadas. Como se ve claramente, los artilugios pueden llegar a ser ingeniosos, pero nunca podrán arribar a otra cosa que no sea a la inmanencia de los sujetos, ni podrán por ello mismo, justificar racionalmente unas normas que plantean sus exigencias desde más allá de esa inmanencia.

Por todo esto, la semántica normativa elaborada por Kalinowski aparece como adecuada y proporcionada a las exigencias de la necesaria fundamentación objetiva de las normas morales y jurídicas. Al de-

---

60. Vid. GREGORCZICK, Christophe, «Le rôle du performatif dans le langage du droit», en A.P.D., núm. XIX, París, Sirey, 1974, pp. 29-241.

61. Vid. AYER, Alfred Y., Hume, trad J.C. Armero, Madrid, Alianza, 1988, 123 ss.

62. Georges, KALINOWSKI, «Obligations, permissions et normes», *cit.*, p. 338.

63. Vid. HARE, R. M., *Moral Thinking*, Oxford, Clarendon Press, 1981, pp. 107 ss.

64. Vid. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, *passim*.

65. Vid. NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, *passim*. Sobre este libro, *vid.* MASSINI CORREAS, Carlos I., «Filosofía analítica y derechos humanos. Consideraciones sobre una obra de Carlos S. Nino», en *Ethos*, núm. 12-13, Buenos Aires, 1984-5, pp. 337-352.

66. Vid. PERELMAN, Chaim, *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1976, pp. 67 y ss.



fender que las expresiones normativas designan relaciones deónticas reales, hace posible la justificación de su contenido en estructuras trascendentes al sujeto y, por lo tanto, independientes de sus afecciones o decisiones. Por su parte, la realidad de estas relaciones deónticas objetivas se hace patente no bien se analiza la fuerza normativa de las reglas del obrar con la inteligencia abierta y sin prejuicios no fundados; en efecto, es bien claro que no debe torturarse hasta la muerte a los niños sólo porque experimentemos frente a ese hecho un sentimiento de desagrado, ni pagarse por un trabajo realizado porque así lo haya decidido un consenso mayoritario, ni castigarse el homicidio porque este no forme parte del plan de vida de algún sujeto, sino porque torturar a los niños, no pagar por el trabajo que nos han realizado y aniquilar la vida ajena se encuentran en una relación de inconveniencia con la existencia y perfección humanas. En otras palabras, porque esas conductas tienen un valor negativo con referencia al bien del hombre, valor que fundamenta relaciones deónticas de prohibición de hacer que vienen a ser el referente de las normas prohibitivas correspondientes. Por supuesto que esas relaciones existen en la realidad sólo en cuanto relaciones de inconveniencia y se transforman en prohibitivas por mediación de la razón que las aprehende y formula la norma prohibitiva; no hay aquí, por lo tanto, paso legítimo del ser al deber ser, cosa que Kalinowski se ha encargado de demostrar exhaustivamente en varios de sus escritos<sup>67</sup>.

Lamentablemente, Kalinowski no ha desarrollado en extenso estas ideas acerca del *designatum* de las normas, limitándose a exponer fragmentariamente su posición en escritos breves. Esto hace que se echen de menos ciertas precisiones acerca del carácter de las relaciones deónticas, así como sobre el vínculo existente entre el valor axiótico de ciertas conductas y esas mismas relaciones. También hubiera sido conveniente que defendiera explícitamente sus ideas en este punto frente a sus objetores y contradictores, lo que sólo hace incidentalmente y de forma excesivamente breve. Pero no obstante estas ausencias, su sistematización de la semántica normativa aparece como fundamentalmente correcta y sistemáticamente coherente, resultando por lo demás un riguroso punto de partida para un ulterior desarrollo de la semántica normativa desde una perspectiva realista.

Nos restaría, antes de terminar la evaluación de las ideas de Kalinowski en este punto, decir aunque más no sea unas palabras acerca del vínculo entre la designación de las normas y su interpretación. La cuestión que aquí se plantea es la de saber si, consistiendo la interpretación en el acto por el cual se conoce la significación de un enun-

---

67. Vid. entre muchos otros, GK, «Note sur le fait et le droit», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 46, Milano, 1969, pp. 411-422 y «La justification de la morale naturelle», en AAVV, *La morale*, ed. Bruaire, Paris, Fayard, 1981, pp. 209-220.

ciado <sup>68</sup>, es posible llevarla a cabo sin necesidad de conocer la designación de ese mismo enunciado. La respuesta que surge de las ideas expuestas por Kalinowski —él no ha abordado expresamente el tema— es que ello no es posible; y no es posible toda vez que el significado de las proposiciones abstractas es, por definición, separado de los entes reales conocidos que son el designatum de la proposición que los conoce; por su parte, el significado de las proposiciones construidas sólo puede ser elaborado a partir de nociones a su vez abstraídas de objetos reales, sean de existencia actual o posible. Aun las proposiciones primeras, como los primeros principios del conocimiento teórico o del práctico, necesitan para ser intuitas ciertas nociones abstraídas de la realidad <sup>69</sup>. Y en el caso especial de expresiones definidas por referencia a otros significados, es bien claro que no puede pasarse indefinidamente de un significado a otro y es preciso detenerse en algún momento en el *designatum* a los fines de aprehender el sentido de la expresión interpretada. De lo contrario, es claro que se caería en un cerrado solipsismo: «si el ente real —escribe Kalinowski— no condicionara, directa o indirectamente, el sentido, cada uno de nosotros estaría condenado al solipsismo. La falsedad de la tesis solipsista confirma, si fuera necesario, la verdad de la afirmación que reconoce la prioridad de la designación sobre la significación, tal como acabamos de caracterizarla» <sup>70</sup>.

Por otra parte, el olvido de la designación y por lo tanto de la referencia de las expresiones a los entes reales, haría imposible la intercomunicación de los conocimientos de las significaciones y, como consecuencia, la utilización en la tarea interpretativa de los conocimientos y elaboraciones realizadas por los demás. «Los entes reales, —sostiene Kalinowski— objetivos en cuanto dados al locutor y al auditor como existentes independientemente de su espíritu, constituyen la *conditio sine qua non* de su intercomunicación, y son sólo ellos los que pueden hacerla posible» <sup>71</sup>. Se trata aquí del problema de las «otras mentes», callejón sin salida de la filosofía analítica anglosajona contemporánea <sup>72</sup>. Para lo que aquí nos interesa, el de la comunicación interpersonal es un argumento mas en favor del necesario recurso a la designación de las normas a la hora de conocer su significado por medio de la interpretación.

---

68. Vid. GK, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. Casaubon, J. A., Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 48-49 y también: «Interpretation juridique et logique des propositions normatives», en *Logique et Analyse*, núm. 2 (nouvelle série), Louvain, 1959, pp. 133 y ss.

69. Vid. GEORGES Kalinowski, *Semiotique et philosophie*, cit., pp. 168-169.

70. *Idem*, p. 171.

71. *Ibidem*. Vid. también: Georges KALINOWSKI, «L'interpretation du droit et la semantique. A propos des travaux de J. Wolenski et T. Gizbert-Studnicki», en APD, núm. 24, Paris, Sirey, 1979, pp. 363 ss.

72. Sobre esta problemática, vid. BEUCHOT, Mauricio, *Conocimiento, causalidad y metafísica*, Veracruz, Universidad Veracruzana, 1987, pp. 44 ss.

## V. CONCLUSION: DE LA SEMANTICA NORMATIVA AL DERECHO NATURAL

Luego de la exposición precedente, no faltará quien afirme que nos encontramos sólo ante una nueva versión, elaborada en clave semiótica, de la clásica teoría del derecho natural. En realidad, se trata no sólo de eso: lo que se patentiza en los estudios llevados adelante por Kalinowski, es que una consideración abierta, objetiva y desprejuiciada de la semántica de las normas conduce necesariamente a la conclusión de que no todo lo ético o jurídicamente establecido es justo y que hay modos de obrar justos que no han sido establecidos; que las razones por las que los hombres deben sacrificar su libertad y su fortuna al cumplimiento de ciertas reglas no pueden ser reducidas a meras decisiones o afecciones de los sujetos; que, por último, existe al menos un principio: el que prescribe la obediencia al orden jurídico positivo, que no puede ser él mismo positivo. Tal como lo ha precisado Spaemann, «la constante disputa en torno a la cuestión de si es razonable hablar o no de algo así como el derecho natural, no ha podido cambiar hasta ahora en nada el hecho que sirve de base a la idea del derecho natural: los hombres distinguen acciones justas e injustas. Y el criterio último de esta distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues estos mismos hombres distinguen también leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas»<sup>73</sup>. Las conclusiones de la semántica normativa kalinowskiana: i) que los enunciados normativos no son el signo sólo de entidades mentales, sino que también —y principalmente— remiten a estructuras de la realidad; ii) que la semántica normativa no puede acotarse a la mera significación, sino que es necesario trascenderla hacia la designación de las normas; iii) que esta designación tiene como *designatum* a relaciones deónticas reales, existentes de modo objetivo, trascendentes a la interioridad de los sujetos, conducen, por la vía del lenguaje, a la afirmación que rescataba Spaemann: que en última instancia, lo justo y lo injusto no dependen de la inmanencia humana, sino que arraigan en estructuras reales objetivas trascendentes al sujeto. La contribución de Kalinowski a la sistematización y elucidación de esta certidumbre, merece ser destacada por su valor y tenida en cuenta por su agudeza y precisión, sobre todo a la hora de resolver las cuestiones que el lenguaje normativo plantea tanto a la filosofía como a la ciencia del derecho y a la ciencia moral.

---

73. SPAEMANN, Robert, *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, p. 315.



### **3. DERECHO Y VALORES**



## A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicen y sobre algunas críticas

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

El conocido trabajo de Felipe González Vicén «La obediencia al derecho»<sup>1</sup> ha sido seguramente el más fructífero de cuantos han salido de la pluma de un iusfilósofo español en las últimas décadas, si por sus frutos entendemos la atención que ha recibido en el resto de la disciplina y la polémica que ha suscitado. El trabajo que aquí me planteo pretende interpretar las afirmaciones de González Vicén y poner de manifiesto cuál es su alcance para la filosofía del derecho, a qué interrogantes responde, cuáles no se plantea y con qué tipo de postulados iusfilosóficos es compatible o incompatible. Esa reubicación de su doctrina conllevará también consecuencias en cuanto a la pertinencia o no de algunas de las críticas que se le suele dirigir. La tesis sería que entre González Vicén y sus críticos el desacuerdo es menor de lo que parece, y si lo parece es porque hablan de cosas diferentes o dando distinto alcance a los mismos términos.

### I. LAS TESIS DE GONZALEZ VICEN Y SUS CLAVES ULTIMAS.

Creo que la postura de GV sólo puede ser comprendida hasta sus últimas consecuencias si se distingue convenientemente entre lo que

---

1. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», en su libro *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398 (en adelante citado en el texto como OD, seguido de la página correspondiente). El trabajo «La obediencia al derecho. Una anticrítica», *Sistema* 65. 1985, pp. 101-105, se cita como ODA. El artículo «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema*, 88/1989, pp. 105-109, se cita como ODUR. González Vicén se mencionará como GV.

son las premisas o puntos de partida últimos de su pensamiento y lo que son las consecuencias que con rigor extrae de esas premisas. Pienso que a menudo sus críticos toman la tesis de GV sobre la obediencia al derecho sin pararse suficientemente en el fundamento último del que GV las hace derivar, fundamento que, discutible o no, aporta las piezas sin cuyo análisis la construcción final corre el riesgo de ser vista como desenfocada. Es el problema aludido de la falta de sintonía o de identidad de lenguaje entre GV y sus críticos. Tanto el uno como los otros hablan de derecho, de obligación, de moral, de ser humano, etc., pero en la medida en que cada uno de estos términos remite en cada caso a un sustrato filosófico no idéntico, no pueden traducirse o confrontarse las conclusiones de uno y de otros sin previamente traducir o confrontar esos términos primarios o esas premisas de partida.

Las premisas de la construcción de GV son fundamentalmente dos: su concepción del derecho y su idea de la obligación ética<sup>2</sup>, íntimamente ligada a su visión de la realidad o naturaleza última del ser humano. Podría decirse que esas dos premisas reflejan respectivamente el componente marxista y el existencialista de la filosofía de GV. Su afirmación de la no obligatoriedad ética del derecho es conclusión necesaria o mero desarrollo de esos postulados de base. Por lo mismo, la discusión coherente y de fondo de sus conclusiones tiene que ser necesariamente discusión de sus premisas, o demostración de que aquéllas no se siguen de éstas o de que no se siguen con necesidad o exclusividad.

## A. Las premisas

### 1. *La naturaleza del derecho*<sup>3</sup>

Los órdenes normativos son necesarios, y entre ellos el derecho. Sin normas, y sin normas jurídicas, esto es, sin «cánones de conducta», no hay convivencia posible, sólo «coexistencia amorfa» (OD 365).

Decir norma quiere decir mandato, quiere decir indicación de una manera de actuar que, en cuanto normativa, es de algún modo debida.

---

2. Eusebio Fernández señala también que esos son los «dos presupuestos» que condicionan la respuesta de GV (*La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 94). En el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 116.

3. Me atengo a lo que sobre el particular se infiere del mencionado artículo de González Vicén, dejando de lado la visión del derecho que se desprende de sus otros trabajos. El mejor análisis al respecto se contiene en ATIENZA, M., «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 43-70.



Forma parte del sentido de la norma el querer obligar, el propósito vinculante. En cierto sentido, toda norma obliga.

En cuanto es un querer, toda norma refleja una voluntad, un propósito que responde a unos fines u objetivos. Si existiera una voluntad legisladora absolutamente racional y capaz de querer la justicia en estado puro y mandar lo que sirva a una idea del bien no contaminada por intereses o dependiente de un contexto irrebasable, la ley resultante sería por definición justa y ningún individuo podría negarle obediencia sin acreditar con ello su irracionalidad o lo injusto de su carácter. Como dice GV, «el problema de la obligatoriedad jurídica sólo dejaría de ser tal problema si el Derecho mismo fuera efluvio directo de un orden divino universal, o si el legislador mismo poseyera naturaleza divina, de tal suerte que sus imperativos estuviesen revestidos de vinculatoriedad inmanente». Y añade: «esto es precisamente lo que el Derecho no es» (OD 365-366).

¿Qué es para GV el derecho? El derecho «es obra humana» (OD 366). Hasta aquí nos movemos en una cierta evidencia, si bien con esto queda descartado de entrada todo iusnaturalismo que vea en el derecho alguna parte de creación divina o de obra espontánea de la naturaleza. Para GV el derecho no es primariamente voluntad de justicia, sino voluntad de poder históricamente situada. Es voluntad de poder porque las normas jurídicas son esquemas de conducta que «están formulados por hombres con la pretensión de que otros hombres adecúen a ellos su obrar» (OD 366). Pero no expresa esa voluntad un deseo de pujanza abstracto o intemporal, o natural, no responde a la búsqueda del poder por el poder, sino del poder para algo. Por eso es una voluntad histórica. No sólo porque inevitablemente se sitúa, en cuanto a sus contenidos, en unas ciertas coordenadas temporales que determinan el cómo y el porqué de la norma, sino, ante todo, porque esa voluntad de poder es voluntad de poder para algo, para un fin. El derecho, todo derecho, no responde a pulsiones naturales del individuo humano, sino a mecanismos sociales, de grupo. El derecho sirve como sostén del poder de un grupo humano sobre otros; más concretamente, el derecho es instrumento de dominación de clase.

Se remite expresamente GV a Marx para resaltar que el derecho es «expresión de intereses muy determinados de una situación de poder» y que esos intereses son intereses de clase (OD 387). Y esa concepción, que se menciona en OD un tanto de pasada, la recalca GV con mayor rotundidad en un trabajo posterior de respuesta a sus críticos: «El Derecho es un orden coactivo de naturaleza histórica en el que se refleja el enfrentamiento de intereses muy concretos y el predominio de unos sobre otros. El Derecho expresa la prevalencia de una constelación social determinada y es, en este sentido, el instrumento de dominación de una clase y sus intereses sobre otra u otras clases y sus intereses» (ODA, 102).

Los mismos mecanismos de dominación de clase que generan así esa herramienta de dominación y sus contenidos clasistas, hacen surgir

el correspondiente ropaje ideológico para ocultar la índole del poder que el derecho expresa y disfrazarlo de interés general y racionalidad ética objetiva, para que la obediencia a las normas jurídicas parezca acatamiento de la razón, del interés general y hasta de una conciencia individual que quiere verse como social y solidaria. GV tiene claro que la pretensión de validez general con que el derecho se presenta no es sólo pretensión de obligar a todos en derecho, sino intento de que todos se sientan obligados en conciencia o por imperativo de la razón. Nuevamente recurre a Marx para hacer ver que «toda clase que se hace con el poder está forzada, por ello mismo, a presentar ‘su interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad’, es decir, a ‘dar a sus ideas la forma de la generalidad, presentándolas como las únicas racionales y revestidas de validez general’». Y abunda GV en esta tesis en sus propios términos: «La técnica de dominación que encarna el Derecho experimenta por virtud de este proceso de ideologización un cambio sutil. Ya no se trata sólo del cumplimiento de hecho de unos esquemas de conducta que expresan los intereses de una clase o su punto de vista sobre la sociedad, sino que esta pretensión se sublima enseguida, y el cumplimiento de aquellos esquemas de conducta se hace parecer como algo *debido*, como una exigencia de naturaleza ética. Una sublimación por virtud de la cual la instrumentalización del poder y de sus intereses por medio del Derecho alcanza su grado máximo posible» (OD 387). En consecuencia, visto así el derecho, la doctrina de la obligatoriedad ética del derecho reviste un carácter ideológico, en el sentido marxiano del término (ODA, 103).

Por tanto, el derecho es fundamental y radicalmente heterónomo. Y es heterónomo no sólo porque formalmente se presente como instancia externa a la propia conciencia, sino también, y ante todo, por estar determinado por resortes ajenos a la conciencia, por no ser una creación de individuos que buscan la justicia, el bien o la racionalidad, sino el reflejo de una constelación de intereses de grupo. La voluntad personal, incluida la del legislador, no es fuente, sino medio para la creación del derecho. El poder opera por encima de las conciencias y las determina.

## 2. *Obligación jurídica y obligación ética*

El tema de la obediencia al derecho puede plantearse desde *perspectivas* distintas y sobre la base de diferentes *presupuestos*. La perspectiva desde la que GV se cuestiona el asunto queda perfectamente definida desde el comienzo de su trabajo. La pregunta en la que se centra es si existe para los individuos una obligación moral de obedecer las normas jurídicas y, en caso afirmativo, cuál es el fundamento o porqué racional de esa obligación.

En ese sentido, se impone una primera puntualización, no por aparentemente obvia menos necesaria. Y es que, así enfocada la cuestión, no se está hablando de la obligación jurídica, entendiendo por tal la impuesta por el derecho y analizada desde el punto de vista del propio ordenamiento jurídico. Es poco menos que tautológico afirmar que las normas jurídicas válidas crean obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento el propio ordenamiento trata de asegurar, en última instancia valiéndose de la coacción o de su mera amenaza<sup>4</sup>. De lo que se está hablando es de obligación moral u obligación de conciencia, es decir, de aquélla que es fruto de las ideas y la reflexión del propio individuo. Por tanto, el tema se plantea desde la perspectiva de la conciencia individual, no desde la perspectiva del ordenamiento. Se trata de saber si los individuos que quieren ser racionales y justos han de sentirse en conciencia y reflexivamente obligados a realizar la conducta exigida por las normas jurídicas. Esto es, si hay fundamento moral racional para reclamar que los sujetos tengan la obligación jurídica, además, por obligación moral.

No está de más recalcar esa diferencia entre obligación jurídica y obligación moral, pues sabido es que hay una dirección del positivismo jurídico, ciertamente muy minoritaria, que equipara ambas obligaciones, sobre la base de entender que el derecho posee una dimensión moral de tal calibre que toda norma jurídica obliga también moralmente a su cumplimiento. Es el generalmente llamado positivismo ideológico. GV distingue ambos géneros de obligación cuando habla de dos sentidos habituales del término «obligación»: el de obligación normativa, ya sea la norma jurídica o ya se trate de otro tipo de norma social, y el de obligación como imperativo de la conciencia ética individual<sup>5</sup>. Pero en mi opinión se busca un falso rival cuando afirma que su punto de partida al plantearse el tema de la obediencia al derecho es «el predominio entre los juristas del llamado positivismo legal o legalista, es decir, la teoría de que todo Derecho producido correctamente y revestido, por tanto, de validez formal obliga con independencia de su contenido» (ODA 101), citando como muestra de ese pensamiento un texto de Kelsen. Y creo que el propio planteamiento de GV pierde claridad por

---

4. Cfr. GONZÁLEZ-TORRE, A.P., «La obediencia al derecho: obligación legal, obligación política y obligación moral», en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 352 ss.

5. «A nada que nos detengamos, veremos que las palabras 'obligación' u 'obligatoriedad' son utilizados (*sic*) en todos estos casos en un sentido muy diferente. Por lo menos, en dos. En la mayoría de los ejemplos citados, la palabra 'obligación' se utiliza como alternativa de comportamiento, y lo que se expresa con ella es la exigencia de un esquema de conducta, *a no ser* que se quiera incurrir en una sanción, bien sea ésta social o jurídica. De 'obligación' en sentido riguroso sólo pueda hablarse, en cambio, cuando no se trata de una alternativa de comportamiento, sino de una exigencia absoluta: es decir, sólo cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual» (OD 385-386).

esa asimilación del positivismo legalista de corte kelseniano a positivismo ideológico<sup>6</sup>. Kelsen no sostiene que las normas jurídicas exoneren al individuo de la decisión moral de obedecerlas o desobedecerlas. Y en la obra misma que GV cita, expresa Kelsen una rotunda apelación a la autonomía ética del individuo<sup>7</sup>. Y lo mismo puede comprobarse en el positivismo de Hart.

Así explicado el terreno o perspectiva en que sitúa GV el problema de la obediencia, se hace necesario aclarar también desde qué *presupuestos* o definiciones previas lo aborda. Aquí hay que hablar de su modo de entender la obligación moral. Puesto que se trata de averiguar si existe obligación moral de obedecer al derecho, la respuesta estará condicionada por lo que se entienda por obligación moral. Y aquí se nos presenta uno de los elementos más peculiares y definitorios de la filosofía de GV.

En efecto, GV mantiene una visión profundamente individualista de la conciencia ética. La obligación ética nace de una conciencia individual y ésta es «un fenómeno esencialmente personal» (OD 388). La conciencia se nos muestra como voz que nace de dentro, del interior de cada persona. No es receptáculo pasivo de estímulos o incitaciones externas. En cuanto manifestación estrictamente personal e individual, nada se le impone, nada acepta que no surja del ser esencial de cada cual. Por eso, porque por mucho que esté mediada por un contexto nunca, mientras sea verdadera conciencia personal, estará mediatizada por él, la conciencia moral no conoce norma externa, no admite heteronomía de ningún tipo, a ninguna norma se pliega que no sea la que a sí misma, autónomamente, se da.

La cuestión, recordemos, era si cabe hablar de una obligación ética de obedecer las normas jurídicas, para lo cual hay que ver en qué consiste la obligación ética. Para GV obligación ética es obligación que emana de la conciencia, mandato interior, imperativo de esa voz personal que nos identifica. Por tanto, «la obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia» (OD 388).

Vemos de qué modo al definir la conciencia ética sienta GV la que será una premisa esencial para poder derivar la existencia o no de una obligación moral de obedecer ese mandato externo que es el derecho. Pero esa noción de conciencia ética es fruto de presupuestos aún más de fondo, de la antropología filosófica de GV, de su visión del ser humano. Aquí radica el elemento fundamentalmente existencialista de su

6. En sentido similar, DE PÁRAMO, J.R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, 2, 1990, p. 153.

7. KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, trad. de A. Calsamiglia, p. 59-60.

filosofía<sup>8</sup>. Para GV hablar del ser humano es esencialmente referirse al individuo personal y concreto. Lo individual predomina sobre lo genérico. El hombre son los hombres. Cada ser humano es identidad personal propia, singularidad, particularidad irrepetible. ¿Cuál es el elemento que de ese modo nos identifica como identidades, como seres individuales y no fungibles de ningún modo? Para GV ese elemento es precisamente la conciencia ética, esa voz interior que nace de lo más hondo de cada uno y que por lo mismo expresa lo que de más propio y personal en cada uno hay. «La conciencia —nos dice— es el órgano de conformación ética del propio ser» (OD 388), y es la clave de toda ética personal porque es la clave de toda personalidad, es «un fenómeno esencialmente personal» (OD 388), «es un enfrentamiento del yo consigo mismo en busca de su autenticidad» (OD 389). «El rasgo verdaderamente esencial de la conciencia es su naturaleza individualizadora»<sup>9</sup> (OD 389), recalca GV. Quien al preguntarse por el sentido que su acción debe tomar escucha la voz de su conciencia ética se convierte en «hombre ético» o «sujeto ético»: aquel «que siente como su centro el ímpetu ético de su personalidad» (ODUR 108). El hombre ético, que representa al individuo que no hace dejación de su identidad en manos de ningún colectivo y alcanza así la dimensión suprema de lo humano, se construye su mundo siguiendo ese impulso de su individualidad. «El mundo del 'hombre ético' es un mundo por sí y para sí» (ODUR 108). Sólo a partir de esa construcción de sí mismo sale de sí y se enfrenta al mundo. Es un mundo dentro de otro. Desde el mundo de su ser se asoma al mundo, es un «ser en el mundo». «El 'hombre ético' es por tanto, y en virtud de su reflexión sobre su 'ser en el mundo', dueño absoluto de sus actos y de sus sentimientos» (ODUR 108); es radicalmente autónomo; sólo puede regirse por sus propias reglas.

Por tanto, la ética es el campo donde el sujeto «se la juega», donde se juega su ser o no ser. Las alternativas quedan dibujadas con claridad. Ante cada disyuntiva de acción el sujeto decide si se atiene a la voz de su conciencia o a la voz que viene de fuera, a la voz de los otros. En el primer caso su identidad personal, su individualidad, se manifiesta en

---

8. Que la conciencia ética de que habla GV es más existencialista que kantiana lo recalca CORTINA ORTS, A., «La calidad moral del principio ético de universalización», *Sistema*, 77, 1987, p. 116. De todos modos, se pueden encontrar importantes coincidencias también con el individualismo de Kant y de su escuela, tal como lo dibuja CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 224 ss.

9. No ahorra énfasis al resaltar esta dimensión de la conciencia individual: «El sujeto de la conciencia no es el *homo noumenon* o el 'hombre en general' kantiano, ni es tampoco el sujeto del racionalismo, es decir, lo que queda al individuo cuando se ha abstraído de él todo lo que tiene de común con los demás hombres: el sujeto de la conciencia es el hombre en su realidad concreta, en lo que sólo es él y no en lo que tiene de común con los demás» (OD 389). «Aquí se halla también el lugar de la conciencia como decisión del obrar, en la que el individuo busca su autenticidad en la historia y desde su propio ser histórico. No se trata, por eso, de una decisión sin más, cuya justeza se mide por su adecuación con criterios racionales abstractos, sino de una decisión cuyo carácter esencial es la singularidad» (OD 395).

todo su apogeo y se desarrolla; en el segundo, el ser humano individual se desintegra en el magma social, deja de ser sujeto y se hace objeto incluso para sí mismo porque renuncia a ser su propio dueño, renuncia a oír la voz en la que su identidad personal se afirma.

Sentado lo anterior, se puede entender que si la conciencia nos obliga es por nosotros mismos, «porque es la única instancia de nuestra identidad individual» (OD 391) y que no puede haber otra forma de estar para uno mismo obligado que la de estar obligado en conciencia. Ninguna norma heterónoma nos puede vincular moralmente sin pasar por el tamiz de nuestra conciencia, y ésta decide como si no hubiera más norma que la suya<sup>10</sup>. Cuantos datos en conciencia considere el sujeto ético para decidir el curso de su acción práctica serán datos que esa misma conciencia elija y sopesa. Y ella misma, la conciencia de cada sujeto ético, es la que sienta el baremo de esa ponderación. Si de resultados de ella una norma heterónoma, social, es obedecida, lo será, si se trata de una obediencia ética, porque la conciencia se ha dado esa norma de obediencia, no porque se haya plegado al mandato externo. Toda obediencia ética es obediencia a uno mismo, y uno mismo es su propia conciencia; deja de ser uno mismo cuando deja de darle a su conciencia prioridad absoluta.

## **B. La conclusión: no existe obligación moral de obedecer el Derecho**

Sentadas así las premisas o los puntos de partida, la conclusión se impone con necesidad. No puede existir nunca obligación moral de obediencia al derecho. Para que tal obligación moral de obediencia a la norma jurídica pudiera darse habría que alterar alguna de aquellas premisas.

Se cuestiona la primera de ellas si pensamos que un derecho que sea producto de la conciencia o de la suma de las conciencias, al modo como se puede entender el derecho democráticamente legitimado, se hace acreedor de obediencia<sup>11</sup>, pues, tal como lo dijera Rousseau, al obedecer la voluntad general que las normas expresan cada uno estaría obedeciéndose a sí mismo. Pero esa visión la tilda GV de «idealismo jurídico» que desconoce y camufla el auténtico ser de todo derecho como instrumento de poder sobre las personas y de dominación de clase. Por tanto, la premisa primera de las mencionadas, relativa a la na-

10. «La obligación ética no puede nunca basarse en la heteronomía de razones o motivos de índole práctica, sino sólo en los imperativos de la conciencia individual» (ODA 103).

11. Esta premisa del razonamiento de GV la cuestiona de ese modo FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, p. 95, 106-107.

turalidad del derecho, impide, si no se modifica, fundar así la obligación moral de obediencia.

Puestos a discutir la segunda de las premisas citadas, podría pensarse que la naturaleza social o comunitaria del ser humano le hace moralmente deudor de obediencia hacia las normas de la comunidad en la que sus posibilidades vitales se desarrollan y en cuyo seno forja su propia identidad. Sería, por ejemplo, el argumento que en pro de la justificación de la obediencia se contiene actualmente en las doctrinas comunitaristas de la justicia, doctrinas que se desarrollan precisamente en pugna con la teoría individualista de la justicia<sup>12</sup>. La idea es simple. El individuo al margen de la comunidad apenas es nada, es prácticamente inconcebible, es una mera abstracción, una entelequia. El individuo puede desarrollar una identidad personal únicamente en el seno de una comunidad que le aporta un lenguaje, una forma de vida, unas pautas normativas, unos objetivos o ideales, una organización de la convivencia, un modo de sentir, etc., etc. Sin esas piezas ninguna identidad personal puede componerse. Toda identidad personal es en gran medida una identidad social. Consecuentemente, nuestro ser personal se debe a la comunidad de que formamos parte, por lo que obedeciendo sus normas no estamos, o no estamos a priori o por principio en conflicto con nosotros mismos.

No es necesario hacer especial hincapié en cómo ese comunitarismo está radicalmente enfrentado con el individualismo existencialista de GV. Sin alterar la correspondencia que GV establece entre conciencia ética e identidad personal no hay lugar para la justificación de la obediencia con argumentos sociales o comunitaristas. Entiéndase, no es que no quepa que el individuo asuma y tome en consideración lo que a la sociedad le debe, o que no quede lugar para la solidaridad en la ética personal así entendida<sup>13</sup>. Lo que quiere decirse es que nada se puede imponer a la conciencia por venir de fuera y que en caso de conflicto entre lo que la comunidad demanda y lo que la conciencia personal exige, la obligación moral impone que ésta última prevalezca. El hombre ético de que habla GV no tiene por qué ser egoísta e insolidario, pero como guía del actuar no puede renunciar al tribunal de su conciencia en favor de ningún otro, si no es a costa de renunciar a sí mismo<sup>14</sup>.

---

12. Un cuestionamiento de esta premisa, hasta cierto punto emparentado con las tesis de comunitarismo, es el que lleva a cabo Pérez Luño apelando a la idea hegeliana de eticidad (PÉREZ LUÑO, A.-É., «¿Qué moral?. Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», *Sistema*, 102, 1991, p. 93 ss.).

13. En esa compatibilidad entre el individualismo ético de GV y la solidaridad insiste MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema* 70, 1986, p. 38.

14. Otro modo de impugnar esa segunda premisa de GV consiste en mantener que la conciencia moral individual puede estar tan contaminada de intereses y deformaciones ideológicas como lo está, según GV, el derecho, por lo que esa conciencia no expresaría esa verdad personal en que GV confía, sino una verdad social que es, además, ideológica. En esa objeción ha insistido especialmente CORTINA, A., «La justifi-

En suma, GV, en coherencia con sus premisas <sup>15</sup>, afirmará que no existe jamás obligación moral de obedecer al derecho. Lo expresa en la fórmula que se ha hecho célebre: «*mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia*» (OD 388).

Las dos partes de esa conclusión clave no expresan dos aspectos separados o dos dimensiones diferentes de análisis. Son las dos caras de la misma moneda, las dos consecuencias o lecturas de lo que es una conclusión única que se sigue con necesidad de las premisas mencionadas. Jamás puede haber, en la construcción de GV, fundamento ético para la obediencia al derecho porque la obediencia ética sólo puede ser obediencia al dictamen de la conciencia propia; porque no hay más obediencia ética que la obediencia a sí mismo. Y sean cuales sean los vericuetos formales de la creación de las normas jurídicas, el derecho, todo derecho, es mandato que proviene de instancias exteriores a la conciencia, es heterónomo y sirve, precisamente, para someter las conductas. De ahí que nunca se pueda fundar moralmente el cumplimiento al derecho por el derecho mismo o por lo que piensen o quieran otros.

Hay que tener en cuenta que no pretende GV enfrentar racionalidades, como si no hubiera más razones que las de la propia conciencia, o como si el derecho fuera sin más la expresión de la irracionalidad del poder desnudo, ante el que la conciencia hace sentir a cada cual la voz de la verdad. Lo que la conciencia de cada uno deja a cada uno sentir es *su* verdad, la que le vincula por cuanto que le identifica y le individualiza e impide su disolución como simple pieza de un engranaje social movido tan sólo por designios externos. Tampoco se trata de negar que puedan existir buenas razones para cumplir las normas; pero no serán razones éticas, sino prudenciales. Y hasta creo que, más allá de la catalogación de lo jurídico como instrumento de poder y signo de la dominación de clase, admite GV distintos grados de bondad o de racionalidad de los ordenamientos jurídicos. Pero esa distinta calidad política del derecho redundará en mejores razones políticas o prudenciales para defenderlo o cumplirlo, no en su aptitud para imponerse sin más a la conciencia ética. Sólo ésta puede convertir esas razones en razones morales para sí misma.

---

cación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls» en *Doxa*, 2, 1985, p. 137; «La calidad moral del principio ético de universalización», *cit.*, p. 117. La respuesta a este argumento podría ser que GV no busca que la conciencia individual exprese la verdad general o absoluta, sino la verdad del individuo concreto, sean cuales sean los materiales con que esa verdad de cada cual se construya. «La conciencia es ... un fenómeno esencialmente personal. La conciencia de un orden ético trascendente o de un sistema de valores intemporal» (OD 388-389). «La conciencia se mueve sólo en el ámbito de nuestras posibilidades existenciales» (OD 389).

15. Como dice GASCÓN, M., (*Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, *cit.*, p. 125), «González Vicén es coherente en su argumentación, lo discutible son las premisas».



No hay por qué equiparar el absolutismo de la conciencia ética individual al irracionalismo <sup>16</sup>. La conciencia ética no tiene por qué ser una conciencia «imprudente» o insolidaria. Las razones prudenciales, políticas o de conveniencia son datos que se muestran a la conciencia individual, que se someterán a su ponderación y podrán influir en su decisión. Pero esa influencia no será manifestación de un dominio sobre ella. La decisión de conciencia es siempre soberana y en su soberanía puede perfectamente el sujeto acordar consigo mismo que lo justo es hacer su conducta coincidir con lo que la norma jurídica demanda. Pero en ese caso ocurrirá que una misma conducta se constituye en objeto de dos reglas, la jurídica y el imperativo de conciencia. Ambos mandatos se satisfarán en el mismo acto, quedarán cumplidas al mismo tiempo la obligación jurídica y la obligación moral. Pero éticamente el sujeto estará obedeciéndose solamente a sí mismo. La obediencia al derecho será mero resultado de que la conciencia nos pida hacer lo mismo que la norma jurídica exigía. Esta exigencia del derecho será una más de las razones de justicia que la conciencia maneje para su decisión, nunca un móvil inapelable ni una fuerza que nos exima de la libertad. Las normas jurídicas se siguen éticamente por ser justas, no por ser normas ni por ser jurídicas. Y puesto que de la justicia no hay para cada uno, en última instancia, más tribunal que el de la propia conciencia, es el juicio de ésta el que el sujeto ético obedece, no el juicio del legislador, que nunca vincula a la conciencia. Ninguna fuerza puede anular la conciencia mientras el sujeto subsista como tal, es decir, mientras no pierda su conciencia, mientras pueda oír su voz. Por eso ni el temor ni el cálculo o la comodidad son razones éticas. Ninguna responsabilidad jurídica anula la responsabilidad moral. Para renunciar a ésta hemos de renunciar a nosotros mismos. No hay en esto más egoísmo que el inevitable para salvaguardar la identidad individual. Pero desde la suprema soberanía sobre las propias acciones podemos, por supuesto, optar por el altruísmo o el sacrificio de todo lo demás. Y sólo así, conscientemente y no por abandono o disciplina, alcanzarán esos actos su más alto valor moral.

Pienso que queda así explicada la afirmación de que «no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho». Y sus razones son las mismas que se contienen, podríamos decir que por pasiva, en la segunda parte de la conclusión, esto es, que «sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia». Considero que interpretar esto en clave anarquista es un error que no atiende a las palabras que el mismo GV antepone a esos términos de su fórmula conclusiva: «Si no hay más obligación que la obligación en sentido ético, el fundamento de la obediencia al Derecho basado en el aseguramiento de las relaciones sociales o en otras razones análogas, es sólo, por así decirlo, un funda-

---

16. Cfr. RUBIO CARRACEDO, J., «La irrenunciable autonomía», en THIEBAUT, C., (ed.), *La herencia ética de la Ilustración*, Barcelona, Crítica, 1991, p. 69.

mento presuntivo o condicionado; un fundamento que sólo puede serlo en el pleno sentido de la palabra si el Derecho no contradice el mundo autónomo de los imperativos éticos. Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: *mientras no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia*» (OD 388).

Los propios términos dejan claro que la existencia de fundamento ético absoluto para la desobediencia no significa invitación a la desobediencia por la desobediencia, ni afirmación de que el individuo sólo se realiza desobedeciendo al derecho, ni insinuación de que por definición el contenido de toda norma jurídica choca con la conciencia individual. Simplemente es la consecuencia del valor absoluto de la conciencia como última instancia rectora de las acciones del sujeto, razón por la que cuando la conciencia nos exija hacer algo distinto de lo que las normas jurídicas tratan de imponernos, existe un fundamento ético absoluto para seguir los dictados de la conciencia y desobedecer al derecho, por mucho que a éste lo avalen cualquier otro tipo de razones. Pero, nuevamente insisto, también cabe sospechar que cuanto mejores sean estas últimas, tanto más se inclinará el sujeto por entender que el derecho pide lo que en conciencia debe hacerse. De todos modos, aun cuando se trate del derecho que la mayoría estime más justo, si el individuo en conciencia considera que choca con su ética personal, tendrá una obligación moral absoluta de desobedecerlo, cualesquiera que sean las consecuencias que para él o la colectividad se deriven de su rebeldía.

Esto último podría dar lugar a una casuística desplegada con propósito crítico frente a la tesis de GV. Podríamos manejar docenas de hipótesis de decisiones morales con consecuencias sociales trágicas y preguntarnos si aun en esos casos está el sujeto absolutamente obligado, desde el punto de vista ético, a atender nada más que a la voz de su conciencia sin que ninguna otra norma se le anteponga. Varias apreciaciones permiten, en mi opinión, salvar la coherencia de la tesis de GV incluso para supuestos tales.

En primer lugar, podría decirse que la dimensión de autenticidad de la identidad propia se manifiesta en su pleno vigor justamente allí donde la decisión se hace más difícil. En segundo lugar, que toda decisión es una decisión única por ser siempre una decisión histórica. La conciencia y la identidad personal que la refleja no se afirman de una vez para siempre y en una única decisión. Cada opción práctica es histórica por cuanto que se da en una situación única. Este es el elemento de historicidad de la conciencia ética que GV resalta insistentemente. No hay dos situaciones iguales, no hay dos contextos idénticos para la decisión ética. Toda decisión ética, toda decisión de la conciencia es «la decisión de una existencia acerca de su

verdad en un momento histórico determinado» (OD 389). El derecho funciona a base de tipificar las situaciones como recurso para exigir conductas generales, se para en los elementos comunes de situaciones siempre distintas y señala para lo común una respuesta general; hace, en cierta medida, abstracción de la historia. En cambio, la conciencia carece de justificación para cerrar los ojos ante ninguna dimensión de la situación. Y vista cada situación en todas sus circunstancias, cada situación es histórica en el sentido de única e irrepetible. De ahí que quizá todo caso moral es un «caso difícil», aunque en esa dificultad también puedan existir grados.

En tercer lugar, y ante todo, si la decisión moral es histórica y ha de acontecer tras el análisis honesto de la situación, la dificultad de esa situación o sus contornos trágicos será un dato más de los que la conciencia ponderará en la búsqueda de la decisión que se estime mejor. No hay por qué confundir absolutización de la conciencia ética con rigorismo moral o dogmatismo de ningún tipo. Más bien ocurre al contrario. Ante situaciones difíciles tal vez resulte más conveniente quien obra sabiendo por qué lo hace y en consonancia con su conciencia, que el fanático que se atiene a la regla y al dogma sin conocer más razón que la de su fe o su disciplina.

Y aún podría añadirse a los anteriores razonamientos un ulterior matiz. Y es que no se debe perder de vista que no hemos dejado de hablar de obligación moral y de decisión moral. Tal como insiste GV, el carácter absoluto que la obligación moral tiene para cada individuo de ningún modo priva de su cometido al derecho ni deslegitima su función como garante de ciertos bienes (entre ellos la libertad de conciencia y su reflejo en la libertad de expresión, de movimientos, etc.) empleando para tal fin distintos tipos de sanciones. El carácter moral absoluto de la decisión de conciencia no significa en modo alguno que quien obra en conciencia deba estar exento de sanción jurídica. Hasta tal punto es ello así que, según GV, la discusión acerca de si la desobediencia civil ha de estar o no sancionada por el derecho, «no constituye un problema en el ámbito de la desobediencia ética al Derecho». Respecto de ésta tal problema «no se plantea en absoluto», pues «lo esencial aquí es la adhesión inquebrantable a un imperativo moral, independientemente de cuáles sean sus consecuencias». Es más, «la medida en que se está dispuesto a arrostrar los riesgos de la desobediencia puede ser también la medida de la autenticidad de la decisión ética de desobedecer, pero no es nunca un problema a debatir» (OD 393).

Tenemos así que obligación jurídica y obligación moral son compartimentos estancos, realidades que operan con total independencia recíproca. El derecho (y con él la sociedad) no puede dejar que la imposición de sus normas dependa del juicio de la conciencia de cada uno de sus destinatarios. Sería superfluo e inútil en ese caso. Y el sujeto, a la hora de dirigir su acción, no puede desoir su conciencia si no es al

precio de renunciar a sí mismo y disolver su identidad. En consecuencia, y contrariamente a lo que quizá pudiera a primera vista pensarse, en GV la separación entre derecho y moral alcanza un tono radical. Es, pienso, la dimensión iuspositivista de su pensamiento<sup>17</sup>. De ahí el distanciamiento de GV frente a todo razonamiento iusnaturalista consistente en negar la obligatoriedad jurídica del derecho por causa de desacuerdo moral con el mismo. «No hay —nos dice— contradicción lógica en considerar una norma como Derecho válido, y sentirse uno mismo obligado moralmente, a la vez, a infringirla». Y remacha: «No, el Derecho al que se niega obediencia por imperativo de la conciencia ética es formalmente Derecho y Derecho válido, y pese a ello, se le desobedece» (OD 391).

Una desobediencia que buscara algún fin distinto del estar a bien del sujeto con su propia conciencia, que fuera algo más que «intento por salvar la propia identidad» (OD 393), sería ya algo diferente o algo más que desobediencia ética. «La desobediencia ética no persigue, por definición, ninguna finalidad concreta y no es, por eso, tampoco susceptible de organización, no busca medios para su eficacia. Su esencia se encuentra en el enfrentamiento de la existencia individual consigo misma» (OD 392). Más aún, «desde el momento en que se reflexiona sobre finalidades u objetivos, medios, posibilidades, la desobediencia ética pierde su sentido, porque la desobediencia ética es un imperativo moral y no una táctica política» (OD 393).

## II. REUBICACION DE ALGUNAS CRITICAS

Las tesis de González Vicén sobre la obediencia al derecho son perfectamente coherentes y comprensibles. Responden a una previa toma de postura sobre dos cuestiones filosóficas de fondo que funcionan como premisas de su razonamiento, esto es, la naturaleza última del derecho y la idea de obligación ética, basada en una determinada visión del sujeto ético. Atacar su tesis sobre la ausencia de fundamento ético de la obediencia al derecho y la existencia de un fundamento ético absoluto para su desobediencia, sólo tiene pleno sentido o sólo puede ser fructífero como discusión de alguna o ambas de esas premisas.

La crítica más insistente que se le ha planteado se sintetiza en la idea siguiente: puede haber razones éticas, un fundamento ético, para obedecer al derecho, especialmente cuando se trata de un derecho democrático, fruto de la soberanía popular. Ese deber ético de obediencia se extendería incluso a las normas con las que el sujeto

---

17. Este aspecto lo resalta PÉREZ LUÑO, A-E., «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», *cit.*, pp. 83-84.

no está de acuerdo. Es el argumento que con gran claridad presenta Elías Díaz<sup>18</sup>.

Al contrastar este argumento crítico con las tesis de GV, podemos diferenciar dos fuentes del desacuerdo, relativas a cada una de las dos premisas que basan los razonamientos de GV. Respecto de una de las premisas late un desacuerdo de fondo; respecto de la otra un desacuerdo conceptual o de definición.

El primer desacuerdo tiene que ver con la naturaleza de lo jurídico. Ya hemos visto que para GV el derecho es irreductiblemente heterónomo respecto de la conciencia ética, por dos razones: porque la ética no tiene más fuente que la interioridad del individuo, que la voz de su conciencia, por lo que sólo tendría sustancia ética, con arreglo a esa delimitación, un derecho que proviniera para cada uno de su conciencia; y porque el derecho no sólo formalmente dimana de una voluntad externa, sino que materialmente no expresa en última instancia valores, sino un poder que es además poder interesado y no justicia imparcial, dominación de clase. Elías Díaz parte de que «en los regímenes democráticos los mecanismos de representación... reducen... el grado de heteronomía del Derecho»<sup>19</sup>. Pero para GV la cuestión depende de la naturaleza última que al derecho y la ética se ha asignado. Materialmente, ningún atributo formal o procedimental resta hasta sus últimas consecuencias el carácter opresivo y clasista del derecho, aunque no signifique esto necesariamente que GV desconozca que el grado de injusticia de las normas jurídicas puede variar. Por eso atribuye a Elías Díaz «un concepto idealista del Derecho» (ODA 102). Formalmente, aun el derecho más justo no suplantarán a la conciencia individual como legisladora ética suprema, pues reconocerlo así contradiría la definición de obligación ética de la que GV parte. Por tanto, creo que la manera más coherente de enfrentarse con su doctrina no es afirmar la posible justicia de un cierto tipo de derecho, sino cuestionar la definición que GV hace de obligación ética. Respetando esa definición, no cabe establecer vínculo formal alguno entre obligación jurídica o política y obligación ética<sup>20</sup>.

---

18. DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, pp. 76 ss. Un buen análisis crítico de la idea de obligación moral general de obediencia a las normas jurídicas, o a las normas jurídicas democráticas, puede verse en DE PÁRAMO, J.R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *cit.*, esp. p. 159-161.

19. *Op. cit.*, p. 76. En términos similares, PECES-BARBA, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-89, p. 162. Críticamente frente a esa suavización del carácter heterónomo del Derecho de los Estados democráticos, ESTÉVEZ, J.A., GORDILLO, J.L., CAPELLA, J.R., «Los derechos un poco en broma: las razones de Peces-Barba sobre obediencia, desobediencia y objeción», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, 6, 1989, p. 480.

20. Esto lo ha destacado Manuel Segura: «el concepto que mantiene de obligación ética es restringido y por eso si se parte de esta noción es obvio que nunca puede justificarse la obediencia al Derecho desde un punto de vista moral» (SEGURA ORTEGA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 203).

Ahora bien, la coherencia interna de la posición de GV no puede desconocerse imputando a sus tesis consecuencias que no se siguen de sus premisas o alegando incompatibilidades que en realidad no lo son, por radicar el equívoco en que se dota de contenido divergente el concepto de obligación ética. Elías Díaz insiste en que puede haber razones éticas para obedecer al derecho, razones que serán más fuertes cuanto más justo el ordenamiento. Aparentemente se contiene aquí un enfrentamiento total con lo que GV sostiene. Aparentemente porque creo que en realidad el desacuerdo es meramente terminológico o definitorio, versa únicamente sobre el alcance del término «ética». Hagamos un experimento: prescindamos del calificativo «éticas» para las razones que avalan el cumplimiento de la norma. Si nos limitamos a plantear si hay o puede haber razones para obedecer al derecho, Elías Díaz y GV pueden estar perfectamente de acuerdo. Por tanto, toda la discrepancia parece limitarse al calificativo que se añade a esas razones. Elías Díaz quiere denominarlas «éticas». GV no puede hacerlo así sin contradecir su definición de las razones éticas como razones cuya validez última en tanto que razones morales proviene de la interioridad, que son autónomas <sup>21</sup>.

Si el desacuerdo queda en lo conceptual, las consecuencias prácticas no tienen por qué diverger. De ahí que a las afirmaciones de Elías Díaz en favor de la obediencia a ciertas normas de ciertos ordenamientos no se contraponga en GV una llamada a la desobediencia por principio, sino una manera de dibujar el itinerario que esa obediencia ha de seguir para que sea obediencia «ética»: ésta sólo se da si el comportamiento que la norma exige pasa por el filtro de la conciencia y ésta dictamina (por las razones que al sujeto le sirvan y sin límite ninguno en

---

21. «Ahora bien, si es cierto que no hay obligación ética de cumplir el Derecho, ¿quiere ello también decir que no hay por qué obedecer el Derecho?, ¿que la desobediencia ética al Derecho es, como apunta veladamente Elías Díaz, sinónimo de anarquía? De ninguna manera. El Derecho como ordenamiento de conducta crea ya de por sí toda una serie de valores —lo que Fuller, L. llama *the morality of law*— que son otras tantas razones para su cumplimiento. Una de estas razones es que el Derecho hace posible la certeza de las relaciones humanas en la convivencia, como lo es también que por el Derecho posee un ámbito de acción personal definida y protegida eficazmente, como lo es, en fin, el llamado principio de *fairness*, tan en boga en el pensamiento jurídico anglosajón a partir de Rawls: si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias, si el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los demás me hace posible el disfrute de ciertos derechos, es un imperativo del *fair play* que yo también cumpla las normas que hacen posible el disfrute de sus derechos a los demás. Al Derecho hay que obedecerlo por esas y otras razones, pero lo que ninguna de ellas nos dice es que haya un fundamento ético para la obediencia al Derecho. Esto es lo que Elías Díaz no acaba de ver a pesar de estar tan claro. Tanto la titularidad del poder político y jurídico como el método para la producción del Derecho mismo o como la seguridad jurídica, pongamos por caso, pueden constituir razones, motivos para el cumplimiento del Derecho, pero nunca un fundamento ético para este cumplimiento, es decir, para la obediencia en sí al Derecho. La obligación ética no puede nunca basarse en la heteronomía de razones o motivos de índole práctica, sino sólo en los imperativos de la conciencia individual» (ODA 103).

cuanto a ellas siempre que sean razones libremente aceptadas y asumidas) que lo debido en conciencia es lo mismo que la norma pide, pero no por el mero hecho de que la norma lo demande, sino porque la conciencia exige la misma conducta <sup>22</sup>. La solidaridad, la conciencia de la necesidad de un orden social compartido, la fe en el juego democrático, etc., etc., pueden ser otras tantas razones de conciencia para cumplir con el derecho. Pero sólo son razones éticas por ser razones de conciencia y no por ser razones del derecho o del legislador. Por eso, cuando GV sostiene que no hay obligación ética para obedecer al derecho sólo manifiesta que el derecho no es fuente de obligaciones éticas, porque la única fuente de la ética es la conciencia. Pero nada impide que el derecho aporte razones que la conciencia libremente acepte y que al cumplir la norma el individuo esté, al mismo tiempo, ateniéndose a su obligación ética.

Creo que no se opone al pensamiento de GV la afirmación crítica de Elías Díaz de que puede haber deber ético de obedecer normas jurídicas con las que uno esté en desacuerdo ético <sup>23</sup>. Cabe que alguien en conciencia esté en desacuerdo con el contenido de la norma jurídica pero que la conciencia tome en cuenta alguna otra razón de las que avalan el cumplimiento de la norma (su origen democrático, la seguridad,...) para decidir obedecer esa norma. Esa decisión seguirá siendo una decisión ética, pues en ninguna parte se dice que ésta sólo pueda versar sobre el contenido de la norma sin atender a ninguna otra razón o argumento <sup>24</sup>. En ninguna parte se tasan ni se limitan las razones que

---

22. Cfr. CORTINA, A., «Sobre “La obediencia al Derecho”, de Eusebio Fernández», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, 5, 1988, p. 521: «considero que todas las normas tienen origen heterónomo y que es autónoma su apropiación formal, que les convierte en tal caso en normas morales».

23. *Op. cit.*, p. 79-80.

24. Discrepo de la opinión de Eusebio Fernández (*op. cit.*, p. 101) de que «no puede darse un deber moral de obediencia a unas normas jurídicas simultáneo con un desacuerdo ético en relación con ellas». El desacuerdo con el contenido de la norma puede contrapesarse con otras razones que en cuanto impuestas por la conciencia individual son también razones morales y convierten la obediencia en obediencia ética. Tal vez seguimos ante problemas de mera delimitación conceptual, por lo que E. Fernández añade que «si se asume un deber de obedecer a esas normas será por otro tipo de razones, no de tipo moral: razones políticas en general, aceptación del criterio de las mayorías, fidelidad al sistema, etc.» (*ibid.*, p. 101). Creo que no distorsiona el pensamiento de GV entender que esas otras razones se convierten en razones morales en cuanto la conciencia ética individual las asuma libremente y las haga pesar en la decisión. Ciertamente, GV explica que «lo que llamamos “obligaciones” jurídicas se diferencian de la obligación ética, en que aquellas derivan su validez, no de su contenido, sino de actos formales voluntarios, mientras que la validez de la obligación ética se halla indisolublemente unida a su contenido» (OD 386). Pero creo que se puede salvar la interpretación que realizo si se entiende que aquí GV se limita a contraponer el razonamiento formal que determina la validez de las normas jurídicas y la consiguiente existencia de una obligación jurídica, al razonamiento material que da origen a la obligación moral. En caso contrario, si resulta que en GV el razonamiento moral sólo puede tomar en cuenta los contenidos de la acción y ningún otro porqué o argumento en pro de una u otra acción, cabría criticarlo por dibujar un cuadro irreal, por excesivamente restrictivo, de la razón moral.

la conciencia puede barajar para su propia decisión. Lo que importa es sólo eso, que esa decisión acontezca como propia y no se hipoteque de antemano en ninguna voluntad exterior.

Creo que en ocasiones las críticas desconocen que las dos partes de que consta la fórmula conclusiva de GV (la inexistencia de obligación ética de obedecer al derecho y la existencia de un fundamento ético absoluto para su desobediencia cuando choque con el mandato de la conciencia) no son sino dos caras de una misma tesis, su expresión por activa y por pasiva. Tal ocurre cuando Elías Díaz afirma que «si la obligación es sólo ética y nada dice respecto del Derecho (ahí apoya su tesis de la no fundamentación de la obediencia a éste), no se comprende, en cambio, cómo tal referencia ética sí vale, en sentido opuesto, como fundamento absoluto para la desobediencia al Derecho; lo coherente, repito, es que si tal obligación es ética y no jurídica, si no afecta ni es situable en el mundo del Derecho, no debería decir nada ni a favor ni en contra de éste; y si vale para juzgar un caso debería igualmente valer para juzgar el otro». Cuando GV dice que no hay fundamento ético para la obediencia al Derecho quiere decir, pienso, que no hay fundamento ético para obedecerlo por el mero dato de ser formalmente derecho, lo que no impide que pueda haber fundamento ético para hacer lo mismo que el derecho pide, aunque con ello se esté directamente obedeciendo a la conciencia y sólo mediata o derivadamente al derecho<sup>25</sup>. Y al afirmar GV que hay fundamento absoluto para su desobediencia, no está sosteniendo que no haya más actitud ética que la de desobedecer, sino que desde el punto de vista ético la contradicción entre el

---

25. Creo que esta distinción salva la contradicción que Elías Díaz (*op.cit.*, pp. 82-83) cree ver cuando GV mantiene que sólo hay fundamento ético pleno para la obediencia al Derecho cuando «el Derecho no contradice el mundo autónomo de los imperativos éticos» (OD 388), a lo que sigue la afirmación de que «no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho». No hay tal contradicción si se entiende que cuando el derecho no contraviene esos imperativos de la conciencia es ésta la directamente obedecida, lo que al mismo tiempo significa también cumplir en ese caso el Derecho, pero no porque éste fundamente un deber ético de obediencia, sino porque en ese caso coinciden sus demandas con lo que nos pide esa instancia que origina el deber ético, la conciencia. Vistas así las cosas, tampoco se contiene en el siguiente texto de Atienza ninguna crítica que afecte al fondo de la postura de GV: «Cuando se dice que hay una obligación ética de desobedecer al Derecho parece claro que con ello no se quiere establecer la obligación de desobediencia al Derecho en cualquier caso, sino sólo en determinados supuestos. Pero entonces debería seguirse también la obligación ética de obedecer al Derecho en algunos casos, a saber, en los casos en que los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos éticos de la conciencia individual» (ATIENZA, M., *La filosofía del derecho de Felipe González Vicén, cit.*, pp. 68-69). No creo que haya por qué entender que «en estos casos de coincidencia se habría roto esa barrera entre la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho» (FERNÁNDEZ, E., *op. cit.*, p. 97). Esa obligación de obedecer al Derecho en esos casos no es más que una derivación de la obligación ética de obedecer la conciencia ética individual también en esa ocasión en que su mandato coincide con el de la norma jurídica. No se cumple la norma porque provenga de un derecho heterónimo, sino porque la conciencia ética impone esa acción que cumple la norma.



mandato jurídico y el de conciencia se ha de resolver ineludiblemente en favor de éste.

Concluye Elías Díaz que «en mi opinión, la ética puede suministrar justificación tanto para la obediencia a unas normas jurídicas como para la desobediencia a otras (depende de su concordancia o discrepancia con respecto de la ética)»<sup>26</sup>. Que el desacuerdo es conceptual y no «político» o referido a la obligación política se comprueba con sólo sustituir en esta última parte del texto de Elías Díaz el término «ética» por la expresión «conciencia ética»; o con entender simplemente el concepto de ética con arreglo a su caracterización por GV. Entonces la frase podría suscribirla GV. ¿Qué comprobamos así? Que la discrepancia se debe a que en Elías Díaz obligación ética y obligación política se superponen<sup>27</sup> en cuanto referidas al derecho, mientras que, como al final veremos, en GV no se contiene ninguna caracterización sobre la obligación política al hablar de la obediencia. Y por eso mismo su noción de la obligación ética, pese a las apariencias, no es incompatible en sus consecuencias con la filosofía política de Elías Díaz, salvo que se mostrara que éste ensalza el valor ético del derecho, o de algún derecho, como argumento para justificar la supresión de la libertad de análisis de la conciencia individual en lugar de para proporcionarle un dato más a considerar en su decisión, lo cual clarísimamente no es el caso.

### III. SOBRE LOS LIMITES DE LA TESIS DE GONZALES VICEN

Otra forma de expresar el desajuste que vengo resaltando entre GV y sus críticos sería decir que uno y otros tienden a ubicarse en planos distintos o a responder a preguntas propias de disciplinas diferentes. Dicho en términos rotundos que exigirán inmediata matización: si nos preguntamos a qué problema de la filosofía del derecho da solución la tesis de GV se podría responder que directamente a ninguno. Me explico.

La filosofía *del derecho* tiene entre sus temas cruciales diversas cuestiones ligadas con la idea de obligación. Trata de aclarar por qué obligan las normas jurídicas, y ello en dos dimensiones. Por un lado, se trata de un problema analítico de teoría del derecho ligado a la idea de obligación jurídica. Se trata de ver de qué modo se inserta la de obliga-

26. *Op. cit.*, p. 83.

27. Lo mismo puede decirse de Eusebio Fernández, como se ve con especial claridad en su «La obligación moral y la obligación jurídica», en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 48-49. En la necesidad de diferenciar convenientemente entre legitimidad de una autoridad y merecimiento de obediencia insiste J.R. de Páramo en su recensión del libro de E. Fernández «La obediencia al Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-89, p. 498.

ción dentro de las categorías que estructuran la operatividad del derecho y cómo se interrelaciona con otras categorías de ese mundo conceptual constitutivo de lo jurídico, fundamentalmente con la idea de sanción, pero también con las de derechos, norma, capacidad, voluntad, etc. Por otro lado, está el problema de qué grado de exigibilidad no jurídica poseen las normas de derecho. La pregunta, que se sitúa en pleno campo de intersección con la filosofía política, versa sobre cuándo es racionalmente exigible de los sujetos que se atengan a lo prescrito por las normas jurídicas, pero por razones distintas de la presión o el temor a la sanción. Y esas razones, en cuanto se pretenden operativas o válidas para la generalidad de los sujetos, han de ser razones normativas generales. Es, en suma, la cuestión de la obligación política<sup>28</sup>. Su mismo planteamiento presupone la confianza en que existen argumentos de carácter general que permiten clasificar los actos de obediencia o desobediencia a las normas del poder como racionales o irracionales. Se presupone una ética general o, si se quiere emplear otros términos, criterios generales de legitimidad o de justicia de las normas, ya sean formales o de contenido, criterios cuya racionalidad permite la exigencia de su vinculatoriedad para el sujeto que se quiera racional.

Queda el tema de la obligación moral, relativo a qué debe vincularnos en conciencia o por qué debe regirse el sujeto a la hora de decidir su acción subjetiva. Este es el terreno en el que se mueven las reflexiones de GV. Ya vimos de qué modo el asunto de la obligación jurídica lo asume pero lo deja al margen de su consideración, como irrelevante para su tema. Más problemático es lo referido a la obligación política. Pienso que gran parte del equívoco generado por la obra de GV proviene de que en su planteamiento deja también totalmente al margen lo referido a la obligación política. GV se concentra en el tema de la obligación moral circunscribiendo de modo estricto el alcance de esa expresión. Es más, sus tesis sobre la obediencia ética ni siquiera se mueven propiamente en el plano de la ética si por tal entendemos cualquier tipo de ética normativa. No hay contenido ético normativo en sus tesis. Por eso hemos dicho que no es tampoco la suya una ética irracionalista. No es la suya una doctrina que dé respuesta a la cuestión de qué actos son buenos o qué normas son justas, sino una doctrina de los presupuestos subjetivos de la ética.

Es cierto que el derecho y la moral social, como órdenes normativos, presuponen la libertad del sujeto para cumplir o no sus mandatos, pues de lo contrario se sustituiría la normación de acciones por la manipulación de objetos llamados personas. En ese sentido, la existencia del «sujeto ético» de que habla GV no es contradicción, sino presu-

---

28. Para Passerin d'Entreves, siguiendo a Berlin, ésta es la cuestión central de la filosofía política. Cfr. PASSERIN D'ENTREVES, A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milán, Edizioni di Comunita, 1970, p. 35.

puesto funcional de esos órdenes normativos. El derecho presupone que el destinatario de sus normas obra en conciencia, por mucho que a algunas de las opciones de acción así tomadas les asigne una sanción. Pero sin libertad de hacer o no hacer lo mandado no habría normas jurídicas<sup>29</sup>, sino instrucciones técnicas para la manipulación y manejo de individuos intelectualmente inertes.

Aunque formalmente la doctrina de GV verse sobre la obediencia ética o la obligación moral, es tan difícil extraer de sus afirmaciones consecuencias directas para el tema de la obediencia al derecho, es decir, para el tema de la obligación política<sup>30</sup>, como lo es extraerlas de filósofos existencialistas como Heidegger o Jaspers, por citar dos autores a los que el propio GV se remite en alguna ocasión. Se quedan las apreciaciones de GV en un terreno previo al de cualquier disciplina normativa o cualquier teoría de la razón práctica, aunque no exento de consecuencias. GV no trata de negar las normas, sino de afirmar el sujeto. Y en la medida en que cualquier norma, jurídica o de ética normativa se sostenga con pretensiones absolutistas sobre el individuo, GV las negará. Pero lo que en modo alguno niega es que no pueda el sujeto tomar en consideración las razones que avalen esta o aquella norma jurídica o moral. Reducida a su esencia última, su posición viene a recordar que el sujeto es dueño último de sus actos y que su conciencia tiene siempre la última palabra; que los actos personales sólo pueden ser fruto de una decisión personal y que es tanto más persona quien más personalmente toma sus decisiones de acción.

Podemos plantearnos la duda de si la tesis de GV que analizamos deja sitio para una teoría de la justicia o para una doctrina de la obligación política. Esas doctrinas adoptan una perspectiva social o intersubjetiva. Su interrogante central es si existen reglas o criterios de racionalidad de las normas jurídicas, de modo que desde el punto de vista social o intersubjetivo podamos ponernos de acuerdo en que es más racional o justificado que los sujetos cumplan las normas que, por adaptarse en mayor medida a esos criterios, son más justas. Si se considera que existe una radical incomunicación entre la justicia o legitimidad de las normas u ordenamientos y el componente de racionalidad

---

29. Este componente subjetivo lo ha destacado entre nosotros OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., «Los componentes subjetivos de la obligación de obedecer al derecho», en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 337 s., esp. 347 ss.

30. Me parece que esta desconexión de las afirmaciones de GV frente a los problemas de la filosofía del derecho y la filosofía política es una de las claves de la crítica de MONTORO BALLESTEROS, A., «Sobre las razones éticas de la obediencia al Derecho», en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 321 ss. Por su parte, MARINA GASCÓN nos recuerda que en su trabajo GV «apenas muestra interés por lo que pudiéramos llamar la política jurídica» (GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, cit., p. 114).

de las acciones individuales que las siguen o las resisten, toda una serie de interrogantes dejan de tener sentido y disciplinas como la filosofía política o la teoría de la justicia carecen de razón de ser.

Ahora bien, considero que se puede salvar la compatibilidad entre el individualismo ético de GV y los presupuestos de dichas disciplinas. La dificultad aparentemente mayor estriba en su rechazo de la idea de ley moral general como regla de la acción moral<sup>31</sup>. Entender que hay una moral de normas generales es parangonar lo moral con lo jurídico, de manera que se desconoce tanto el carácter necesariamente autónomo de toda acción que se quiera moral como el carácter histórico, en el sentido antes explicado, de toda decisión moral para la acción. Pero con esto hablamos de si hay reglas que por guiar la acción moral descarguen la conciencia individual de la necesidad de decidir, y ya conocemos la respuesta negativa de GV: el calificativo de moral para una acción sólo puede derivar de su dirección por la conciencia y no de su subsunción bajo una norma externa que la conciencia no analiza o que asume de antemano. Pero todo esto no tiene por qué implicar que no quepa establecer criterios para dirimir la mayor o menor injusticia, no de las acciones, sino de normas como las jurídicas. Cada individuo ha de decidir por si qué quiere ser en su individualidad; pero, puesto que el derecho es necesario, al individuo se le dice también lo que debe hacer o cómo ha de compensar a la sociedad si no hace eso que a ésta le conviene. Qué norma sea justa o más racional y cuál no, no hay por qué entender que lo tenga que decir la conciencia individual; el individualismo ético no puede descartar, si no es a un muy alto precio, que quepan acuerdos o procedimientos para establecer criterios de justicia de las normas y de legitimidad de los ordenamientos.

La cuestión que queda entonces por resolver es la de la relación entre el juicio sobre la justicia de la norma jurídica y la decisión moral del sujeto de obedecerla o no. Con arreglo al concepto de moral que GV maneja, que una norma sea justa con arreglo a los patrones de la teoría de la justicia, o a la opinión de las mayorías, o a las declaraciones de la ONU, pongamos por caso, no puede implicar que genere para el sujeto un deber moral de obediencia que le exima de someterla al libre dictamen de su conciencia. Pero tampoco tiene por qué significar que para ese examen moral en el que la conciencia es instancia legisladora absoluta sean irrelevantes los argumentos de justicia. Una cosa es que no vinculen a la conciencia en el sentido de anularla o limitarla en sus posibilidades de análisis; otra, que no pueda la conciencia considerar las

---

31. «El error de la ética racionalista, expresado paradigmáticamente en el imperativo categórico kantiano, consiste en que identifica la validez de la ley moral con su posibilidad de generalización; de tal manera, que si, en una situación dada, dos personas obran de manera distinta, una de ellas obra necesariamente de modo reprochable. Lo contrario, empero, es precisamente lo cierto, porque lo que el hombre "debe ser" en su individualidad personal no se le revela nunca en proposiciones generales sobre el "bien en sí". Esto se lo revela la conciencia» (OD 395)».

razones de justicia y que éstas no pesen de modo importante en la ponderación que la conciencia del individuo realiza sobre qué acción es moralmente debida. El sujeto ético no tiene por qué ser ni autista ni insolidario, ni tiene por qué ser toda moral una moral de «robinsones» solitarios<sup>32</sup>. Vistas las cosas de este modo, hay cabida para una teoría de la justicia de las normas y de la legitimidad de los ordenamientos, entendiendo que su cometido no es reemplazar a la conciencia como fuente de la decisión moral, sino aportarle razones, darle argumentos. Al fin y al cabo, ninguna conciencia genera de la nada todas y cada una de sus razones<sup>33</sup>.

Creo que queda así salvada la compatibilidad del individualismo ético de GV con la existencia justificada de éticas normativas y formas de moralidad positiva. La autonomía de la conciencia ética individual es, podría decirse, autonomía operativa, no autarquía. Que ningún orden normativo externo se le imponga por principio y sin réplica ni reacción posibles no quiere decir que no puedan la moral positiva o la filosofía política o jurídica proporcionarle argumentos útiles en que apoyar su opción moral práctica<sup>34</sup>.

En mi opinión, esta interpretación permite situar en sus justos límites lo que la doctrina de GV aporta. Ni llega tan lejos o cubre tanto espacio teórico como los críticos a veces parecen creer, ni, por lo mismo, adolece de las incoherencias que en ocasiones le reprochan. Si partimos de la tripartición mencionada entre obligación jurídica, obligación política y obligación moral<sup>35</sup> y asumimos el concepto de ésta que GV

32. En ese sentido, contra la contraposición radical entre individualidad de la moral y socialidad del Derecho, PÉREZ LUÑO, A-E., *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho*, cit., pp. 86-87.

33. Téngase en cuenta el énfasis que pone GV en resaltar que el fundamento ético que no se da nunca en favor de la obediencia al derecho es un fundamento ético absoluto, entendiendo por tal aquél que se impone sin más sobre las conciencias y las vincula. «Hay que tener bien presente que no hablo de un fundamento ético cualquiera, sino de un fundamento ético “absoluto” para la obediencia al Derecho, es decir, no de un fundamento ético que basta a una o más personas, incluso a una mayoría, sino de un fundamento ético que de por sí sea vinculante para toda persona con un uso normal de razón» (ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., «Entrevista con Felipe González Vicén», *Doxa*, 3, 1986, p. 320). Podríamos decir, a partir de ahí, que aunque sólo quepa un fundamento ético absoluto, la voz de la propia conciencia, si que es posible imaginar que otras razones o fundamentos no absolutos encuentren eco en esa voz, con lo que el debate ético y las disciplinas de la razón práctica siguen teniendo sentido.

34. Creo que esa es la manera de evitar las consecuencias absurdas a que conduce una interpretación más radical o solipsista de la autonomía como nota distintiva frente a la heteronomía de órdenes como el jurídico o el de la moral positiva. Véase sobre esas consecuencias, PÉREZ LUÑO, A-E., *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho*, cit., pp. 90 ss. Para este autor, «El sentido de la autonomía no reside, por tanto, en la posibilidad de que cada sujeto cree un sistema de moralidad, sino en la adhesión consciente y crítica de la conciencia individual a normas morales heterónomas» (*ibid.*, p. 91).

35. Un análisis sumamente clarificador de estos tres conceptos y de su interrelación se contiene en SCARPELLI, U., «Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico», en su libro *L'etica senza verità*, Bolinia, Il Mulino, 1982, pp. 165-175.

nos da, comprobamos que la teoría de la obligación moral de GV no es incompatible, más bien al contrario, con una teoría de la obligación política, siempre y cuando que ésta no se utilice para eliminar como guía de acción la libertad de conciencia que el individualismo moral implica, o para afirmar el superior valor de los objetivos sociales sobre la libertad individual, de modo que, como insiste Muguerza en coordenadas kantianas, se justifique así la utilización de los individuos como medios y no como fines en sí mismos<sup>36</sup>.

Finalmente, se ha de recalcar que pese a lo que se acaba de afirmar de que GV no construye una teoría de la justicia o una filosofía política, sí que cabe derivar, por vía negativa, alguna consecuencia de sus tesis para este campo. Se sintetiza en la idea de que ningún valor social está por encima del valor del individuo y que ninguna forma de justicia puede imponerse a costa de eliminar la conciencia individual. El sujeto podrá ser sancionado por no atenerse al interés social, real o supuesto, que las normas expresan, pero hasta la sanción habrá de ser consecuente con la libertad que las mismas normas presuponen. Se podrá y será legítimo castigar una conducta, pero no lo será doblegar o eliminar una conciencia.

GV se para ahí, no responde a más. Nos dice que no hay verdades morales absolutas ni justicia universal de ningún género. Pero no nos dice que el derecho y los demás órdenes normativos estén de más. Al contrario, deja sentado en el punto de partida de su trabajo que «todo grupo humano que quiere transformar la mera coexistencia en verdadera convivencia humana necesita una serie de cánones de conducta, es decir, de normas o esquemas que digan en cada situación cuál ha de ser el comportamiento recíproco entre los componentes del grupo, y sólo por ellas la coexistencia amorfa se convierte en sociedad en el pleno sentido de la palabra» (OD 365). Lo que no nos enseña es en qué medida la conciencia de cada sujeto en cada situación ha de tomar en cuenta, para dictar la acción, el valor del derecho en general o el contenido de la norma sobre cuyo acatamiento se haya de decidir. Deja claro que ninguna norma se puede pretender tan justa como para que la conciencia deba dejarle todo su sitio al legislador social. Pero nada impide sospechar que los dictados del legislador social y los de la conciencia individual serán tanto más coincidentes cuanto más respetuoso sea el derecho con los derechos básicos y las conciencias de los individuos. Sólo que si aun en el más democrático de los ordenamientos se produce la discrepancia de una conciencia, su titular obrará éticamente al obedecer a ésta en detrimento de aquél. Ese es el mandato de la ética tal como GV la entiende. Pero es un imperativo formal que nada prejuzga acerca de aquello sobre lo que el filósofo del derecho se interroga preferentemente: acerca de la obligación política o de las pautas de

---

36. MUGUERZA, J., *La obediencia al Derecho y el imperativo de disidencia (Una intrusión en un debate)*, cit., pp. 34 ss.

justicia o racionalidad que deben presidir las normas jurídicas en cuanto guía y coordinación de las relaciones intersubjetivas y no meramente de la relación del individuo consigo mismo.

En resumen, lo que GV rechaza a partir de su concepción de la esencia del sujeto humano es que en nombre de la justicia intersubjetiva pueda anularse la subjetividad individual. Lo que no proclama es que no exista lugar o justificación para las reflexiones de la filosofía política o jurídica, o que no tenga sentido hablar de teoría de la justicia. A fin de cuentas, su trabajo viene a acotar un ámbito para la ética, esto es, la decisión de conciencia, personal, y a defender la exclusividad del individuo en ese ámbito. Esto no supone desconocer que además de problemas para el individuo existan también problemas sociales. Sólo que sobre el modo mejor y más correcto de resolver éstos, GV no nos dice nada, si no es por la citada vía negativa de entender que ninguna sociedad está legitimada para convertir a sus miembros en autómatas o fieles sin conciencia ni autonomía, es decir, para eliminar la ética personal.





## El iusnaturalismo de John Finnis

Por JOAQUIN RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Santiago de Compostela

La obra del profesor de Oxford John M. Finnis ha sido presentada como la causante de que en la actualidad haya remitido «la marea de prejuicios» contra el Derecho natural (VEATCH 1981: 293). Esta observación es probablemente cierta para el ámbito anglosajón, a juzgar por el interés y seriedad con que los pensadores de habla inglesa que se ocupan del Derecho natural parecen haberse tomado el libro de Finnis *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS 1980). Sin embargo, entre nosotros la obra de Finnis no se ha abordado con la misma atención. Acaso por no estar traducidos, acaso porque quienes podrían sintonizar con la tradición analítica en que se inscriben son a menudo reacios al Derecho natural, o acaso porque éste cuenta aquí con importantes defensores y no precisaba de una rehabilitación, lo cierto es que los trabajos de Finnis apenas han merecido en España algún estudio o algún comentario.

Lo peculiar de la filosofía de Finnis es su defensa de un iusnaturalismo no enfrentado al positivismo jurídico<sup>1</sup>. Argumenta que el positivismo jurídico malinterpreta la teoría clásica del Derecho natural cuando ve en ella una identificación del Derecho con principios morales, deducidos éstos a partir de datos sobre la naturaleza. Inspirándose sobre todo en Aristóteles y Tomás de Aquino, Finnis desarrolla una «nueva teoría clásica del Derecho natural» —como ha sido llamada—, en la que éste es entendido como un conjunto de principios mediante los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social hacia la más

---

1. Así, H. L.A. Hart (1983: 10) afirma que «la interpretación flexible del iusnaturalismo de Finnis es en muchos aspectos complementaria más que rival de la teoría jurídica positivista». En un sentido similar, Neil MacCormick (1981). Este último califica además de «impresionante» (*impressive*) «la reconciliación (o, más propiamente, convergencia) de enfoques utilitaristas, kantianos/habermasianos y aristotélicos» (MACCORMICK 1989: 188).

plena realización de ciertos valores autoevidentes que conforman un bien común objetivo. En este planteamiento el bien no se conoce mediante un estudio de la naturaleza, ni siempre da lugar a normas morales que a su vez delimitan el Derecho. El bien es simplemente la meta de toda conducta inteligente, y el objeto del Derecho natural es mostrar cómo mejor se satisface esa meta <sup>2</sup>.

La doctrina del Derecho natural que expone Finnis sostiene la existencia de: (a) un conjunto de principios prácticos básicos que identifican las formas básicas de la plenitud humana (*human flourishing*) como bienes que han de ser perseguidos y realizados; (b) un conjunto de exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica, que distinguen el pensamiento práctico consistente del inconsistente, y que permiten diferenciar entre actos razonables y no razonables, y así formular (c) un conjunto de criterios morales generales (FINNIS 1980: 23). Finnis habla de «razonabilidad práctica» (*practical reasonableness*) para referirse al proceso mental que permite concretar en forma de imperativos morales las determinaciones genéricas que el pensamiento práctico descubre en la acción humana <sup>3</sup>. En su esquema, mientras que el pensamiento teórico o «especulativo» se ocupa de lo que *es*, el objeto del pensamiento práctico es lo que *ha de ser* (*is to be*). Am-

---

2. La tesis de Finnis se asienta sobre la destacable exégesis que hizo Germain Grisez (1965) de la doctrina del «primer principio de la razón práctica» expuesta por Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* I-II q. 94, a.2. Grisez cuestionaba que Aquino considerase este «primer principio» (a saber: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*) como un imperativo moral del tipo «Haz el bien» o «Se debe hacer el bien», que serviría de premisa para deducir los mandatos específicos del Derecho natural. Según Grisez, el principio constata la dirección teleológica de la razón práctica hacia un *bien* que no es ni ético ni trascendente; y lo traduce como «*Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided*» («Ha de hacerse y procurarse el bien, y ha de evitarse el mal»). En los últimos años Grisez y Finnis (y Joseph Boyle) han unido sus esfuerzos para desarrollar sobre estos postulados una filosofía moral común, receptiva a las enseñanzas cristianas.

3. En el índice de términos de su *Natural Law and Natural Rights*, Finnis identifica razonabilidad y razón prácticas, encabezando la entrada como «Reason (ableness), practical (practical intelligence)...». Pero creo que puede decirse que la razonabilidad es para él la razón práctica en su proyección moral.

La concepción de Finnis evoca la noción de «lo razonable» de Luis Recaséns Siches, con la que cabe emparentarla (si bien para concretar su contenido Recaséns confía sobre todo en la argumentación, y Finnis en la inteligencia): vid. entre otros RECASÉNS 1971. V.gr. cfr. la tesis de que «la determinación de los contenidos del Derecho, tanto de las normas generales como de las normas individualizadas debe regirse por el *logos de lo humano y de lo razonable*» (RECASÉNS 1971: 536) con la doctrina de la *determinatio* defendida por Finnis (vid. *infra*).

Quizá sea útil recordar también la reflexión que hace Max Weber sobre la extensión hacia consideraciones de utilidad de la legitimación iusnaturalista del Derecho positivo. Dice Weber (1956: 643) que «en el derecho natural puramente formal lo racional es lo derivable del orden eterno de la naturaleza y de la lógica, que son mezcladas entre sí. Pero el concepto inglés de lo *reasonable* entendía desde un principio la significación de lo «racional» en el sentido de lo «conveniente en la práctica». (...) [Esto] significó la inclusión expresa en el concepto de lo racional de supuestos materiales que, de hecho, siempre habían estado implícitos en él, si bien de modo latente».

bos comparten en su base el principio de no contradicción, pero el primer principio del razonamiento práctico es: *Ha de hacerse y procurarse el bien* (vid. nota 2). Este principio obliga a quien respeta la racionalidad a dirigir inteligentemente las acciones hacia la realización humana. Tal objetivo —argumenta Finnis— como mínimo prohíbe las acciones sin propósito, pero interpretado de modo integral favorece el pensamiento práctico *razonable* y las acciones moralmente buenas, mostrando así la relación entre las verdades práctica y moral<sup>4</sup>.

## EL METODO DE FINNIS. EL SIGNIFICADO FOCAL DEL DERECHO

Las doctrinas iusnaturalistas de la actualidad suelen estar más enfocadas hacia la justificación de un modelo jurídico al que referir la crítica de los sistemas positivos que a la descripción de los rasgos y origen del verdadero y único Derecho posible. Finnis comparte tanto el interés por el potencial crítico del Derecho natural como el abandono de toda pretensión de definir el Derecho de modo absoluto. Antes al contrario, entiende que para reconocer el Derecho son ineludibles las técnicas de la jurisprudencia analítica positivista, de signo relativista. No obstante, identifica un núcleo central en el significado de *Derecho*, que será el modelo desde el que sustanciar la crítica metapositiva. Pero lo novedoso de Finnis es su método para hallar ese núcleo central del Derecho. La esencia de su argumentación iusnaturalista consiste en: 1) constatar que ciertos bienes se le presentan al hombre de modo evidente como valores finales objetivos; 2) especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen a ellos del modo más pleno; 3) mostrar que la satisfacción de estas reglas requiere la existencia de comunidades con una autoridad respetada; y, finalmente, 4) indagar la obligatoriedad moral del Derecho emanado por dicha autoridad.

En lo que atañe a la metodología del análisis jurídico, Finnis propone como instrumento una especie de «tipo ideal» del Derecho, formado por el *supuesto central* (*central case*) al que se refiere el concepto de Derecho en su *significado focal* (noción ésta tomada de Aristóteles). Este procedimiento supone admitir un significado básico unívoco del término *Derecho*, pero sin excluir de su referencia todo lo que no tenga sus características (cfr. FINNIS 1980: 10 y 277). La intención no es sintetizar el concepto ordinario de Derecho, sino desarrollar una noción útil para la explicación teórica de los fenómenos a

---

4. El papel de la «realización humana integral» (*integral human fulfillment*) como ideal que orienta *moralmente* la elección de acciones está más tratado por Finnis con posterioridad a *Natural Law and Natural Rights* (1980). Si la teoría ética de este libro no identifica aquel papel, es «en parte por consideraciones de audiencia y en parte porque el autor no veía entonces la materia claramente». (GRISEZ/BOYLE/FINNIS, 1987: 150; vid. también FINNIS/BOYLE/GRISEZ, 1987).

los que aquél se refiere, aunque sin enfocarlos estrictamente. Finnis considera que Hart y Raz mejoran las «metodologías ingenuas» de Bentham, Austin o Kelsen, porque sus descripciones del Derecho tienen en cuenta el «punto de vista interno» de quien *usa* las normas como criterios de conducta. Pero estima que las propuestas de estos autores —con los que declara compartir un interés descriptivo contrapuesto al interés normativo de la teoría jurídica de Dworkin— son insatisfactorias por cuanto no otorgan relevancia a aquellas diferencias en los puntos de vista internos que permiten distinguir en ellos una forma central y unos casos periféricos. Para él una identificación correcta de las exigencias del pensamiento práctico lleva a dicha distinción, y a conectar tal forma central con el punto de vista que considera que el establecimiento de un orden jurídico es un ideal moral; o mejor, una consecuencia del razonamiento práctico (FINNIS 1980: 15 y 1973:74).

Pese a que sólo avanzada la exposición se aclararán sus términos, podemos adelantar ahora la definición de Derecho, en su *significado focal*, que propone Finnis (1980: 276-7). El Derecho consiste en (traduzco):

«normas hechas, de acuerdo con normas jurídicas reglamentarias, por una autoridad determinada y efectiva (de por sí identificada y, genéricamente, constituida como una institución por normas jurídicas) para una comunidad “completa”, y consolidadas por sanciones de acuerdo con las estipulaciones reglamentarias de instituciones de enjuiciamiento (*adjudication*), estando este complejo de normas e instituciones dirigido a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o invalidar soluciones coordinativas de cualesquiera otras instituciones o fuentes normativas) para el bien común de esta comunidad, según una forma en sí misma adaptada a ese bien común mediante los rasgos de especificidad, reducción de la arbitrariedad y mantenimiento de una reciprocidad entre los sujetos al Derecho, tanto entre sí mismos como en sus relaciones con las autoridades legales.»

Comoquiera que los conceptos manejados cuentan a su vez con un significado focal y otros secundarios —apunta Finnis—, son posibles extensiones analógicas del término *Derecho*: v.gr. a la costumbre, pese a que no es propiamente *hecha*<sup>5</sup>. Por eso —continúa— cabe decir *dramáticamente* que «no es realmente Derecho» un conjunto de leyes sin sanciones, sin instituciones de enjuiciamiento o sin regulación del cambio normativo (FINNIS 1980: 277). Del mismo modo dirá que «el “Derecho Natural” —el conjunto de principios de la razonabilidad práctica que versan sobre la ordenación de la vida y la comunidad humanas— es sólo Derecho analógico, en relación con mi presente uso

---

5. La marginación de la costumbre respecto al significado focal del Derecho es quizás una concesión innecesaria al positivismo estatalista y legalista. Creo que no estorbaría al planteamiento conciliador de Finnis incluir en el corazón del Derecho aquella costumbre cuya validez se reconoce mediante un procedimiento legal. Además, en cierto sentido, dicha costumbre se *hace* norma cuando un juez la aplica reglamentariamente.

focal del término» (*ibidem*: 280)<sup>6</sup>. No obstante, Finnis se da cuenta de que un jurista probablemente rechazará que una norma pueda ser *más o menos* jurídica; más bien sostendrá que es o no Derecho, sin categorías intermedias, de acuerdo con un criterio de validez. Finnis admite que esta suposición positivista es un mecanismo útil para obtener soluciones en el plano procesal. Pero cree que tal recurso —además de que plantear problemas para reconocer en la argumentación jurídica el papel de los principios, cuyo origen indeterminado hace difícil considerarlos *válidos*— no resulta aplicable a la descripción y explicación del lugar del Derecho en el esfuerzo de la razón práctica por comprender y realizar el bien humano. Podríamos decir que Finnis concibe la esencia del Derecho más como una búsqueda en cuyo curso el legislador va conformando el objeto que persigue, que como unas instrucciones visibles conducentes a un fin preciso.

## DEFENSA DE LA TEORIA CLASICA DEL DERECHO NATURAL

Aunque su interés no es exegético, Finnis observa que muchas de las objeciones que se formulan a las teorías iusnaturalistas clásicas las malinterpretan. Entre los motivos de crítica contra la teoría clásica del Derecho Natural discutidos por Finnis destacaré tres, centrales en la configuración de su propia doctrina: la derivación de normas éticas a partir de hechos, el estatuto aplicado a las leyes injustas, y la confianza en la autoevidencia de las premisas. Veamos estas tres críticas.

1. *El iusnaturalismo pretende derivar de proposiciones empíricas sobre la naturaleza humana proposiciones normativas sobre los deberes del hombre.* Finnis niega que el paso *ser-deber ser* esté presente en toda teoría del Derecho natural. Así, Tomás de Aquino se refiere a los preceptos de la ley natural como principios generales e indemostrables, y no como derivados de hechos, ni siquiera en cuanto proposi-

---

6. Creo, entonces, que Hart yerra el blanco cuando critica a Finnis que concebir los principios jurídicos naturales como el «significado focal» del Derecho puede «revivir viejas confusiones entre el Derecho y los criterios apropiados para criticar el Derecho». (HART, 1983: 11). Finnis no participa directamente de esta confusión, por cuanto no identifica el «significado focal» del Derecho con el Derecho natural. Ahora bien, es cierto que los principios naturales se introducen en el significado focal a través de la noción de bien común, lo cual puede resultar problemático desde una perspectiva positivista.

Aunque contrario a la percepción típica de que el Derecho natural es el auténtico Derecho, el enfoque de Finnis no es nuevo en el iusnaturalismo. Cabe recordar por ejemplo la tesis de Luis Legaz (1978: 297-304): «El Derecho es una forma de vida social que realiza un punto de vista sobre la justicia» y, por tanto, aunque en un sentido (la relación con la justicia) el Derecho natural es más Derecho que el Derecho positivo, en otro sentido (la vivencia social) lo es menos: «El concepto de Derecho implica así una dimensión de positividad o, si se prefiere, de “efectividad”», si bien no necesariamente entendida como positividad *legalista*.

ciones metafísicas sobre el hombre <sup>7</sup>. Según Finnis (1980: 34), «uno no juzga que “tengo [o todos tienen] una inclinación a investigar las cosas” y después infiere que entonces “el conocimiento es un bien que ha de perseguirse”. Más bien uno capta, mediante un simple acto de comprensión no inferencial, que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un ejemplo de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros como uno)». Con todo, asume que un juicio razonable sobre los valores requiere ser consciente de «ciertas posibilidades “fácticas”» (FINNIS 1980: 73; 1981: 23).

No obstante, no todos ven clara esta diferencia que Finnis establece entre inferir (falazmente) normas de nuestra naturaleza y obtener (válidamente) juicios naturales a partir de nuestra experiencia. J. W. Harris apunta con razón que al reflexionar sobre las inclinaciones humanas para obtener conocimiento autoevidente sobre los bienes universales, introducimos inevitablemente supuestos fácticos sobre la naturaleza humana; y señala que «el propio Finnis apela a hechos de la experiencia y psicología humanas cuando extrae las exigencias de la “razonabilidad práctica”» (HARRIS 1980: 15). Desde otra perspectiva, R. McInery (1980) juzga excesiva la distinción de Finnis entre hecho y valor, y H. Veatch (1981) niega que pueda hacerse una filosofía iusnaturalista sin buscar un modo de derivar normas de hechos, aunque ironiza diciendo que a Finnis no le queda otro remedio que intentarlo «si desea defender el Derecho natural en Oxford y al mismo tiempo evitar un total ostracismo de *Oxbridge* [Oxford y Cambridge]».

Respondiendo a Veatch, Finnis advierte que él no dice que haya una barrera entre hechos y valores, sino sólo que éstos no pueden *deducirse* de aquéllos. Coincide en que los juicios adecuados sobre la naturaleza humana «incorporan» otros sobre el bien, el fin o la plenitud del hombre, pero discrepa de que estos últimos juicios sean teóricos: el bien humano se comprende mediante una consideración *práctica* sobre lo que es bueno —y merece la pena— ser, tener o hacer. Finnis defiende que la *autoevidencia* de los juicios prácticos los hace independientes de las proposiciones teóricas metafísicas sobre la naturaleza fáctica del hombre, aunque luego puedan integrarse en ellas: «todos los principios básicos del Derecho natural pueden ser captados con la inteligencia sin referirse a principios metafísicos relativos a la relación universal entre ser y bien, o a la naturaleza humana en su relación con las naturalezas divina y cósmica.» (FINNIS 1981: 323). Es posible obtener conclusiones normativas desde verdades metafísicas o fácticas sobre la naturaleza humana, pero siempre que apliquemos los *principios de la razonabilidad práctica* (FINNIS/GRISEZ 1981: 24). Como dice en otro lugar, «la verdad de que el conocimiento práctico no puede deducirse del teórico no implica (...) que la ética no

---

7. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II q. 91 art. 3.

tenga nada que aprender de ni nada que contribuir a la comprensión metafísica de nuestra naturaleza y de nuestro mundo» (FINNIS 1987: 366).

Grisez, Boyle y Finnis (1987) exponen que el *deber ser* (*ought*) moral es doblemente irreductible al *ser* teórico: en primer lugar, el *deber ser* moral no puede reducirse al *ha de ser* de la verdad práctica, porque un juicio práctico puede dirigir racionalmente a la realización de algo inmoral<sup>8</sup>; en segundo lugar, el *ha de ser* no puede reducirse al *ser* de la naturaleza humana, porque la naturaleza empírica de las personas no se identifica con la «realización humana» apuntada por la verdad práctica. Sin embargo, para ellos la moral no carece de raíces en la naturaleza humana. Como ya avanzamos, quien realiza acciones guiadas racionalmente conoce por naturaleza los primeros principios del razonamiento práctico y desea por naturaleza los bienes a los que dirige este conocimiento práctico; y esta dirección, interpretada en su significado integral, apunta también a la normatividad del deber moral (GRISEZ/BOYLE/FINNIS 1987: 127).

2. *El iusnaturalismo niega carácter jurídico a las leyes injustas.* Finnis responde que éste no ha sido nunca un punto central de la tradición iusnaturalista, la cual, por el contrario, cuando habla de «leyes injustas», está reconociendo explícitamente validez jurídica a las normas inicuas<sup>9</sup>. Para Finnis (1980: 365), la frase *lex iniusta non est lex* implica: a) que cierto contenido normativo tiene para alguna comunidad el estatuto de ley, en el sentido sociológico/histórico (creencias o prácticas) o intra-sistémico (adecuación a ciertos principios o reglas); b) que esa ley es injusta (en el sentido de la razonabilidad práctica); y c) que el principio de la razonabilidad práctica que atribuye obligatoriedad moral a las leyes no justifica o requiere la obediencia a esa ley concreta. Según él, el principio *lex iniusta non est lex* así interpretado es correcto, porque los mandatos contrarios al bien común carecen de la obligatoriedad moral que de otro modo tendrían por ser emanados de

---

8. Hume observó —según recuerda MacCormick (1981)— que no es contrario a la razón preferir la destrucción del mundo a arañarse el meñique. Igualmente, Finnis y Grisez (1981: 27) asumen que Don Juan Tenorio no es irracional cuando considera (inmoralmente) la fornicación como un bien que ha de procurarse.

9. Sobre este punto Finnis ofrece una interesante discusión de las tesis de Tomás de Aquino. Según Finnis (1980: 364 ss.), aunque Aquino evita cuidadosamente decir que una ley injusta no es ley, no importaría mucho que lo hiciera, pues —de no ser una afirmación contradictoria— sería una *dramatización* de su distinción entre dos sentidos de ley: uno focal (*simpliciter*) y otro secundario (*secundum quid*). La ley injusta no sería ley (o Derecho) en el primer sentido, pero sí en el segundo. Santo Tomás dice que la ley, en la medida en que deja de orientarse al bien común de los hombres, pierde su fuerza obligatoria (*virtutem obligandi non habet*). Pero también dice que la obligatoriedad puede conservarse para mantener el respeto por el conjunto del sistema jurídico: la obligación moral de obedecer las leyes injustas desaparece *si no es para evitar el escándalo y el desorden (nisi forte propter vitandum scandalum vel turbationem)* —salvo que lo que ordene esté prohibido por la ley divina— (*Summa Theologica* I-II q. 96, arts. 6 y 4, respectivamente).

una autoridad. En efecto, como para asegurar y realizar el bien común es necesaria una autoridad respetada, entonces la autoridad para resolver problemas de coordinación en una comunidad mediante la creación autorizada de normas se justifica, en principio, simplemente con la probabilidad de que, en general, esas normas serán obedecidas. No se precisa, por tanto, el consentimiento, el contrato, la transmisión o la costumbre (FINNIS 1980: 249). Pero en la obligatoriedad moral influyen otros factores, que pueden superar en fuerza la necesidad de autoridad. A la vista de ello, Finnis resume su análisis de la autoridad y de la obligación en el siguiente «teorema»:

«[E]l gobernante, en sentido muy estricto, no tiene derecho a ser obedecido; pero tiene autoridad para dar directrices y hacer leyes que son moralmente obligatorias y que tiene la responsabilidad de aplicar. Tiene esta autoridad en aras del bien común (cuyas necesidades, no obstante, pueden también hacer autorizadas las opiniones —caso de la costumbre— o disposiciones de hombres que no tienen autoridad). De este modo, si usa su autoridad para crear disposiciones contra el bien común, o contra los principios básicos de la razonabilidad práctica, esas disposiciones carecen totalmente de la autoridad que tendrían *por ser suyas*.» (FINNIS 1980: 359-360).

Según Finnis, pues, las disposiciones que traicionan la razón de ser de la autoridad no crean obligación moral. Es decir, las leyes injustas no participan de la cualidad que la razón práctica reconoce al Derecho: su carácter (moralmente) obligatorio. Este es el sentido en que Finnis afirma que *lex iniusta non est lex, y virtutem obligandi non habet*, aun cuando tal ley sea jurídicamente válida y obligatoria en el sentido fáctico o intrasistémico. Es decir, no es Derecho en su sentido focal, aunque lo siga siendo en el sentido (secundario o analógico) aceptado por el positivismo jurídico. Precisamente en virtud de que la ley injusta pertenece en definitiva al Derecho, Finnis admite —como Tomás de Aquino— la posibilidad de una obligación moral *colateral* de obedecerla para preservar la eficacia de un gobernante o un sistema jurídico por lo general justos.

3. *El iusnaturalismo se apoya en dudosas pretensiones de autoevidencia para ciertas premisas.* A esta acusación, Finnis responde que lo que se afirma es sólo que ciertas nociones son reconocidas por todos como *verdad*, sin que importe si las incluyen en la categoría filosófica de «autoevidencia». Añade que aun si identificamos como premisas autoevidentes las *propositio per se nota* de que habla Tomás de Aquino, éste declara que algunas de ellas tienen carácter autoevidente sólo para los sabios que entienden la significación de los términos<sup>10</sup>. Además, Finnis observa que las disciplinas teóricas y las ciencias naturales se apoyan implícitamente en principios epistémicos indemostrados e indemostrables, autoevidentes en el sentido que le atribuye Tomás de Aquino a los principios de la razonabilidad práctica.

---

10. *Summa Theologica* I-II q. 94 art. 2.



Este tercer apartado de crítica al iusnaturalismo le afecta especialmente a Finnis, pues toda su argumentación se basa en una captación intuitiva de proposiciones indemostrables sobre la plenitud humana. Este punto de partida es problemático, y se le hace sospechoso sobre todo a la doctrina positivista<sup>11</sup>. Con todo, conviene tener en cuenta que —según vimos con relación a la derivación *es-debe ser* y ampliaremos en seguida— Finnis no alude a una autoevidencia reconocida por el saber especulativo (razón teórica), sino a una comprensión o captación de los primeros principios del razonamiento práctico, asociada a una razonabilidad práctica que aplica tales principios a las propias acciones. El conocimiento especulativo sobre los datos de la experiencia puede ayudar a dicha comprensión, pero ésta no se deriva de modo inferencial de aquél.

### LAS EXIGENCIAS DE LA RAZONABILIDAD PRACTICA

En su libro *Natural Law and Natural Rights*, Finnis desarrolla la idea de que la *razonabilidad práctica* exige instituciones del Derecho positivo que aseguren ciertos bienes o valores humanos fundamentales. La argumentación comienza estudiando los «actos de comprensión práctica en los que captamos los valores básicos de la existencia humana y así, también, los principios básicos de todo razonamiento práctico» (FINNIS 1980: 61). Esta captación de los valores básicos no se debe a intuiciones o a ideas innatas, sino a una reflexión que reconoce como obvias las formas básicas de la plenitud humana y, con ellas, los requisitos de la razonabilidad. Los valores básicos son principios indemostrables pero autoevidentes que modelan el razonamiento práctico y que no son sólo modos de procurar otros valores.

Como ejemplo de esta reflexión, Finnis trata de mostrar la autoevidencia como valor básico del conocimiento, en el sentido de posesión de la verdad. Arguye que el conocimiento aparece como un bien intrínseco, un aspecto de la plenitud humana, que da sentido a cualquier actividad humana que lo persiga. No hay razones suficientes para dudar de esta característica; no puede demostrarse, pero no hace falta. No todos lo reconocen como obvio, sino sólo algunos; pero su validez no es convencional, sino objetiva; desafiarlo es descalificarse a uno mismo en la búsqueda del conocimiento, y negarlo es irrazonable. No afirmamos que es un bien porque lo deseamos, sino al contrario. Es obvio que, en condiciones iguales, una persona bien informada está mejor, tiene más plenitud (más *perfectio*, en el sentido de Tomás de Aquino) que una ignorante. Además, el escepticismo que niegue esta evidencia es en sí mismo una contribución a la discusión racional, y por tanto

---

11. Vid. HART 1983: 11, y MACCORMICK 1981: 99; *vid.* también SOETEMAN, 1989: 1 y 241.

está comprometido con la creencia de que la verdad merece conocerse. En general, «si una proposición parece ser correcta y no podría negarse coherentemente, estamos ciertamente justificados al afirmarla y al considerar que lo que afirmamos es así objetivamente» (FINNIS 1980: 75).

Continuando este argumento, Finnis considera la existencia de otros *valores básicos o formas básicas del bien*. Reconoce la dificultad de distinguir los auténticos bienes intrínsecos de los medios necesarios para lograrlos, las condiciones que los permiten (como la inteligencia respecto del conocimiento) o los instintos; pero cree que la literatura antropológica autoriza a afirmar con bastante confianza ciertos valores autoevidentes para los seres humanos (FINNIS 1980: 83)<sup>12</sup>. En *Natural Law and Natural Rights* señala siete: 1) *Vida*, que incluye la salud y los aspectos de la vitalidad que permiten al ser humano autodeterminarse, incluida la procreación; 2) *Conocimiento*; 3) *Juego*, esto es, la actividad sin otro sentido que el disfrute; 4) *Experiencia estética, creativa o no*; 5) *Sociabilidad o amistad*; 6) *Razonabilidad práctica*, la capacidad de usar la inteligencia para escoger las acciones y el estilo de vida y modelar el carácter; y 7) «*Religión*», la reflexión sobre la relación de los órdenes anteriores con el orden último del cosmos (FINNIS 1980: 85-90). En trabajos posteriores modifica esa lista, aunque no de modo sustancial<sup>13</sup>. Entre estos valores no hay jerarquía, según Finnis. Todos son principios indemostrables que no admiten consideraciones especulativas sobre su rango (separándose de lo que sostenía Tomás de Aquino), y cada individuo puede escoger en cada momento cualquiera de ellos como el más importante en su vida. Por otra parte, según Finnis es erróneo tratar de encontrar una forma de bien humano aun más básica, como la experiencia del «placer» o la «felicidad»<sup>14</sup>.

---

12. Nótese que esta referencia a la literatura antropológica implica un reconocimiento de la relevancia del conocimiento teórico sobre la naturaleza (el *es*) para la comprensión práctica (el «*ha de ser*»). Esta relevancia nunca es negada por Finnis, pero lo cierto es que puede perjudicar su razonamiento. Porque así como cierta interpretación de la naturaleza puede apoyar la lista de valores confeccionada por Finnis, una interpretación distinta puede rebatirla. Y esta última posibilidad cuestiona la calidad «autoevidente» del conocimiento de dichos valores.

13. En 1987 Finnis hace la distinción de dos dimensiones en las personas: una de (a) animalidad racional, fuente de formas o categorías *sustantivas* de *bienes humanos básicos*, tales como (1) la vida, la salud y la seguridad; (2) el conocimiento y la experiencia estética; o (3) el juego y la excelencia de actuación; y otra de (b) agencia o capacidad de relación personal e interpersonal, fuente de bienes *reflexivos* como (4) la paz, la amistad y la fraternidad; (5) la paz interior y (6) la autenticidad; o (7) la armonía con el exterior (naturaleza, divinidad...). (FINNIS/BOYLE/GRISEZ, 1987: 280 ss.; GRISEZ/BOYLE/FINNIS, 1987: 107-8).

14. Para objetar este recurrente esfuerzo —que «deja sin sentido la historia y la antropología humanas»— Finnis (1980: 95) acude al experimento mental propuesto por R. Nozick (1974: 53 ss.), en el que se nos ofrece conectarnos de por vida a una máquina de experiencias que nos proporciona las que escojamos. Si preferimos no conec-

El siguiente paso en la argumentación de Finnis es obtener principios morales a partir de los anteriores valores básicos. Para ello acude al propio valor *razonabilidad práctica*, pues sus exigencias «expresan el “método iusnaturalista” de extraer el “Derecho natural” (moral) de los “principios de Derecho natural” primeros (pre-morales)» (FINNIS 1980: 103). Es decir, la «razonabilidad práctica» es el modelo que permite pasar desde los principios prácticos pre-morales (a su vez determinaciones autoevidentes del primer principio: «Ha de hacerse el bien», ha de actuarse con algún fin) hasta las normas morales. Aunque no está del todo claro, creo que Finnis distingue dos fases en este proceso: 1) obtención de un «primer principio de la moral», una vez constatado que los actos moralmente correctos responden mejor que los incorrectos al «primer principio de la razón práctica» (vid. v.gr. GRISEZ/BOYLE/FINNIS 1987: 121)<sup>15</sup>; y 2) obtención de normas morales específicas a partir de ese primer principio moral, bien directamente, bien con la mediación de normas morales intermedias. Este papel intermedio lo desempeñan las «exigencias de la razonabilidad práctica», que son los requisitos que se han de cumplir para participar del valor básico de la razonabilidad práctica.

En *Natural Law and Natural Rights* (1980: 103-126) Finnis detalla estas «exigencias de la razonabilidad práctica» (*requirements of practical reasonableness*): 1) *Un plan de vida coherente*. 2) *Preferencias no arbitrarias entre valores*, sino basadas en las capacidades, circunstancias o gustos. 3) *Preferencias no arbitrarias entre personas*, lo cual permite la preferencia por el propio bienestar, pero no el egoísmo (total) o la hipocresía; esto supone que nuestros juicios morales han de ser *universalizables*, como propuestos por un observador ideal imparcial<sup>16</sup>. 4)

---

tarnos a ella es porque valoramos algo más que las experiencias: queremos *hacer* ciertas cosas, queremos *ser* cierta clase de personas a través del ejercicio de la autodeterminación o queremos poder relacionarnos con una realidad más profunda que el hombre y sus obras.

15. Este «primer principio de la moral» se formula así: «In voluntarily acting for human goods and avoiding what is opposed to them, one ought to choose and otherwise will those and only those possibilities whose willing is compatible with [a will towards] integral human fulfillment» (GRISEZ/BOYLE/FINNIS, 1987: 128; FINNIS/BOYLE/GRISEZ, 1987: 283, sin las palabras entre corchetes). Una posible traducción sería: «Al actuar voluntariamente favoreciendo los bienes humanos y evitando lo que se opone a ellos, deben escogerse o en cualquier caso quererse aquellas y sólo aquellas posibilidades que quererlas sea compatible con [querer] la realización humana integral». Esta dirección del *deber* (moral) hacia la elección de acciones que tienden a satisfacer deseos naturales es lo que, a juicio de estos autores, diferencia su posición de las teorías deontológicas, sin por ello hacerla teleológica (GRISEZ/BOYLE/FINNIS, 1987: 101). La posibilidad de situarse en un término medio tal es puesta seriamente en duda por Francisco Laporta (1985: 709).

16. J. D. Goldsworthy (1985: 73 ss.) objeta la inclusión de este tercer punto. Sugiere que Finnis afirma que lo «razonable» es adoptar un punto de vista imparcial porque ya desde el principio asume implícitamente la necesidad de adoptarlo: pregunta por qué mi bienestar ha de ser más valioso en general, lo cual requiere una mirada imparcial, en lugar de preguntar por qué ha de ser más valioso *para mí*. Goldsworthy echa

Cierto *desapego* o distanciamiento de los proyectos específicos que uno asume, pues considerar que la vida pierde sentido si fracasan devalúa la autodeterminación razonable. 5) Cierta *compromiso* con los propios proyectos, procurando realizarlos. 6) Actuar con *eficacia* en función de los propósitos<sup>17</sup>. 7) *Respeto por todo valor básico en cada acto*, lo que impide dañar los valores directamente; en esta exigencia se basa la inviolabilidad de los derechos humanos básicos. 8) *Procurar el bien común de las comunidades propias*. 9) *Seguir la propia conciencia*, y no hacer lo que juzgamos o sentimos que no debe hacerse<sup>18</sup>.

## JUSTICIA Y DERECHOS

La octava exigencia de la «razonabilidad práctica» (procurar el bien común de las propias comunidades) demanda, según Finnis, una concepción integral de la *justicia* que concrete el significado del *bien común* y haga posible la coordinación de recursos necesaria para alcanzarlo. Entran en juego aquí tres elementos: la dirección hacia otros o intersubjetividad, los deberes y derechos, y la proporcionalidad o equilibrio. La justicia tiene dos aspectos: distributivo y conmutativo. El aspecto *distributivo* se refiere a la asignación de recursos, oportunidades, beneficios y ventajas. Su objetivo último no es la igualdad, sino el bien común de la comunidad, en el sentido de *plenitud* de todos sus miembros. Según Finnis, no hay ningún criterio distributivo aplicable universalmente: el primario es la *necesidad*, pero incluso éste puede ceder ante las exigencias de la defensa de la comunidad en caso de emergencia. Por otra parte, no cabe valorar estados de cosas en abstracto, ya que las demandas de la justicia se plantean en contextos definidos por responsabilidades previas (relaciones familiares, de gratitud, de interdependencia...). La responsabilidad distributiva corresponde a los ciudadanos y grupos de la

---

en falta un tratamiento más a fondo del problema moral del egoísmo. Por su parte, Grisez/Boyle/Finnis (1987: 101) estiman que para afrontar este problema han de presuponerse antes los principios prácticos que fundamentan la ética y hacen posible las elecciones libres.

17. Pero Finnis advierte que otras exigencias restringen los medios utilizables, y concretamente señalan que las diferentes formas del bien son inconmensurables, de modo que «como estrategia general de razonamiento moral, el utilitarismo o consecuencialismo es irracional» (1980: 112). Sobre el problema de la inconmensurabilidad en relación con Finnis, puede verse la discusión entre M. J. Perry y R. P. George contenida en FINNIS, J., (ed.) 1991, vol. II.

18. En los trabajos más recientes de Finnis, Grisez y Boyle no se asume esta concreción de las «exigencias la razonabilidad práctica». En su lugar se proponen tres «modos de responsabilidad» morales de formulación diferente: 1) actuar de acuerdo con la «Regla de Oro»; 2) no responder al daño con daño, incluso aunque pueda hacerse imparcialmente; y 3) no hacer un mal aunque traiga un bien (FINNIS/BOYLE/GRISEZ, 1987: 285-7).

comunidad, aunque no todos somos responsables de todos; el papel del Estado es subsidiario, aunque decisivo. El aspecto *conmutativo* se refiere a lo que es equitativo o justo en una relación y se requiere para el bienestar individual en la comunidad, al margen de las exigencias de la distribución. Por ejemplo, se refiere a qué actitud tomar ante quien incumple un contrato, incurre en negligencia, se aprovecha de un sistema sin aportar nada a cambio o quiebra el respeto a la autoridad.

La idea de *derechos naturales, humanos o morales*<sup>19</sup> ocupa un lugar central en esta concepción de la justicia. Los derechos se conciben como instrumentos para expresar las exigencias de la justicia desde el punto de vista del beneficiario de una relación. Finnis declara en *Natural Law and Natural Rights* que «casi todo en este libro trata de derechos humanos»; porque «la moderna gramática de los derechos proporciona un medio de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica» (FINNIS 1980: 198). Con todo, el peso real de la idea de derechos en su defensa del iusnaturalismo acaso no sea tan grande como las anteriores frases pudieran hacer creer. Pues el propio Finnis advierte que para explicar las exigencias de la justicia son preferibles estratégicamente los conceptos de deber, obligación o requisito (FINNIS 1980: 210). Y, en efecto, esta orientación estratégica modela su razonamiento posterior, como había modelado el de trabajos anteriores suyos<sup>20</sup>.

Para estudiar esta «gramática» de los derechos, Finnis emprende un análisis lingüístico del uso originario, jurídico, del término *derecho*. En él detecta la afirmación de una relación tripartita entre dos

19. En el uso terminológico de Finnis (1980: 198) «los derechos naturales o humanos son los derechos morales generales y fundamentales».

20. Así, para contestar la argumentación de J. J. Thomson en defensa de la permisibilidad del aborto en algunos casos, Finnis (1973a) mantuvo que no están en discusión los derechos, sino lo «moralmente exigido». Aquí avanza lo que será su tópico central en los trabajos posteriores: todos tenemos la responsabilidad de respetar cada forma básica del bien humano, entre ellos la vida. Por eso es incorrecto optar directamente en contra de la vida, ya sea en el suicidio, en el sacrificio de un inocente para salvar a un tercero o en el aborto.

Por eso creo que si hemos de aplicar la distinción de Dworkin (1978: 171) entre teorías políticas basadas en derechos, en deberes o en metas, la posición de Finnis estaría más cerca de una teoría de deberes que de cualquiera de las otras. Aunque defiende una teoría de derechos, la justifica últimamente por su correlatividad a los deberes exigidos por la «razonabilidad práctica». Y aunque postula la dirección práctica hacia metas tales como el bien común o la realización humana integral, estas metas no son puntos de referencia teleológicos respecto a los que valorar las acciones con criterios consecuencialistas, sino presupuestos axiológicos, puntos de partida que no justifican cualquier acción tendente a ellos. Son los deberes que se crean, y no las metas que tratan de realizar, los centros de atención preferente de Finnis [Vid. notas 15 y 17]. Laporta (1985: 714) critica la «prioridad lógica» de las obligaciones sobre los derechos en el pensamiento de Finnis, porque a su juicio una moralidad de los deberes «es siempre más acomodaticia con el todo social».

personas A y B y una acción  $\phi$ , con cuatro tipos lógicos posibles<sup>21</sup>. A continuación se plantea el problema filosófico de la naturaleza de los derechos. Aunque no se propone zanjar la discusión, se inclina por concebirlas como *beneficios* que las normas conceden a las personas, más que como *elecciones* protegidas por tales normas. Sólo así puede entenderse que ciertos beneficios y libertades se traten como derechos sólo por ser necesidades humanas básicas<sup>22</sup>. Tras este análisis, Finnis define provisionalmente el derecho subjetivo como:

«una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla derivada de ella, [que] otorga a A, y a todos y cada uno de los miembros de la clase a que pertenece A, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta sobre B (incluyendo, *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con el disfrute por A de alguna forma de bien), o de (ii) la capacidad de conseguir que B esté sujeto a tal exigencia, o de (iii) la inmunidad frente a ser sometidos por B a tal exigencia.» (FINNIS 1980: 205).

Este lenguaje moderno de los derechos se debe —recuerda Finnis— a la transición que se produjo históricamente en la significación de *ius* desde la idea de «lo justo» (v.gr. en Tomás de Aquino) hasta la de poder (v.gr. en Francisco Suárez, como *facultas* que uno tiene sobre lo que le es debido). Según Finnis, la distinción entre estos dos sentidos de *ius* fue constatada ya por Hugo Grocio y llega a su extremo con Hobbes, quien marca un contraste estricto entre la ley o Derecho objetivos (*law*) y el derecho subjetivo (*right*). Pero Finnis observa que modernamente decimos que en un «estado de naturaleza» sin leyes y obligaciones (donde, según Hobbes, todos tienen un derecho subjetivo

---

21. Finnis indica que si los juristas hablan a menudo de los derechos como relaciones *bipartitas* entre una persona y una cosa (A tiene derecho a  $\phi$ ), lo hacen para unificar inteligiblemente complejas series temporales de relaciones básicas (tripartitas): por ejemplo si C asume la deuda que B tenía con A, se interpreta que A sigue teniendo un derecho sobre lo debido.

Las cuatro posibles relaciones lógicas involucradas en los derechos, que Finnis identifica inspirándose en W. N. Hohfeld, son: a) B tiene un deber hacia A de realizar  $\phi$ , de suerte que A tiene un *derecho subjetivo* (*derecho-pretensión*, *claim-right*) a que B haga  $\phi$ ; b) A no tiene tal derecho y así B tiene una *libertad* respecto a A de hacer o no  $\phi$ ; c) B tiene el compromiso o sujeción (*liability*) de modificar su situación jurídica si A hace  $\phi$ , de modo que A tiene una *potestad* o poder al respecto; o d) A carece de dicha potestad, de modo que B tiene una *inmunidad* ante la posible acción  $\phi$  de A. FINNIS subraya la distinción entre la *libertad* y el *derecho subjetivo*. Esta utilización del análisis jurídico de Hohfeld es vista por F. Laporta (1985: 713) como una inconsistencia, por cuanto se aplica a una teoría de los derechos supuestamente independiente de que estén incorporados al Derecho.

22. Finnis distingue de este problema filosófico el problema *técnico* de decidir cuándo un deber cuenta con un derecho correlativo. Observa que en el Derecho inglés no hay un discurso jurídico unívoco al respecto. Para unos lo decisivo es que pueda identificarse el beneficiario del deber. Para otros, que haya alguien que tenga una acción ejercitable en Derecho para el caso de que se incumpla ese deber. El contraste de perspectivas es manifiesto en los casos en los que el beneficiario carece de poder para hacer cumplir el deber, al no ser parte del contrato que lo beneficia: unos sostendrán que tiene derechos derivados del contrato y otros que no los tiene.

a todo), nadie tiene derechos, puesto que nadie tiene el deber de no hacer todo aquello que quiera. Por ello estima que no se ha llegado a escindir completamente el derecho subjetivo y «la relación jurídica fijada por la ley (moral o positiva)» [*the juridical relationship which is fixed by law (moral or posited)*] (FINNIS 1980: 207).

Nótese que estas ideas sugieren indirectamente una identificación de la moral y el Derecho, por lo que cuestionan la compatibilidad del iusnaturalismo de Finnis con el positivismo jurídico y matizan su pertenencia a la doctrina que asume la idea de derechos morales. Esa identificación está favorecida por diversas vías: por el empleo de términos como «relación *jurídica*» para abarcar la relación con la ley moral; por el propio uso de la palabra *ley* (*law*, que en inglés cobra también el sentido de Derecho objetivo) para referirse a la norma moral; por la asociación del sentido objetivo del *ius* con «lo justo»; y por la interpretación de los derechos naturales postulados por Hobbes como derechos amorales (con lo que se evita considerar la moral como una posible fuente objetiva de derechos en el estado de naturaleza, distinta del Derecho). Finnis realiza aquí una recepción cuasijurídica de los derechos morales, que conduce hacia una asimilación de las fuentes normativas de todos los derechos; esto es, a la asimilación de Derecho y moral. Pero la ambigüedad de esta recepción la hace insatisfactoria; y además su resultado es contrario a la admisión —asumida por Finnis— del concepto positivista de Derecho. La coherencia de la argumentación de Finnis exigiría impedir la identificación entre ley moral y Derecho objetivo, para así dejar abierto el camino a una fundamentación no positivista de derechos subjetivos naturales o morales, compatible con la descripción positivista del Derecho.

Finnis reconoce la existencia de derechos absolutos, que no pueden limitarse justificadamente en ningún caso. La séptima exigencia de la razonabilidad práctica reputa irrazonable elegir una acción directamente contraria a un bien básico, lo que implica deberes absolutos y, correlativamente, derechos subjetivos (*claim-rights*) absolutos. Así menciona, sobre todo, el derecho a que la propia vida no sea tratada directamente como un medio para un fin ulterior; y también los derechos a no ser engañado cuando es razonable esperar una comunicación de hechos, a no ser condenado con base en acusaciones conocidamente falsas, a no ser privado de la capacidad procreadora, y a ser escuchado con respeto en las valoraciones sobre el bien común (FINNIS 1980: 225; cfr. FINNIS/BOYLE/GRISEZ 1987: 287). Salvo estas excepciones, Finnis afirma que los derechos humanos se hallan limitados por determinados aspectos del bien común (del que por lo demás son componentes fundamentales), tales como la salvaguarda de un contexto de «orden público» que proteja la moralidad y salud públicas <sup>23</sup>.

---

23. En relación con este punto, es interesante la interpretación de Finnis acerca de por qué los artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

La especificación de los derechos requiere —según Finnis— concretar los derechos (o los deberes, pues aquéllos son correlativos de éstos) que promuevan la plenitud del hombre. Para ello hay que contar primero con una concepción del bien humano y de la forma de vida comunal que favorece dicha plenitud, de modo que es inevitable privilegiar o primar una determinada concepción sobre otras. Por tanto Finnis rechaza la crítica liberal contra el «paternalismo»<sup>24</sup>; y aunque admite que puede llegar a olvidar importantes aspectos del bienestar humano (v.gr. la autenticidad personal), niega que suponga un desprecio egoísta de los demás. Finnis trata de contrarrestar la reciente insistencia en el individualismo como base fundamentadora de los derechos humanos, mostrando sus defectos (MASSINI 1990). Su planteamiento fundamenter subraya la importancia de las comunidades para la completa realización del bien humano (la *plenitud humana integral*).

## DERECHO Y OBLIGACION

Finnis destaca la importancia de las comunidades para favorecer el desarrollo personal de los individuos. Defiende la idea de una comunidad completa que ayude a los sujetos a «ayudarse a sí mismos», coordinando las actividades de los individuos, las familias y las asociaciones intermedias en la búsqueda de esa realización personal. Para ello la comunidad precisa de un *sistema jurídico con autoridad* (FINNIS 1980: 260). Esto requiere —piensa Finnis— que los sujetos a la autoridad tengan razones para pensar que la obediencia al Derecho y a las directrices de los funcionarios no les dejará a merced de sus enemigos, lo

---

emplean dos formas principales de redacción: *a*) «Toda persona [individuo, ser humano... (Everyone)] tiene derecho a...» (v.gr. igual protección ante la ley, art. 7); y *b*) «Nadie será...» (v.gr. sometido a torturas, art. 5). Finnis sugiere que la segunda fórmula no define derechos, sino que impone exigencias negativas, por lo que podrían no serle aplicables las limitaciones al ejercicio de los derechos permitidas por el artículo 29 de la Declaración (las «establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática»). De este modo, sólo los artículos con la redacción (*b*) estarían reconociendo derechos absolutos, que son la última palabra en un proceso racional de toma de decisiones (FINNIS 1980: 213).

24. En especial, Finnis contesta la tesis de Ronald Dworkin en defensa de un derecho básico a igual consideración y respeto, según la cual una legislación que privilegie una concepción del bien humano sobre otras viola dicho derecho básico en los individuos cuya concepción se margina. Finnis observa que atribuir tal derecho supone ya preferir una concepción del bien humano, por lo que el argumento se autorrefuta. Añade que no sirve oponer que la atribución de un derecho reconoce una titularidad y no un bien, porque los argumentos «paternalistas» pueden reconstruirse como titularidades (por ejemplo, a ser rescatado de la propia insensatez). Por otro lado —sigue—, el contenido del derecho a igual consideración y respeto puede tener una lectura «paternalista» que, por ejemplo, exija el mismo compromiso activo (interventor) hacia el drogadicto anónimo que hacia un amigo en la misma situación.



que asocia la autoridad con la justicia o con la capacidad para asegurarla. Así se establece la conexión entre Derecho positivo y Derecho natural: éste (que son las consecuencias que la razonabilidad práctica extrae de la evidencia de los bienes humanos) sostiene al Derecho positivo, en cuanto que demuestra su necesidad para la coordinación intersubjetiva en la comunidad; y a su vez señala los límites de la autoridad, conformando una teoría del *Rule of Law* (esto es, una teoría del Estado de Derecho).

Finnis expone una concepción del Derecho confesadamente cercana a la de Lon Fuller. Afirma la necesidad de la coerción, pero sostiene que el orden jurídico tiene una racionalidad aplicable incluso en un mundo de santos, porque sus rasgos formales distintivos favorecen un modelo de coordinación social deseable. El Derecho: *a*) especifica, clarifica y hace predecibles las interacciones humanas, mediante un sistema interrelacionado de normas e instituciones; *b*) presupone que una norma o institución válida de acuerdo con las reglas vigentes permanece válida hasta que lo determine ella misma u otra norma igualmente válida; *c*) regula las condiciones en las que los individuos pueden modificar la incidencia o aplicación de las normas; *d*) cumple su función mediante la técnica de considerar a ciertos actos pasados como razón suficiente para actuar en el presente en la forma entonces prevista; y *e*) refuerza esa técnica con el postulado (ficticio) de que todo problema de coordinación ha sido previsto y resuelto por alguna actuación jurídica anterior.

Pero esta caracterización ha de completarse con un examen de la relación entre los rasgos formales mencionados y las exigencias de la justicia y del bien común. Finnis describe el correcto funcionamiento del sistema jurídico como el cumplimiento de las condiciones del *Rule of Law*<sup>25</sup>. Sugiere que la satisfacción de estas condiciones —perseguida también por los cinco rasgos formales del Derecho— es deseable para la comunidad porque la predictibilidad normativa que proporcionan (y que permite una relación de respeto recíproco entre gobernantes y gobernados) es un valor necesario para que los sujetos se formen una identidad propia como agentes responsables, y es por tanto una de las exigencias de la justicia. Según Finnis, en virtud de este compromiso con la justicia y la reciprocidad, las condiciones del *Rule of Law* no son meros instrumentos, utilizables como tales para cualquier propósito po-

---

25. Según Finnis (1980: 270), se dan las condiciones del *Rule of Law* cuando: las normas no son retroactivas, ni imposibles de obedecer; son promulgadas, claras, coherentes entre sí, y suficientemente estables; los decretos aplicables en situaciones limitadas se hacen de acuerdo con reglas promulgadas, claras, estables y relativamente generales; y quien crea, administra y aplica las normas lo hace reglamentariamente y respetando su tenor. Roger Cotterrell (1989: 149) observa que este énfasis en los aspectos técnicos de los sistemas jurídicos no podría objetarlo ningún positivista moderno; y apunta que la complacencia de Finnis con el análisis jurídico positivista muestra que en tiempos de estabilidad política y social el Derecho Natural no altera la confortante imagen de conocimiento jurídico ordenado que aquel análisis proporciona.

lítico. Pero —añade— tampoco garantizan todos los aspectos del bien común, de modo que en ocasiones éste se sirve mejor apartándose de la ley y la Constitución (FINNIS 1980: 275) <sup>26</sup>.

Ahora bien, ¿qué conexión mantiene el Derecho positivo con las exigencias de la razonabilidad práctica —es decir, con el Derecho natural—? Finnis, siguiendo a Tomás de Aquino, distingue dos tipos de relación (en ambos casos algo más que un refuerzo de la vinculatoriedad con la amenaza de castigo): *a*) Algunas partes de un sistema jurídico consisten en aplicaciones directas del Derecho natural, deducidas de la combinación de exigencias de la razonabilidad práctica con un concreto valor básico. Con todo, precisan de una elaboración adaptativa que las integre con el resto del ordenamiento jurídico (v.gr. matar al inocente pasará de estar «prohibido» a «ser delito»; esto no altera la prescripción moral original, pero añade un nuevo motivo para respetarla). *b*) Otras partes del sistema jurídico consisten en la concreción o puesta en práctica (*determinatio*, en el vocabulario de Aquino) de directrices generales, y deben su fuerza sólo a su carácter positivo.

Finnis subraya que este segundo tipo de normas no está desconectado de los principios del Derecho natural. Así, las normas de circulación de vehículos (velocidad, señalización, etc.) en cierto sentido derivan toda su fuerza normativa de la promulgación o costumbre que las establece; pero en otro sentido la derivan de los principios de la razón práctica (que nos exigen respetar la seguridad física propia y ajena) combinados con hechos (v.gr. que la regulación del tráfico reduce su peligrosidad). Hay entonces, por lo pronto, una conexión de metas, asociada directamente a los bienes humanos básicos. Pero hay también una conexión estructural: según Finnis el legislador (incluido el juez cuando crea Derecho) rara vez puede escoger razonablemente de modo arbitrario, sino que ha de guiarse por los requisitos del *Rule of Law* y por otros principios sustantivos exigidos por la razón práctica. Se trata de los *principios generales del Derecho*, que conciernen principalmente a la interpretación y aplicación de otros principios o normas. Afectan al legislador, no obstante su autoridad para crear o modificar las normas, porque vienen a ser la *crystalización* de principios básicos que deben guiarlo en sus actos de promulgación. Además, aunque él no los siga, es probable que la aplicación de lo promulgado esté controlada por los principios interpretativos, de modo que el Derecho resultante tenderá a ser una concreción de aquellos principios de primer orden.

---

26. Finnis (1980: 275 ss.) denuncia lo inadecuado de una teoría jurídica que no reconozca las limitaciones del *Rule of Law* y mantenga que un tribunal tiene constitucionalmente prohibido aplicar lo que no es Derecho según la Constitución de la que deriva su autoridad. Porque, aparte de que dicha prohibición no suele figurar en las Constituciones —de modo que el tribunal no podría aplicarla—, aunque figurase habría que determinar si el tribunal deriva su autoridad sólo de la Constitución, y si aceptar esa autoridad requiere aceptar aquella prohibición; pero la respuesta no puede darla ninguna norma del sistema.

Evitando el positivismo acrítico, la *determinatio* expresa un modo de justificar el Derecho positivo que tampoco consiste en su deducción a partir de principios éticos. En polémica con Roberto Unger, Finnis (1985a: 23)<sup>27</sup> tacha de absolutismo metodológico el sostener que la derivación de los niveles superiores de análisis jurídico (teoría política y principios) hacia el inferior (normas) es arbitraria e injustificada cuando no es posible una estricta deducción. Finnis aboga por la:

«tesis suprema de la teoría jurídica clásica, la tesis de que en el Derecho positivo podemos encontrar una forma de derivación de normas de acción específicas, es decir, de razonabilidad práctica, mediante un proceso intelectual que no es deductivo y que sí supone libre elección (voluntad humana), pero que aún así es inteligente y está dirigido por la razón. Este proceso [Tomás de] Aquino lo llamó *determinatio* (...).»

La *determinatio* consiste en una particularización de principios e ideales generales, coherente tanto con la idea o ideas generales de valor como con los pasos ya dados en dicha concreción. Finnis destaca este requisito de coherencia y de integridad del sistema; o sea, la nota de «formalismo» o imparcialidad que distingue al pensamiento jurídico del resto del razonamiento práctico, y que viene expresada en la lealtad de los funcionarios jurídicos a los criterios previamente establecidos y anunciados por ellos (FINNIS 1985: 38)<sup>28</sup>.

En suma, Finnis constata que las fuentes positivas bastan para resolver los problemas de coordinación de la comunidad. El consenso que está detrás de la autoridad de los sistemas jurídicos es antes una convención que un «consenso de convicción independiente» (FINNIS 1987: 380). Sostiene, sin embargo, que la legislación positiva puede y debe guiarse por principios y normas morales exigidas objetivamente por la razonabilidad práctica, de suerte que a menos que sea consistente con ellos no poseerá autoridad a los ojos de una persona razonable (FINNIS 1980: 289 ss.). La legitimación legal-racional weberiana de las normas jurídicas no se justifica si éstas se

27. Probablemente Finnis quiera contestar no tanto un trabajo concreto de UNGER [«The Critical Legal Studies Movement», *Harvard Law Review* 96 (1983), pp. 561-675] como el enfoque general de los *Critical Legal Studies* (CLS), corriente doctrinal iusfilosófica con una base epistemológica de escepticismo ético.

28. Por lo demás, Finnis (1980: 285) afirma expresamente que la libertad racional de elección del legislador se enmarca en una teoría general que formula con palabras de Tomás de Aquino: «toda ley puesta por los hombres tiene carácter de ley en tanto que se derive de la ley natural» [*omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis in quantum a lege naturae derivatur* (*Summa Theologica* I-II, q. 95, a.2c)]. La presentación de esta máxima como una «teoría general» — que supongo que hay que entender como otra versión de la dramatización que Finnis veía en la fórmula paralela «*lex iniusta non est lex*»— vuelve a sugerir la identificación de origen entre Derecho y moral, identificación que Finnis tiene cuidado en evitar hacer de modo expreso. Estas sugerencias y estudiadas ambigüedades son el precio que Finnis tiene que pagar para integrar el iusnaturalismo clásico en las modernas corrientes analíticas.

apoyan sólo en otras normas a su vez fruto de un acto de voluntad arbitrario (FINNIS 1985b: 183). Ahora bien, comoquiera que el bien común requiere una autoridad que sea reconocida como tal en la práctica (esto es, que sus decisiones sean tratadas como razón suficiente para la acción), Finnis subraya que en otro sentido la obligatoriedad no depende de las circunstancias de cada caso, sino que nuestro deber de procurar el bien común nos exige atenernos siempre a la solución legal (moral o jurídica) de los problemas de coordinación en la comunidad. Entonces, restringiendo el esquema al mundo jurídico, argumenta que como el único modo de atenernos al Derecho es hacer todo aquello que en él se considere obligatorio (no basta con obedecer sólo parte de las normas del sistema), hemos de concluir que hay una obligación de obedecer al Derecho; una obligación presunta que puede ceder ante otra con mayor fuerza <sup>29</sup>.

Finnis (1980: 354 ss.) identifica cuatro significados de la «obligación de obedecer al Derecho» (o modos de plantear el problema de las leyes injustas): *a*) Sometimiento empírico a una sanción en caso de desobediencia. *b*) Obligación jurídica, en el sentido intra-sistémico de *jurídica*. Esta obligación parece recaer sobre todo lo obligado por el sistema jurídico; pero Finnis anota que el pensamiento jurídico permite de hecho considerar inaplicables en el sistema estipulaciones válidas en él (según sus reglas) que son injustas con los criterios extra-sistémicos del razonamiento práctico <sup>30</sup>, puesto que el sistema jurídico no es una entidad totalmente aislada del razonamiento práctico. *c*) Obligación moral implicada por la obligatoriedad jurídica intra-sistémica (es decir, la obligación jurídica considerada moralmente). Se trata de aclarar si hay alguna obligación moral de obedecer una ley injusta que pertenece a un sistema jurídico en general justo (esto es, que depura de su

---

29. Contestando a Joseph Raz, Finnis (1989) insiste en que el Derecho tiene autoridad moral, en tanto que instrumento para asegurar esquemas de coordinación con los que todos tienen razones morales para colaborar. Frente a las exhortaciones, la propaganda o la costumbre, el Derecho crea una razón moral para obedecer la solución adoptada ante un problema de coordinación, incluso cuando se disiente de ella. Porque el Derecho destaca entre las posibles fuentes de coordinación por las relaciones que crea y por sus condiciones para alcanzar soluciones adecuadas, y concita por ello un interés en su existencia y una razón moral para colaborar con sus soluciones. El Derecho permite la coordinación de acciones en la vida real, en la cual los bienes perseguidos son diversos e incommensurables y no es posible aplicar los esquemas de la teoría de juegos.

Por otra parte, Finnis ya había defendido (1973b) un «principio de continuidad» que reconoce validez a parte del Derecho pre-revolucionario cuando subsiste la sociedad ordenada por aquél.

30. Por ejemplo, a través de una regla interpretativa que ordene evitar resultados absurdos o injustos. Con todo, Finnis (1980: 357) advierte que una vez que la última instancia judicial haya determinado que la norma en disputa es Derecho y jurídicamente obligatoria, no conduce a nada negar que sea obligatoria en este sentido intrasistémico. Finnis parece olvidar que —como observa Dworkin (1978: 213)— incluso el tribunal superior puede desautorizarse a sí mismo si cambia de criterio en el futuro.

seno la injusticia)<sup>31</sup>. Como ya se dijo, Finnis arguye que las disposiciones de la autoridad (fáctica) contrarias al bien común o a los principios básicos de la razonabilidad práctica carecen de la autoridad moral que se les presume en virtud de su origen; de modo que no generan obligación moral en esta acepción. Y *d*) Obligación moral derivada de alguna fuente colateral. Por ejemplo, del hecho de que la desobediencia a leyes injustas puede alentar en otros la desobediencia y debilitar la eficacia de las partes justas del sistema. La obediencia moralmente requerida aquí es la necesaria para evitar el desprecio del Derecho en su conjunto, lo cual dependerá de las circunstancias.

El tema de la obligatoriedad de las leyes y del Derecho es, según creo, uno de los más problemáticos de la exposición de Finnis, no obstante su preocupación por aclararlo. La complejidad se acentúa cuando describe la posición de las leyes «injustas» en el contexto de la obligación moral. Las dificultades de su planteamiento posiblemente se deban a su modo de coordinar cuatro distinciones: *a*) entre la obligatoriedad moral intrínseca (debida a la satisfacción directa de las exigencias de la razón práctica) y la derivada de la que poseen otros mandatos cuyo cumplimiento permite la satisfacción indirecta de aquellas exigencias; *b*) entre el Derecho (el ordenamiento jurídico en su conjunto) y las «leyes» (las normas que lo integran); *c*) entre lo «justo» (lo acorde con el bien común y las exigencias de la razonabilidad práctica) y lo «injusto» (lo opuesto); y *d*) entre el «significado focal» del Derecho (que viene a representar la sanción positiva de lo exigido por la razón práctica, y es por ello siempre «justo») y sus significados secundarios (el Derecho en los sentidos intra-sistémico o sociológico, que puede ser justo o no).

Reconstruida su argumentación con los parámetros marcados por estas distinciones, Finnis parece mantener los siguientes principios: A) *En cuanto a la obligatoriedad moral intrínseca*: 1) El Derecho obliga en su significado focal, pero no en sus significados secundarios. 2) Las leyes justas obligan, pero no las injustas. B) *En cuanto a la obligatoriedad moral derivada*: 3) El Derecho obliga, debido a la necesidad moral de una autoridad respetada; esta obligación derivada es sólo presunta (*prima facie*). 4) El Derecho obliga, debido a la necesidad de preservar la eficacia de sus partes justas; esta obligación «colateral» es graduable. (Las dos obligaciones derivadas que atañen al Derecho se refieren tanto a sus significados secundarios como al focal, pero son

---

31. Finnis (1980: 357 ss.) contesta a quienes (como Hart) sostienen que este problema no atañe a la jurisprudencia sino a otras disciplinas (por ejemplo a la ética o a la filosofía política), indicando que: los mismos que realizan esa propuesta hacen en sus obras de jurisprudencia presuposiciones que rebasan los límites propuestos; los juristas los rebasan de hecho en los tribunales; y los principios de la razonabilidad práctica forman una unidad que sólo por conveniencia pedagógica es divisible en moral, política o jurisprudencia, de modo que una jurisprudencia útil ha de tomarlos en consideración.

redundantes en éste último caso, dada su obligatoriedad intrínseca). 5) Las leyes justas que forman parte válida del Derecho (en todos sus sentidos) obligan en virtud del tercer principio, pero no así las leyes injustas. 6) Todas las leyes que forman parte válida del Derecho (en todos sus sentidos) obligan en virtud del cuarto principio <sup>32</sup>.

Estas tesis son en principio compatibles con los análisis conceptuales del positivismo jurídico, pues no pretenden interferir en ellos, sino que los rebasan al adentrarse en el área de la moral y la filosofía política. Esta compatibilidad se ejemplifica en la insistencia de Finnis en que —a no ser en un sentido *dramático*— la injusticia de las leyes no les resta carácter jurídico. Ahora bien, el positivismo no puede simpatizar con la discriminación de dos significados o versiones del Derecho: uno auténtico (focal), justo e intrínsecamente obligatorio; y otro analógico (secundario), de justicia y obligatoriedad (moral) variables. Así, vimos que Hart (1983: 12) tacha de «ofuscante complejidad» la distinción tomasiana entre dos sentidos de ley.

Creo que, en efecto, el planteamiento del «significado focal» de Finnis no se conjuga bien con la jurisprudencia analítica positivista, lo cual es visible una vez que se estudia a la luz del problema de la obligación (moral) de obedecer al Derecho. Veámoslo sumariamente en tres pasos: 1) De la argumentación sobre el significado focal del Derecho obtenemos la afirmación de que *desde el punto de vista de la razonabilidad práctica* sólo son Derecho las leyes justas. (Esto no implica negar juridicidad, desde otros puntos de vista relevantes, a las leyes injustas). 2) Como las leyes justas son intrínsecamente obligatorias —siempre en el sentido moral—, entonces, *desde el punto de vista de la razonabilidad práctica*, al no ser Derecho más que las leyes justas, todo el Derecho es obligatorio. 3) Pero sucede que el punto de vista de la razonabilidad práctica es el único desde el que puede juzgarse la obligatoriedad moral. En consecuencia, todo el Derecho es obligatorio. Pero Finnis no puede simultanear esta conclusión con el análisis jurídico positivista (lo cual significaría que toda ley positiva es moralmente obligatoria), sino que prescinde de él en este punto. Al examinar la obligatoriedad moral desde la razonabilidad práctica, Finnis relega parte del concepto positivista de Derecho (la parte referida a las leyes positivas injustas) al ámbito no jurídico. El recurso de hablar de un Derecho secundario o analógico para incluir en él esa parte conflictiva no

---

32. La idea de obligación «colateral» —y el esquema genérico de la obligación— la toma Finnis de Tomás de Aquino (vid. nota 9). Otros iusnaturalistas que han partido de la misma fuente han llegado a conclusiones semejantes. Así Francisco Puy (1970: 353-8) escribía: «El bien común le marca... a los preceptos positivos de la ley humana un *mínimo jurídico*, que es prudente no sobrepasar»; «en la medida en que un precepto se aparta de esa finalidad [el bien común], va perdiendo su fuerza obligatoria»; pero «también obligan en conciencia los preceptos positivos de las leyes humanas que tienen aspectos injustos»: obligan por accidente; por ejemplo, «para evitar perturbaciones en el funcionamiento total del ordenamiento jurídico».

parece suficiente para eludir el problema, porque lo que está en debate es el contenido del Derecho en su dimensión auténtica.

De esta discusión aflora, cuando menos, la sospecha de que la identificación de un significado focal del Derecho es más conflictiva de lo que Finnis nos quiere hacer creer. Por lo pronto, si desde el punto de vista del razonamiento práctico no se considera *Derecho* más que lo designado por su significado focal, no está nada claro porqué han de aplicarse a todos los sistemas jurídicos (es decir, incluso fuera del significado focal), aunque sólo sea como presunción, rasgos que el razonamiento práctico sólo reconoce al *supuesto central* del Derecho, tales como la obligatoriedad moral.

## RAZONES ULTERIORES

Bajo este rótulo sintetizaré, antes de concluir, el tratamiento que hace Finnis de la divinidad y lo trascendente en relación con los temas discutidos. El hecho de abordar este tema en un libro de filosofía jurídica podría parecer inapropiado, pero en realidad resulta del todo oportuno, y acaso inexcusable, con los planteamientos tomistas que lo impregnan.

Finnis repara en que la participación de cada individuo en las formas básicas del bien nunca es perfecta. Por ello se pregunta si hay alguna forma más plena de participación humana en el bien; si el bien tiene algún sentido ulterior que trascienda el carácter subjetivo de los valores humanos básicos, que justifique el sacrificio personal en aras del bienestar de la comunidad, que dé sentido al respeto de los principios y exigencias de la razonabilidad práctica. Se trata, en definitiva, de contestar si Dios es, o puede ser, el fundamento último de la obligación moral<sup>33</sup>. Finnis observa al respecto que durante casi dos milenios las teorías del Derecho natural han sido expuestas generalmente por hombres que creían en una revelación de Dios. Según él, quienes las iniciaron creyeron erróneamente que mediante la razón humana era

---

33. Antes de contestar esta pregunta, Finnis cree necesario aclarar teóricamente qué razones hay para hablar de «Dios», y qué podemos decir de tal entidad. Su línea argumental es familiar: la existencia de los estados de cosas del mundo depende de que se dé un conjunto contingente de prerequisites que en último término está causado por un estado de cosas incausado «D» que existe efectivamente porque *lo que es* requiere que sea: si —como de hecho sucede— existe un estado de cosas que podría no existir, entonces «D» debe existir (con necesidad racional, no lógica). «D» es una manera de designar a Dios evitando las asociaciones que acompañan a ese nombre. La *actuación* de D al causar un estado de cosas es análoga a las elecciones tomadas libremente por los seres humanos; por ello se supone en D un *conocimiento* de las alternativas y un plan previo a la elección (esta analogía es la base de la teoría de la Ley Eterna). Según Finnis, en tanto que la especulación sugiere que D actúa y conoce, sugiere también que es concebible según un modelo de *vida personal*, y, entonces, que podría darse algún tipo de comunicación o revelación de D.

posible el acceso a la fuente trascendente del ser, la bondad y el conocimiento; es decir, la participación en lo divino. Así, en Platón o Aristóteles no se da la escisión cristiana posterior entre la ley o razón naturales y la causa incausada trascendente; y su explicación de las cuestiones morales posee la incertidumbre derivada de la imposibilidad de acceder a Dios mediante la indagación racional. En cambio, Finnis destaca que la explicación de Tomás de Aquino sobre la fuente de la ley natural atiende tanto al conocimiento racional de la ley eterna (esto es, de los principios que configuran la plenitud humana) por la criatura racional que *participa* de ella, como a las inclinaciones naturales de dicha criatura hacia tal plenitud<sup>34</sup>.

Finnis concluye que la argumentación filosófica sobre la causa incausada del mundo no proporciona la perseguida explicación ulterior de la obligación moral. Esta limitación —admite— hace de algún modo «subjetiva» y «cuestionable», pero no destruye, toda la estructura discutida de principios básicos y exigencias de la razonabilidad práctica y de la plenitud humana. La reflexión teórica postula para la causa incausada un modelo personal, inteligente e intencional, y con ello supone la posibilidad de que se abra al entendimiento humano, y permite esperar que se revele como susceptible de ser amada y que aparezca como sustanciación del «observador ideal» postulado por el razonamiento práctico como prueba de imparcialidad. Si estas expectativas se cumplen —apunta Finnis—, sería posible una explicación más profunda de la obligación. Sabemos que son obligatorias las acciones que son necesarias si el bien común ha de ser realizado, pero subsiste la pregunta de por qué favorecer el bien común. La respuesta de Finnis es que del mismo modo que no hay más razón para apreciar lo que un amigo aprecia que el hecho de que lo aprecia, igualmente no hay más razón para favorecer el bien común que el que Dios lo favorezca, si Dios puede reconocerse como «amigo».

«Pues si se revelase que la causa incausada favorece el bienestar de todo hombre, por la sólo razón de su (de D, de Dios) propia bondad (...), el bien común podría perseguirse por una nueva razón, a saber, por amor o amistad hacia el ser

---

34. Sobre la definición de ley natural como «la participación de la ley eterna en la criatura racional», y la consideración de una forma dual de participación, *vid.* respectivamente TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q.91 a.2c y q.93 a.6.

Finnis estima que no cabe una argumentación rigurosa sobre la Ley Eterna, pero propone sobre ella unas hipótesis teológicas: La Ley Eterna es una especulación que indica que las leyes y principios aplicables en los *órdenes* de cosas lo son precisamente porque expresan la intención creativa de D. Esta intención se descubre —si bien sólo parcialmente— a partir del conjunto de los modelos de órdenes y normas, no de uno concreto. D es eterno en cuanto que no le son aplicables los conceptos temporales de cambio o permanencia. D es responsable del mal en cuanto que causa los estados de cosas que lo suponen (aunque en sentido estricto el mal es una carencia, la no existencia de lo que debía existir, y no está causado por D); pero no contamos con una base para juzgar si esta causalidad es imperfecta, porque no pertenece a los órdenes cuyas normas conocemos.



personal («Dios») que no sólo hace posible todo el bienestar personal que pueda haber y realmente hay, sino que también favorece positivamente (aunque en formas a menudo ininteligibles para nosotros) ese bien común». (FINNIS 1980: 406).

Las especulaciones anteriores pueden llevar —concluye Finnis— a comprender valores básicos como la razonabilidad práctica, el juego o la religión. Las exigencias de la razonabilidad práctica (y las obligaciones que generan), revelan ahora un sentido más allá de sí mismas: el *juego* de cooperar con Dios. Al tratarse de un juego, esta cooperación no tiene un sentido ulterior (Dios no precisa nada de nosotros). Por eso no es preciso ver la razonabilidad práctica como una forma de perfeccionamiento personal, ni como imperativos categóricos: es simplemente lo necesario para participar en el juego de Dios. Entonces, en último término, hay un juego que es el único asunto realmente serio. Y, por otra parte, en tanto que Dios es un valor absoluto, la armonía con Él (la «religión») aparece como valor humano básico.

## NOTAS FINALES

Para terminar esta exposición quisiera sumarme a quienes han manifestado cierta perplejidad ante las características peculiares —y hasta insólitas— del iusnaturalismo de John Finnis. Se trata de un iusnaturalismo que no participa de las tesis habitualmente atribuidas a esta doctrina, pero tampoco las rechaza de modo claro. Sobre todo resulta sorprendente su insistencia en desvincular expresamente el razonamiento práctico del conocimiento teórico, en no situar la fundamentación de las normas en la naturaleza —física o metafísica— humana. Así, se ha dicho que defiende un «Derecho natural sin naturaleza»<sup>35</sup>. Ahora bien, como pudimos comprobar, esta desvinculación expresa no se corresponde con el resultado de conjunto, pues la naturaleza se filtra a menudo en la argumentación de Finnis. Y lo mismo ocurre con otras tesis inicialmente rechazadas.

Finnis no pretende que las normas morales y jurídicas fundamentales se deducen de lo que podemos conocer de la naturaleza. Pero sí afirma que este conocimiento es relevante para la obtención —*no deducción*— de aquéllas normas. Niega que el conocimiento trascendental o la especulación metafísica sirvan por sí solos para reconocer el pensamiento práctico correcto, puesto que se precisa una comprensión sustantiva de los bienes humanos básicos que constituyen el fin de la acción humana racional. Pero sostiene que la especulación teórica interviene en esta comprensión de los bienes básicos, además de en la postulación de una causa incausada que daría sentido último a la *ley*

---

35. L.L. Weinreb [*Natural Law and Justice*, 1987], citado por R.P. George (1988: 1410), quien sale en defensa de Finnis (y Grisez) respecto a las críticas de Weinreb y de R. Hittinger.

*natural* que gobierna el comportamiento práctico humano. No apoya su argumentación iusnaturalista en el reconocimiento de un fundamento trascendente a los criterios de corrección moral. Pero admite que llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento acerca a ese reconocimiento. Afirma que una conducta inmoral puede ser racional de acuerdo a los principios del pensamiento práctico, y sobre esta base defiende la irreductibilidad del *deber ser* moral al *ha de ser* práctico (y así al *ser* teórico). Pero al tiempo defiende que sólo la conducta moral satisface de modo integral las exigencias de la razonabilidad práctica, a su vez una expresión del pensamiento práctico.

Las anteriores observaciones no significan una denuncia de contradicciones en la filosofía jurídico-moral (y en la teología) de Finnis. Como he tratado de expresar, Finnis es muy cuidadoso al evitar contradecirse; no en vano está empapado de la preocupación analítica por el rigor formal. Acaso ni siquiera se trate de ambigüedades, una vez que se comprende claramente el proceso de su razonamiento —cosa no fácil, a juzgar al menos por las frecuentes acusaciones de malinterpretación que Finnis dirige a sus críticos. Sólo tratan de mostrar rasgos claves de un pensamiento que, a pesar de su solidez constructiva, suscita cuando menos extrañeza. Además del contorno difuminado de sus tesis, que he puesto de relieve a lo largo de todo este trabajo y acabo de condensar en cuatro dualidades, y además de las dificultades indicadas para armonizar la técnica del *significado focal* con la perspectiva positivista, aprecio en el pensamiento de Finnis otros motivos de extrañeza, que según creo pueden suscitar reparos. Me concentraré sucintamente en dos de los puntos que a mi juicio son conflictivos:

1) Finnis hace descansar toda su estructura argumentativa sobre la captación por la inteligencia —en un actuar práctico— de los fines últimos perseguidos por el hombre (los «bienes humanos básicos») y de su cualidad de valores que *han de ser* perseguidos; e incluso sobre una especificación concreta de dichos fines. Ahora bien, esto plantea algunas dudas.

a) Es dudoso que pueda escindirse efectivamente el actuar práctico del actuar teórico en un proceso mental de comprensión de metas como el que nos propone Finnis. Cuando nos preguntamos sobre cuáles son los objetivos que en definitiva perseguimos y consideramos valiosos no hacemos abstracción —y acaso no puede ser de otro modo— del conocimiento teórico que tenemos sobre nosotros mismos y sobre la lógica. Si llegamos a la comprensión de que el conocimiento es un bien no es sólo porque sentimos o experimentamos una inclinación hacia él, sino también porque que *comprobamos* (empíricamente) que muchas de nuestras acciones naturales tienden en efecto hacia él. Esta comprobación teórica no es meramente una ayuda a una comprensión que es en sí misma *práctica*, como sugiere Finnis, sino una parte sustancial e inescindible de la misma. Y también la argumentación lógica tiene relevancia en tal comprensión de los bienes (como pone de relie-

ve la misma exposición de Finnis en torno al valor «conocimiento», que incide en que quien niegue su calidad de bien se está autorrefutando). Por tanto no podemos aceptar sin más la pretensión de que la autoevidencia de los bienes básicos es captada por la sola experiencia de nuestra inclinación práctica.

Vemos, pues, que en el proceso de detectar y depurar los «bienes humanos básicos» aparecen implicados inequívocamente elementos procedentes del plano del ser. Sin embargo, Finnis sitúa dichos bienes en un plano diferente: el del *ha de ser* (es decir, el de la verdad práctica). Entonces el salto cualitativo parece inevitable, por más que Finnis niegue la posibilidad de reducir el *ha de ser* al *ser*. Si bien cabe que esta posibilidad no sea total (en efecto, no todos los bienes que previsiblemente postularíamos como fines mediante este proceso de comprensión están presentes en la constitución real humana), lo cierto es que no es fácil discernir en qué medida la determinación de los bienes básicos es independiente de presupuestos teóricos. Por ello, a no ser que se renuncie a la distinción de planos teórico y práctico en el conocimiento de la «verdad práctica», hemos de admitir que los «bienes humanos básicos» de Finnis están a medio camino entre ambos.

b) Es ya intrínsecamente dudoso que poseamos la facultad de captar los fines queridos genéricamente por el ser humano. Tal vez podemos confiar en estar en lo cierto respecto a algunos valores determinados —pienso, por ejemplo, en el conocimiento, cuya defensa me parece suficientemente sólida—, pero no creo que podamos tener la certeza de que nuestra lista será exhaustiva sin ser excesiva. Si no contamos con esa certeza es porque la autoevidencia de los bienes no es garantía de lleguemos a conocerlos: aunque una vez que los examinamos apreciemos su valor fundamental, no son palmarios antes de someterlos a examen. Pero es que, además, incluso esa autoevidencia es discutible, de modo que ni siquiera hay garantías de que del escrutinio de *todos* los posibles candidatos a bienes básicos podamos obtener una lista definitiva.

c) Es dudoso que pueda universalizarse la captación personal de los bienes «autoevidentes». Como dice Finnis, lo que es obvio para unos puede no serlo para otros. Claro está que para él lo que importa es, por decirlo así, lo que los sabios no pueden negar coherentemente; o sea, lo que es razonable creer y, por tanto, podemos considerar como objetivo. Pero ¿qué sucede si dos personas suficientemente informadas creen —justificadamente, por tanto— en la autoevidencia de dos valores irreconciliables?

d) Es dudosa la relación particular de bienes humanos básicos ofrecida por Finnis. Como esfuerzo por dotar de contenido sustantivo una argumentación abstracta me parece del todo loable; y también valiente, porque al descender al nivel del contenido se expone a críticas de las que de otra forma estaría protegido (si dijera simplemente que comprendemos que ciertos bienes son básicos y dejara al lector la tarea

de concretarlos, resultaría más difícil negar su autoevidencia, pues los que cada lector descubriese probablemente serían para él evidentes). Por ello no creo que debamos hacer excesivo énfasis en el tenor literal de su lista, y prefiero tratarla como una propuesta. De hecho, como indiqué (nota 13), el propio Finnis la ha corregido ligeramente con posterioridad. (Por lo mismo, creo preferible tratar como una propuesta también la relación de «exigencias de la razonabilidad práctica»).

No obstante, y puesto que para argumentar sobre otras cuestiones Finnis se apoya repetidamente en las claves por él destacadas, como si se trataran efectivamente de focos de valor objetivo que pueden actuar como premisas sólidas de un razonamiento válido, creo oportuno mostrar mis dudas respecto a su propuesta. Si dejase a un lado los reparos formales opuestos al proceso de captación de los valores básicos y tratase de elaborar por mi cuenta una lista de los mismos, discreparía de la lista de Finnis en algunos puntos. Por ejemplo, subordinaría la experiencia estética y el juego a un valor más básico vinculado al placer —quizá debería llamarlo *placer* sin reparos— (el propio Finnis describe el juego como una actividad sin más sentido que disfrutarla por sí misma, lo que sugiere que el disfrute es el valor último que se persigue con el juego). Añadiría como bien la *realización personal*, incluyendo en él la paz interior, la satisfacción con uno mismo y con sus obras y la armonía con el exterior (valores éstos que en Finnis aparecen dispersos). Y, en fin, añadiría también el *reconocimiento ajeno*, o sea, el hecho de que los demás le aprecien a uno y a sus obras, que es independiente y distinto tanto de la amistad como del aprecio que uno pueda sentir por sí mismo.

2) Posteriormente, Finnis reconsidera los «bienes humanos básicos» como bienes moralmente valiosos, en virtud de que así lo demanda una cabal interpretación de la persecución de la plenitud humana integral. Esto también plantea algunas dudas (tal vez en parte explicables por lo dicho en la nota 4):

a) Es dudosa la distinción entre un *ha de ser* práctico y un *debe ser* moral en los términos planteados por Finnis. No habría problema en distinguirlos si el plano práctico careciera totalmente de sentido prescriptivo, pero no es este el caso. A diferencia de una instrucción teórica (tal como «si quieres hervir agua aplícale calor»), el juicio práctico —en el sentido de Finnis— dirige racionalmente la acción a fines que el sujeto considera que son valiosos y merece la pena procurar; por tanto, prescribe lo que ha de hacerse para lograr un valor. Es cierto que Finnis diferencia expresamente este tipo de prescripción práctica de la contenida en un juicio moral, pero no explica bien en qué consiste la prescripción moral y por qué son distintas: así, da por supuesto que la actitud de Don Juan Tenorio es inmoral, sin especificar por qué (vid. nota 8).

Podría contestarse que la diferencia estriba en que se respeten o no las «exigencias de la razonabilidad práctica». Pero según Finnis —si le

entiendo bien— ya antes de aplicar tal criterio para obtener normas morales concretas (el Derecho natural) nos damos cuenta de que las acciones morales satisfacen mejor que las inmorales la prescripción práctica. De modo que nuestra conciencia fundamental de lo que significa la moralidad de las acciones es previa al escrutinio de su razonabilidad. Resultado de esta comprensión inicial es el «primer principio de la moral», que nos pone en la pista del significado que le atribuye Finnis a la moralidad en esta acepción previa. Dicho principio ordena dirigir las acciones hacia la «realización humana integral» (vid. nota 15), por lo que podemos inferir que para Finnis son acciones morales las que persiguen dicho objetivo. Todo esto puede encajar del siguiente modo: constatamos que las acciones que persiguen la *realización humana integral* (el ideal moral) cumplen mejor el *primer principio práctico* («Ha de hacerse el bien»), y por tanto comprendemos que hay obligación de preferirlas (comprendemos que *deben ser*); en estos casos la prescripción práctica da lugar a un tipo de imperativos más intensos que llamamos morales. En particular, comprendemos que procurar los bienes humanos básicos es una obligación práctica derivada del primer principio práctico, pero es también un fuerte imperativo (obligación moral) cuando dichos bienes son interpretados de modo que favorezcan la realización humana integral.

Esta interpretación distingue lo práctico y lo moral por la intensidad de sus efectos; pero no por su origen, que es el aspecto que nos interesa. Nos queda por aclarar qué significa que la realización humana integral es el ideal *moral* que, por tanto, *debe ser*. Creo que lo correcto es asociar el juicio moral a la cualidad de ser universalizable; y esto es presumiblemente lo que subyace en la tesis de Finnis (en algún momento habla aprobatoriamente de la idea del observador ideal, que es un sucedáneo del criterio de universalización). En este caso, los bienes humanos básicos —meros fines prácticos que se presentan en la realidad humana y cuya cualidad prescriptiva no es universalizable— serían vistos como valores morales (cuya vinculatoriedad es más intensa) en tanto en cuanto puedan ser considerados bienes para todos. Sin embargo, no creo que este modo de diferenciar los planos del *ha de ser* y del *debe ser* —que por lo demás, insisto, no es explícito en la obra de Finnis— resuelva todos los problemas, como veremos.

b) Es dudoso que la prescripción práctica hacia los «bienes humanos básicos» identificada por Finnis pueda llegar a tener por sí misma sentido de prescripción moral. Por lo pronto, no hay razón clara para sostener que un entendimiento integral de la lista de bienes de Finnis (u otra similar) mostrará su cualidad de bienes universalizables (u otra que llene plausiblemente el contenido de lo *moral*). Pero, sobre todo, aunque la hubiera, precisamos de una técnica que defina las prescripciones prácticas universalizables como obligatorias; es decir, que ordene que el ideal moral *debe ser*. Se trata de la ineludible dificultad de obtener un *deber ser* moral cuando sólo contamos con premisas no morales (en este caso, el *ha de ser*).

Creo que no basta con responder que en el significado de ideal *moral* ya está incorporada su obligatoriedad como *deber ser*; es decir, no basta decir que la interpretación integral de la plenitud humana lleva a comprender que los bienes básicos *deben ser* universalizables. Porque en este caso debemos presuponer, claro está, una norma puente que obligue a perseguir la plenitud humana integral (este es sin duda el papel reservado al «primer principio de la moral»). Pero entonces la dificultad se desplaza a determinar el estatuto de esta norma puente. Si es una prescripción moral, precisa a su vez fundamentación en otra norma. Y si es —como parece más correcto pensar— una prescripción práctica, su existencia dependerá de que comprendamos efectivamente que nos obliga. Mas esta comprensión no puede *garantizarse*, pues le afectan los mismos problemas que a la comprensión de los bienes básicos particulares. Tal vez la alternativa se reduzca, entonces, a recurrir a la hipótesis de una divinidad (fuente última de la norma moral) o asumir la precariedad de las prescripciones morales.

c) Es dudoso qué significa «realización (o plenitud) humana integral» y cómo se conoce este significado, por lo que es aventurado predecir las consecuencias de interpretarlo cabalmente. Sobre todo si —como mantiene Finnis— no hay jerarquía entre los bienes básicos, de modo que la plenitud puede tener un significado distinto para unos y otros (el criterio de la posibilidad de universalización no conduce a la uniformidad, sino a la imparcialidad). Podríamos convenir en que el modelo de vida de Don Juan no encaja en una interpretación plausible de esa plenitud, pero en general carecemos de certeza respecto a las características de la misma. Y no creo que las llamadas «exigencias de la razonabilidad práctica», aún siendo una ayuda, puedan garantizar una respuesta unívoca. Esta incertidumbre es obviamente relevante en el debate sobre el «paternalismo», y a mi juicio impone mayor circunspección al legislador que la sugerida por Finnis.

En cualquier caso, no quiero acabar este trabajo sin reiterar que en su conjunto la construcción de Finnis me parece extremadamente cuidada, de modo que es muy probable que pueda dar cuenta satisfactoriamente de estos y otros motivos de extrañeza que pudiéramos aducir. Es desde luego posible que algunas de las dudas que he expresado se deban simplemente a malentendidos. E incluso es posible que no tengan la importancia que les he dado aquí. En efecto, una vez que coincidimos con Finnis en que *comprendemos* de algún modo (que no es el conocimiento teórico) que hay ciertos bienes que merece la pena procurar y ciertas reglas que debemos seguir para mejor perseguirlos, muchas de las disquisiciones metodológicas escépticas reducen su interés al académico. El mérito principal de Finnis es presentar de modo formalmente atractivo para el contexto filosófico actual una línea de pensamiento muy arraigada en nuestra cultura y seguramente también en nuestras mentes.

## BIBLIOGRAFIA

- AQUINO, T. de (1273) *Summa Theologica*. Cito por la ed. bilingüe (texto latino de la edición Leonina y versión castellana dirigida por Fr. F. Barbado Viejo, O.P.) *Suma Teológica*, Madrid, B.A.C., 1956.
- COTTERRELL, R. (1989) *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londres, Butterworths.
- DWORKIN, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, ed. rev., Londres, Duckworth. (ed. orig. 1977).
- FINNIS, J. (1973a) «The Rights and Wrongs of Abortion: A Replay to Judith Thomson», *Philosophy and Public Affairs* 2/2, pp. 117-145.
- (1973b) «Revolutions and Continuity of Law», en SIMPSON, A.W.B., (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence II*, Oxford, Clarendon Press, pp. 44-76.
- (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- (1981) «Natural Law and the 'Is'-'Ought' Question: an Invitation to Professor Veatch», *Catholic Lawyer*, 26. Reproducido en FINNIS, J., (ed.) 1991, vol. I, pp. 313-324, por donde cito.
- (1985a) «On 'The Critical Legal Studies Movement'», *American Journal of Jurisprudence* 30, pp. 21-42.
- (1985b) «On 'Positivism' and 'Legal Rational Authority'», *Oxford Journal of Legal Studies* 5, pp. 1-32.
- (1987) «On Reason and Authority in Law's Empire», *Law and Philosophy* 6, pp. 357-380.
- (1989) «Law as Co-ordination», *Ratio Iuris* 2/1, pp. 97-104.
- FINNIS, J. (ed.) (1991) *Natural Law*, 2 vols., Aldershot, Dartmouth.
- FINNIS, J./BOYLE, J./GRISEZ, G. (1987) *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press.
- FINNIS, J./GRISEZ, G. (1981) «The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInery», *American Journal of Jurisprudence* 26, 21-31.
- GEORGE, R.P. (1980) «Recent Criticism of Natural Law Theory», *University of Chicago Law Review* 55, pp. 1371-1427. Reproducido en FINNIS, J. (ed.), 1991: 353-411.
- GRISEZ, G. (1965) «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2», *Natural Law Forum* 10, pp. 168-201.
- GRISEZ, G./BOYLE, J./FINNIS, J. (1987) «Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends», *American Journal of Jurisprudence* 32, pp. 99-151.
- GOLDSWORTHY, J. D. (1985) «God or Mackie? The Dilemma of Secular Moral Philosophy», *American Journal of Jurisprudence* 30, pp. 43-78.
- HARRIS, J.W. (1980) *Legal Philosophies*, Londres, Butterworths.
- HART, H.L. A. (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- LAPORTA, F. (1985) «John Finnis y los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos* 3, pp. 705-715.
- LEGAZ y LACAMBRA, L. (1978) *Filosofía del Derecho*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosh.
- MACCORMICK, N. (1981) «Natural Law Reconsidered», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, pp. 99-101. Reproducido en FINNIS, J. (ed.) 1991: 225-235.
- (1989) «The Ethics of Legalism», *Ratio Iuris* 2/2, pp. 184-193.
- MCINERY, R. (1980) «The Principles of Natural Law», *American Journal of Jurisprudence* 25, 1-15.
- MASSINI, C. I. (1990) «Realismo y Derechos Humanos. Una exposición a partir de las ideas de John Finnis», *Atlantida* 1, pp. 55-63.

- NOZICK, R. (1974) *Anarchy, State and Utopia*. Cito por la trad. de R. Tamayo: *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F.C.E., 1988.
- PUY, F. (1970) *Lecciones de Derecho Natural I*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago de Compostela, Porto y Cia. (1.<sup>a</sup> ed. 1967).
- RECASÉNS SICHES, LUIS (1971) *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*», México, FCE-UNAM.
- SOETEMAN, A. (1989) *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
- VEATCH, H. (1981) «Natural Law and the 'Is'-'Ought' Question: Queries to Finnis and Grisez» en *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, The Catholic University of America Press, pp. 293-311. Reproducido en FINNIS, J., (ed.) 1991: 293-311.
- WEBER, M. (1956) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4.<sup>a</sup> ed. (1.<sup>a</sup> 1922). Cito por la trad. de J. Medina Echavarría *et al.*: *Economía y sociedad*, México, FCE, 1984 (2.<sup>a</sup> ed.).



#### **4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO**



En torno al paradigma conservador.  
Modelos mágico y fantástico  
(J. de Maistre y J. L. Borges)

Por JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

«Tomó la espada Gram  
y colocó el metal desnudo entre ellos»  
Fragmento de *La Völsunga Saga*,  
historia de Sigurd.  
Inscripción en la lápida sobre la tumba  
de Borges. cementerio de Plainpalais.  
Ginebra.

1. El modo en que el discurso conservador construye su sintaxis narrativa presenta una muy particular organización de los predicados. A veces en forma del todo expresa, otras por el contrario tácita o puede que tan sólo presunta, cabe siempre percibir la existencia de un subtexto que funciona con valor de paradigma. No significa esto apostillar una absoluta rigidez en la edificación de los mensajes. Precisamente porque prevalece lo funcional habrán de producirse virtuales diferencia de énfasis y tono, modulaciones distintas pero, igualmente, porque tal diversidad de modelos mantiene a la base suficiente semejanza deberán también considerarse resultados de un mismo paradigma.

Nuestro trabajo en estas páginas pretende, a través de una lectura abierta y dinámica de los materiales, orientar y distribuir como *adyacencia* el tipo común, aunque no compacto, de relación existente entre el modelo «mágico» de pensamiento conservador representado por Joseph de Maistre y el que llamaré modelo «fantástico» en la obra literaria de Jorge Luis Borges.

He preferido la representación ideacional de adyacencia debido sobre todo a las insinuantes sugerencias que de otras posibles se desprenderían. El motivo para no elegir la de coincidencia estuvo en parecerme que apuntaba demasiado a la suplantación. Lo tangente porque, aunque precisara el lugar de la costura, conduce con frecuencia a

creer que desde lo pegadizo se inocula un contagio que más tarde tiende a propagarse al resto. En cuanto al paralelismo, me hacía pensar en líneas poco o imprecisamente distanciadas entre sí, en una correspondencia mimética de un infinito número de los puntos y en la desesperante inquietud de que, bien que nunca se encontrarán, ambas desearían abordarse.

2. Leyendo la exhortación liberal contenida en el «Postscriptum» a *Los fundamentos de la libertad*<sup>1</sup>, de Friedrich A. Hayek, no es difícil formar un catálogo indicativo de aquellas convicciones que más profundamente la antagonizan. De ahí, como marcas de legitimación político-moral en contrario, figurarían la admiración por el pasado, la adversión frente a lo nuevo, la perpetuación del statu quo, la prevención contra lo especulativo y abstracto y la repulsión hacia lo diferente. El espacio ideológico así resultante se aproximaría en lo básico a una descripción de la mentalidad conservadora que, cuando se activa en procesos sociales e institucionales, completa sus rasgos de identidad mostrando retracción, intolerancia, determinismo y xenofobia.

Sin embargo, conviene advertir que una interpretación conceptual del conservadurismo, no menos que del liberalismo, del socialismo o de cualquiera otra doctrina política, ni puede establecerse provisionalmente, es decir, acudiendo para caracterizarla al sólo expediente de comparaciones en negativo, ni será tampoco bastante de hacerse por exclusiva referencia a sus contingentes positivaciones de práctica.

Un método reduccionista de este tipo, que en la actualidad cuenta con numerosos seguidores, paradójicamente suele terminar por traducirse, bien que mal, ya en nuevas fórmulas de intrincada acumulación sustantiva (como le ocurre a la noción de burguesía o capitalismo) ya en sucesivos marchamos y adjetivaciones (como sucede al proyecto socialista). Al propio tiempo, nada tiene de extraño por eso mismo que luego, para evaluar de algún modo esta situación, haya quienes declaren llegado el momento de una catarsis histórica para poner punto y final —esto es, agotar— en las sociedades modernas toda *cansina* pretensión ideológica distintiva<sup>2</sup>.

Pero tanto el excesivo reduccionismo como la difusa complejidad se compadecen mal con el propósito clarificar el contenido y horizontes de las ideas políticas. Conviene entonces seguir recordando que, si únicamente allí donde las condiciones teóricas lo permiten cabe trazar

---

1. HAYEK, F.A., *Los fundamentos de la libertad* (1960). Madrid, 1975 pp. 514-531.

2. FUKUYAMA, F., «¿El fin de la historia?». en *Claves de Razón Práctica*, 1, 1990, pp 85-96, originalmente, «The End of History?», en *The National Interest*, 16, summer 1989. El trabajo suscitó una considerable polémica, constatada a su vez en «A Reply to my critics», *The National Interest*, 18, winter 1989-90, pp. 21-28. Por último, de forma más precisa y desarrollada, vid. FUKUYAMA, F., *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad. castellana de P. Elías, *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, 1992.

un seguro e inequívoco perfil entre comportamientos ideológicos alternativos (sea como conjuntivos o yuxtapuestos), las categorías teóricas para producir tal análisis sin duda no han desaparecido y continúan siendo operativas.

Por consiguiente, aunque fuera sólo para evitar el riesgo de la incoherencia, siquiera asumiendo esa exigencia en lo que tiene carácter regulativo e ideal, se ha de procurar satisfacerla lo mejor posible también cuando desde el convencimiento de la pertenencia de dos modelos a un mismo género de pensamiento se les dispone, aún con la mayor cautela y mesura (de sentido heurístico), en una relación adyacente.

3. El modelo «mágico» de conservadurismo encuentra en De Maistre al principal y más sobresaliente entre sus modernos mentores. La denominación que aquí empleo fue ya utilizada por Tierno Galván cuando refiriéndose al papel jugado por la Tradición (*versus* Modernidad) en el proceso evolutivo de las formas políticas europeas aludía a la subsistencia de ciertos elementos mágicos<sup>3</sup>. Distinguió y separó con esa ocasión dos iniciales vertientes: tradición eclesiástica mágica medieval y tradición mágico-política medieval. Su ulterior y distinto desarrollo, perdurando como conservadurismo (tradicionalismo) «mágico», o dando en desembocar, al cabo, como tradicionalismo «racional» o conservadurismo propiamente dicho, se ilustraría muy precisamente por el respectivo pensamiento y obras de Joseph de Maistre y Edmund Burke<sup>4</sup>.

Para fundamento de ese conservadurismo (tradicionalismo) mágico por el que esta parte de mi trabajo se interesa, Tierno había señalado la idea de *aevum*, intermedia entre *aeternitas* y *tempus*, cuya naturaleza indicaba inalterabilidad en el cambio, inmutabilidad esencial sobrepuesta al cambio constituyendo así, en efecto, la condición capaz de denotar de forma más evidente la influencia de un «magicismo» o «magismo» profundo<sup>5</sup> y, por tanto, la misma existencia de una mentalidad conservadora irracional.

No obstante, aparte estas importantísimas observaciones, el estudio del profesor Tierno Galván, en cuanto sobre todo preocupado por cómo se expresó (exaltación/negación) la conexión tradición-progreso entre los diversos tipos de teórico conservador, dejó sin explorar otros rasgos del que en torno a ese paradigma con tanta fortuna había calificado de modelo «mágico».

En punto a De Maistre, para su filosofía antimoderna, así como para algunos de los más relevantes problemas en su teología política, manejó Tierno varias de las *Lettres et opuscules inédits* y escritos como *Examen philosophique de Bacon*, *Essai sur le principe généra-*

3. TIERNO GALVÁN, E., *Tradición y modernismo*. Madrid. 1962, pp. 11-16.

4. *Ibidem*, pp. 83-91 y 115-122.

5. *Ibidem*, pp 12-13 y 87.

*teur des constitutions politiques et autres Constitutions humaines, Du Pape*, además de parte de *Les soirées de Saint-Pétersbourg ou entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence*. En nada, por el contrario, aparecerían mencionadas las emblemáticas *Considérations sur la France*. Por mi parte quisiera contribuir modestamente a remediar esa carencia proponiendo ahora de su lectura <sup>6</sup> las facetas que, según entiendo, dan remate a la imagen de aquel modelo «mágico».

Pues bien, creo que fue en el crisol de ese ardoroso discurso contrarrevolucionario donde, posiblemente mejor que en cualquier otro lugar, la mentalidad conservadora de Joseph de Maistre hizo fermentar los ingredientes de su receta «mágica». Estos habrían sido:

a) La tesis sobre un Univeso en el que toda sospecha de azar ha sido excluida.

Como recinto que no alberga espacio para el acaso, sin el más leve rastro de albur, construido al abrigo de todo acechante imprevisto, la Creación carece de contingencias, la Historia de casualidades <sup>7</sup>. Nada hará, pues, que los designios de un poder sobrehumano sean perturbados. En nuestra «limitada visión», como seres que, «libremente esclavos», servimos de instrumento a los inescrutables propósitos de la Divinidad, «nunca veremos del todo en nuestro viaje, y a menudo nos engañaremos». La existencia, al fin, semeja las formas de un complejo entramado urdido en secreto plan, donde «Si la Providencia borra, es sin duda para escribir» <sup>8</sup>.

b) La tesis sobre la universal expiación de culpas por un pecado original.

La humanidad, sumergida en un permanente holocausto de guerras (calamidades, violencia, crueldad, destrucción, dolor, exterminio, muerte), purga el castigo universal por la pérdida de su edénica pureza. Desaparecido aquel virginal candor, nadie es ya moral ni físicamente inocente y todos proveerían con el sufrimiento a la reparación <sup>9</sup>.

---

6. De *Considérations sur la France* existen, además de las que aparecen contenidas en las principales ediciones de *Oeuvres* y *Oeuvres Completes*, las siguientes versiones críticas: con *Notas e introducción* de H. Guillemin, Genève, s. f.; al cuidado de R. Johannet y F. Vermale, Paris, 1936; por J.-L. Darcel y *Avantpropos* de J. Boissel, Genève, 1980, y con *Présentation* de P. Manent, Bruxelles, 1988. En castellano la de C. Gutiérrez de Gamba y *Estudio Preliminar* de R. Gamba, Madrid, 1955 y, más recientemente, J. Poch Elío, trad. y notas, y *Presentación* de A. Truyol y Serra, Madrid, 1990, por la que en adelante citaré.

7. De las *Soirées* aisla I. Berlin en «José de Maistre y los orígenes del fascismo», en *The Crooked Timber of Humanity* (1959), trad. castellana de J. M. Álvarez Flórez por la ed. de HARDY, H., (1990), con Prólogo de S. Giner, *El fuste torcido de la Humanidad. Capítulos de Historia de la ideas*. Barcelona, 1992, p. 139, «Rien ne marche au Hasard... tout a sa règle».

8. Vid. *Consideraciones sobre Francia*, cit., caps. I, II y III, pp. 3, 7-8, 21-22 y 36.

9. *Ibidem*, cap. III, pp. 27-28, 31 y 36. I. Berlin escribe *op. cit.*, p. 121: «A Maistre, al menos en las obras de madurez, le consume la idea del pecado original, la maldad e indignidad de la estupidez autodestructiva de los hombres cuando se les deja libres a sí mismos. Insiste una y otra vez en el hecho de que sólo el sufrimiento puede

Esa común naturaleza caída por la que el hombre se ha transformado en un ser degenerado, «una rama desprendida del árbol social», arranca de «una prevaricación original de segundo orden»<sup>10</sup>. El sentido concreto que De Maistre le atribuye en las *Considérations sur la France* se desliza a través del empleo metonímico de vocablos relacionados con tabues de comportamiento sexual<sup>11</sup>.

c) La tesis sobre el dolor en el ciclo de redención de culpas y reparación.

Situados en el plano de la corrupción, el dolor que inflinge el castigo, esto es, la destrucción, aparece como factor necesario de una progresión periódica que comienza por la condenación moral del hedonismo, enaltece luego el sacrificio y, a la postre, glorifica los padecimientos que sanan y revigorizan. Porque «no hay castigo que no purifique», toda tribulación es, pues, conveniente y deseable<sup>12</sup>. Lo será también la misma aflicción de los inocentes que perecen junto a, o en vez de, los culpables: «esta cuestión que guarda relación con todo lo que hay de más profundo, se la puede considerar en su conexión con el dogma universal, y tan antiguo como el mundo, de la reversibilidad de los dolores del inocente en provecho de los culpables»<sup>13</sup>. Cabría en-

---

impedir a los seres humanos caer en el abismo sin fondo de la anarquía y la destrucción de todos los valores. Por un lado ignorancia, obstinación, estupidez; por el otro, como remedio, sangre, sufrimiento, castigo, éstos son los conceptos que asedian el lúgubre mundo de Maistre».

10. Vid., en *Les soirées de de Saint-Petersbourg*, por la ed. castellana, *Las veladas de San Petersburgo*, Madrid, 1966, pp. 228-229 y 38.

11. Vid. *Consideraciones sobre Francia*, cap. IV, pp. 46-48. Así, en la duda de «si escribo una alegoría» (de la promiscuidad, de la concupiscencia, de la procacidad), De Maistre utiliza un elocuente expresionismo para las formas y colores de su retrato de la Revolución Francesa: v. gr., «es el más alto grado de *corrupción*; es la *pura impureza*. ¿En qué página de la historia puede encontrarse una cantidad tan grande de *vicios* operando a la vez en el mismo teatro? ¡Qué cúmulo espantoso de *bajeza* y de *crueledad*! ¡Qué *profunda inmoralidad*! ¡Qué olvido de todo *pudor*!», cómo creer «que del *seno de la corrupción más repulsiva* pueda salir esta forma de gobierno que exige más virtudes que todas las demás?», una joven de adolescente con «*un grado de corrupción que la hacía competir con la profunda inmoralidad de su seductor*», «*delirio inexplicable*», «*impetuosidad ciega*», «*desprecio escandaloso*», «*prostitución impúdica*», «*orgías legislativas*», infinitos crímenes que mancillan y deshonoran, «*infamante origen*», «*costumbres licenciosas*», o, en una clara referencia menstrual la locución, «*fango sangrante*».

12. Sobre un pasaje de las *Soirées* I. Berlin, *op. cit.*, p 123, explica: «no es una simple meditación sádica sobre el delito y el castigo, sino que expresa una convicción auténtica, coherente con todo el resto del pensamiento de Maistre, apasionado pero lúcido, según el cual sólo se puede salvar a los hombres metiéndoles en el redil mediante el terror y la autoridad Hay que recordarles en cada instante de sus vidas ese misterio aterrador que existe en el centro de la creación; hay que purgarles por medio del sufrimiento constante, hay que humillarles a cada paso para que se den cuenta de su estupidez, su malicia y su desvalimiento. Guerra, tortura, sufrimiento son la suerte inevitable de los seres humanos; los hombres deben soportarlos lo mejor que puedan».

13. Vid. *Consideraciones sobre Francia*, cap. III, pp. 35-36. I. Berlin, *op. cit.*, pp. 139 y 158, sostiene que, además, Maistre interpreta en ese teorema de responsabilidad no individual sino colectiva, la evidencia de un gobierno moral del Universo.

tonces interpretar el máximo Bien por el máximo Mal, resultando la autoinmolación como el más sublimado éxtasis de una ética social<sup>14</sup>.

4. Advirtía Tierno que el dominio de la idea mágica «perduró hasta el siglo XIX con autenticidad», prolongándose «como una teoría estética auxiliar de ciertos intereses políticos hasta el siglo XX»<sup>15</sup>. Creo que intuyó esa continuidad en el sistema de representaciones de determinados elementos materiales de cultura, de ciertos ritualismos y lenguajes. También es preciso indicar que, igualmente, Tierno había sugerido otro tipo de influencias, más literarias esta vez, mencionando el *Du Pape* entre los ascendentes de alguna obra de Dostoiewski, o las que otros detectaron para Baudelaire<sup>16</sup>.

En cualquier caso, si por entonces no hubiera sido previsible y hasta era del todo impensable una alusión a Borges, proponerla ahora en grado de adyacencia me parece un ejercicio analítico sugestivo y puede que incluso oportuno.

Esa relación de contigüidad —que quizás corre al principio el riesgo de recordar alguna de las teorías de interpretación borgeana donde escritor (o el lector) crea a sus precursores<sup>17</sup>— virtualmente fluye desde el común interés por el iluminismo de Emanuel Swedenborg (1688-1772). De Maistre fue muy pronto atraído por los escritos de Louis Claude de Saint-Martin (1743-1803), el «Filósofo desconocido», quien más contribuyó a difundir en Francia aquellas doctrinas<sup>18</sup>. Borges, por su parte, mostró a lo largo de toda su vida literaria una intensa curiosidad por ese mismo pensamiento, que llegó a conocer bien y del que ha dejado abundantes referencias a obras como *De coelo et Inferno o Vera christiana religio*<sup>19</sup>.

14. Para que la sociedad subsista, explica I. Berlin, *op. cit.*, p. 127, antes que en la razón Maistre «se apoya en algo mucho más elemental, en el autosacrificio constante, en la tendencia humana a sacrificarse por la familia o por la ciudad, o por la Iglesia o por el Estado, sin pretender en absoluto obtener placer o provecho, en el anhelo de ofrenarse en el altar de la solidaridad social, de sufrir y morir para preservar la continuidad de formas de vida santificadas».

15. TIERNO GALVÁN, E., *op. cit.*, p. 12.

16. *Ibidem.* pp. 91 y 86 núm. 18, ALPHONSUS, M.M., *The influence of Joseph Maistre on Baudelaire*, (1943). Esa influencia sobre Baudelaire la aprecia E. M. Ciorán como inversión de los temas maistrianos, vid. «Ensayo sobre el pensamiento reaccionario. (A propósito de Joseph de Maistre)» (1957), en *Exercices d'admiration. Essais et portraits*, trad. castellana de R. Panizo, *Ejercicios de admiración y otros textos. Ensayos y retratos*, Barcelona, 1992, pp. 61-62. Por su parte, I. Berlin, *op. cit.*, pp. 140 y 144, encuentra rasgos de las *Soirées* en *La cartuja de Parma de Stendhal* y en *Guerra y Paz de Tolstoi*.

17. Vid. BORGES, J.L., (en adelante JLB), «Kafka y sus precursores», en *Otras Inquisiciones* (en adelante O.I.) (1952).

18. Vid. TRUYOL y SERRA, A., *Presentación a Consideraciones sobre Francia*, ed. cit., p. X. Vid. también CIORÁN, E.M., *op. cit.*, pp. 38-41. Igualmente, sobre la raíz martinista y swedenborgiana, I. Berlin, *op. cit.* p. 113.

19. Sobre Swedenborg, «La duración del Infierno», en *Discusión* (en adelante D.) (1932); «Historia de la Eternidad» (en adelante H.E.) (1936), «El espejo de los enigmas», «Sobre el "Vathek" de William Beckford» y «Nota sobre (hacia) Bernard Shaw» en O.I., «Otro poema de los dones», *Obra poética 1923-1964* (1964); «Los ángeles de Swedenborg», en *El Libro de los seres imaginarios*, (1978); «Emanuel Swedemborg», en *Borges oral* (1979); «Doomsday», en *Los Conjurados* (1985). etc...



Pero está además el hecho, altamente significativo, de que la recurrencia mayor se produce siempre que se abordan problemas de tiempo y eternidad. En ello Borges nos presenta una sucesión de variantes discursivas, de construcciones conjeturales, de dialécticas más o menos reiteradas o nuevas intentando refutar o probando confutar. Acompañado de Heráclito, Platón, Pitágoras, Plotino, San Agustín, Spinoza, Hume, Berkeley, Schopenhauer, Nietzsche, Russell, Unamuno<sup>20</sup>, su meditación sobre la realidad termina dilucidando el tiempo como «una delusión», existente sólo en cuanto simultaneidad y superposición de instantes no similares sino idénticos. Subsiste en ello a mi juicio la idea *aevum*, otra vez postulada como el encadenamiento entre lo temporal y lo eterno, aunque no bajo la versión de *mágica e irracional* inalterabilidad en el cambio, sino de *fantástica e irrazonable* in-diferencia o inseparabilidad de un momento para con su aparente posterior o anterior, como una secreta y perfecta rotación sin traslación.

En *Nueva refutación del tiempo* (escrito de 1944), Borges registra una experiencia personal que dice «irrazonable»<sup>21</sup>. Al recordar lo acontecido una noche de 1928 frente a uno de los arrabales de Buenos Aires, una escena «que irrealizaba su misma tipicidad», asegura haber meditado «esto es lo mismo de hace treinta años». Al instante<sup>22</sup>, el pensamiento «*Estoy en mil ochocientos y tantos* dejó de ser unas cuantas aproximativas palabras y se profundizó a realidad (...) No creí, no, haber remontado las presuntivas aguas del Tiempo; más bien me sospeché poseedor del sentido reticente o ausente de la inconcebible palabra *eternidad*». En 'Elegía de un parque', de *Los Conjurados* (1985) escribió: «Si no hubo un principio ni habrá un término, / si nos aguarda una infinita suma / de blancos días y de negras noches, / ya somos el pasado que seremos».

---

20. Vid. BLANCO-GONZÁLEZ, M., JLB, *anotaciones sobre el tiempo en su obra*, México, 1963, y NUÑO, J., *La Filosofía de Borges*, México, 1986, cap. «Refutación del tiempo», pp. 114-136. Los textos son muy numerosos, aunque por principales han de tenerse «Penúltima versión de la realidad», en D.; «Historia de la Eternidad», «La doctrina de los ciclos» y «El tiempo circular», en H.E.; «Examen de la obra de Herbert Quain», en *Ficciones* (en adelante F.) (1944) y «El tiempo y J.W.Dunne» y «Nueva refutación del tiempo», en *O.I.*

21. La actitud de J. de Maistre es muy distinta: «se razona demasiado..., y el razonamiento expulsa la razón», en *Consideraciones sobre Francia*, cap. VIII, p. 96. Sobre un pasaje de las *Soirées* donde de Maistre llama «luz vacilante» a la razón I. Berlin, *op. cit.*, p. 126 comenta: «Todo lo que es racional se desmorona porque es racional, hecho por el hombre: sólo lo irracional puede perdurar. La crítica racional corroerá todo lo que esté al alcance de ella: sólo es capaz de sobrevivir lo que está impermeabilizado contra ella por ser intrínsecamente misterioso e inexplicable».

22. Por el contrario, como señala Ciorán, *op. cit.*, p. 41, «para Maistre el acceso a la eternidad no se efectúa a través del éxtasis, por medio del salto individual hacia lo absoluto, sino a través de un acontecimiento extraordinario capaz de clausurar el devenir, no mediante la supresión instantánea del tiempo operada en el arrebató, sino mediante el fin de los tiempos, desenlace del proceso histórico en su conjunto».

5. Para ir caracterizado más al detalle lo que llamo modelo «fantástico» de conservadurismo diría que consiste en la antropocentrización estética del absoluto providencialismo sobrenatural que identificara la mística experiencia del conservadurismo «mágico». Dentro de la precaria realidad del mundo, Dios se situará ahora como una humana fascinación estética, una fabulación teológica de los hombres, a menudo misteriosa, hasta inquietante y desde luego perturbadora (del orden humano), en cuyo demorado inminente hallazgo o por cuya inmanente revelación —quizás a veces entrevista, pero que nunca alcanza a terminar de producirse—<sup>23</sup> se propicia el asombro de lo imponderable y la perplejidad extranatural capaz de paralizar toda deliberación racional. Para producir ese virtual estado de proximidad basta a veces con introducir un limitado número de indicios, más como su combinatoria es infinita sólo resultaría cierta al punto probablemente más inalcanzable.

En efecto, así podremos corroborarlo siempre que, ya sea de modo inmediato y material (como al brotar de entre las páginas en uno de los cuatrocientos mil tomos del *Clementium*, por azar y al mero contacto —el simple *tacto con*— de una de las mínimas letras obre un Atlas en el mapa de India), o en forma más sutil, por la sensación de vértigo frente a determinado atributo «divino» (como ante el aleph de un sótano en la calle Garay, incluso si aquél pudiera haber sido falso, trás —*detrás*— del zahir y su posesión como moneda, o desde los mensajes configurados sobre la piel viva de los jaguarres), aquello en que confiamos la expectativa de comprensión de todo lo incomprensible, acaba transmutándose en algo todavía más irrazonable.

Es por eso que las especulaciones intelectuales acerca de la Divinidad o creencias religiosas, y aún sobre todas aquellas que pudieran plantearse como experimentos mentales<sup>24</sup>, ceden siempre a la prioli-

---

23. «Esta inminencia de una revelación, que no se produce, es, quizás, el hecho estético», en «La muralla y los libros», *O.I.*

24. En «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», F. Borges escribe: «El hecho de que toda filosofía sea de antemano un juego dialéctico, una *Philosophie des Als Ob*, ha contribuido a multiplicarlas. Abundan los sistemas increíbles, pero de arquitectura agradable o de tipo sensacional. Los metafísicos de Tlön no buscan la verdad ni siquiera la verosimilitud; buscan el asombro. Juzgan que la metafísica es una rama de la literatura fantástica». Por otra parte, parece que Kant había sugerido que el sistema de Swedemborg, al que llamaba «fantástico», «no era tal vez más fantástico que la metafísica ortodoxa», cfr. RUSSELL, B., *A History of Western Philosophy*, New York, 1965, pp. 705-706, cit. por ALAZRAKI, J. La prosa narrativa de JLB. Temas, Estilo, Madrid, 1968, p 290. Hay que recordar también el comentario de Borges sobre *After Death*, de L.D. Weatherhead, señalando entre los «insospechados y mayores» maestros del género fantástico a «Parménides, Platón, Juan Escoto Erígena, Alberto Magno, Spinoza, Leibniz, Kant, Francis Bradley», en «Notas», D. Un interesante estudio de lo que llamaría la ficcionalización de la metafísica donde se analiza el recurso a doctrinas metafísicas y esotéricas en la obra de Borges interpretándolo como aplicación del concepto de metaficción en JAEN, D.T., *Borges's Esoteric Library. Metaphysics to Metafiction*, University Press of America, 1992.

dad de su valor estético<sup>25</sup>. Lo que preocupa a Borges es trabajar la cautivante oscilatoria entre realidad y ficción como sede de un inesperado (aprosdokético) encuentro.

Todo recurso y concurso respecto a la divinidad es, pues, parte de un despacioso thriller metafísico sobre el universo, construido sin ninguna apelación al tremendismo, al exceso, a la exageración que tipifica realistamente el discurso «mágico». De este modo se explica igualmente que, mientras para el pensamiento mágico «los nombres no son símbolos arbitrarios sino parte vital de lo que definen»<sup>26</sup>, en el pensamiento fantástico<sup>27</sup> importe más que nada la alquimia verbal<sup>28</sup> que trama y urde dimensiones fulgurantes e inusitadas donde la palabra narrada, a punto de quebrar en su significación, de romper con el *referen-*

25. Vid. «El primer Wells», «De alguien a nadie», «Historia de los ecos de un nombre» y «Epílogo», de *O.I.*, donde señalaría como indicio de «un escepticismo esencial», su inclinación a estimar las ideas religiosas y filosóficas sólo «por su valor estético o por lo que encierran de singular y de maravilloso». También, «Argumentum ornithologicum», en *El Hacedor* (en adelante H.) (1960). Además, REST, J., *El laberinto del universo. Borges y el pensamiento nominalista*. Buenos Aires, 1976, «Herejías y teólogos», pp. 36-49. Sobre la primacía estética frente a ideas filosóficas, religiosas o políticas, vid. los numerosos testimonios orales recogidos en sus entrevistas. Así, CHARBONIER, G., *Entretiens avec JLB*. Paris, 1967; MILLERET, J., *Entretiens avec JLB*, Paris, 1967; OCAMPO, V., *Diálogo con Borges*. Buenos Aires, 1968; IRBY, J., *Encuentro con Borges*, Buenos Aires, 1968; ARIAS USANDIVARAS, R., «Encuentro con Borges», en *Imagen* (Caracas), 90, 1971; BURGÍN, R., *Conversaciones con JLB*, Madrid, 1974; SORRENTINO, F., *Siete conversaciones con Borges*, Buenos Aires, 1974; VÁZQUEZ, M.E., *Borges, imágenes, memorias, diálogos*, Caracas, 1977; MONTENEGRO, JLB & N.J. *Diálogos*, Buenos Aires, 1983, ALIFANO, R., *Conversaciones con Borges*, Madrid, 1986, y FERRARI, JLB & O. *Diálogos*, Barcelona, 1992. También, RODRÍGUEZ MONEGAL, E., *Borges. Hacia una interpretación*, Madrid, 1976. No obstante, el *Prólogo a La moneda de hierro*, Buenos Aires, 1962, que contiene numerosas precisiones sobre su estética, también «tolera la confidencia»: «tal vez —escribe allí— me sea perdonado añadir que descreo de la democracia, ese curioso abuso de la estadística».

26. Vid. «Historia de los ecos de un nombre», en *O.I.*

27. Sobre la dificultad e indefinición conceptual de lo fantástico (maravilloso, sobrenatural, inverosímil), vid. BELEMAN, H., *Teoría de lo fantástico*, Barcelona, 1976, BROOKE-ROSE, Ch., *A Rethoric of the Unreal. Studies in Narrative and Structure, Especially of the Fantastic*, Cambridge, 1981, CAILLOIS, R., *Au cœur du fantastique* Paris, 1965 e *Images, images. Essais sur le rôle et les pouvoirs de l'imagination*, Paris, 1966, PROPP, V., *Morphology of the Folktale*, La Haya, 1958, TODOROV, T., *Introduction à la littérature fantastique*, Paris, 1970, y VAX, L., *L'art et la littérature fantastiques*, Paris, 1960. Al mismo tiempo, conviene no olvidar la combinación de géneros literarios y extraliterarios que la narrativa borgeana presenta, erosionando —diría— la siempre discutible autoridad de las taxonomías literarias. Más discutible resulta la calificación de «realismo mágico» que algunos han propuesto, así GENOVÉS, A., «Algunos aspectos del realismo mágico de Borges», en *Cuadernos Hispanoamericanos* (Madrid), LVI, 168, 1963, pp. 571-580, y muchos han rechazado, así RODRÍGUEZ MONEGAL, E., «Borges, una teoría de la literatura fantástica», en *Revista Iberoamericana*, (Pittsburgh), XCV, 1976, pp. 177-189. Debe verse también la posición marcada por el mismo Borges en el *Prólogo a la Invención de Morel*, de BIOY CASARES, A., Buenos Aires, 1968.

28. Vid. «El arte narrativo y la magia», en D. También, LAGOS, R. JLB, 1923-1980. *Laberintos del espíritu, interjecciones del cuerpo*, Barcelona, 1986, «El espacio literario: los misceláneos temas y la magia», pp. 171-175 y núm. 6.

te, convoca en la existencia contaminaciones que espejean experiencias fantasmales y suprasensibles.

6. Con todo, esa índole «fantástica» de la que funcionalmente se reviste la estética borgeana no deja de componer sin embargo, desde el subtexto atribuido al paradigma conservador, una imagen adyacente del modelo «mágico». Tal diseño estaría formado por:

a) La tesis sobre un Universo en el que toda sospecha de azar ha sido excluida.

Borges expresó en *La Biblioteca de Babel* y *La Lotería en Babilonia*, mediante el recurso a dos lúcidas metáforas, su entendimiento del Universo y del destino humano. La «biblioteca», que para el amante de los libros es sin duda un facsímil privado del Paraíso, y la «lotería», que por excelencia representa el vago y dadivoso azar, se tornan paródicamente en simbólicas imágenes del caos y la causalidad desde el vertiginoso abismo de su intensificación. El sistema, la racionalidad, se afantasma en desorden<sup>29</sup>. La libertad, la modernidad, se afiebra como determinismo<sup>30</sup>. El destino humano consiste, pues, en fatigar los caminos de una imprevisible red cuyo centro cabal es cualquier punto y su contorno abarca una extensión ilimitada<sup>31</sup>. La obsesiva búsqueda del sentido entrañará entonces apenas la intuición de que ese incesante e impenetrable laberinto es el inaprehensible, insoluble e inefable orden del caos. El dictamen menos dudoso de la terrenal y verdadera existencia se encuentra en el versículo de San Pablo (I, Corintios, XIII, 12): *Videmus nunc per speculum in aenigmate: tunc autem facie ad faciem. Nunc cognosco ex parte: tunc autem cognoscam sicut et cognitus sum*<sup>32</sup>. Finalmente, el pensamiento de una divinidad entendida como redactora<sup>33</sup> de las Sagradas Escrituras y del universo, libro de la Natu-

29. Vid HORST, K.A., «Intentions et hasard dans l'oeuvre de Borges», en *JLB*, L'Herme (Paris), 1964., esp. pp. 218 y 221, y LARIOS, L., «El mundo caótico de JLB», en *Papeles de San Armadans*, CCXXVII, 1975, pp. 115-120. Sobre el caos como fábrica y gobierno del mundo, «El jardín de los senderos que se bifurcan», en F. *Sobre el fracaso de lo racional como predictibilidad y la causalidad como fatalidad* «La muerte y la brújula», en F. y «El muerto», en *El Aleph* (en adelante A.) (1949).

30. Vid. «El Zahir» y «El Aleph», en A., cuyo recíproco temporal «es la infinita concatenación de efectos y causas en la historia universal», o «no hay hecho, por humilde que sea, que no implique la historia universal y su infinita concatenación de causas y efectos», resp.

31. Vid «La esfera de Pascal», en A.. También los poemas «El laberinto» y «Laberinto», en *Antología Personal* (1961). Además, DAUSTER, F., «Notes on Borges' Labyrinths», en *Hispanic Review* (Philadelphia), 30, 1962, pp. 142-148, BARRENECHEA, A.M., *La expresión de la irrealidad en la obra de JLB*. México, 1957, pp. 57-60, ISAACS, N.D., «The Labyrinth of Art in Four Ficciones of JLB», en *Studies in Short Fiction* (Newberry), IV, 1969, pp. 383-394, ROSA, N., «Borges o la ficción laberíntica», en LAFFORGUE, J., (ed.), *Nueva narrativa latinoamericana*, Buenos Aires, 1972, vol. II, pp. 140-173, y RODRÍGUEZ MONEGAL, E., *JLB. A Literary Biography*, New York, 1978, «The Inhabitant of the Labyrinth», pp. 37-47.

32. «El espejo de los enigmas», en *O.I.*

33. Vid. «Del culto de los libros», en *O.I.*, «La escritura de Dios», en A.

raleza (San Buenaventura, Bacon, Browne), se apareja bien con la permisión voluntarista (Occam, Duns Scoto) del antojo en alterar lo escrito<sup>34</sup>.

b) La tesis sobre la universal expiación de culpas por un pecado original.

La narrativa borgeana se alimenta de ese catálogo de atrocidades previstas en la indescifrable «ley de hierro» del destino<sup>35</sup> y por entero reservadas a la humanidad. Si en sus manifestaciones más tolerables son el pesimismo, desesperanza, sentimiento trágico de la vida, angustia, soledad, desamparo, no menudean tampoco en forma de violencias exacerbadas, abyectas e infamantes como homicidio, mutilación o tortura. A la base de lo atroz (implacable) contenido en cualquiera de esas disciplinas lacerantes hallaremos siempre como desgracia motivadora<sup>36</sup> alguna situación de infamia. El sentido del pecado original está secularizado en dos formas canónicas. Una, a través de conflictos de lealtades, en la delación, en la traición<sup>37</sup>. Otra, en una rivalidad edípica<sup>38</sup> relacionada con «la maciza realidad primordial del goce y sufrimiento carnales»<sup>39</sup>, con el horror a la cópula y las monstruosas propiedades del espejo en tanto acto y objeto de reproducción o incesante multiplicación<sup>40</sup>.

c) La tesis sobre el dolor en el ciclo de redención de culpas y reparación.

Sólo el dolor que se libera en los castigos equilibra la «variada infamia». Los instrumentos de humillación, oprobio, afrenta, ultraje ha-

34. Quizás detrás de todo ello se encuentre una ingeniosa combinatoria que acaso parta de lecturas y «reescrituras» sobre algunos textos leibnizianos. Vid. LEIBNIZ, G.W., *Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino*, con *Selección, estudio preliminar y notas* de C. Roldán Panadero y trad. R. Rodríguez Aramago y C. Roldán Panadero, Madrid, 1990, en espec. los trabajos de entre 1677 a 1710 recogidos en el cap. I, «Azar, destino, necesidad y providencia», pp. 3-54.

35. «Nuestro destino (a diferencia del infierno de Swedenborg y del infierno de la mitología tibetana) no es espantoso por irreal, es espantoso porque es irreversible y de hierro», en «Nueva refutación del tiempo», *O.I.*

36. Vid. LUSKY FRIEDMAN, M., *Una morfología de los cuentos de Borges*, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.

37. Vid. la posición de Sturluson, confundido entre sucesivas y contrarias lealtades, en «Las Kenningar», en *HE*. También la alternancia y confusión entre Aureliano y Juan de Panonia, apóstata u ortodoxo, en «Los teólogos», en A. Con claridad, «La forma de la espada» y «Tema del traidor y el héroe», en *F.*, y «Emma Zunz», en A.

38. O bien, el remordimiento de la omnisciente presencia materna. Vid. E. Canto, *Borges a contraluz*, Madrid, 1989, y ALIFANO, R., *Borges, biografía verbal*, Barcelona, 1988, pp. 130-131

39. Vid. «El truco», en *O.P.*

40. Vid. «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», en *F.*, «Los espejos velados», en *H.*, o «La noche de los dones», en *El Libro de Arena* (en adelante *L.A.*) (1975). En «El tintorero enmascarado Hakim de Merv», de *Historia Universal de la Infamia* (en adelante *HUI*) (1935), se lee: «Los espejos y la paternidad son abominables porque multiplican y afirman». Sobre el «espejo» como estructura narrativa en Borges. ALAZRAKI, J., *Versiones, inversiones, reversiones*. Madrid, 1977.

cen virtud del sacrificio de paso convirtiéndolo a su vez, como parte de un presente circunstancial que concorda pretéritos transitoriamente ultimados, en la condición que mitiga. Lo infame puede ser ignorado o conocido, demostrable o no, encontrarse manifiesto o estar implícito. El vejámen, por lo mismo, público, privado, probado, sin confirmación, encubierto, patente. La ofrenda, al igual, bien permanecer oculta y disimulada, sin jamás desvelarse, bien exhibirse y dominar ostensible y enfática. Serán entonces desde la venganza callada, espesa y torcida, al escarnio ruidoso, notorio y cierto<sup>41</sup>. Y así también, porque los viles tal vez fueran ruines y cobardes, o quizás bandidos, canallas, bribones, rufianes, bellacos, o acaso los réprobos más execrables, en correspondencia a todo ese posible muestrario *universal* toda una completa colección *universal* de bravos, fieros, corajudos, valientes, bizarros e hidalgos<sup>42</sup>. De ahí, pues, a mayor degradación y más grande agravio, mayor y más grande también la hondura y trascendencia en el sufrimiento y la entrega; del duelista, al guerrero<sup>43</sup>, y sobre todos ellos la autoinmolación del héroe. «(...) Qué importa nuestra cobardía si hay en la tierra / un sólo hombre valiente»<sup>44</sup>. En cuanto al inocente, si acaso lo hubiera, y a la reversibilidad de su dolor en provecho de los culpables, valga con recordar que «en un plazo infinito le ocurren a todo hombre todas las cosas... Así como en los juegos de azar las cifras pares y las cifras impares tienden al equilibrio, así también se anulan y se corrigen el ingenio y la estolidez... Sé de quienes obraban el mal para que en los siglos futuros resultara el bien»<sup>45</sup>.

#### «LA ESPADA GRAM». POST SCRIPTUM

No creo viable ir más allá de esta *adyacencia*, tampoco inconcebible afirmar que existe. También, quid pro quo, que hay donde interrumpirla, y que evitarlo traería los sin sentidos de todas aquellas insinuantes sugerencias que hicieron preferirla frente a *coincidencia*, *tangencia* o *paralelismo*.

---

41. Vid. «El jardín de los senderos que se bifurcan», «Tres versiones de Judas» «Tema del traidor y el héroe», «El milagro secreto», en *F.*, y «El muerto», «Emma Zunz», «Los teólogos», «Deutsches Requiem», «Abenjacan el Bojari, muerto en su laberinto», «La espera», «El hombre en el umbral», en *A.*

42. Vid. las narraciones de HUI.

43. Son numerosas las alusiones de Borges a sus ancestros militares, a la memoria de batallas, etc.; «Isidoro Acevedo», «Los Borges», «Alusión a la muerte del Coronel Francisco Borges»... De fama (o infamia) su admiración por compadritos gauchos y orilleros, «cuchilleros» y duelistas, así, «El otro duelo», en *El Informe de Broddie (1970)*.

44. «Invocación a Joyce», en *Elogio de la sombra (1969)*. Para el tema de la muerte y la desquilación de la personalidad, la desrealización absoluta por el olvido, vid. SUCRE, G., «Borges: el elogio de la sombra», en ALAZRAKI, J., (ed.), JLB. *El escritor y la crítica*. Madrid, 1976, pp. 101-116.

45. «El inmortal», en *A.*

La adyacencia se propuso como una relación de grado, la que va de «mágico» a «fantástico». Significa que, en principio, la relación debe consentirse y mantenerse porque permanece en la índole de un mismo paradigma. Sin embargo, no se han despreciar cada una de las diferencias de énfasis y de tono, sumamente reveladoras.

Justamente aquí la espada Gram separa irremisiblemente el lecho común para que un *precursor* (precursor al estilo de una lectura borgeana) no reciba el indebido atributo de *preceptor*. Pone una distancia precisa y esencial. La que va de aquel conservadurismo en la literatura borgeana de intencionalidad fantástica —si es que escribir Borges y Literatura, o literatura fantástica no es ya por partida doble una tautología— al conservadurismo «mágico» en De Maistre, se capta a mi criterio allí donde uno formó ficción en la realidad tomando conciencia de la libertad de invención, mientras otro negaba libertad de invención a la realidad de una ficción.

En este sentido, no será ocioso insistir que, si bien el conservadurismo «mágico» parece hoy haber abandonado ya para siempre el ropaje externo de los antiguos hechiceros caldeos, olvidado la hermética memoria cabalista y perdido definitivamente los formularios prodigiosos de Paracelso, viéndose pues reducido a poco más que puro «ilusionismo», aun sólo como truco de ilusión, su fin último sigue siendo todavía precisamente el producir un efecto de *realidad* y por tanto, en la medida de lo posible, suplantarla. Es necesario, por eso mismo, recordar que en Europa existen actitudes con suficiente capacidad —y a no dudarlo en más de un caso otra vez lo habrían comenzado demostrar— para confundir a los más crédulos, y, por entre modernos sortilegios intolerancia y el siempre ubicuo remedio de la xenofobia, también de convocar nuevamente la presencia del terrible viejo Golem o de engendrar los más feroces y siniestros íncubos purificadores. Y es lo cierto, en efecto, que el verdugo de De Maistre no está desocupado en todas partes y que incluso en ocasiones actúa a rostro descubierto.

En cuanto a lo que pueda referirse desde esta eventual categoría de conservadurismo «fantástico» por relación a otros menos fantásticos, más reales, quisiera pensar que para la mayoría, esto es, sobre la todavía considerable *boutade* inventiva de unos y, por fortuna, también sobre el convulso collage de ansiedades en algunos otros, cuando menos debiera hoy haber quedado ya asentada la convicción de que, como el mismo Borges escribió, «la imposibilidad de penetrar el esquema divino del universo no puede, sin embargo, disuadirnos de plantear esquemas humanos aunque nos conste que éstos son provisorios»<sup>46</sup>, siendo entonces del todo «inútil responder que la realidad también está ordenada. Quizás lo esté, pero de acuerdo a leyes divinas —traduzco: leyes inhumanas— que no acabamos nunca de percibir. Tlön será un laberin-

---

46. «El idioma analítico de John Wilkins», en *O.I.*

to, pero es un laberinto urdido por hombres, un laberinto destinado a que lo descifren los hombres»<sup>47</sup>.

Si no sucede así, ya desde el principio y más allá de toda fabulación, lo que se reproduce es una historia que va narrada en coincidencias, tangencias y paralelismos todos ellos quizás tan variables en la forma como, en el fondo, bien poco diferentes entre sí.

---

47. «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», en *F.*



## El movimiento del Derecho libre

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

Las concepciones jurídicas que aparecen como dominantes durante determinados períodos históricos se van debilitando a medida que se producen cambios importantes no sólo en la realidad social sino también en la propia realidad jurídica. Cuando un pensamiento, aunque haya sido fecundo y provechoso en determinados aspectos, no es capaz de adaptarse a las nuevas realidades termina por sucumbir ante el empuje de nuevas ideas que, de uno u otro modo, conectan con las necesidades y aspiraciones propias de su tiempo. El denominado movimiento del Derecho libre <sup>1</sup> (*Freirechtsbewegung*) surge precisamente en un momento de profundas transformaciones y —a pesar de su corta duración— sirvió para dinamitar los cimientos sobre los que se habían sustentado a lo largo del siglo XIX algunos de los dogmas de la ciencia jurídica tradicional.

Aunque el movimiento del Derecho libre se desarrolla fundamentalmente en Alemania y Austria ello no impide que algunas de sus ideas se introduzcan en la mentalidad de muchos juristas tanto teóricos como prácticos de otros países. Estamos en presencia de una nueva concepción del fenómeno jurídico que va a triunfar —al menos en sus aspectos más relevantes— de un modo definitivo. La intención del pre-

---

1. Una visión de conjunto sobre el movimiento del Derecho libre puede verse en los siguientes trabajos: RIEBSCHLÄGER, K. *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker-Humblot, 1968; MOENCH, D. *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt am Main, Athäneum, 1971; LOMBARDI VALLAURI, L. *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1971 (esta obra es la traducción al alemán del capítulo 3.º del libro del mismo autor *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1967); SCHMIDT, J. *Das «Prinzipielle» in der Freirechtsbewegung*, Bonn, H. Bouvier, 1968. También, aunque de menor interés, KANIGS, H. *25 Jahre Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung eines Methodenstreites über die Rechtsanwendung*, Berlin, 1932 (tesis doctoral).

sente trabajo es mostrar cuáles son las ideas fundamentales propuestas por los representantes más destacados de esta corriente. A este respecto conviene advertir que nuestra atención se va a centrar preferentemente en los tres autores más significativos: Eugen Ehrlich<sup>2</sup>, Hermann Kantorowicz<sup>3</sup> y Ernst Fuchs<sup>4</sup>. Hay dos motivos que justifican el interés de la investigación: en primer lugar, la falta de atención e incluso el desconocimiento que existe en nuestro país sobre el movimiento del Derecho libre. Este desconocimiento ha provocado con cierta frecuencia la emisión de juicios —en general, de carácter negativo— que, o bien carecen de fundamento, o no se ajustan a la realidad. En segundo lugar, podrá observarse que muchas de las cuestiones abordadas por esta corriente siguen conservando una palpitante actualidad teniendo en cuenta que afectan a los problemas básicos del Derecho. La distancia histórica permite realizar hoy una valoración exenta de los prejuicios, pasiones y enfrentamientos que caracterizaron el nacimiento y el desarrollo de este movimiento.

Para explicar cuáles son las causas de la aparición del movimiento del Derecho libre es necesario situarlo en el contexto histórico en el que surge. Kaufmann afirma con razón que este movimiento «fue un hijo de su tiempo» y por eso podría decirse que en la actualidad «el movimiento como tal está muerto»<sup>5</sup>. Sin embargo, si analizamos sus ideas desde la perspectiva de la praxis jurídica puede decirse que ha sobrevivido en la medida en que algunas de ellas se han incorporado al pensamiento jurídico actual.

---

2. Entre las obras más importantes de EHRlich pueden citarse las siguientes: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker-Humblot, 4.<sup>a</sup> ed., 1989, ed. a cargo de M. Rehbinder (la 1.<sup>a</sup> ed. de esta obra es de 1913); *Die juristische Logik*, Aalen, Scientia, 1966 (reimp. de la 2.<sup>a</sup> ed. de Tübingen de 1925). Hay dos recopilaciones a cargo de M. Rehbinder que recogen diversos escritos de Ehrlich: *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1967 y *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin, Duncker-Humblot, 1986. Una lista de todas las obras de Ehrlich se incluye en el libro de REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker-Humblot (2.<sup>a</sup> ed.) 1986.

3. Los escritos más importantes de Kantorowicz están recogidos en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962, con prólogo de Th. Württenberger. Además, *The definition of law*, Londres, The syndics of the cambridge university press, 1958 (hay traducción castellana por la que se citará, *La definición del Derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, introd. de A. L. Goodhart, trad. de J. M. de la Vega) y *Tat und Schuld*, Zürich-Leipzig, Orell Füssli, 1933.

4. Las obras de Fuchs se encuentran recogidas en *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, prólogo de A. Kaufmann y epílogo sobre la vida de Fuchs de Albert. S. Foulkes; y *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Aalen, Scientia, 3 vols. (1970, 1973 y 1975), ed. y prólogo a cargo de Albert. S. Foulkes.

5. KAUFMANN, A. «Introducción» en *Gerechtigkeitswissenschaft, cit.*, pp. 2 y 19. Este trabajo fue publicado antes con el título «Freirechtsbewegung-lebendig oder tot?» en su *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns (2.<sup>a</sup> ed.), 1984, pp. 231-249.

Durante el siglo XIX la ciencia jurídica alemana se había esforzado en construir un sistema de conceptos pretendidamente completo con la intención de utilizarlo como instrumento apto para la resolución de los diferentes casos «reales». De este modo la *Begriffsjurisprudenz* se fue alejando de la vida real y no percibió los cambios que estaban teniendo lugar en todos los órdenes de la convivencia. La crítica de la *Freirechtsbewegung* se dirige precisamente contra este alejamiento de la realidad. La revisión de los principios básicos que habían alimentado a la llamada jurisprudencia de conceptos se presentaba como una auténtica necesidad. Por otra parte, la entrada en vigor en el año 1900 del código civil alemán inspirado en esta concepción suponía —en opinión de los *Freirechtler*— un importante retroceso para el desarrollo jurídico. En 1908 se quejaba Fuschs <sup>6</sup> —con razón— del distanciamiento que había tenido lugar entre la vida social y la actividad de los juristas. La primera se había transformado radicalmente: las condiciones económicas, la industria, la técnica, el comercio, etc. Por el contrario, la ciencia jurídica permanecía estática como en la Edad Media utilizando un método a todas luces inapropiado sin darse cuenta que ya no servía para responder a las nuevas necesidades.

Desde una perspectiva histórica la obra de Ehrlich *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* <sup>7</sup> publicada en 1903 constituye el punto de partida y, hasta cierto punto, el documento fundacional del movimiento del Derecho libre. Este opúsculo que recoge una conferencia pronunciada por Ehrlich el 4 de marzo de 1903 en Viena contiene las ideas básicas que serán desarrolladas después por un nutrido grupo de juristas que de una u otra forma pueden adscribirse a la *Freirechtsbewegung*. Ciertamente resulta difícil precisar con exactitud cuáles son los límites del movimiento pues lo primero que puede decirse es que no se trata de una escuela en el sentido tradicional del término <sup>8</sup>. Sus representantes coinciden en las críticas a la Jurisprudencia tradicional pero las soluciones propuestas varían considerablemente en los diferentes autores. Desde este punto de vista podría afirmarse que no existe unidad en los resultados aunque sí se produce coincidencia en relación con el punto de partida.

---

6. «Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 66 y ss.

7. Recogida en *Recht und Leben*, cit., pp. 171 y ss.

8. En este sentido, las atinadas observaciones de LOMBARDI, L. *Geschichte des Freirechts*, cit., pp. 37 y ss. Para una exposición detallada de la historia del movimiento me remito a esta obra (pp. 43 y ss.) y también a la de RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung*, cit., p. 26 y ss. Sobre los antecedentes del movimiento, vid. KANTOROWICZ, H., «Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre», 1925, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 41-67. También del mismo autor «Die Epochen der Rechtswissenschaft»; este artículo fue publicado en la revista *Die Tat* (1914) y lo recoge RADBRUCH, G., en su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, Scherer, Heidelberg, pp. 61-75.

El origen doctrinal más inmediato de todo el movimiento hay que situarlo en el pensamiento de Gèny. Todos los representantes del Derecho libre coinciden en señalar a este autor como el principal inspirador del movimiento. Su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899 provocó un cambio radical en la mentalidad de muchísimos juristas. También la obra de Oskar Bülow *Gesetz und Richteramt* de 1885 es considerada como un antecedente más o menos directo del movimiento. No obstante, hay que advertir que este autor mantuvo una actitud bastante crítica respecto a los desarrollos posteriores del Derecho libre. El propio Gèny aun reconociendo algunos de los méritos del movimiento se muestra crítico en relación con determinados excesos<sup>9</sup>.

Sea como fuere la aparición del movimiento del Derecho libre provocó una reacción —generalmente negativa— que se plasmó en una abundantísima literatura. Casi todas las revistas de la época (de un modo muy especial la *Deutsche Richterzeitung* y la *Deutsche Juristenzeitung*) dedicaron muchas de sus páginas a la discusión de las nuevas propuestas formuladas por los representantes del Derecho libre. La imagen negativa de esta corriente se debe fundamentalmente al tono virulento y agresivo empleado por algunos de sus defensores. Sin embargo, se trata de una mera anécdota que no tiene mayor importancia. Hans Reichel, al que puede considerarse un representante moderado de esta corriente decía en 1915 con acierto que «algunos de los partidarios del Derecho libre han adoptado un tono violento, y a éstos desde luego se les ha denominado radicales. Pero ¿es que no van quizá en la materia misma mucho más allá que aquellos pretendidos radicales otros investigadores que, apartándose del estrépito del debate, trabajan silenciosamente y formulan sus demandas científicamente, sin pretensiones? El radicalismo no puede ser cosa que dependa de la fortaleza de la voz»<sup>10</sup>. En efecto, muchas de las expresiones contenidas en los escritos de Kantorowicz y Fuchs invitan a pensar que representan el ala radical del movimiento. Sin embargo, en el tratamiento de los diferentes problemas hay otros muchos autores que defienden las mismas ideas e incluso puede decirse que van más allá y, por tanto, son más radicales aun cuando en la forma aparezcan como más moderados.

A continuación, vamos a procurar analizar de un modo ordenado y por separado los diferentes problemas que fueron discutidos en el seno del movimiento del Derecho libre comenzando en primer lugar por la concepción acerca del fenómeno jurídico.

9. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence (2.<sup>a</sup> ed.) 1919, 2 vols. El capítulo 4.<sup>o</sup> del vol. II está dedicado íntegramente al movimiento del Derecho libre (pp. 330-403). Especialmente pp. 376 y ss., 391-392 y 397 y ss.

10. REICHEL, H. *La ley y la sentencia*, Madrid, Reus, 1921 trad. de E. Miñana Villagrasa, p. 39. Vid. del mismo autor «Zur Freirechtsbewegung», en *Deutsche Richterzeitung*, 1910, pp. 464 y ss.

## 1. EL DERECHO COMO PRODUCTO DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO: EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

La práctica totalidad de las corrientes jurídicas del siglo XIX habían sostenido invariablemente —con la excepción de la escuela histórica del Derecho, al menos en sus inicios— que el Derecho tiene su origen en la voluntad del Estado. Después de la codificación el Derecho —todo el Derecho— se encuentra en los códigos. El legislador racional construye de este modo un sistema de reglas coherentes, generales y abstractas que han de servir para dar respuesta a todos los casos imaginables que se puedan plantear en la práctica. El Estado no sólo tiene el monopolio de la producción jurídica sino que además la creación del Derecho responde a un esquema completamente racional que no admite ningún tipo de fallo. Es verdad que también existe el Derecho consuetudinario pero tiene un carácter subsidiario y, en ningún caso, se tolera que pueda prevalecer sobre las disposiciones estatales y, con mucha más razón, que pueda contradecirlas.

Por consiguiente, la creación del Derecho corresponde exclusivamente al Estado y más concretamente, conforme a la clásica división de poderes, al poder legislativo. La intromisión de cualquier otra instancia en la producción jurídica era considerada ilegítima y, en consecuencia, rechazable como perniciosa.

Pues bien, el dogma de la estatalidad del Derecho va a ser duramente criticado por todos los representantes del Derecho libre. Naturalmente ello no supone negar el carácter jurídico al Derecho de procedencia estatal. Lo único que se quiere demostrar es que junto al Derecho del Estado existe también otro Derecho cuyo origen y desarrollo es totalmente independiente. Y lo que es más importante ese «otro Derecho» tiene una vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades. En algunos autores, como por ejemplo Ehrlich, se infravalora el papel y la importancia del Derecho estatal, pero en cualquier caso, se afirma la necesidad de acudir a lo que podríamos llamar realidades jurídicas extraestatales como el único procedimiento posible para el conocimiento auténtico del Derecho. El *lebendes Recht*, en la terminología de Ehrlich, o el *freies Recht* en la de Kantorowicz y Fuchs constituyen auténticos Derechos que regulan de un modo efectivo las relaciones de los hombres en la vida social. El Estado, por consiguiente, no es la fuente principal del Derecho, sino la sociedad misma<sup>11</sup>. Incluso el Derecho estatal en su mayor parte tiene su origen en la sociedad con lo que el Estado se limitaría a formalizar un Derecho que tiene una existencia previa. En este sentido decía Kantorowicz que «el

---

11. A este respecto señala Ehrlich en el prólogo de la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* que «Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst».

Derecho libre va formando sus amplios círculos y vive con independencia del Derecho estatal. Pero no se puede decir lo contrario. El Derecho libre es el suelo del que procede el Derecho estatal: casi todos los pensamientos legislativos han existido antes como principios del Derecho libre»<sup>12</sup> y, además, este Derecho libre no sería secundario sino que tendría por lo menos la misma influencia y poder que el Derecho estatal<sup>13</sup>.

Por consiguiente, a partir de ahora lo que se pretende es conocer ese otro Derecho que se produce al margen de la actividad estatal. ¿Cuál es su origen? ¿cómo se forma? ¿cuál es su contenido? ¿cuáles son sus límites? etc. Las respuestas varían dependiendo de cada autor pero lo que parece indudable es que se modifica el sistema tradicional de fuentes. Se empieza a hablar de ciertas ideas tales como «justicia social», «equidad», «bien común», «conciencia jurídica» y «sentimiento jurídico»<sup>14</sup>. Todas ellas —a pesar de las dificultades para determinar su contenido, en todo caso variable— se constituyen como auténticas «fuentes» para la obtención de decisiones jurídicas. La ley es simplemente una fuente más que proporciona respuesta a un número muy limitado de casos. Todas estas ideas formarían parte del Derecho libre. De un modo singular se considera a la ciencia jurídica —al menos Kantorowicz— como auténtica fuente del Derecho. La ciencia jurídica debe transformarse profundamente, especialmente por lo que se refiere a su relación con la ley: «ha llegado la hora de tomar en serio el lema de la ciencia como fuente del Derecho». Lo que debe hacer es «apartar los elementos marchitados de la ley y hacer madurar los florecientes. Bien es verdad que con todo ello deja de ser por completo mero conocimiento de lo ya conocido» y se convierte en auténtica creadora del Derecho<sup>15</sup>. El descubrimiento de un Derecho al margen de la ley, la *freie Rechtsfindung*, coloca al jurista en una posición de mayor libertad y sobre todo impide que éste se convierta en un mero servidor de la «legislación». Se reclama, por tanto, un papel más activo frente a la ley y la posibilidad de buscar nuevos caminos para el hallazgo del Derecho superando los estrechos márgenes establecidos por las leyes.

En definitiva, la concepción estatal del Derecho<sup>16</sup> que había constituido uno de los presupuestos fundamentales del pensamiento jurídico durante decenios debe ser abandonada entre otras razones porque se encuentra desfasada y, además, no responde a la realidad. Naturalmente, la nueva concepción que emerge rechazando con decisión el dogma

---

12. «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», 1906, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 18. (hay trad. castellana: *La lucha por la ciencia del Derecho*, en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, trad. de W. Goldschmidt).

13. *Ibidem*, p. 17.

14. FUCHS, E. *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., pp. 71 y ss.

15. KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 21.

16. Sobre la concepción estatal del Derecho y su crítica vid. EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., pp. 86 y ss. y 147 y ss.

de la estatalidad del Derecho produce inevitablemente modificaciones importantes que afectan a la metodología jurídica, a la creación del Derecho, al papel que deben desempeñar los jueces y a la propia formación de los juristas.

Parece que esta nueva concepción debía empezar por ofrecer un concepto del Derecho más amplio en contraposición a la noción tradicional que reducía el Derecho al Derecho estatal. Sin embargo, la determinación del concepto del Derecho no fue un tema que preocupara en exceso a los representantes del Derecho libre y, en todo caso, resulta difícil hablar de una idea sobre el Derecho que sea común a todos estos autores. Su esfuerzo se centró más bien en demostrar lo que no es Derecho y cómo las diferentes características tradicionalmente atribuidas al fenómeno jurídico resultan insuficientes en la medida que suponen una simplificación. Por ejemplo, la imperatividad o la coacción y, por supuesto, el origen estatal del Derecho<sup>17</sup>.

Teniendo en cuenta estas dificultades la única alternativa que se nos presenta es la de analizar los diferentes problemas que plantea la realidad jurídica y a partir de ahí intentar extraer una noción más o menos precisa sobre lo que es el Derecho en la visión de la *Freirechtsbewegung*.

## 2. LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

Comencemos por el problema de las lagunas<sup>18</sup> que, ciertamente, se convirtió en uno de los temas favoritos y centrales de todo el movimiento lo que resulta comprensible si tenemos en cuenta que la misión fundamental del Derecho libre es colmar las lagunas. En uno de sus primeros escritos se preguntaba Ehrlich sobre el éxito del famoso artículo 4 del código civil francés que prescribía a los jueces la obligación de resolver todos los casos suponiendo que el código solucionaba todas las cuestiones jurídicas. Su respuesta es decididamente negativa. Ni tan siquiera el Derecho prusiano que había sido construido conforme a un esquema casuístico se había aproximado a la consecución de esta meta<sup>19</sup>. Y el motivo para Ehrlich, como para los demás representantes del Derecho libre, es evidente: resulta absolutamente imposible que en uno o varios códigos se encuentren todas y cada una de las reglas y principios necesarios para resolver cualquier controversia jurídica.

17. En este sentido KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, cit., pp. 44 y ss. y 97 y ss. También EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 63 y ss. y 124 y ss.

18. Cfr. SEGURA ORTEGA, M. «El problema de las lagunas en el Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, pp. 285-312.

19. «Über Lücken im Rechte» (1888), en *Recht und Leben*, cit., p. 81.

Por consiguiente, la existencia de lagunas en todo ordenamiento jurídico es un hecho indiscutible. Esta afirmación pretende acabar con el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico que formaba parte de la cultura jurídica continental y que había supuesto la negación de las lagunas puesto que se pensaba en un legislador racional capaz de prever todos los futuros supuestos que pudiesen darse en la vida real.

Pero, además, la existencia de lagunas no es considerada como un fenómeno excepcional que pueda presentarse en determinadas ocasiones. Por el contrario, la regla general es la presencia de numerosísimas lagunas en cualquier sistema jurídico. Baste recordar las expresivas palabras de Kantorowicz al respecto: «puede afirmarse que (en la ley) hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características, sólo pocos han sido definidos y esos pocos sólo por medio de otros conceptos a su vez indefinidos»<sup>20</sup>. En la actualidad parece que nadie duda de la insuficiencia de cualquier sistema jurídico para dar respuesta a través de la ley a todos y cada uno de los problemas que se puedan plantear. En definitiva, la existencia de lagunas es defendida hoy casi con total unanimidad porque aparece como algo evidente. Pero en el momento en el que la *Freirechtsbewegung* llama la atención sobre el problema no sólo no era una evidencia sino que, por el contrario, podía considerarse hasta cierto punto como una excentricidad el realizar una afirmación como esta<sup>21</sup>. Por ello hay que reconocerle el mérito de haber demostrado el carácter ficticio del llamado principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

La crítica contra el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico se dirige en dos direcciones que pueden diferenciarse claramente. En primer lugar, se afirma la insuficiencia —podría decirse que congénita— de las disposiciones generales y abstractas para regular el variadísimo y complejo entramado de las relaciones sociales y, en segundo lugar, se niega abiertamente que los propios medios ofrecidos por los diferentes sistemas jurídicos sean idóneos para solucionar las lagunas y, en definitiva, para ofrecer reglas al juez a la hora de adoptar la decisión jurídica. Empecemos por la insuficiencia de la ley y el derecho consuetudinario.

---

20. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 18. También *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, cit., pp. 61-62. Fuchs también es categórico al respecto al afirmar que «*Der Richter steht unter dem Gesetz. Niemand bestreitet, dass überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist. Das sind aber nicht die Rechtsfälle, die unsere zahlreiche Bände von Entscheidungen des Reichsgerichts und der andere Gerichte füllen; sondern diese beschäftigen sich mit den Fällen, wo das Gesetz unklar ist oder schweigt... Woher aber holt der Richter die Entscheidung, wenn das Gesetz für den Fall zweifelhaft ist oder schweigt?*» en *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 70.

21. En este sentido KAUFMANN, A., en la Introducción a la *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., p. 7.



Como el Derecho es un producto espontáneo que se desarrolla en la sociedad se va modificando a medida que las necesidades sociales cambian. Constituye una mera ilusión la pretensión de querer encerrar en los códigos las múltiples relaciones que se dan en la vida jurídica ya que «el espíritu vivo del Derecho no se detiene ni un solo día»<sup>22</sup>. «Todo el Derecho vivo en nuestra sociedad actual no puede ser encerrado en artículos, lo mismo que un torrente no puede ser atrapado en un estanque»<sup>23</sup>. Tampoco el Derecho consuetudinario puede satisfacer estas necesidades. Ni tan siquiera respecto del Derecho libre podría predicarse la plenitud<sup>24</sup>. Lo que ocurre, desde un punto de vista cuantitativo, es que las normas del Derecho libre, cuya misión es colmar las lagunas de la ley y del Derecho, consuetudinario, son mucho más numerosas y tienen mayor importancia que el «Derecho formalizado» y por eso este Derecho está siempre y necesariamente lleno de lagunas<sup>25</sup>.

La generalidad y la abstracción de las normas, tanto legales como consuetudinarias, suponen inevitablemente un alejamiento de la realidad ya que se trabaja con previsiones o hipótesis que después deben ser utilizadas para ser aplicadas a casos concretos en los que se presentan infinitud de matices que no pueden estar recogidos en las normas. Por tanto, ya sea de un modo total o parcial las normas son insuficientes. Solamente la norma individual, esto es, la decisión del juez que valora todas las circunstancias, que observa y analiza la realidad, puede tener carácter completo. Pero esta norma individual que resuelve una determinada controversia no es obtenida —se podría decir que en ningún caso— a través de una operación deductiva. En la visión de los representantes del Derecho libre el procedimiento es exactamente el contrario. Lo individual y lo concreto es lo que da vida al Derecho; precisamente por eso las decisiones jurídicas no pueden ser concebidas como el resultado de simples procesos lógicos. Y aquí es donde el Derecho libre hace acto de aparición, un Derecho que surge espontáneamente en el seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez del Derecho estatal<sup>26</sup>.

---

22. FUCHS, E., «Was will die Freirechtsschule?», 1929, en *Gerechtigkeitswissenschaft, cit.*, p. 28.

23. EHRLICH, E., «Die Erforschung des lebenden Rechts», 1991, en *Recht und Leben, cit.*, p. 14.

24. En este sentido KANTOROWICZ, H., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, cit.*, p. 19.

25. Así lo afirma expresamente FUCHS, «Juristischer Kulturkampf», 1912, en *Gesammelte Schriften (vol. II), cit.*, pp. 25-26.

26. Como se indicó antes es difícil precisar qué se entiende por Derecho libre. Probablemente la descripción más completa se encuentra en KANTOROWICZ, «Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie», 1928, en *Rechtswissenschaft und Soziologie, cit.*, pp. 93-95.

La afirmación de que el Derecho estatal y consuetudinario es, a tenor de lo expuesto, claramente insuficiente conduce inexorablemente a defender la idea de la existencia de lagunas. Sin embargo, si los defensores del Derecho libre tienen razón y la descripción que hacen es correcta debemos preguntarnos qué es lo que sucedió antes de que se tomara plena conciencia del carácter ficticio de la llamada plenitud hermética del orden jurídico. O expresado en otros términos ¿qué Derecho aplicaban los jueces cuando se encontraban en estas situaciones? La respuesta es contundente: siempre, y no sólo ahora, han aplicado Derecho libre cuya función principal ha sido, es y será colmar las lagunas. Bien es verdad que en la mayoría de los casos tal aplicación se ha realizado inconscientemente y recurriendo, al menos formalmente, a justificaciones bastantes forzadas. Pero en el fondo el procedimiento no podía ser otro. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «sólo el Derecho libre con la espontaneidad de sus decisiones y la claridad emotiva de su contenido frente al caso concreto, puede colmar las lagunas y de hecho siempre las colmó». En realidad no habría ningún cambio por el hecho de que «el jurista que colma las lagunas y que indudablemente modifica la ley, estime esta actividad como inadmisibles» al no practicarla de un modo consciente <sup>27</sup>.

Con ello entramos en la crítica a la supuesta idoneidad de los medios que ofrece todo sistema jurídico para eliminar las lagunas de las que hablábamos páginas atrás. Es cierto que la concepción jurídica tradicional confiaba ciegamente en la perfección de los códigos; no obstante, también es cierto que admitía —si bien excepcionalmente— la posibilidad de que pudieran producirse algunas lagunas en la ley. En tales casos, el propio sistema jurídico habilitaba los medios necesarios para obtener una solución. La ley no era absolutamente perfecta pero al menos indicaba minuciosamente cuál era el camino que debía seguir el juez para colmar la laguna. Los procedimientos tradicionales de interpretación que recibieron un amplísimo tratamiento en la dogmática jurídica alemana del siglo XIX también van a ser profundamente revisados por los representantes del Derecho libre. De un modo especial se va a dedicar una atención singular a la analogía del objeto de demostrar que en tales casos lo que tiene lugar es una auténtica creación del Derecho por parte del juez. No puede seguir ocultándose la actividad creadora del juez bajo los subterfugios formales de la lógica. En este punto sí puede decirse que hay una total coincidencia entre todos los autores del Derecho libre.

Si exceptuamos a Ehrlich, uno de los primeros autores destacados del movimiento que critica (en 1905) los sistemas clásicos de interpretación fue Stampe. Para este autor es importante que de una vez por todas se reconozca abiertamente que los métodos de interpretación —y de un modo especial, la analogía— nada tienen que ver con las propias

---

27. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, cit.*, pp. 18-19.

disposiciones legales. Se ha intentado demostrar que la analogía es un procedimiento lógico y que, al fin y al cabo, trata de descubrir el contenido de la ley para aplicarla a un caso similar no previsto. Pero en realidad se trata de un caso especial de *Rechtsfindung* que trabaja con otros medios, singularmente a través de «consideraciones sociales comparando los valores que subyacen en los intereses en conflicto»<sup>28</sup> y, naturalmente, tales valores no pueden encontrarse en la ley.

En contra de lo que se había venido defendiendo hasta ahora se insiste en el hecho de que en todos aquellos supuestos que no están claramente resueltos por la ley —y son la mayoría— el juez realiza de un modo constante valoraciones. De este modo incorpora a la decisión judicial elementos nuevos que no extrae de la ley y, por consiguiente, crea Derecho por más que la eficacia de la decisión jurídica sea limitada. Hay que reconocer que constituye una pura ilusión decir que la interpretación extensiva, la *analogia legis* y la *analogia iuris* se mueven dentro del ámbito de la ley mientras que la creación *ex novo* por parte del juez es contraria a la ley; «en realidad, no puede establecerse una limitación de este tipo»<sup>29</sup>.

En el fondo lo que se critica es que todos los medios de interpretación puedan ser concebidos como la aplicación de reglas o principios lógicos. Detrás de esta apariencia formal se encuentra la voluntad del sujeto que interpreta y aplica normas jurídicas con la intención de obtener un resultado determinado. Y en función de tal resultado, de la corrección o la razonabilidad de la decisión, la justifica acudiendo a uno u otro criterio interpretativo. Lo mismo sucede cuando se manejan principios jurídicos que son contradictorios; se utilizan unos u otros no porque las reglas de la lógica indiquen la idoneidad de uno u otro en el caso de que se trate sino, exclusivamente, por el deseo de que la decisión tenga un determinado contenido. Pero lo importante es que tal contenido no viene determinado ni está condicionado por la ley, sino que es el resultado de la actividad creadora del juez. Por eso decía Radbruch que «el reconocimiento de las lagunas de la ley va unido, para el movimiento del Derecho libre, con el reconocimiento de la función creadora del juez»<sup>30</sup>. Estas ideas fueron expresadas con magistral acierto por Kantorowicz. Hablando de los métodos de interpretación y del modo de proceder de los juristas dice: «la interpretación extensiva o analógica en un caso, y la literal o restrictiva en otro, no se encuentra en la ley ni en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad, bien en la voluntad de conseguir los resultados deseados, bien en la volun-

---

28. STAMPE, E., «Rechtsfindung durch Interessenwägung», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1905, p. 715. Del mismo autor puede verse «Rechtsfindung durch Konstruktion» y «Gesetz und Richtermacht» ambos en la misma revista y año, pp. 417-422 y 1017-1022. También «Aus einem Freirechtslehrbuch», en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1991, (núm. 107), pp. 274-315.

29. FUCHS, E. *Juristischer Kulturkampf*, cit., p. 85.

30. RADBRUCH, G., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

tad de evitar los no deseados. No aceptamos una construcción con todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más natural, la mejor sino que, al contrario, una construcción nos parece la adecuada si sus consecuencias pueden ser las queridas por nosotros»<sup>31</sup>.

Con todo ello lo que se quiere poner en manifiesto es que en la actividad judicial consistente en colmar lagunas no se trabaja exclusivamente con normas legales, sino que entran en juego otros elementos extrajurídicos que tienen que ser introducidos por el juez. Por eso se podía decir con razón que lo fundamental del nuevo método no era «otorgar al juez una mayor libertad» sino que «lo esencial del nuevo método era que en la decisión de casos concretos se utilizan criterios cuyo contenido no es obtenido en la esfera jurídica (en el sentido positivo del término) sino que pasan a ocupar un lugar destacado los valores éticos, económicos y también políticos»<sup>32</sup>. Como tales criterios no pueden ser suministrados por la ley el único camino posible es que el juez observe y valore la realidad, los intereses en conflicto, las necesidades sociales, etc., y en función de todo ello obtenga la decisión. Se trata, pues, de salirse del estrecho margen establecido por las disposiciones legales en cuanto a la búsqueda del Derecho. Y hay dos razones para ello: en primer lugar, que la senda establecida por el legislador a través de los métodos de interpretación no es una senda lógica; es inútil, por tanto, pretender limitar la actividad del juez en base a reglas supuestamente lógicas. Y en segundo lugar porque no se puede eliminar la función creadora del juez aunque se intente.

En consecuencia, lo que se pide es una modificación radical no ya sólo de los esquemas jurídicos tradicionales sino también de la propia legislación. Todos los representantes del movimiento del Derecho libre se quejan insistentemente del flaco favor que se ha hecho para el desarrollo del Derecho con la aprobación del código civil alemán de 1900. Se trata de un código elaborado conforme a unos principios que ya han dejado de tener vigencia. El modelo alternativo que proponen está representado por el código civil suizo cuyo artículo primero vendría a recoger los postulados fundamentales del Derecho libre. Los elogios que se hacen de este código son constantes ya que en opinión de los *Freirechtler* consagraría el principio básico de creación del Derecho por parte del juez<sup>33</sup>. En el mismo se establece que cuando falta una disposición legal aplicable y tampoco existe costumbre el juez debe resolver según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. Según Fuchs el nuevo método propugnado por el movimiento del Derecho libre ha sido formulado por primera vez por el legislador en este

---

31. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 24.

32. RUNDSTEIN, G. «Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins», en *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910, p. 8.

33. Sobre el alcance y sentido del artículo primero del código civil suizo puede verse la obra de MEIER-HAYOZ, A. *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Iuris, 1951, .

artículo primero del código suizo<sup>34</sup>. Por fin se ha reconocido que la ley y el Derecho consuetudinario son insuficiente y, por fin, se deja al juez que se coloque en la misma posición que el legislador. Por supuesto hay una diferencia importantísima ya que el juez debe crear una norma individual que sólo tendrá, en principio, eficacia entre las partes pero, desde la perspectiva de la creación del Derecho, la posición de juez es igual de libre que la del legislador. A todo esto habría que añadir una ventaja adicional y es que el juez al crear una norma individual y tener presente un caso concreto puede conocer el problema de un modo mucho más directo que el legislador.

Por tanto, podemos observar que no se discute el poder del Estado para la elaboración de normas aunque éstas sean siempre por su propia naturaleza insuficientes. Se reclama un código civil para Alemania pero radicalmente distinto al que se aprobó en 1900. «Un buen código civil tiene que contener una colección de reglas de oro como el suizo y no como el nuestro (el alemán) que es doctrinario, completamente incomprensible para el pueblo y pedante»<sup>35</sup> porque ha sido elaborado conforme al espíritu de la jurisprudencia de conceptos. De cualquier forma, la exigencia de contar con un código civil (y otras leyes) elaboradas conforme al nuevo espíritu no triunfó, ni tan siquiera parcialmente. Degradadamente, en Alemania no fue posible la aprobación de un código «moderno» al estilo del suizo pero ello no debe ser un obstáculo para que la administración de justicia en contacto permanente con la realidad jurídica pueda superar las estrecheces, ficciones e incongruencias de la legislación y, por ello, se reclama un papel más activo y dinámico para los jueces.

La idea de la existencia de lagunas y la insuficiencia de los medios tradicionales de interpretación para colmarlas tenía que provocar necesariamente cambios respecto de la posición del juez en el proceso de aplicación del Derecho. Más adelante dedicaremos especial atención a este tema. Por el momento sólo nos interesa señalar que una de las exigencias fundamentales de la *Freirechtsewegung* fue la necesidad de modificar la formación y educación de los juristas y, consecuentemente, proponer un nuevo modelo de juez. En conclusión, podría decirse que en la actualidad nadie niega que el descubrimiento de que cualquier orden jurídico es insuficiente, es decir, tiene lagunas, fue uno de los méritos y aciertos indiscutibles del movimiento del Derecho libre. No ocurre lo mismo en relación con el método propuesto para la eliminación de las lagunas pues en este punto las críticas han sido —y todavía hoy lo son— muy numerosas. Con independencia de lo que se dirá

---

34. *Rechts und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 72.

35. FUCHS, «Ihering und die Freirechtsewegung», 1918-1919, en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., p. 186. Una detallada propuesta de Fuchs sobre las modificaciones que deben introducirse en la legislación alemana puede verse en su artículo «Entwurf eines Gesetzes zur Förderung einer volkstümlichen Rechtspflege nebst Begründung», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 207 y ss.

al final del trabajo nos gustaría señalar ahora que tales críticas han sido en algunas ocasiones algo exageradas y, con carácter general responden a una defectuosa comprensión de las tesis del Derecho libre.

### 3. LA IDEA DE SISTEMA Y LA CONSTRUCCION LOGICA DEL DERECHO

La consideración del Derecho como un sistema completo compuesto de diferentes piezas que encajan armónicamente y que es construido a través del empleo de reglas lógicas representa una visión totalmente deformada de lo que es la realidad jurídica. El ataque que realiza la *Freirechtsbewegung* contra esta concepción es consecuencia inevitable de la negación de la estatalidad del Derecho y del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. La construcción jurídica se había caracterizado durante buena parte del siglo XIX por la utilización exagerada y abusiva de la lógica. De esta forma se elaboran sistemas conceptuales abstractos y formales cuya pretensión fundamental es la consecución del rigor y la exactitud con la intención de obtener resultados comparables a los que se producen en el ámbito de las ciencias naturales. Sin embargo, este uso y abuso de los esquemas lógicos no sólo no es apto para trabajar con el Derecho sino que, además, responde a la aceptación de determinados principios que se presentan como incontestables. Y precisamente el problema surge cuando se pone en tela de juicio la veracidad de tales principios. Y esto es lo que van a hacer los representantes del Derecho libre. Según Ehrlich «los tres presupuestos fundamentales de la lógica jurídica, a saber, la sujeción a la ley, la concepción estatal del Derecho y la idea de la unidad del Derecho aparecen hoy al jurista europeo continental usualmente como evidencias que no precisan ningún tipo de prueba»<sup>36</sup>. Sin embargo, tal obviedad no deja de ser una presuposición falsa, entre otras razones, porque «el jurista, como todo el mundo, no piensa lógicamente»<sup>37</sup>.

La descripción más completa, aunque no exenta de tintes satíricos, en relación con lo que se espera del jurista tradicional nos la ofrece Kantorowicz en la introducción de su obra *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*: «La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un alto funcionario estatal que está sentado en su celda armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. Su único mobiliario es una mesa verde en la que se encuentra el código del Estado delante de él. Se le entrega un caso cualquiera, ya sea real o

---

36. *Die juristische Logik, cit.*, p. 147. En realidad Ehrlich habla de la *Gebundenheit an den Rechtssatz*. Lo que ocurre es que esta sujeción se ha convertido como consecuencia de la concepción estatal del Derecho en una *Gebundenheit an das Gesetz*, p. 86.

37. *Ibidem*, p. 156.

sólo supuesto y de acuerdo con su deber puede con ayuda de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él comprende llegar a la decisión predibujada por el legislador con exactitud absoluta»<sup>38</sup>.

Este modo de operar abstracto y deductivo referido exclusivamente a las normas estatales no puede servir para la resolución de problemas reales y al mismo tiempo tampoco es útil para el conocimiento del Derecho. La ciencia jurídica tradicional se ha empeñado en construir un sistema de conceptos de todas las instituciones y relaciones jurídicas que extrae supuestamente de la legislación positiva para aplicar luego forzosamente tales esquemas a los casos reales. Pero la realidad es mucho más rica y por eso los casos reales sobrepasan cualquier previsión normativa. Este desconocimiento de cómo se desarrolla el Derecho en la vida práctica ha llevado incluso a la construcción de entidades inexistentes. Este fue el caso de un jurista alemán del siglo XIX (Huschke) que ya fue objeto de la mordaz crítica de Ihering y que después será presentado por alguno de los representantes del Derecho libre como el modelo de lo que puede ocurrir y de los resultados absurdos a los que se puede llegar con el empleo de esta lógica abstracta y formal en el mundo del Derecho. Huschke «por vía puramente deductiva, enriqueció a la zoología con el *Bovigus*. Es éste un animal desaparecido, del cual tampoco ha quedado restos fósiles, pero que tiene que haber existido, porque la razón nos lo dice. En su *Constitución de Servio Tulio* Huschke llega a la convicción de que a las cinco clases de censos deben haberles correspondido cinco animales pertenecientes a las *res Mancipi*, de modo que cada clase debió haber tenido su animal... Lo cierto es que los romanos sólo conocen cuatro, pero Huschke no se arredra por eso y le halla remedio inventando el animal faltante, al que introduce en el mundo de las criaturas reales, tras haber fundamentado la necesidad lógica de su existencia»<sup>39</sup>. Y no sólo esto sino que además hace una descripción de las características morfológicas del nuevo animal y de las funciones que cumplía.

Aunque el ejemplo citado no tiene otro valor que el de la mera anécdota revela, no obstante, un modo de pensar que dominó la mentalidad de muchos juristas durante el siglo XIX y que, desgraciadamente, todavía no había sido superado. Por eso decía Fuchs que «la teoría jurídica es hoy en buena parte construida conforme a este método (*bovigistisch*)»<sup>40</sup>. Probablemente, los ataques dirigidos contra esta concepción resulten en ocasiones demasiado exagerados. La ponderación que muchos de los *Freirechtler* exigían en otro orden de cosas no fue mantenida en relación con la labor de la dogmática jurídica clásica. Pero ciertos excesos verbales pueden explicarse por el decidido empe-

38. *Cit.*, p. 14.

39. IHERING, R. *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. jurídicas Europa-América, 1974, trad. de T. A. Banzhaf, p. 197.

40. «Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, *cit.*, p. 174.

ño de estos autores en cambiar profundamente la mentalidad jurídica dominante. El radicalismo —en ocasiones, más aparente que real— que caracterizó a la *Freirechtsbewegung* sirvió al menos para plantear, discutir y poner en tela de juicio algunos de los principios que hasta entonces habían aparecido como incontrovertibles.

El ataque contra el empleo de la lógica y la construcción abstracta de conceptos tiene por objeto la finalidad de demostrar que el fenómeno jurídico en su conjunto no puede ser concebido como un sistema. El espíritu sistemático en el ámbito jurídico no puede ser aceptado si se comprueba a través de la observación, empíricamente, que el Derecho no es un sistema. La categórica afirmación de que «la idea de que el Derecho sea un sistema es absolutamente falsa»<sup>41</sup> procede de la inversión del procedimiento para el conocimiento del Derecho. Hasta ahora el método que se había utilizado era abstracto, general, deductivo y lógico-racional. Lo que propone la nueva concepción es el empleo de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que introduzca el elemento de la voluntad —y no sólo la razón— para la comprensión del Derecho. La aproximación al Derecho a través de este camino pone de manifiesto que la idea de sistema no encaja en el mundo jurídico. Además, la imposibilidad de reducir el Derecho a sistema no se predica exclusivamente del Derecho estatal sino de todo Derecho y, por tanto, también del Derecho libre. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «el intento de lograr un sistema de *valides general* de proposiciones jurídicas, bien del Derecho estatal, bien del Derecho libre, no es sino la utopía de una lógica de aficionados, especialmente en una época de creciente individualismo»<sup>42</sup>.

Por supuesto es posible, y de hecho es lo que ha venido sucediendo, la elaboración de un sistema abstracto de proposiciones jurídicas. Lo que se niega es que tal sistema pueda ser aplicado. Todos los principios y proposiciones establecidas tradicionalmente por la ciencia jurídica no servirían para la vida jurídica práctica. La abstracción de tales proposiciones imposibilita su conexión con casos reales. En consecuencia, la necesidad de modificar el método o los métodos jurídicos implica un cambio sustancial en cuanto a la propia concepción de la ciencia jurídica. La construcción, el objeto y la función de la ciencia del Derecho deben ser revisados profundamente. Sin embargo, en este tema —como en otros— no puede decirse que exista una posición homogénea en todos los autores del Derecho libre. La hay, desde luego, pero en sentido negativo; es decir, todos están de acuerdo en que los esquemas propios de la ciencia jurídica tradicional deben ser abandonados de un modo definitivo. Pero la nueva ciencia jurídica que se propone no es la misma en todos los autores. Es cierto que en este punto se produce una

---

41. FUCHS, E. «Schreibjustiz und Richterkönigtum», 1907, en *Gesammelte Schriften* (vol. I), *cit.*, p. 66.

42. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, *cit.*, p. 26.



cierta indeterminación que probablemente está buscada intencionadamente pero, en cualquier caso, y como con acierto ha señalado Riebschläger representa una simplificación reprochar a todos los miembros de la *Freirechtsbewegung* el haber llegado a una sociologización del Derecho<sup>43</sup>. En sentido estricto, tal sociologización sólo tiene lugar en Fuchs y precisamente por eso ha sido criticado<sup>44</sup>. Por ejemplo, Gèny le acusaba de «haber introducido brutalmente la sociología en el Derecho» sin tener en cuenta el carácter específico (normativo) del Derecho<sup>45</sup>.

Aun a riesgo de simplificar se puede hacer una división entre dos corrientes dentro del movimiento del Derecho libre. Ambas coinciden en determinados aspectos metódicos pero difieren respecto de cuál sea la verdadera ciencia del Derecho. Siguiendo con las doctrinas de los autores a los que estamos prestando una mayor atención podría decirse que Ehrlich y Fuchs pertenecen al grupo que considera a la sociología del Derecho como la auténtica ciencia jurídica, mientras que Kantorowicz se inclinaría por el carácter mixto (normativo y fáctico) de la Jurisprudencia.

Comenzaremos en primer lugar por la doctrina de Kantorowicz<sup>46</sup>. Para este autor la ciencia jurídica tradicional no puede explicar el fenómeno jurídico de una manera satisfactoria porque trabaja con un método y un material equivocado. El objeto de la ciencia jurídica no puede ser exclusivamente el Derecho estatal. Ya dijimos en otro lugar que este Derecho tan sólo representa una parcela de la realidad jurídica y, por ello, la consideración de una de las formas de expresión del Derecho como si fuera la única constituye una simplificación que incurre en un reduccionismo insostenible. La ampliación del objeto, es decir, el análisis del Derecho libre junto al Derecho estatal tiene consecuencias que afectan al método en un doble sentido: por una parte, porque el horizonte de la investigación jurídica se proyecta sobre una realidad en constante cambio y, por otra, porque el contenido de la nueva realidad emergente (el *freies Recht*) sólo puede realizarse a través de la observación. A todo esto habría que añadir que la ciencia jurídica es considerada como una auténtica «fuente» del Derecho y, en consecuencia, su papel tiene que ser necesariamente distinto. Las palabras del propio Kantorowicz son lo suficientemente expresivas respecto de la nueva

43. *Die Freirechtsbewegung*, cit., p. 91.

44. Por ejemplo Kaufmann en la Introducción a la *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 12 y ss.

45. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (vol. II), cit., p. 397.

46. La concepción de Kantorowicz sobre la ciencia jurídica se encuentra en *Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie*, cit., pp. 83 y ss.; «Rechtswissenschaft und Soziologie» (1911), en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 117 y ss.; «Rationalistische Bemerkungen über Realismus» (1934), en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 101 y ss. y *La definición del Derecho*, cit., pp. 43 y ss.

concepción de la ciencia jurídica: «Esta es la *ciencia jurídica* que ambicionamos... Si la ciencia jurídica reconoce Derecho libre, la jurisprudencia —entendida como actividad de los tribunales (*Rechtssprechung*)— no puede fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo mera servidora de la ley... Si la teoría admite un espacio de valores sentimentales no pueden exigir fallos fundados exclusivamente en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la praxis perdería la característica de la previsibilidad, de la uniformidad. Si la teoría misma se hace antidogmática, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá permanecer ajena al sentimiento. En resumen, los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, de la científicidad, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Pero, afortunadamente, se puede mostrar que estos postulados, en parte, no se han realizado hasta ahora y, en parte, no merece la pena que se realicen»<sup>47</sup>.

De este largo pasaje nos interesa destacar tres ideas fundamentales: el papel que juega la voluntad en la construcción de la ciencia jurídica, el carácter creativo de la misma y, por último, la convicción de que el objeto de la ciencia del Derecho está constituido por normas. La introducción del elemento de la voluntad ha sido considerado por algunos autores, por ejemplo, Larenz como algo negativo y perturbador no sólo en el ámbito de la ciencia jurídica sino también en la praxis de los tribunales<sup>48</sup>. Sin embargo, este supuesto «voluntarismo» debe ser matizado. Kantorowicz no pretende en ningún momento sustituir la voluntad por la razón. Lo único que desea es que se reconozca el papel decisivo que desempeña la voluntad en la medida en que la ciencia deja de ser mero conocimiento del Derecho y se convierte en una auténtica fuerza creadora.

La ciencia jurídica no puede construir un sistema racional de proposiciones por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque, como ya se dijo en otro lugar, el Derecho no puede ser concebido como un sistema. Esto puede predicarse del Derecho estatal pero sobre todo puede afirmarse respecto del Derecho libre ya que éste sería el producto de «los resultados de las épocas culturales más diversas y de diferentes círculos de vida que se desenvuelven orgánicamente y no con arreglo a un plan fijo»<sup>49</sup>. Y, en segundo lugar, porque el «sistema» que

47. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 33. El subrayado es nuestro.

48. Larenz, habla expresamente de un giro hacia el voluntarismo en el movimiento del Derecho libre; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Londres, París, Tokio, Honkong, Barcelona, Budapest, Springer (6.ª ed.), 1991, p. 59 y ss.

49. KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 20.

intenta elaborar la ciencia jurídica «está lleno de elementos emocionales y volitivos»<sup>50</sup>.

Kantorowicz intenta demostrar a través de ejemplos concluyentes el modo en el que actúa la voluntad en el mundo del Derecho. Y esta voluntad (por supuesto, junto con la razón) que opera en la construcción de la ciencia del Derecho se traslada igualmente a la praxis jurídica, a la actividad de los tribunales. Por lo tanto, se trataría de una combinación de razón y voluntad; el predominio de una u otra no es algo que pueda determinarse *a priori*, sino que dependerá del contenido y sentido de las normas, de la realidad social, de las necesidades del tráfico, etc.

Por otra parte, Kantorowicz es contrario a la tajante separación que se realiza habitualmente entre ser y deber ser. Esta división ha propiciado la aparición de dos «mundos» que nada tienen que ver entre sí. Si se incluye al Derecho en la esfera del deber ser parece que cualquier incursión en la esfera del ser debe reputarse como una intromisión ilegítima y de este modo el método normativo y el método empírico aparecen como incompatibles. Es incorrecto hablar de ciencias que exponen exclusivamente lo que «es» frente a ciencias (como la jurídica) que exponen lo que «debe ser». La ciencia jurídica aunque trabaja con normas también se refiere al orden del ser. Y en este sentido, lo que propugna Kantorowicz es la necesidad de que exista una colaboración de la ciencia jurídica con la sociología y la psicología. En una palabra, el abismo entre ciencias del ser y ciencias del deber ser tiene que desaparecer. Además, este acercamiento no conduce inexorablemente a una confusión metódica y lo único que puede producir son efectos beneficiosos para la ciencia en general. La ciencia del Derecho que trabaja preferentemente con normas pero que también debe tener en cuenta los hechos constituye, pues, una de las posibles formas de aproximación al fenómeno jurídico. La otra forma fundamental viene representada por la sociología del Derecho. Ambas son necesarias pero no pueden confundirse. Lo único que ocurre es que la sociología del Derecho no puede separarse de la Dogmática jurídica porque en tal caso la labor del jurista sería incompleta.

En definitiva, se trataría de los diferentes puntos de vista desde los que puede ser contemplado el Derecho, Kantorowicz lo explica con un ejemplo sumamente ilustrativo: la actividad de un jurista en la vida diaria puede moverse en tres mundos diferentes. Por ejemplo, un abogado le explica a su cliente lo siguiente: 1) Su caso está regulado por una ley todavía válida pero que ha caído en desuso; no obstante, si se interpreta correctamente se podría ganar el proceso. 2) Esta ley, sin embargo, se encuentra en contradicción con nuestras opiniones modernas y, por eso, parece injusta. 3) El juez Braun, al que casualmente co-

---

50. *Idem, Rationalistische Bemerkungen über Realismus, cit., p. 113,*

nozco, interpretará la ley de un modo restrictivo y, en consecuencia, usted perderá el proceso. Cada una de estas proposiciones se encuentran conectadas respectivamente con el *sentido* de la norma, su *valor* y la *realidad* <sup>51</sup>. Las diferentes concepciones de la ciencia jurídica han dirigido su atención a alguno de estos tres aspectos. Todas ellas tienen razón en parte y, por eso, debe existir una comunicación constante entre estas tres perspectivas.

La posición de Kantorowicz nos parece equilibrada. Sostiene que la ciencia del Derecho debe dedicarse al análisis de normas. Pero la proyección de tales normas —su realización en la vida jurídica práctica— no puede entenderse sin tener en cuenta los efectos que provocan en la vida social; por eso, «la Dogmática sin la sociología esta vacía, y la sociología sin la Dogmática está ciega» <sup>52</sup>. El Derecho, por tanto, «no puede ser comprendido ni aplicado sin el estudio sociológico de la realidad social» <sup>53</sup>. Sin embargo, una cosa es reconocer la necesidad de este estudio y otra muy distinta la pretensión de sustituir la ciencia jurídica por la sociología del Derecho. En un trabajo en el que critica las tesis del realismo norteamericano Kantorowicz (que como es sabido tuvo que marcharse en 1934 a los Estados Unidos presionado por los nazis) considera que las dos afirmaciones básicas de esta corriente son falsas. Tales afirmaciones son: que el Derecho no es un conjunto de normas sino de hechos y que la ciencia del Derecho es una ciencia empírica. En sentido propio lo que han hecho los realistas es exagerar ciertas verdades que les han llevado finalmente a confundir problemas de naturaleza diversa. No vamos a reproducir aquí todas y cada una de las críticas que realiza Kantorowicz. Sólo vamos a tratar de resumir sus ideas básicas por lo que respecta a la ciencia del Derecho.

Por una parte, es un error considerar que el Derecho sea un conjunto de hechos que se manifiesta en las decisiones de los tribunales. Es verdad que los jueces tienen un auténtico poder creador y en sus decisiones van recogiendo normas del Derecho libre. La importancia práctica de estas reglas es importantísima aunque su fuerza vinculante desde la perspectiva del Derecho formalizado sea escasa. Pero los hechos en sí mismos considerados (observados) no nos dicen nada. El jurista también trabaja, por supuesto, con hechos pero lo importante de tales hechos es su significado y tal significado tiene un correlato normativo. La valoración de los hechos tiene implicaciones normativas que no pueden explicarse a través de una mera observación entre otras razones porque la mayoría de las relaciones jurídicas no son perceptibles empíricamente.

---

51. *Idem*, *Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung in her Methodologie*, cit., pp. 84-85.

52. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 139

53. *Rationalistische Bemerkungen über Realismus*, cit., p. 102.

Por otra parte, la ciencia jurídica no puede ser construida ni concebida como una ciencia empírica. Su método no es la observación, su finalidad no es la predicción de acontecimientos futuros. Consecuentemente el modelo de la ciencia jurídica no puede ser el de las ciencias de la naturaleza. La ciencia del Derecho es una ciencia cultural que se refiere a normas que son expresión de un deber ser y, por eso, su método no puede consistir en la explicación o descripción con ayuda de categorías tales como causa y efecto. Por el contrario, su tarea principal consiste en la justificación a través de razones. En conclusión, «la tarea de las Facultades de Derecho no es educar a gente como Sherlock Holmes sino como el juez Holmes»<sup>54</sup>. Creo que todo lo que se ha dicho es suficiente para demostrar que la Jurisprudencia en Kantorowicz es una ciencia normativa que no se confunde con la sociología del Derecho.

A continuación vamos a referirnos a las doctrinas de Ehrlich y Fuchs. Como ya se dijo en estos autores la sociología del Derecho no es sólo una forma de conocimiento del fenómeno jurídico, sino que se presenta como la única y auténtica ciencia del Derecho. No pretendemos exponer la doctrina de Ehrlich de un modo completo<sup>55</sup>; por eso, nuestra labor consistirá simplemente en resumir sus ideas fundamentales. El Derecho es concebido por Ehrlich como un producto que tiene su origen en la sociedad. Este origen determina que el conocimiento sobre el mismo sólo pueda efectuarse analizando los distintos hechos en los que se manifiesta. El Derecho válido formalmente se encuentra en contraposición con el Derecho vivo (*lebendes Recht*) que es el que rige de un modo efectivo las relaciones entre los hombres. Los juristas tradicionalmente sólo han prestado atención a lo que Ehrlich llama normas de decisión (*Entscheidungsnormen*) que son reglas de conducta que se refieren a los tribunales y otras autoridades del Estado, pero jamás se han dedicado a estudiar el Derecho efectivamente operante en el seno de los distintos grupos sociales. Precisamente, el no tomar en consideración este Derecho es lo que ha impedido una comprensión correcta del fenómeno jurídico. Sería algo parecido a lo que ocurre cuando «un viajero regresa de un país extranjero e intenta describir el Derecho de los pueblos que ha conocido. Lo que contará será cómo se celebran allí los matrimonios, cómo se vive en la familia, cómo se celebran contratos, pero apenas hablará de las reglas conforme a las cuales se deciden pleitos»<sup>56</sup>.

La visión clásica del Derecho es, pues, reduccionista y parcial en la medida en que sólo toma en consideración el Derecho estatal y, además, se encuentra totalmente alejada de la realidad. La nueva tarea del

---

54. *Ibidem*, p. 115. Para una crítica detallada del realismo *vid.* p. 102 y ss.

55. Una información bastante completa al respecto puede verse en la obra de REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, *cit.*, especialmente pp. 34 y ss, 75 y ss. y 126 y ss.

56. EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, p. 21.

jurista debe ser investigar ese Derecho vivo que se manifiesta en los hechos del Derecho (*Rechtstatsachen*) y que son fundamentalmente el uso (*übung*), el dominio (*Herrschaft*), la posesión (*Besitz*) y la declaración de voluntad (*Willenserklärung*)<sup>57</sup>. Y tal Derecho que es el que realmente domina la vida social sólo puede ser conocido empíricamente, a través de la observación de la vida, de las conductas, de las costumbres, etc.

La consideración del Derecho como expresión de un deber ser es ficticia por varios motivos. En primer lugar, porque no suele haber correspondencia entre el Derecho formalizado y el Derecho vivo, de manera que las reglas de deber ser enunciadas por el legislador no se reflejan en el comportamiento real de los individuos. En segundo lugar, porque las reglas de deber ser que se refieren a la actuación de los tribunales (*Entscheidungsnormen*) tampoco reflejan el comportamiento real de los jueces no están determinadas o, por lo menos, no de un modo absoluto, por tales normas. La experiencia diaria demuestra exactamente lo contrario. Y por último, hay que tener en cuenta que el Derecho vivo se desarrolla y cumple espontáneamente; las ocasiones en las que se decide una controversia ante un tribunal tienen un carácter excepcional.

Por todo ello, si el Derecho (vivo) sólo puede ser conocido a través de la experiencia y si nace y se desarrolla en la sociedad, la ciencia que lo estudie ha de ser una ciencia social. Como «el Derecho es un fenómeno social, la Jurisprudencia pertenece al ámbito de las ciencias sociales y por eso la verdadera ciencia del Derecho es una parte de la ciencia teórica de la sociedad, de la Sociología». De ahí que «la sociología del Derecho sea la teoría científica del Derecho»<sup>58</sup>. Y esta nueva y auténtica ciencia del Derecho se caracteriza porque utiliza un método inductivo que está basado en «la observación de hechos y la recopilación de experiencias» en contraposición al método abstracto y deductivo de la ciencia jurídica tradicional que sólo conduce a un inevitable alejamiento de la realidad. Ehrlich, por tanto, niega el carácter científico de la Jurisprudencia tradicional y sólo admite la posibilidad de un conocimiento sociológico sobre el Derecho. Esta postura fue criticada por Kelsen<sup>59</sup> y otros muchos autores y creemos que con razón. De cualquier modo, lo importante es que en Ehrlich se produce una sustitución de la ciencia jurídica tradicional por la sociología del Derecho.

---

57. *Ibidem*, p. 81 y ss.

58. *Ibidem*, p. 33.

59. Sobre la disputa entre Kelsen y Ehrlich puede verse el trabajo de ROBLES MORCHON, G. «Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», en *Epistemología y Derecho*, Madrid, Píramide. 1982, pp. 27-41.

Po lo que respecta a Fuchs<sup>60</sup>, considerado por muchos como la *bête noire* del movimiento<sup>61</sup>, debemos decir que una buena parte de su abundantísima obra está dedicada a criticar la concepción clásica de la ciencia jurídica. Esta pretendida ciencia (*Pandektologie* en la terminología de Fuchs) debe ser sustituida por otra ciencia que sirva para proporcionar conocimientos útiles al jurista. La ciencia jurídica tradicional ha permanecido estancada en el pasado y sigue aferrada a los esquemas propios de la Edad media conservando un método «constructivo, deductivo, histórico y filológico en lugar de haberse convertido en una ciencia moderna, inductiva y basada en la experiencia». Y lo peor de todo esto es que tal método constructivo se ha introducido «en los códigos y en la jurisprudencia»<sup>62</sup>. La pretensión fundamental es la de conseguir un cambio total en la mentalidad jurídica dominante y el mejor camino para conseguir esta meta es el de la formación de los juristas conforme a otros principios que Fuchs cifra en la observación, el análisis de la realidad y sobre todo la renuncia a establecer categorías conceptuales abstractas cuyo sentido práctico es nulo. Ahora bien, «la utilización del método inductivo no excluye ni impide que puedan formularse conceptos pero éstos serían extraídos *a posteriori*»<sup>63</sup> después de haber ordenado todos aquellos hechos que son observados a través de la experiencia. De esta forma puede constituirse un auténtico saber que se configura como una ciencia que dirige su atención a la realidad<sup>64</sup>.

En definitiva, si el saber jurídico quiere constituirse como un auténtico saber científico la única vía posible es la sociología. Sólo ella puede ofrecer los criterios necesarios para la *Rechtsfindung*<sup>65</sup> y convertirse de este modo en una ciencia de la justicia (*Gerechtigkeitswissenschaft*)<sup>66</sup>. La doctrina de Fuchs también niega el carácter normativo de la Jurisprudencia y apuesta por la sociología del Derecho como la verdadera ciencia jurídica<sup>67</sup>. No podemos compartir esta

---

60. Sobre la vida y doctrina de Fuchs *vid.* FOULKES, A. S. «Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, *cit.*, p. 225-257. Del mismo autor, el prólogo en *Gesammelte Schriften* (vol. I), *cit.*, pp. 7-27 y «On the german free law school (Freirechtsschule)», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1969, pp. 367-417.

61. Tal opinión es mantenida por los adversarios del movimiento según afirma KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, *cit.*, p. 135.

62. *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, *cit.*, pp. 66 y 67.

63. *Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft*, *cit.*, p. 176.

64. El modelo de jurista que propone FUCHS es descrito del siguiente modo: «Der grosse moderne Jurist ist vor allem der grosse Rechtstatsachenforscher, Rechtspsychologe, Gegenwartrechtsfortbilner und Gesetzkünstler»; *Ihering und die Freirechtsbewegung*, *cit.*, p. 190.

65. «Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz» (1909), en *Gesammelte Schriften*, *cit.*, p. 147.

67. Naturalmente no podemos reproducir aquí todos los argumentos de Fuchs. Respecto de su concepción acerca de la sociología del Derecho *vid.* Especialmente *Juristischer Kulturkampf*, *cit.*, pp. 75-145.

conclusión porque eliminar u olvidar el aspecto normativo del Derecho impide el conocimiento pleno de la realidad jurídica. Pero la postura de Fuchs puede ser justificada, al menos parcialmente, si tenemos en cuenta que es el único de los representantes del movimiento que se mantuvo al margen de los círculos académicos dedicando toda su vida al ejercicio de la profesión de abogado. Esta actividad práctica le permitió, sin duda, saber de manera directa cómo se interpretaba y aplicaba el Derecho y, de este modo, pudo constatar empíricamente la enorme distancia que existía entre la ciencia jurídica tradicional y la praxis de los tribunales.

La negación de la idea de sistema, la imposibilidad de reducir a esquemas lógicos el proceso de interpretación y aplicación del Derecho así como la necesidad de construir una nueva ciencia jurídica se presentan como aspiraciones cuya realización es deseable. Sin embargo, no podemos concluir este apartado sin hacer referencia a la crítica que realiza Hernández Marín respecto a las tesis fundamentales del Derecho libre. Según este autor —uno de los pocos que ha escrito en España sobre el movimiento del Derecho libre con una información muy completa— «los calificativos de empírico, sociológico, inductivo, etc., aplicados por Fuchs al movimiento del Derecho libre o a la ciencia jurídica propugnada por este movimiento son inapropiados o falsos, simplemente. La actividad consistente en buscar o extraer las cuasiproposiciones jurídicas integrantes del Derecho libre (de las cuales se extraen a su vez las decisiones de los casos) de ciertos hechos sociales no es sociológica, ni inductiva, ni empírica, sino sencillamente imposible»<sup>68</sup>. En realidad no existirían tantas diferencias entre el movimiento del Derecho libre y la jurisprudencia de conceptos; el método, en contra de lo que sostienen sus representantes, sería en ambos casos el mismo, esto es, deductivo y abstracto. Sin embargo, aunque pueda imputarse a los representantes del Derecho libre falta de claridad o, si se prefiere, imprecisión terminológica, seguimos sosteniendo decididamente que es imposible encontrar alguna similitud de ideas, métodos o fines entre el movimiento del Derecho libre y la jurisprudencia de conceptos. Afirmar lo contrario es suponer que todas las discusiones que se produjeron no debieran haber tenido lugar, es decir, que en el fondo se trató de una polémica estéril centrada en problemas imaginarios cuando lo cierto es que estaban en juego dos visiones totalmente diferentes del fenómeno jurídico. El triunfo de una de ellas aunque sea parcialmente constituyó, a nuestro modo de ver, un avance significativo que ha quedado consolidado en el pensamiento jurídico contemporáneo.

---

68. HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos (2.<sup>a</sup> ed.), 1989, p. 235.



#### 4. LA POSICION DEL JUEZ: RESOLUCIONES CONTRA LEY Y SEGURIDAD JURIDICA

Todo lo que se ha dicho hasta ahora conduce inevitablemente hacia un replanteamiento de la misión que deben cumplir los jueces y, en definitiva, de la posición que deben ocupar dentro del engranaje de cualquier sistema jurídico. Si el proceso de aplicación del Derecho no es producto de la utilización de reglas lógicas y si la tarea del juez consiste en la búsqueda del Derecho —no sólo del Derecho estatal— con la finalidad de adoptar decisiones que respondan verdaderamente a las necesidades sociales, el papel del juez no puede ser concebido como el de un mero ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas elaboradas por el legislador. El juez se convierte, de este modo, en protagonista principal de una obra que sólo él puede llevar a buen término. Todos los representantes del Derecho libre destacan, sin excepción, la influencia que ejerce la personalidad del juez en el proceso de aplicación del Derecho. Naturalmente, el término «personalidad» no debe ser entendido como sinónimo de arbitrariedad. Lo que se quiere señalar es que el juez, como cualquier hombre, no puede evitar que se imprima el sello de su personalidad en todo cuanto hace. Y la actividad consistente en la interpretación y aplicación de normas no podía ser menos. Si observamos la práctica de los tribunales llegaremos a la conclusión de que el factor individual es decisivo. Esto se demuestra al analizar la variabilidad del contenido de las decisiones jurídicas. La participación de uno u otro sujeto en un determinado proceso puede suponer que el contenido de la sentencia sea diferente dependiendo de la personalidad de cada uno de ellos. Sin embargo, esta circunstancia no es nueva; con razón decía Ehrlich que «la administración de justicia siempre ha tenido en todo tiempo una nota personal» que dependía de la individualidad de cada uno de los jueces; pero «este hecho no debe ser considerado como una carga inevitable»<sup>69</sup>, sino que debe ser valorado positivamente pues al fin y al cabo permite el desarrollo del Derecho y, lo que es más importante, ayuda al juez en su búsqueda del Derecho.

Consiguientemente, este factor individual, lejos de representar un peligro, se convierte en un elemento digno de ser apreciado. Por otra parte, los jueces al desarrollar su labor tienen que realizar valoraciones constantes que se proyectan sobre todas las circunstancias que concurren en el caso y, en razón de las mismas, debe buscar una solución que sea conforme no sólo con la ley, sino también con las «necesidades sociales», con los «intereses en juego», con la «naturaleza de las cosas», etc. En este sentido los representantes del Derecho libre prestan una mayor atención a la justicia del fallo que a su estricta conformidad con

---

69. EHRLICH, E. «Freie Rechtsfindung und freir Rechtswissenschaft», en *Recht und Leben*, cit., p. 194.

las disposiciones legales. O expresado en otros términos: la rígida observancia de la ley no garantiza ni la justicia del fallo ni tampoco su pretendida objetividad. Utilizando este camino se podría llegar al subjetivismo y a la arbitrariedad. En este sentido afirmaba Fuchs que «el jurista (libre) en la interpretación y desarrollo de las leyes tiene en cuenta su sentido social y económico, su finalidad y su espíritu, buscando sin rodeos un resultado justo y razonable que fundamenta abiertamente como tal»<sup>70</sup>. En contraposición, el jurista tradicional —a pesar de la aparente transparencia en la fundamentación de sus decisiones— actúa por motivos que permanecen ocultos e incontrolados. Esta forma de actuar —que Fuchs llama peyorativamente *Geheimfreirechtlerei*— procedería con prejuicios aunque parezca objetiva y, en el fondo, lo que hace es disfrazar la realidad.

El movimiento del Derecho libre no pretendería, desde esta perspectiva, conceder una mayor libertad al juez, sino simplemente reconocerle la que inevitablemente tiene cuando realiza su función. La ampliación de la libertad del juez, en comparación con la doctrina clásica, se produciría a través del reconocimiento del Derecho libre, es decir, a través de la aceptación de la existencia de otras realidades jurídicas extraestatales que el juez debe tomar en consideración bien para completar la ley allí donde ésta es insuficiente, o bien para resolver conforme al Derecho libre de un modo total cuando lo que se produce es una laguna. Pero en relación con el Derecho estatal lo único que se quiere poner de manifiesto es que los jueces —por lo menos, algunos de ellos— deben terminar con la ficción de presentar sus resoluciones como si fueran el resultado de una serie de operaciones lógicas, objetivas y exquisitamente racionales. Es mejor conocer los auténticos motivos que llevan a una decisión judicial que no ocultarlos bajo el disfraz de la lógica. La primera actitud reportaría mayores beneficios y sobre todo es más sincera lo cual permite una justificación clara y contundente del por qué de la resolución.

Desde esta perspectiva, la exigencia fundamental de la *Freirechtsbewegung* se cifra en la necesidad de modificar la formación de todos los juristas y de modo especial la formación de los jueces. Esta meta sólo puede conseguirse si se produce una transformación total en los métodos de enseñanza. Debe proporcionarse al jurista una enseñanza dogmática orientada fundamentalmente a la praxis jurídica de modo que le permita conocer realmente lo que es el Derecho. Por lo que se refiere a los jueces, éstos deben tomar conciencia de su nuevo papel y de su función esencialmente creadora. Tal función creadora exige un giro radical en la actividad de los tribunales y exige igualmente eliminar todos aquellos dogmas que han resultado en la práctica tan poco provechosos. Como decía Kantorowicz debemos dejar de juzgar a «los legisladores como si fueran dioses y a los jueces como si no fueran

---

70. FUCHS, E. *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 26.

hombres»<sup>71</sup>. La consecución de un nuevo tipo de juez va unida a la pretensión de una reforma en profundidad de la administración de justicia. En cierto sentido, las exigencias del movimiento del Derecho libre no se centran exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica sino que también tienen una finalidad política que se proyecta sobre la legislación y la propia organización de la judicatura. Con razón se ha dicho que en la mayoría de las ocasiones los defensores del Derecho libre realizaron sus propuestas sin distinguir claramente sus exigencias metodológicas de otras que tenían un marcado carácter jurídico-político<sup>72</sup>. En cualquier caso, se produce una revaloración de la figura del juez al que se pide una formación psicológica y sociológica capaz de hacerle conocer la realidad social y desempeñar de este modo un papel activo y creador, similar al del juez inglés que es el que aparece siempre como el modelo a imitar.

A partir de aquí, reconocida y ampliada la libertad del juez en el proceso de aplicación del Derecho, se plantean dos interrogantes fundamentales: 1) ¿A través de qué medios puede llegarse a la decisión jurídica? y 2) ¿Cuáles son los límites que determinan la actividad del juez? La primera pregunta no es contestada de un modo satisfactorio por los representantes del Derecho libre. Precisamente Gèny criticaba al movimiento del Derecho libre por no haber profundizado en la construcción de una teoría positiva del método jurídico. Aunque está de acuerdo en la crítica al sistema tradicional de fuentes y a los métodos de interpretación, todo lo que se propone como alternativa adolece de falta de claridad y no puede servir para marcar la senda por la que el juez debe caminar. Según Gèny la apelación constante que se hace a nociones tales como equidad (*Billigkeit*), ponderación de intereses (*Interessenwägung*), sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*), libre apreciación (*freies Ermessen*), Derecho justo (*richtiges Recht*) no basta ya que «la insuficiencia de estas nociones ha sido mil veces demostrada»<sup>73</sup>. Por otra parte, la exaltación del papel de la voluntad y el sentimiento es considerada como un auténtico peligro en la interpretación y aplicación del Derecho ya que a través de esta vía se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad y, lo que es peor, se imposibilitaría el control efectivo de la actividad jurisdiccional<sup>74</sup>.

71. *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, cit.*, p. 61

72. MOENCH, D. *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, cit.*, pp. 12 y ss.

73. GENY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (vol. II), *cit.*, pp. 391-392.

74. No podemos reproducir aquí todas las críticas que se hicieron al movimiento del Derecho libre. Entre otros pueden verse los siguientes trabajos: BEROLZHEIMER, F. «Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1910-11, p. 595-610. BRIE, S. «Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung der Freirechtsbewegung», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-10, pp. 526-533. VIERHAUS, F. «Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1909, pp. 1169-1175.

Desde esta perspectiva crítica podría decirse que aunque la finalidad del movimiento del Derecho libre sea digna de admiración en la medida en la que trata de conseguir la realización de la justicia, los medios que ofrece para ello serían inadecuados. La inadecuación de los medios deriva de la imposibilidad de determinar con claridad el significado y sentido de todas aquellas instancias que aparecen inmediatamente como el fundamento de las decisiones judiciales. La vaguedad y la indeterminación de los criterios ofrecidos para la *freie Rechtsfindung* es la causa de la inaceptabilidad del método. Sin embargo, lo que hay que preguntarse seriamente es si esta indeterminación y vaguedad no es buscada intencionadamente por los *Freirechtler*. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa porque su propósito principal es reconocer abiertamente que el juez goza de una libertad que no puede ser limitada —aunque se pretenda— a través de directivas metódicas formuladas en normas jurídicas. La causa última de esta libertad habría que encontrarla en la relativa independencia existente entre la norma general y la decisión judicial. Si la decisión no se obtiene mediante la subsunción y el empleo de reglas lógicas y si en tal decisión influye, no sólo la ley, sino también la personalidad del juez y otros factores podría decirse que la sentencia es un producto que, hasta cierto punto, se crea al margen de la ley <sup>75</sup>.

De cualquier modo, sería inexacto afirmar que el movimiento del Derecho libre —a pesar de que destaca la importancia del sentimiento jurídico— propugne el subjetivismo en las decisiones judiciales. Hay ciertos criterios que tiene un carácter objetivo y que operan como un límite efectivo en la actividad judicial. El bien común, las necesidades e intereses sociales, la justicia social, etc., constituyen criterios objetivos que representan una limitación a la libertad del juez. Podría decirse que tales nociones no tienen un contenido preciso, es decir, que son indeterminadas pero no podría afirmarse que son arbitrarias o irracionales. Dicho esto vamos a tratar de responder a la pregunta que se formulaba hace un momento en relación con los límites de la actividad judicial. La cuestión fundamental en este punto es la de esclarecer hasta donde

---

NEUKAMP, «Der gegenwärtige Stand der Freirechtshbewegung», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1912, pp. 44-50. SCHNEIDER, K. «Gesetz und Richteramt», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1911, pp. 1012-1017. MANIGK, A. «Formalismus und Freirechtsschule», en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, ed. a cargo de F. Stiersomlo y A. Elster, pp. 474-492. BAUMGARTEN E. «Die Freirechtshbewegung» en *Deutsche Richterzeitung*, 1911, pp. 543-555.

75. El alejamiento entre norma y sentencia fue acentuado —con cierta exageración— por Hermann Isay que compartió muchas de las ideas de la *Freirechtshbewegung* aunque en sentido estricto no pueda ser considerado como un auténtico miembro del movimiento. En su obra *Rechtsnorm und Entscheidung*, Aalen, Scientia, 1970 (reimp. de la ed. de Berlin de 1929) sostiene que «mientras que la norma es racional, la decisión contiene en todo caso elementos irracionales». p. 25; «la norma como tal no puede realizar la justicia y en sus últimas consecuencias sería injusta», p. 26; «el Derecho no puede representarse a través de un conjunto de normas, sino a través de un conjunto de decisiones», p. 29, etc.

llega el poder creador del juez y de un modo singular se plantea el problema de las resoluciones *contra legem*. La posibilidad de que el juez dicte una resolución en contra de la legalidad fue una de las ideas más combatidas por los adversarios del movimiento del Derecho libre y ha sido la que ha servido para caracterizar a esta corriente. Algún autor ha llegado a sostener que «el verdadero punto neurálgico de la discusión en el seno del Derecho libre lo constituyó la cuestión de la creación del Derecho *contra legem*»<sup>76</sup>. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta apreciación ya que el problema en cuestión sólo se plantea esporádicamente y, en ningún caso, puede considerarse como la idea fundamental o central del Derecho libre. En lo que sigue trataremos de demostrar que la mayoría de las críticas que se han hecho al respecto proceden de una incorrecta comprensión de las afirmaciones de los *Freirechtler* o, en todo caso, constituyen exageraciones de lo que efectivamente dijeron.

El poder creador del juez se manifiesta claramente cuando completa las leyes allí donde es necesario. Recordemos que el Derecho estatal tiene infinidad de lagunas y que la función más destacada del Derecho libre es precisamente colmar esas lagunas. Esta labor puede realizarse de dos formas diferentes: bien de un modo parcial (*praeter legem*) cuando existe una norma que debe ser completada en algún aspecto o, bien de un modo total (*sine lege*) cuando hay una ausencia de norma estatal. El problema que se plantea es si el juez puede resolver *contra legem*, en decir, cuando hay una disposición clara del Derecho estatal y lo que hace el juez es incumplirla o sencillamente prescindir de la ley. La respuesta de los representantes del Derecho libre es afirmativa pero tiene, en todo caso, un carácter excepcional. Y esta excepcionalidad es la que ha sido pasada por alto con muchísima frecuencia. Suele decirse que Kantorowicz es el primer autor que defiende de un modo claro la posibilidad de las resoluciones contra ley en su obra *Der Kampf um die rechtswissenschaft* y que precisamente por eso causó tantísimo revuelo en su momento. No obstante, conviene advertir que esta idea ya fue defendida con anterioridad por otro de los más destacados miembros del movimiento. En efecto, Stampe en 1905 (un año antes que Kantorowicz) afirmaba tajantemente: «Pedimos que el juez tenga la facultad de completar la ley en forma ilimitada y la facultad de modificarla de forma limitada; limitada en el sentido de que no se extienda más allá de lo que exige como indispensable el interés de la comunidad»<sup>77</sup>.

Por lo que se refiere a Kantorowicz no cabe duda que admite la posibilidad de resoluciones *contra legem*. El punto de partida es que el juez debe resolver de acuerdo con lo que dispone la ley cuando ésta es clara. Pero admite las siguientes excepciones: el juez puede y debe

---

76. BOEHMER, G. *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung* (vol. II), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1951, p. 176.

77. STAMPE, E. *Gesetz und Richtermacht*, cit., p. 1017.

prescindir de la ley «cuando considere que la ley no ofrece una decisión carente de dudas y cuando conforme a su firme convicción le parece que no es verosímil que el poder estatal existente en el momento del fallo dictaría la resolución que se desprendiese de la ley. En ambos casos el juez deberá dictar el fallo que habría sido pronunciado por el actual poder del Estado si ese poder hubiese pensado en el caso concreto. Si no fuese capaz se inspirará en el Derecho libre. Y, por último, en los casos muy complicados o dudosos en el aspecto cuantitativo (como la indemnización de daños inmateriales) debe resolver según su arbitrio»<sup>78</sup>. La fórmula que utiliza Kantorowicz es lo suficientemente amplia como para que puedan producirse resoluciones en contra de la ley en muchísimas ocasiones<sup>79</sup> pero creemos que no era esa la intención del autor. En efecto, Kantorowicz se quejará una y otra vez en obras posteriores<sup>80</sup> de los malentendidos que se produjeron en la interpretación de sus ideas. Se afirma —decía Kantorowicz— que «los *Freirechtler* —o su (supuestamente existente ala radical)— querían poner en tela de juicio la obligatoriedad de la ley y autorizar al juez... a decidir contra la ley. Pero esta afirmación... es una fábula»<sup>81</sup>: Ehrlich también protestó contra esta interpretación saliendo expresamente en defensa de Kantorowicz<sup>82</sup>. De cualquier forma, lo cierto es que la posibilidad de que el juez decida en contra de lo que establece la ley, aunque sea excepcionalmente, es reconocida por Kantorowicz y por otros representantes del movimiento del Derecho libre. La fórmula que ofrece Kantorowicz es, desde luego, poco afortunada ya que interpretada en su literalidad despierta la sensación de que los jueces pueden pronunciar constantemente fallos en contra de la ley. Pero lo verdaderamente importante es la idea: se trata de reconocer que en determinados casos el juez puede adoptar una resolución que siendo razonable pueda chocar frontalmente con la legalidad. Las críticas que se hicieron a Kantorowicz motivaron que éste se retractase pero indudablemente sostuvo una posición favorable a la posibilidad de resolver contra ley. Esta marcha atrás fue criticada también por algún autor tan poco sospechoso como Reichel cuando afirmaba con cierta decepción que «precisamen-

78. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

79. MOENCH, D. ha dicho en este sentido que la fórmula de Kantorowicz permitiría al juez prescindir de la ley prácticamente en cualquier caso, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, cit., p. 43.

80. Por ejemplo en «Die Contra-legen-Fabel», en *Deutsche Richterzeitung*, 1911, pp. 258 y ss. También en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 125. Wüntenberger afirma que en la edición italiana de *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, (*La lotta per la scienza del diritto*, 1908) Kantorowicz había modificado su punto de vista, Introducción a *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 3. Pero como con razón ha señalado Foulkes también en la edición italiana sostiene claramente la posibilidad de una resolución contra ley, Prólogo a *Gesammelte Schriften*, cit., p. 15.

81. *Die Contra-legen-Fabel*, cit., p. 258.

82. EHRLICH, E. «Die Neuordnung der Gerichtsverfassung» (1912), en *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 177.

te aquellos partidarios del Derecho libre que en su tiempo habían pedido con más claridad que fuese posible juzgar contra ley, modificaron súbitamente su credo jurídico»<sup>83</sup>. La idea de legitimación de las resoluciones contra ley, aunque sea en casos tasados, fue sin duda la que provocó una mayor reacción de rechazo entre la doctrina. Sin embargo, lo que quisieron destacar los *Freirechtler* fue el hecho de que en la práctica tales resoluciones se producen sin que por ello entre en quiebra el sistema jurídico, es decir, la utilización de este recurso de carácter excepcional sólo pretende alcanzar un resultado justo o razonable aunque para ello sea necesario vulnerar la legalidad. Naturalmente, el problema que se plantea es cuándo y en qué condiciones puede el juez prescindir de la ley y, por supuesto, la respuesta a esta pregunta no puede darse *a priori*. Pero en el fondo, admitida la posibilidad de resoluciones *contra legem* en el seno del movimiento del Derecho libre, se plantean dos cuestiones fundamentales que están íntimamente relacionadas: por una parte, el peligro de que se produzcan resoluciones arbitrarias y, por otra, el problema de la seguridad jurídica.

Por lo que se refiere al peligro de resoluciones arbitrarias que sean producto de un excesivo subjetivismo por parte del juez es indudable que pueden producirse. Pero este resultado no es la consecuencia de adoptar una resolución en contra de lo que dispone la ley sino que también puede producirse al amparo de la misma. El subjetivismo y la arbitrariedad no se eliminan por el hecho de que la resolución obtenida sea conforme con la ley. La observancia de la legalidad puede representar en algunas ocasiones un disfraz de la realidad. Por ejemplo, hay ocasiones en las que nos encontramos con resoluciones que aparentemente respetan la legalidad desde la perspectiva formal y que, sin embargo, producen los efectos contrarios a los previstos en la ley. Esto sucede cuando se recurre a las ficciones para evitar la aplicación de una determinada norma. El resultado es una resolución «contra ley» que formalmente respeta la ley. Lo que piden los *Freirechtler* es acabar con las ficciones exigiendo para ello sinceridad. Salvaguardar la legalidad de un modo ficticio no tiene ningún sentido. Por otra parte, aunque una resolución pueda ser arbitraria siempre existe la posibilidad de recurrirla. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «contra los excesos de la subjetividad nos protegen suficientemente... los recursos contra las resoluciones judiciales»<sup>84</sup>. En definitiva, parece que el peligro de resoluciones arbitrarias no se elimina a través del sometimiento a la ley y en todo caso hay que señalar que en algunas ocasiones nos encontramos ante decisiones que tienen carácter ficticio en el sentido de que sólo cumplen el requisito de su conformidad con la ley de un modo formal.

---

83. REICHEL, H. *La ley y la sentencia*, cit., p. 125. Este autor enumera una serie de casos en los que el juez puede resolver contra ley, p. 127 y ss.

84. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica la acusación que con más frecuencia se dirige al movimiento del Derecho libre es que si se aceptan sus ideas se eliminaría la certeza en el Derecho<sup>85</sup>. Este ataque no sólo se produce como consecuencia de la admisibilidad de las resoluciones contra ley sino también por el papel que se otorga a la voluntad, al sentimiento y a la personalidad del juez. No obstante, conviene advertir que la seguridad jurídica de la que hablan los representantes del Derecho libre<sup>86</sup> es bastante diferente de la concepción tradicional. En primer lugar, la presencia de ciertos elementos de incertidumbre en el Derecho no sólo es inevitable sino que además constituye algo beneficioso para el propio desarrollo del Derecho. Y, en segundo lugar, la seguridad no puede ser entendida como la previsibilidad del contenido de las decisiones futuras. Como decía Kantorowicz el que la sentencia sea previsible constituye un bello ideal irrealizable ya que «si la sentencia fuera previsible no existirían procesos y, por tanto, no existiría sentencias, pues ¿quién comenzaría un proceso en el que, según se puede prever, perderá?»<sup>87</sup>. Por otra parte, como el proceso de interpretación y aplicación del Derecho no responde a esquemas lógicos no puede llamar la atención que la decisión sea hasta cierto punto «imprevisible». Pero, además, los defensores del Derecho libre afirman —y creemos que con mucha razón— que la seguridad jurídica de la que se había venido hablando hasta entonces era ficticia. Incluso podría decirse que existe más inseguridad cuando se procede conforme a los esquemas tradicionales en la medida en que se produce una ocultación de los verdaderos motivos que fundamentan la decisión<sup>88</sup>. Por el contrario, la *freie Rechtsfindung* además de proporcionar las razones verdaderas por las que se adopta una resolución<sup>89</sup> permite el progreso del Derecho y que éste se conecte de un modo real con las necesidades de la sociedad. En definitiva, creemos que las ideas defendidas por los *Freirechtler* ni conducen al subjetivismo ni tampoco eliminan la seguridad jurídica; simplemente son el reflejo de lo que realmente sucede en el proceso de aplicación del Derecho.

A lo largo de estas páginas hemos procurado destacar los muchos aciertos que se contienen en la doctrina de la *Freirechtsbewegung*. Esta valoración positiva no significa ni mucho menos que no haya aspectos que puedan ser criticados. No obstante, si con carácter general se ha

---

85. López de Oñate, F. destaca de un modo especial al movimiento del Derecho libre entre las corrientes teóricas contra la certeza del Derecho, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1953, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, pp. 107-122.

86. AL respecto *vid.* FUCHS, E. *Jurisprudenz und Rechtssicherheit*, *cit.*, p. 193 y ss.

87. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, *cit.*, p.35.

88. FUCHS, E. *Jurisprudenz und Rechtssicherheit*, *cit.*, p. 203.

89. La lucha por la sinceridad sería una de las constantes que se repiten en el seno del movimiento del Derecho libre; *vid.* al respecto LOMBARDI VALLAURI, L. *Geschichte des Freirechts*, *cit.*, p. 144 y ss.



prescindido de la crítica ello ha sido por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque otros ya se han encargado de realizar esta labor en multitud de ocasiones y, en segundo lugar, porque quien escribe estas líneas manifiesta su acuerdo casi total respecto de las ideas fundamentales defendidas por el movimiento del Derecho libre. Como decía González Vicén «el hecho de que muchos juristas actúen *de facto* como *Freirechtler*... es un gran triunfo póstumo de Ernst Fuchs»<sup>90</sup> y, en general, —añadiríamos nosotros— de todos los defensores del Derecho libre.

---

90. GONZÁLEZ VICÉN, F. «Die Freirechtsbewegung. Eine methodologische Betrachtung», en *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker-Humblot, 1990, ed. a cargo de E. Garzón Valdéz, p. 143.



## Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930)

Por SALVADOR RUS RUFINO

León

### 1. PERFIL HUMANO Y SU IDEA DE UNIVERSIDAD

Trazar el perfil biográfico de L. Díez Canseco, o Canseco a secas, como le llamaron sus amigos <sup>1</sup>, es muy difícil. Existen cientos de anécdotas sobre su vida, su personalidad, sus andanzas, etc., que muestran a un hombre de trato afable, agudo, inteligente, con sentido del humor y muy culto <sup>2</sup>. Era un gran conversador muy ocurrente y con salidas desconcertantes. Gastó la vida entre la satisfacción de su curiosidad intelectual y prodigando su talento. No sufrió los vicios de muchos intelectuales de su tiempo: la pedantería y el egoísmo. Podría decirse que no guardó nada para sí <sup>3</sup>. Fue un hombre que logró gracias a sus múltiples lecturas, una gran formación jurídica <sup>4</sup>.

---

1. Cfr. RAMOS, B., *Necrología de Canseco*, Málaga, Imprenta Dardo, 1967.

2. Cfr. RIAZA, R., «Don Laureano Díez Canseco Berjón», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, octubre-diciembre 1930, 53, pp. 661-662, donde pone de relieve su pintoresquismo.

3. Cfr. SANCHEZ ALBORNOZ, C., «La muerte de Canseco», *Anuario de Historia del Derecho Español*, VI, 1929, pp. 595, donde dice que «en el camino de mañana nos faltarán en adelante las luces de su privilegiada inteligencia. Más o menos directamente, todos habíamos aprendido de él. Sobre todos había ejercido su maestrazgo. Ese maestrazgo especial de L. Díez Canseco, que rebasaba las fronteras de la Universidad para prolongarse en la charla perpetua que alumbraban las sales de su ingenio».

4. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, pp. 33-41 donde traza el perfil humano de L. Díez Canseco. El llega a afirmar que no fue un espíritu disperso, «en modo alguno podría haber adquirido la suprema competencia en ciencias jurídicas de la España actual. Necesario es insistir que L. Díez Canseco es el hombre que más ha sabido de derecho en España... No fue, pues, un hombre disperso sino más bien de grandes y sucesivas concentraciones» p. 38.

L. Díez Canseco nació en León el 7 de julio de 1860 en el seno de una familia acomodada y culta<sup>5</sup>. No tuvo que luchar por la existencia. Estudió Derecho en la Universidad de Valladolid con un expediente no demasiado brillante existen algunos suspensos y no presentados<sup>6</sup>. Terminados los estudios de Derecho se marchó a Madrid a hacer el doctorado. Alcanzó el grado el 26 de junio de 1889. Y desde ese momento hasta 1900 no tengo ninguna noticia directa ni documental de su vida<sup>7</sup>. Sólo hay un dato: se presentó a la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo<sup>8</sup>, donde no obtuvo éxito. En 1897 se convocó la cátedra de Derecho Natural de la Universidad de Valladolid, la oposición se celebró en 1900. El 8 de abril L. Díez Canseco fue elegido catedrático en la segunda votación con tres votos, frente a otro candidato famoso Adolfo Bonilla San Martín<sup>9</sup>. Durante su estancia en Valladolid fue Vicerrector desde 1901-1902. Estuvo pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios durante 1904 y recorrió las universidades de Burdeos y París en Francia y luego marchó a Alemania y Austria. Volvió en octubre de 1905 y estuvo cinco meses en Berlín, allí estudió con los profesores Köhler, Paulsen y Wagner. Luego fue a Munich. El Ministerio decidió no prorrogarle la beca, por tanto tiene que volver a Valladolid en marzo de 1906<sup>10</sup>.

Convocada la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Madrid por el fallecimiento de su titular Matias Barrio y Mier, L. Díez Canseco concursa y en 1911 es nombrado catedrático de la Central<sup>11</sup>. Una vez en Madrid parece que cultivó la amistad de algunos políticos. Fue miembro del Consejo de Instrucción Pública y perteneció a la Asamblea Nacional Consultiva<sup>12</sup> y perteneció al grupo de trabajo de la Sección Primera que estaba encargada de elaborar un proyecto de constitución<sup>13</sup>. Trabajó en ella como técnico especialista «en Derecho, que debía contribuir a asesorar y revisar la obra legislativa»

---

5. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, p. 33. Su padre era un gran aficionado a la lectura de autores clásicos e incluso llegó a hacer traducciones de algunos textos que conservó su hijo.

6. Cfr. Archivo Histórico Nacional, Universidades, leg. 39085. En adelante citado AHN.

7. Hay quien dice que se pasó todo el tiempo viajando a París o estudiando en los archivos de la provincia de León. En 1897 está en León, con toda probabilidad preparando las oposiciones a cátedra de Elementos de derecho Natural.

8. Cfr. Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, leg. 7494-3, pero no pone la fecha. En adelante citado AGA.

9. Cfr. AGA, Educación y Ciencia, leg. 5346-14.

10. Cfr. AGA, Educación y Ciencia, leg. 7494-3.

11. Cfr. AGA, Educación y Ciencia, leg. 5356-6.

12. Cfr. «Don Laureano Díez Canseco (1860-1930)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, VII, 1930, p. VIII donde apunta que en los últimos años de su vida desarrollo una actividad política intensa. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, pp. 75 y 89 donde pone de relieve su inclinación hacia un despotismo ilustrado.

13. Cfr. GÓMEZ NAVARRO, J.L., *El Régimen de Primo de Rivera. Reyes, dictaduras y dictadores*, Madrid, Cátedra, 1991, p. 289.

junto con Diego Crehuet del Amo, fiscal del Tribunal Supremo, al parecer la contribución de L. Díez Canseco fue escasa puesto que mantuvo una posición ambigua y poca participación en las discusiones<sup>14</sup>. Dirigió el *Anuario de Historia del Derecho Español*<sup>15</sup> y su tarea en la renovación del profesorado fue importantísima<sup>16</sup>.

L. Díez Canseco fue un intelectual, su vida no estuvo llena de grandes hechos extraordinarios, sino de aventuras intelectuales. No escribió nada a excepción de unos trabajos hechos con la máxima premura de tiempo y porque las circunstancias le obligaban: el discurso de apertura de curso en la Universidad de Valladolid y unos artículos para *Anuario de Historia del Derecho Español*<sup>17</sup> porque era el director. L. Díez Canseco no tenía motivos para escribir, para volcar su pensamiento en papel impreso, difundir sus ideas, ni afirmar su personalidad. Él vivió una vida intelectual pura y contemplativa que se gastaba en la conversación, en el pensamiento, en la ensoñación<sup>18</sup>. L. Díez Canseco era un pensador sin finalidad práctica, estudio por el placer de saber, fue un auténtico creador de teorías<sup>19</sup>. Muchos lamentaron que no dejara nada escrito<sup>20</sup>. Vino a recordarnos que primero fue la palabra, el diálogo y después la expresión escrita, por eso él no escribió, prefirió hablar y con esto ejerció una gran influencia en muchos universitarios que lo consideraron maestro<sup>21</sup>. Adquirió más fama de ori-

14. Cfr. GÓMEZ NAVARRO, J.L., *El Régimen... cit.*, pp. 291 y 293.

15. SÁNCHEZ, G., *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1972, afirma que el alma del *Anuario de Historia del Derecho Español* era C. SÁNCHEZ ALBORNOZ «impulsor principal y director efectivo», aunque L. DIEZ CANSECO figuró como director p. 20.

16. Cfr. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana*, Madrid, Espasa Calpe, Tomo IV (apéndice), 1931, p. 265, el artículo tiene algunas incorrecciones.

17. Puede sorprender que L. Díez Canseco fuera nombrado Director del *Anuario de Historia del Derecho Español*, cuando al parecer existían otras personas más cualificadas por sus trabajos por ejemplo Rafael de Ureña y Smenjaud también catedrático de Historia del Derecho Español que muere en el mismo año, pero éste ya era director de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. El nombramiento nos muestra —es una conjetura— dos cosas: de un lado, el prestigio de L. Díez Canseco entre sus contemporáneos, de otro, quizá la oportunidad de nombrarle fue por su amistad y cercanía a D. Miguel Primo de Rivera y por tanto le sería más fácil conseguir fondos para la revista. Su artículos publicados son dos: «Sobre los fueros del valle de Fenar, Castrocabón y Pajares: Notas para el estudio del Fuero de León», *AHDE* I, 1924, pp. 337-381 y «Fuero de San Pedro de las Dueñas de León», *AHDE* II, pp. 462-469.

18. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, pp. 46-48.

19. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, pp. 37, 59, 63.

20. Cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *La muerte... cit.*, p. 596: «Lector infatigable, de pensamiento sutilísimo, adivino de la historia y de la filosofía jurídica, su incorregible agrafía ha privado a la ciencia española de páginas gloriosas».

21. Por ejemplo, RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico. (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Barcelona, Editorial Labor, 2.<sup>a</sup> ed. 1936, le dedica el libro «a mi venerado maestro Prof. D. Laureano Díez Canseco con gran cariño y profunda gratitud». Y he citado el testimonio de SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., Cfr. *Don Laureano... cit.* p. VI «... sus obras son sus discípulos. Son numerosos los profesores españoles de las más variadas disciplinas, tanto en las Univesida-

ginalidad sin publicaciones, que muchos otros contemporáneos con montañas de ellas <sup>22</sup>.

Una de las pocas publicaciones de L. Díez Canseco se titula *La función y fin de la Universidad en la vida social* <sup>23</sup>. En este discurso resume sus ideas sobre lo que es y debería ser la Universidad. La realidad universitaria la pone de relieve por la extensión de las noticias que posee tanto de la organización universitaria europea: Francia, Alemania e Inglaterra, como la norteamericana citando universidades que se habían establecido o fundado hacía poco menos de veinte años, por ejemplo Stanford University en California o la del Estado de California cuyo primer campus se estableció en Berkeley. O japonesas como la de Tokio o Kyoto. Sorprende que tenga estas noticias y la precisión y conocimiento del funcionamiento de todas las instituciones que cita. Lo que él piensa que debería ser aparece claro cuando afirma que el fin de la Universidad es elevado, pues se trata «de formar la ciencia misma, de preparar y educar a los investigadores y operarios de esta formación y crear y extender en la vida social un ambiente intelectual y de cultura» <sup>24</sup>. Se define como una corporación de hombres de ciencia, de convivencia de profesores y alumnos dedicados a la investigación y al trabajo científico <sup>25</sup>. En esa corporación sobresalen los profesores que son sobre todo hombres de ciencia encargados de la formación de los estudiantes, en «esta unión de la investigación científica y de la enseñanza, está la esencia de la Universidad, la función específica que cumple en la vida social, su caracter diferencial» <sup>26</sup>. Considera a la Universidad como el establecimiento más elevado de la cultura nacional cuya misión más importante es la de investigar y volcar esa investigación en los alumnos. Esta misión de la Universidad profesionalmente se traduce en suministrar los medios materiales para que subsista la cultura y la

---

des como en otros centros de enseñanza, en cuya formación actuó de modo intenso». Por ejemplo, RAMOS, B., *Necrología... cit.*, p. 83 le llama profesor de profesores y pone de relieve que consumió su vida investigando con sus discípulos p. 82 e influyó y ayudó a otros en conseguir las cátedras sobre todo de filosofía y derecho p. 88. En este sentido cabe destacar la dirección que ejerció L. Díez Canseco en un personaje de vida tan dispersa como fue Valentín Andrés Álvarez, en SÁNCHEZ HORMIGO, A., *Valentín Andrés Álvarez. Un economista del 27*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1991, 2.<sup>a</sup> edición, pp. 24-28, 47, 51, 57, 62-63, 181 y 189 donde refleja el magisterio ejercido por L. Díez Canseco sobre V. Andrés Álvarez.

22. Cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, p. 49. También en *Don Laureano...*, *cit.*, p. V afirma que «lo que deja escrito no da idea de su autor. Al contrario de lo que suele ocurrir, en el caso de L. Díez Canseco el hombre se sobrepone a la labor impresa, relegándola a un plano subalterno».

23. Discurso de apertura del curso académico 1908-1909 de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Tipografía y Casa Editorial Cuesta, 1908.

24. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 17.

25. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 70.

26. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 70.

investigación, que son los fines superiores<sup>27</sup>. Estos fines no son exclusivamente utilitaristas, sino ideales, la utilidad es consecuencia derivada de aquellos. El maestro no debe ser el que cuenta lo que sabe, sino aquel que enseña el camino duro de la investigación que lleva a saber y debe estar interesado solo por la verdad<sup>28</sup>, cierra el discurso parafraseando a Nicolas de Cusa: «así como el corazón vive en el amor, la inteligencia tiene su vida en la verdad»<sup>29</sup>.

Como testimonio final valgan las palabras de L. Recasens Siches, una de las personas que mejor lo conocí desde el punto de vista yusfilosófico, mas adelante haremos un balance de estas palabras: «... (L. Díez Canseco) ha sido una de las figuras más destacadas del profesorado español. Gran maestro de muchas disciplinas jurídicas cultivó con especial relieve los estudios de Filosofía del Derecho. En ellos contribuyó a la difusión de las direcciones alemanas contemporáneas y al conocimiento de nuestros clásicos; y elaboró doctrinas de profunda originalidad, principalmente sobre el tema y método de la Filosofía de la Ciencia jurídica (en la que anticipó algún punto de vista análogo a los de la escuela vienesa de Kelsen); acerca del contenido del concepto del Derecho<sup>30</sup>; sobre la idea de los derechos básicos de la personalidad. Asimismo realizó luminosas investigaciones de Historia de la Filosofía del Derecho, en especial sobre la relación entre las ideas de Derecho y de Justicia en los autores medievales; sobre la teoría de Santo Tomás acerca de la actitud de juez frente a las leyes injustas; sobre la división tripartita del Derecho según los romanos; sobre el concepto clásico de *ius singulare*; sobre la idea de voluntad general en Rousseau y en Hegel. Pero desgraciadamente L. Díez Canseco no fijó por escrito esta labor científica tan fecunda, limitándose a comunicarla de palabra a sus discípulos y amigos, de suerte que sólo se conserva y vive en la memoria y en algunas notas de éstos»<sup>31</sup>.

27. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 81.

28. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 81.

29. DÍEZ CANSECO, L., *La función de la Universidad... cit.*, p. 83.

30. Sobre el concepto de Derecho hay una curiosa anécdota recogida por SÁNCHEZ HORMIGO, A., *Valentín Andrés Alvarez. Un economista del 27... cit.*, p. 25-26, el hecho tiene lugar tras escuchar una conferencia de Stammler quizá hacia 1922, L. Díez Canseco decía que para él «el Derecho no es más que una reglamentación impuesta por los débiles para protegerse contra los fuertes. El fuerte no necesita derecho alguno. Esto me lo hizo comprender muy bien un domador, por haber conseguido que conviviesen en una jaula un lobo y un cordero, a fuerza, naturalmente, de castigar al lobo para que respetase a su compañero de jaula. Esto es el Derecho, imponerse al fuerte para que respete al débil. Cuando pregunté al domador si el sistema funcionaba bien, me dijo: 'Magníficamente, ahora, de vez en cuando hay que poner otro cordero».

31. El *desideratum* de Recasens de editar estas lecciones o trabajos no llegó a buen término. Quizás el autor hace referencia a cursos de doctorado, conferencias o seminarios a los que L. Díez Canseco era muy aficionado, cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, y en el mismo libro las *Extensas adiciones* de L. Recasens Siches, segunda edición corregida, refundida y aumentada, Madrid, Bosch, 1935, tomo I, p. 359.

## 2. RECONSTRUCCION DE SU PENSAMIENTO A TRAVES DE SUS INEDITOS

Los escritos inéditos de carácter yusfilosófico que he encontrado de L. Díez Canseco son dos. De un lado su tesis doctoral titulada *La voluntad humana es libre en sus actos propios*. De otro, su *Memoria y Programa de Elementos de Derecho Natural* ambos presentados en la oposición de cátedra de 1900.

La tesis doctoral es muy breve<sup>32</sup>. No parece que sea una cuestión de un programa. Más bien da la impresión de que es un tema escogido por el propio doctorando y desarrollado de forma breve. Dentro de esa brevedad se deja entrever un hombre culto que razona correctamente y expone con gran claridad.

Comienza afirmando la diferencia entre el hombre y los animales diciendo que el libre albedrío actúa en el hombre mediante la inteligencia que presenta a la voluntad un bien y ésta se mueve o no<sup>33</sup>. Esta relación de causalidad en el orden objetivo o real es necesaria, en otro orden da lugar a la existencia de la ley moral «que encierra en sí el derecho, que no es otra cosa sino aquella esfera del orden moral universal que contiene las normas objetivas de la justicia social». En menos de dos párrafos L. Díez Canseco nos ha definido el actuar del hombre y el derecho como marco objetivo de esa actuación. Hecha esta determinación de la naturaleza humana, L. Díez Canseco define al derecho, como «aquella esfera del orden moral universal que contiene las normas objetivas de la justicia social»<sup>34</sup>.

El delito, siguiendo la teoría clásica, constituye un quebrantamiento voluntario y libre del orden jurídico que entraña un derecho que exige de una parte la imputación de la responsabilidad, de otra la afirmación del deber de cumplir el orden, que lo eleva a un principio moral universal<sup>35</sup>. Pero contra esta concepción se alzaron las voces del

32. En las notas citaré las páginas del manuscrito a las que corresponden las citas literales.

33. «La vida humana, que es el grado supremo y la forma más excelente de la vida, distínguese esencialmente de los otros órdenes de vivir, por cuanto en el hombre el principio que le anima, el alma, encierra en sí, po modo ideal, el fin del movimiento, que la inteligencia presenta a la voluntad como su bien, constituyendo la causa ejemplar de la vida, que recibe su forma de los decretos del libre albedrío. Por tal manera la ley biológica, que en los demás seres expresa una relación necesaria de efectos a causa, preséntase al hombre como norma de sus operaciones, como ideal de sus actos libremente queridos; cuya ley puede no querer cumplir y por tanto no realizar, aunque claro están, perdiendo entonces el bien final de la vida, pues hay aquí una relación objetiva y ontológica que no es dado destruir al hombre», DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana es libre en sus actos propios*, pp. 2-3.

34. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 2.

35. Cfr. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 96, a. 2. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos de Derecho Natural*, Valencia, Establecimiento tipográfico Domenech, 1918, 7.<sup>a</sup> edición, pp. 662-664 y MENDIZABAL y MARTÍN, L., *Tratado de Derecho Natural*, Madrid, Nueva Imprenta Radio, 1931, Tomo III, p. 606, 7.<sup>a</sup> edición, con la colaboración de A. Mendizabal Villalba.



positivismo<sup>36</sup> con sus teorías, en el plano filosófico, deterministas y monistas que disocian el pensamiento de la voluntad como dos mundos distintos y llevan a cabo una reducción cosista del hombre, que se convierte en «un tubo abierto por ambas extremidades, entrando por una materia inorgánica vibrando y con todas sus energías y saliendo por la otra transformada en secreciones, ideas, actos criminales y heroicos, cosas todas iguales e igualmente reductibles a la materia y a la fuerza que entró y que no cesa en su eterna evolución». Desde esta perspectiva la ley moral no es norma de vida, sino ley de causalidad eficiente de los actos, y el Derecho se convierte en «una ley de coexistencia social y el Estado algo así como una fuerza mecánica que mantiene esta coexistencia, corrigiendo por medio de una selección artificial (pena) los casos de atavismo, que no otra cosa son los delincuentes, verdaderos salvajes que nacen en plena civilización»<sup>37</sup>.

Contra el positivismo<sup>38</sup>, L. Díez Canseco se propone demostrar la siguiente tesis: *la voluntad humana es libre en sus actos propios y esta libertad es el fundamento y medida de la responsabilidad*<sup>39</sup>.

En la primera parte hace una sucinta historia de la negación de la idea del libre albedrío humano, pasa revista a los estoicos, musulmanes, tendencias filosóficas medievales no escolásticas, Lutero, Spinoza, los panteístas, materialistas, positivistas y la escuela antropológico-jurídica<sup>40</sup>. Frente a todos estos, afirma que «el cristianismo predicó la libertad humana como dogma fundamental y piedra angular de la moral, haciendo al hombre dueño de sus acciones, responsable de ellas y causante de su felicidad e infelicidad según libremente quiera cooperar al orden establecido por Dios o revelarse contra él. Así la doctrina que formó nuestra civilización, infiltró en ella, al lado del fecundo principio de la igualdad de la naturaleza humana, una profunda y universal creencia en la existencia del libre albedrío y de una ley natural impresa por Dios en la razón como norma a que el hombre debe libremente ajustar sus acciones todas»<sup>41</sup>, creencia que forma uno de los pilares sobre los que se asienta la civilización occidental.

---

36. Una exposición del positivismo y su influjo en las teorías morales y en el problema del libre albedrío que conoció L. Díez Canseco se puede ver en el libro de LIOY, D., *De la Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1891, trad. de L. de Moya, pp. 87-96.

37. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana...cit.*, pp. 4-5.

38. L. Díez Canseco sentía una especial animadversión hacia el positivismo, la consideraba una corriente de pensamiento menesterosa por que se atiene a los resultados inmediatos del funcionamiento del intelecto, no al funcionamiento mismo, cfr. RAMOS, B., *Necrología... cit.*, p. 60.

39. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 10.

40. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, pp. 1-24; véase LIOY, D., *De la Filosofía... cit.*, pp. 90-96.

41. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana...cit.*, pp. 16-17.

En la segunda parte va a desarrollar la demostración de la existencia del libre albedrío. Para él la libertad humana consiste en que un ser dueño de los actos, causa de conducirse a sí mismo al fin, y siguiendo a Tomás de Aquino, lo propio del libre albedrío es la elección<sup>42</sup>. Una vez aclarada la cuestión de la existencia del libre albedrío se cuestiona «si la voluntad en *sus actos propios* goza de esta libertad de indiferencia de que acabamos de hablar; y decimos en *sus actos propios* porque claro está que cuando obra por otra facultad o por el cuerpo, es decir en los actos *imperados*, el acto puede tener *mezcla* de necesidad en la parte que no sea de la voluntad»<sup>43</sup>.

Afirma que esta libertad no se da ante el bien universal y perfecto «que se inclina a él *como a su objeto adecuado*, por una propensión natural; porque lo propio de cada naturaleza es ser naturalmente ordenada para el fin que Dios le ha prescrito, es decir para el bien que es conforme con ella y desea naturalmente este bien; pero el fin de la voluntad es el bien universal y perfecto; por consiguiente; la voluntad desea el bien universal y perfecto por el fondo mismo de su naturaleza y no en virtud de una elección propia», tal como afirmó Tomás de Aquino<sup>44</sup>. Pero con los bienes particulares la voluntad se mueve si el objeto es adecuado a ella, si absorbe toda su capacidad, pero estos no son objetos adecuados a la voluntad porque son medios que conducen al fin<sup>45</sup>.

Pero es evidente que tenemos la facultad de escoger una cosa con preferencia a otra, «por ejemplo, yo conozco, por la experiencia interna, que si yo quiero andar, puedo no quererlo; que puedo mover mi brazo o dejarlo inmóvil; entregarme al estudio o abandonarme a un completo reposo y en estas voliciones, y en todas, tenemos tan clara conciencia de nuestro poder de elección y vemos con tanta evidencia que caen bajo el pleno dominio de nuestra voluntad, que podemos regularlas y anunciarlas con anterioridad»<sup>46</sup>. Con lo cual concluye que «el libre albedrío consiste precisamente en este poder de escoger; luego es cierto que nuestra voluntad es libre»<sup>47</sup>. Y tanto el orden de la vida como de la sociedad se asientan y tienen por causa al hombre como ser libre «las deliberaciones usadas antes de toda empresa, los pactos estipulados, el crédito y las instituciones que le tienen por base,

42. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 27. El influjo de Tomás de Aquino es claro, véase *Summa Theologica*, I, q. 83, a. 3 ad 2 donde afirma que el juicio del libre albedrío es un acto de elección y en I, q. 83, a. 1 ad 4 mantiene que el hombre goza del libre albedrío en la elección de todas las cosas.

43. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 29.

44. Por ejemplo en *Summa Theologica*, I, q. 59, a. 4c; I, 80, a. 2 ad 2; I-II, q. 1, a. 2 ad 3 y otros textos.

45. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 32.

46. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 36.

47. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 36-37. Tomás de Aquino afirmaba que la voluntad no puede ser coaccionada, ni tampoco movida de forma necesaria véase *Summa Theologica*, I-II, q. 6, a. 7c ad 2; I-II, q. 9, a. 6c y I-II, q. 10, a. 4.

la fianza personal, la legislación en cuanto regula actos futuros, aún cuando no incluyamos el derecho penal para no incurrir en una petición de principio; todo esto es absurdo e inexplicable si el hombre es determinado a obrar por un principio distinto de su libre voluntad»<sup>48</sup>.

En la tercera parte hace una crítica a las doctrinas de la escuela positivista italiana, especialmente a E. Ferri quien negó la existencia del libre albedrío, lo calificó como una ilusión, y afirma que la conducta de los hombres, como las de los demás fenómenos naturales está sometida a las leyes de la causalidad<sup>49</sup>. La conducta está determinada por un conjunto de fenómenos físicos y sociales. La crítica de L. Díez Canseco es clara, basta citar sus palabras, «notése bien la *petición de principio* que clara y notoriamente encierra la argumentación del criminalista italiano. Quiere demostrar que el libre albedrío no existe y lo hace construyendo un argumento basado en un análisis del acto humano en el cual no entra para nada la voluntad como potencia libre. O lo que es lo mismo: el hombre no es libre porque no tiene libertad»<sup>50</sup>. Concluye que E. Ferri no hace una demostración convincente y rigurosamente lógica de la inexistencia del libre albedrío.

El error de esta escuela está en las doctrinas psicológica que manejan y contra ella opone que «la idea es simple, como lo es; simple ha de ser la facultad que la produce; si es simple, es inextensa; si es inextensa, es inmaterial y si es inmaterial es distinta de la materia: por tanto hay que admitir en nosotros un ser y una fuerza que se distingue de nuestro cuerpo y que es el ser que nos constituye hombre, pues el acto de entender es el acto específico de la naturaleza humana»<sup>51</sup>. Por tanto, si se usa otra psicología puede llegar a deducirse, o mejor, a afirmarse la existencia del libre albedrío.

En la cuarta y última parte de la tesis da respuesta a otra objeción, si la libertad es el fundamento de la responsabilidad criminal, dicho con otras palabras «*el hombre es libre*; esta es una afirmación que ya reputamos verdad demostrada y de lo que tratamos ahora es de hallar la relación que tiene con el principio en virtud del cual somos responsables de nuestros actos»<sup>52</sup>.

Descalifica por absurda la tesis determinista de los positivistas. Para L. Díez Canseco el acto humano es aquella operación que procede del hombre en cuanto hombre y lo que «constituye el ser propio del hombre, que es animal racional, es la inteligencia y la voluntad»<sup>53</sup>.

---

48 DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 44, contra Spinoza y Bayle.

49 DÍEZ CANSECO, L., cita el libro de FERRI, E., *Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887, trad. de I. Pérez Oliva, el capítulo primero tiene un título muy explícito: «La negación del libre albedrío y la responsabilidad penal», pp. 24-117, L. Díez Canseco toma las citas de las páginas 26-28.

50 DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, pp. 53-54.

51 DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 64.

52 DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 68.

53 DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, p. 72.

Como afirma la tesis tomista *operari sequitur esse*, el acto humano será la operación de la voluntad racional y como la voluntad racional es libre, el acto humano será libre. En el plano práctico «la ley moral, y por tanto la ley jurídica es norma que rige el acto humano, es ley de los actos libres; si es ley de los actos libres sólo con actos libres debe cumplirse y como sólo puede quebrantar la ley quien debe cumplirla, sólo pueden quebrantarla los actos libres: delinquir es quebrantar la ley jurídica, luego sólo por un acto libre se puede delinquir»<sup>54</sup>. Pero la voluntad depende en su acción de la inteleigencia, por eso los actos humano producidos por una actividad libre, deben atribuirse al supuesto racional que actúa como causa y contiene esa actividad libre. Esta atribución es la imputabilidad que entraña no sólo la material de acto considerado como operación, sino también la formal que es la consecuencia o calificación (bueno malo, justo e injusto, etc.).

Por tanto L. Díez Canseco puede sentar la tesis de que «el quebrantamiento de la ley jurídica, que es el delito, sólo puede ser por un acto libre y este es imputable al hombre que libremente quiso; pero no puede atribuirsele el acto sin añadirle el concepto de delito que tiene y por tanto de merecedor de una pena a que él va unido, *como la sombra al cuerpo*. Y como a esta relación entre el autor de un acto humano y las consecuencias que la ley moral de él concluye, llamamos responsabilidad resulta que el libre albedrío es su fundamento»<sup>55</sup>.

L. Díez Canseco ha sido lógicamente riguroso porque lo que es conforme a la naturaleza humana es querer libremente el bien y la posibilidad de querer el mal tal como dijo Tomás de Aquino. La libertad consiste en que la voluntad domine las pasiones, no al revés. Concluye diciendo que la mayor o menor responsabilidad criminal es directamente proporcional al grado de libre albedrío con el que se ejecutan los actos externos, con lo cual concluye la prueba de que la voluntad es libre en sus actos propios y que esta libertad es el fundamento y la medida de la responsabilidad criminal, tal como se propuso hacer al principio.

\* \* \*

La *Memoria* de oposiciones se titula *Del método y fuentes de conocimiento en el estudio del Derecho Natural*. Está dividida en dos partes: de un lado, el método de investigación propio de la ciencia del Derecho Natural —como él la llama—, de otro, el método de docencia de la disciplina. Interesa el primero y dejaré de lado el segundo.

---

54. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, pp. 74-75.

55. DÍEZ CANSECO, L., *La voluntad humana... cit.*, pp. 77-78.

Comienza con la demostración de que en la Historia de la Filosofía existen cuatro métodos para alcanzar el conocimiento: ontológico<sup>56</sup>, idealista<sup>57</sup>, sensualista<sup>58</sup> y racionalista<sup>59</sup>.

Métodos que con frecuencia no se pueden confundir con los procedimientos de inducción y deducción. Con la inducción se llega a averiguar y demostrar que una causa produce determinados fenómenos, la deducción explica cómo y por qué la causa produce aquellos efectos. Pero como el objeto propio es el conocimiento de las cosas por sus causas, tal como dice Tomás de Aquino, se puede decir que el conocimiento de las cosas comienza a ser científico en la deducción.

Estos procedimientos aplicado al conocimiento del Derecho Natural, resulta que nos presenta la Ciencia del Derecho Natural «a la inteligencia como la idea del Derecho, en lo que este tiene de absoluto y universal, y, por tanto, como el principio y causa de la justicia del Derecho positivo de los pueblos, cuyas disposiciones en rigor filosófico sólo en cuanto son consecuencia y determinaciones de tal idea universal pueden llamarse Derecho»<sup>60</sup>. El Derecho Natural tiene carácter filosófico como ciencia puesto que «este como idea es el primer principio de la Ciencia jurídica y como Ley es la primera causa en

56. «El método ontológico, partiendo del error psicológico de que el hombre en esta vida posee la intuición directa del ser, cuyo desenvolvimiento dialéctico constituye la ciencia, es esencialmente un realismo exagerado, cuya última y lógica expresión es el idealismo absoluto hegeliano y gravita necesariamente al panteísmo que es la consecuencia natural de tales premisas». DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, pp. 3-4.

57. «El idealismo, aparte de la base indemostrable de la existencia de ideas innatas en el espíritu humano, cuya afirmación es sólo el resultado de un análisis psicológico incompleto, llega a formar una Ciencia que no es otra cosa sino un racionalismo subjetivo, cuya más genuina representación es el sistema kantiano y lleva en su seno los gérmenes del escepticismo, al cual tarde o temprano llega siempre; toda vez la demostración, con este método, puede llegar a probar la fidelidad y exactitud con que la afirmación científica ha sido deducida de la idea innata en que virtualmente está contenida; pero es importante fuera encontrar la certeza de la identidad entre el conocimiento y la realidad objetiva, que es lo que constituye la verdad lógica.» DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, pp. 4-5.

58. «El empirismo, además de basarse en una psicología mutilada, o mejor dicho por basarse en ella, es incapaz de pasar más allá del conocimiento de los fenómenos y la ciencia viene a reducirse a generalizaciones y al estudio de causas segundas empíricamente conocidas, sin llegar nunca a lo universal, que es el objeto propio de la ciencia.» DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, p. 5.

59. «El método racional, fundado en una filosofía que reconoce y tiene en cuenta todas las facultades psíquicas del orden especulativo y por tanto comprende en su esencia completa el acto cognoscitivo humano; evita caer en un racionalismo subjetivo rayano con el escepticismo, como acontece al método idealista, al asentar los primeros pasos de un procedimiento sobre la roca viva de la observación y rechazar toda idea innata con el tan sabido aforismo aristotélico: *nihil est in intellectu quod prioris non fuerit in sensu* y, por otra parte, sale del empirismo y puede llegar a constituir la ciencia, al sostener la diferencia esencial cualitativa entre la sensación y la idea comprende a esta como conocimiento por modo universal formado por el entendimiento y asignar a la razón el lugar que propiamente le corresponde en el desenvolvimiento lógico de la formación de la ciencia.» DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, pp. 5-6.

60. DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, pp. 13-14.

cuanto participación de la Ley eterna, del Derecho positivo y objeto formal de la filosofía es el *cognitio rerum per altiores causas*»<sup>61</sup>.

Los distintos métodos aplicados al Derecho Natural no han producido resultados del todo satisfactorios, se debe seguir el método filosófico y por tanto racional. De este modo predominará la razón como fuente de conocimiento y ayudándose de la observación psicológica e histórica. Los procedimientos inductivos y deductivos deben estar presentes para llegar a un conocimiento científico del Derecho Natural<sup>62</sup>.

\* \* \*

El *Programa de Derecho Natural* concreta cuál es su idea de esta ciencia. No se aparta de los planteamientos al uso, distingue una Primera parte denominada Parte General donde incluye el estudio de cinco grandes temas, que corresponde a otros tantos conceptos previos al estudio del Derecho Natural: la idea de derecho, los elementos del derecho, las relaciones de la idea del derecho, las fuentes del derecho y la actuación del derecho en la vida<sup>63</sup>. Sin embargo, expresa sus dudas de que pueda dividirse entre derecho individual y social<sup>64</sup> la Parte Espe-

---

61. DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, p. 15.

62. «La inducción tomando como base los datos de la filología y el derecho comparado y el análisis psicológico nos suministran, podrán llegar a enseñarnos lo que nosotros y los demás hombres entendemos empíricamente por derecho; pero la realidad objetiva de este como norma obligatoria y la razón y necesidad de su ser, cosa es que únicamente podremos encontrar deduciéndola de la aplicación de las leyes y principios de la Ética a la sociedad humana, cuya virtud específica es la Justicia. Porque sin esta demostración deductiva de la idea del derecho nos encontraríamos sólo con el conocimiento que de esta han tenido los hombres, teniendo que demostrar por otro camino la verdad de tal conocimiento; y sin la deducción citada o tenemos que admitir como axiomático la idea innata del derecho, como hace Walter, y considerar que se manifiesta «en la lengua, en las costumbres instituciones de cada pueblo, de un modo más o menos consciente», en cuyo caso caemos en el idealismo con todas sus consecuencias o admitimos que aquel conocimiento histórico es por sí mismo la esencia del Derecho, y entonces entramos en el positivismo». DÍEZ CANSECO, L., *Del método y... cit.*, pp. 20-21.

63. Si miramos el tratado de RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos de Derecho Natural*, Valencia, E. Tipográfico Domenech, 1918, 7.<sup>a</sup> edición y GONZÁLEZ DE CASTEJÓN Y ELIO, F.J., *Lecciones de Derecho Natural*, Madrid, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, 1898, L. Canseco, funde en la parte general las partes preliminar y general de R. Rodríguez de Cepeda. Para ver el esquema cfr. DÍEZ CANSECO, L., *Programa... cit.*, pp. II-IV.

64. Por ejemplo, tanto TAPARELLI, L., *Curso elemental de Derecho Natural, para uso de las escuelas*, Madrid, Librería Católica Internacional, 1871, trad. de G. Tejado, no establece esta distinción como TRENDELENBURG, A., *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1868, les repugna admitir esta división de la Parte Especial entre derecho individual y social cfr. DÍEZ CANSECO, L., *Programa... cit.*, p. IV. La concomitancia entre estos dos autores fue puesta de relieve por F. Giner, véase GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1969, p. 72, nota 61.

cial <sup>65</sup> y escribe: «Ciertamente que no puede negarse, en mi opinión, que la manera corriente de considerar la división del Derecho en que ahora nos ocupamos es insostenible, si realmente al hablar de Derecho individual se pretende estudiarlo abstracción hecha de las relaciones sociales; aún cuando, por otra parte, no se admita la existencia de tal derecho separado *a parte rei* del Derecho social» <sup>66</sup>. Si acepta esta división es por no alterar el tecnicismo consagrado y «no porque crea que estas denominaciones sean del todo exactas» <sup>67</sup>, es decir, por no crear ciertas suspicacias entre los miembros del tribunal y así no salirse de la tónica general.

### 3. CONCLUSIONES

Es tiempo de cerrar el trabajo. Lo que podemos ver en L. Díez Canseco es que fue un hombre que a pesar de su pintoresquismo y excéntricas, o precisamente por eso mismo, poseía un atractivo difícil de resistir para los que le rodeaban. En esto todos los testimonios concuerdan. También se encuentra una coincidencia básica en la afirmación de que se trataba de un hombre de inteligencia superior y unos conocimientos más extensos que los demás y que gracias a estos dos elementos alcanzó una gran fama a pesar de ser un ágrafo completo.

Los pocos testimonios que nos quedan de él muestran a un hombre capaz de asimilar distintas corrientes de pensamiento y criticarlas en sus puntos centrales. El ejemplo de la tesis doctoral y la crítica al positivismo, y en especial a la escuela penalista italiana, es elocuente. A la vez es claro que opone como alternativa al positivismo <sup>68</sup> la filosofía tomista, ya que toda la argumentación que presenta en su tesis está sacada de los de Tomás de Aquino a quien parece que conocía a través de una lectura directa sus textos, quizá no de una edición completa, pero sí al menos de lo era pertinente para el tema que estudió. Por tanto, se puede decir que L. Díez Canseco se aparta de la tradición tomista de manual, pero sigue la corriente dominante en la universidad de su tiempo. Como se ha dicho repetidas veces, todas las cátedras de este

---

65. Incluye tres capítulos, uno introductorio donde pone las bases para la división del derecho y otros dos donde aborda los distintos aspectos del derecho individual —personalidad, propiedad real y propiedad personal (obligaciones)— y del derecho social —derecho de familia, derecho político, estado internacional y derecho de la Iglesia—. El mismo esquema que sigue RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos de Derecho Natural*, cit., y GONZÁLEZ DE CASTEJÓN Y ELIO, F.J., *Lecciones de Derecho Natural*, cit.

66. Cfr. DÍEZ CANSECO, L., *Programa...* p. VI.

67. DÍEZ CANSECO, L., *Programa...* cit., pp. VIII-IX, cita como ejemplos el derecho de propiedad como un derecho que tiene su base en la persona, individual o no y la autoridad marital que tiene su vínculo en la organización social.

68. Dudo si L. Díez Canseco conocía las obras originales de la escuela penalista italiana. He demostrado que las citas que hace de E. Ferri las toma de una traducción castellana.

período de tiempo, exceptuando la de Filosofía del Derecho ocupada por Giner de los Ríos —durante el tiempo que no fue separado del servicio— y la de Derecho Natural de Oviedo, regentada por García Alas Ureña, están ocupadas por personas de orientación neotomista; los krausistas, o fracasan en las oposiciones o tienen que ocupar otras cátedras. Por tanto, se puede afirmar que «la enseñanza oficial, pues, de la filosofía del derecho va a estar en manos de tomistas»<sup>69</sup>. De todas formas la clasificación de L. Díez Canseco es difícil, como él mismo decía «a mí me pasa como al cangrejo; un naturalista lo coge en la mano, lo examina y con gran indiferencia lo coloca en la casilla de clasificación correspondiente diciendo: crustáceo, pero él no lo sabe»<sup>70</sup>. En suma, L. Díez Canseco es difícil de clasificar, en esto también coherente con la vida que llevó. Pero se puede decir que por sus escritos está en la línea de pensamiento del neotomismo, o al menos, no desentona con esta filosofía.

Las afirmaciones del texto citado de L. Recaséns Siches no pueden ser confirmadas con lo que he podido consultar. Lo que él cita pueden ser cursos monográficos de doctorado que L. Díez Canseco impartió en la Universidad Central, o algunos cursos que dio en el Centro de Estudios Históricos y en el Ateneo de Madrid. Pero a través de sus textos no puede concluirse nada de lo que se dice. R. Riaza en su necrológica afirma que «comenzó a publicar en la Editorial Suárez unas notas que pudieran servir de cómodo manual para los estudiantes de Historia del Derecho: las pocas páginas que llegaron a imprimirse, difíciles de encontrar, son dos certeros capítulos dedicados a la concepción de la Historia y el Derecho»<sup>71</sup>. Probablemente L. Recaséns Siches se refiere al contenido de estas páginas, ya que al tratarse de unos capítulos introductorios podrían contener unas nociones filosóficas sobre el concepto de historia y de derecho.

---

69. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo... cit.*, pp. 189-190 y 323-337. Esta afirmación han sido reiterada véase antes del libro citado el artículo de LEGAZ y LACAMBRA, L., «Die Tendenzen der Rechtsphilosophie in Spanien in den letzten zehn Jahre», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 45, 1959, p. 421, con posterioridad PÉREZ LUÑO, A.E., «El Derecho natural en la España del siglo XX», en PUY, F., (ed.) *El Derecho Natural Hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, pp. 123-137 y «El derecho natural en la España del Siglo XX», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 23-24, 1983-84; RUBIO CASTRO, A., «Sobre la filosofía del derecho en España a principios del siglo XX», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 23-24, 1983-84.

70. Cfr. B. RAMOS, *Necrología... cit.*, p. 62, donde se recogen estas palabras.

71. RIAZA, R., *Don Laureano Díez Canseco... cit.*, p. 44.



## Apéndice

Como apéndice a este trabajo voy a transcribir, conservando la sintaxis y la ortografía un texto original de L. Díez Canseco: la tesis doctoral.

### LA VOLUNTAD HUMANA ES LIBRE EN SUS ACTOS PROPIOS

Es la vida un movimiento, cuyo principio y causa eficiente se encuentra en la misma naturaleza del ser que vive; principio interno (*alma*) que es raíz inicial de sus operaciones, transforma y encauza, convirtiéndolas hacia el bien del ente vivo, las fuerzas mismas de la naturaleza inanimada; que es, en fin, la forma sustancial que da esencia específica al viviente y por razón del cual se clasifica el reino de estos aparte de la materia inanimada.

La vida humana, que es el grado supremo y la forma más excelente de la vida, distínguese esencialmente de los otros órdenes de vivir, por cuanto en el hombre el principio que le anima, el alma, encima en sí, por modo ideal, el fin del movimiento, que la inteligencia presente a la voluntad como su bien, constituyendo la causa ejemplar de la vida, que recibe su forma de los decretos del libre albedrío. Por tal manera la ley biológica, que en los demás seres expresa una relación necesaria de efectos a causa, preséntase al hombre como norma de sus operaciones, como ideal de sus actos libremente queridos; cuya ley puede no querer cumplir y por tanto no realizar, aunque claro están, perdiendo entonces el bien final de la vida, pues hay aquí una relación objetiva y ontológica que no es dado destruir al hombre.

Esta norma que relaciona con relación de causalidad, necesaria en el orden objetivo, a la operación humana con el fin de la vida del hombre, es la ley moral, que encierra en sí el derecho, que no es otra cosa sino aquella esfera del orden moral universal que contiene las normas objetivas de la justicia social.

El reconocimiento práctico de esta ley jurídica, su impero de hecho en la vida social constituye el orden jurídico y su quebramiento por un

acto libre del hombre (*delito*) y sólo por un acto libre (pues hay verdadera imposibilidad metafísica e implica contradicción lógica en los términos que una ley moral pueda ser violada de otra manera que libremente) entraña un desorden que encierra en sí, por modo virtual, dos exigencias necesarias: la imputación de la responsabilidad del desorden a la voluntad que por determinación libre quiso el acto contradictorio con la justicia y el deber social humano de afirmar prácticamente en virtud del principio de moral universal: cumple el orden.

A esta concepción, que pudiéramos llamar clásica, de la vida, del derecho, del delito, y de la responsabilidad criminal, que es sustancialmente la base y fundamento de la creencia de todos los pueblos y el principio que inspira la legislación de las sociedades civilizadas; opone el positivismo su teoría determinista y monista, que considera el pensamiento y la volición no como actos distintos de los acontecen en el mundo inorgánico y producidos por una fuerza psíquica distinta de las fuerzas cósmicas, sino (según Ch. Richet dice) como un fenómeno vibratorio del mismo orden y de la misma específica naturaleza que todos los fenómenos vibratorios conocidos hasta el día, identificando con Buchner el alma y el cerebro, considerando con Gocine en vicio y la virtud simples productos como el vitriolo y el azúcar y presentándonos al hombre a modo de un tubo abierto por ambas estremidades, entrando por una materia inorgánica vibrando y con todas sus energías y saliendo por la otra transformada en secreciones, ideas, actos criminales y heroicos, cosas todas iguales e igualmente reductibles a la materia y a la fuerza que entró y que no cesa en su eterna evolución.

La ley moral, por tanto se identifica con la ley física del mundo, de la cual no es más que una transformación, dejando de ser norma de la vida para convertirse en ley de causalidad necesarias de causa ejemplar se convierte en causa eficiente.

Las virtudes no son todas cosas que una evolución de los instintos de los animales, evolución a su vez de fuerzas vegetativas de las plantas, que tienen su punto inicial en el mundo inorgánico; así como los fenómenos de la voluntad tienen su precedente en la irritabilidad de los vegetales. La fidelidad del perro evolucionando se convierte en la piedad de San Francisco de Asís y en la caridad de San Vicente Paúl y la tendencia que en los animales lleva al macho a unirse con la hembra se torna en la especie humana en el amor de Dante y de Petrarca <sup>1</sup>.

---

1. *La Nuova Scuola Penale*. En el párrafo siguiente copio la frase cruda con que el autor de este libro (Lioy) califica el acto criminal. Buchner habla también (*Des psychique des bêtes*) del alcoholismo y la embriaguez de las abejas y Lombroso en su *Uomo criminale*, entre otras cosa análogas, de plantas *insectívoras*, que por medio de tentáculos *asesinan* para luego devorar después de haberlos atraído despidiendo un aroma del agrado de las infelices víctimas, del robo en cuadrilla de ciertos monos, del asesinato con un fin egoísta en las abejas, del adulterio entre las tórtolas, etc.

El derecho es una ley de coexistencia social y el Estado algo así como una fuerza mecánica que mantiene esta coexistencia, corrigiendo por medio de una selección artificial (*pena*) los casos de atavismo, que no otra cosa son los delincuentes, verdaderos salvajes que nacen en plena civilización, para quienes (como dice Lioy) *el delito es tan natural como la menstruación en la muger, y cuya delincuencia no tiene otra raíz sino la contradicción entre su organismo y el medio social en que vive*; un hombre, en fin, que tuvo la *desgracia* de nacer en Inglaterra o en España en vez de haber nacido en la Patagonia donde hubiera sido un buen salvaje que *honradamente* podía comerse a sus semejantes.

Véase por aquí la honda revolución que en las ciencias morales y políticas produce el positivismo entrañando una nueva organización social, con nueva moral y nuevos códigos. Y el nudo de la cuestión está en la solución que al problema de la libertad del hombre en sus voliciones se de: por eso la expansión que en nuestros días ha tomado la ciencia positivista, entrando a modo de invasión bélica en el campo de la sociología y la jurisprudencia clásica, ha vuelto a colocar la discusión científica en los términos de contienda entre *servo y libero arbitrio*, como a la aparición de la Reforma de Lutero, cuando eran estas las banderas bajo las cuales disputaban respectivamente protestantes y católicos, cuando entre nosotros Ginés de Sepúlveda escribía su clásico libro sobre la materia y Calderón llevaba el problema del teatro, condensando artísticamente la polémica en el bellissimo diálogo entre Justina y el *Mágico prodigioso*.

Este asunto del libre albedrío en cuanto se relaciona con el problema de la responsabilidad criminal he escogido como tema de mi memoria y lo formularé en la siguiente tesis:

*«La voluntad humana es libre en sus actos propios y esta libertad es el fundamento y la medida de la responsabilidad criminal».*

## I

Todas aquellas doctrinas que no conceden al hombre el libre albedrío se llaman *fatalistas*, aunque bien pudiera hacerse en este punto una distinción, según acertadamente apunta aquella Fouillée<sup>2</sup>, entre aquellos que suponen al hombre movido por una fuerza externa a su naturaleza (*fatum*, destino, la Divinidad) como los antiguos estoicos, la secta árabe de los Djabaritas y los luteranos, a los cuáles propiamente debería llamarse fatalistas y aquellos otros filósofos que hacen a la voluntad libre de coacción exterior en cuanto a su acto propio de querer; pero *determinándose* por necesidad interna; en una palabra, sin tener lo

---

2. *L'idee moderne du droit*, París 1885.

que los escolásticos llamaban libertad de indiferencia; especie de negación del libre arbitrio que constituye el determinismo.

El estoicismo, principalmente en sus primeros tiempos, es la escuela fatalista más importante de la antigüedad, pues su máxima favorita era ésta: *Todo es obra del destino*. La explicación que de ella daban les aproximaba, al menos a muchos de sus representantes, la moderno determinismo, aunque fuera distinta la raíz metafísica de donde la concluían. He aquí, por ejemplo, como en la obra *De Divinatione* de Cicerón define su hermano Quinto el destino según la opinión de los estoicos: «Llamo destino a lo que los griegos eíarmene, es decir, al orden y la serie de causas, toda vez que ligada una causa a otra, engendra por sí misma efectos. Es el río de la verdad eterna corriendo eternamente. Así pues, nada se hace que no deba hacerse, como nada se hará que la naturaleza no contenga las causas que lo producen»<sup>3</sup>.

La razón de tal opinión de los estoicos descansaba en la idea que estos filósofos tenían de Dios, a quien miraban como un *fuego sutil* que llena y penetra el mundo, que engendra por sí mismo todo cuanto en el universo se hace, conforme a las leyes de sus elementos y las almas hermanas no son otra cosa que partículas de este fuego divino. De aquí concluían lógicamente que todos los cambios que acaecen en el mundo, aún las voliciones del alma, son efectos que provienen *espontáneamente* del encadenamiento natural de las causas, encadenamiento del cual Dios<sup>4</sup>, o ese *fuego sutil* que penetra el mundo, es el principio.

Por consiguiente, si todo cuanto en el mundo sucede se hace *espontáneamente*, pero necesariamente, como consecuencia de la conexión de las causas entre sí, es evidente que el alma es la causa, espontánea sin duda, pero al mismo tiempo la causa necesaria de sus propias voliciones.

Por lo demás, sabido es que el fatalismo es la nota dominante de las sociedades antiguas, al menos en su moral y en sus creencias; pues, en el orden especulativo Platón y Aristóteles, asentaron en este punto la verdadera doctrina de tal modo que los escolásticos espusieron y defendieron su teoría del libre albedrío fundándose, sobre todo Santo Tomás y sus discípulos, en las doctrinas del filósofo de Estagira.

El cristianismo predicó la libertad humana como dogma fundamental y piedra angular de la moral, haciendo al hombre dueño de sus acciones, responsable de ellas y causante de su felicidad e infelicidad según libremente quiera cooperar al orden establecido por Dios o revelarse contra él. Así la doctrina que formó nuestra civilización, infiltró en ella, al lado del fecundo principio de la igualdad de la naturaleza humana, una profunda y universal creencia en la existencia del libre albedrío y de una ley natural impresa por Dios en la razón como norma a

3. *De Divinat.* lib. I, c. 55. *De nat. Deor.* lib. I, c. 20 y lib. III, c. 6. Plutarco: *De placit. phil.* lib. II, c. 27.

4. Cic. *De natur. Deor.* lib. I, c. 14 y lib. II, c. 22. Séneca: *De benef.* lib. IV, c. 7. Laert. lib. VIII, s. 148.

que el hombre debe libremente ajustar sus acciones todas; creencia tan hondamente arraigada en la conciencia de los pueblos nacidos de las ruinas del Imperio Romano, que durante la Edad Media no se encuentran huellas de fatalismo, sino en algunas herejías, en pocos filósofos disidentes de la Escolástica y en las sectas religiosas y escuelas filosóficas de los musulmanes, como la citada de los Djabaritas, que sostenía contra los Kadritas que el hombre no tiene poder de hacer nada, que no puede atribuirsele la facultad de obrar y que todas sus acciones son el resultado de la coacción (*djabar*), punto de vista seguido por la mayor parte de los filósofos árabes <sup>5</sup>.

Contra esta creencia tan universalmente profesada por la conciencia popular y la razón especulativa de la *cristiandad*, resucitó de nuevo el fatalismo Lutero al afirmar que el hombre había sido despojado del libre albedrío por el pecado original, doctrina que mantuvo en discusión teológica las escuelas todas de su época.

Espinosa en los tiempos modernos restauró las enseñanzas fatalistas de los estoicos, del propio modo renovó su panteísmo, revistiéndole de nueva forma. Después de haber enseñado que las almas son ciertos modos según los cuales el entendimiento infinito de Dios se desenvuelve en el mundo sometido a la necesidad; sostiene, como consecuencia que el alma humana no se determina por sí misma en sus voliciones, sino que es determinada a ello por una causa dependiente de otra y así hasta el infinito <sup>6</sup>; y que esto sucede necesariamente porque todo resulta de la naturaleza de Dios según las leyes de la necesidad <sup>7</sup>. Esta teoría de Espinosa ha recibido la aprobación, aunque no siempre espresa, de todos los panteístas alemanes de estos últimos tiempos, que han resucitado en su mayor parte las erróneas doctrinas del filósofo holandés. Porque si el alma, como quiere Schelling, es *lo Absoluto* mismo que se desenvuelve naturalmente bajo la forma de espíritu o si es, como lo explica Hegel, *la tercera fase de la evolución de la Idea*, fase en la cual adquiere la conciencia de sí misma, claro está que las diferentes voliciones del alma, no pueden ser otra cosa que los modos necesarios de la evolución de *lo Absoluto* o de la *Idea* <sup>8</sup>.

No de otra manera opina la reciente filosofía pesimista. Hartman dice acerca de este punto: «Yo creo que puedo llegar hasta proclamar que la novísima filosofía al ocuparse en la cuestión del libre albedrío

---

5. Munk: *Melanges de phil. juive et arabe*, p. 310 y ss. Renau: *Averroes et l'averroïsme*.

6. «No se encuentra en el espíritu ninguna voluntad absoluta o libre sino que el espíritu es determinado a hacer esto o aquello por una causa, la cual es a su vez determinada por otra; esta por una tercera y así hasta el infinito», (*Ethic.*, Pars II, prop. XLVIII).

7. «Yo pienso que todo procede de la naturaleza de Dios por una necesidad inevitable», (*Epist.* XXIII).

8. Sthal: *Gesch. der Rechtphil. Fouillée L'idee moderne du droit* P. Ceferino González: *Hist. de la Filos.*

tiene por demostrado que nada se ha dicho en concreto en pro de la libertad empírica o práctica de los actos de la voluntad en la recíproca relación de unos con otros y que esta como las demás manifestaciones todas de la naturaleza está sometida a la ley de causalidad y a las leyes del entendimiento del hombre y de los motivos que obran sobre él con una especie de necesidad (*und den auf ihn wirkenden motiven mit Nothwendigkeit folgt*)»<sup>9</sup>.

Además de los panteístas, la libertad de la voluntad humana tuvo también por adversarios en los siglos XVI y XVII a todos los escritores materialistas o afines al materialismo de aquella época, como Hobbes, Collins, Bayle, Helvetius, Lametrie y muchos otros y sigue siendo combatida en nuestros días por los positivistas todos, como Augusto Comte, Paine, Littré, Stuart Mill, Spencer y la escuela *antropológico-jurídica*, cuyos representantes más notables son Lombroso, Ferri y Garófalo, que al considerar al delincuente como un tipo específicamente distinto y con caracteres propios diferenciales del hombre honrado, produciendo por determinación necesaria de su naturaleza los delitos, afirmarían implícitamente la necesidad de las voliciones humanas, si la mayor parte de ellos no lo hicieran explícita y rotundamente<sup>10</sup>.

## II

Antes de entrar en la demostración del libre albedrío y a deshacer las más importantes objeciones de los fatalistas, es necesario que fijemos lo más claramente posible su naturaleza. No puede ésta consistir únicamente en que la voluntad no sea obligada a obrar por ninguna fuerza exterior, como sostienen algunos deterministas»<sup>11</sup>, porque el libre albedrío no existe si la voluntad no es dueña de sus propias voliciones, si *no* está exenta de *toda necesidad de naturaleza*, por la naturaleza es lo que hay de principal en los seres y la necesidad que naciera de la naturaleza misma de la voluntad quitaría a esta todo dominio en sus actos.

---

9. *Philosophie des Underwusten*, ed. 6, p. 322.

10. Ferri, por ejemplo, además de refutar el libre albedrío en su conocida obra *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, de la cual ha publicado estos días una nueva edición con el título de *Sociología Criminale*, ha escrito un libro expresamente sobre la materia (*Teoria della imputabilità e negazione del libero arbitrio*), de cuyo argumento capital nos hacemos cargo más adelante. Las principales obras de esta escuela, aparte de estas, son las de Lombroso, y entre ellas, *L'uomo criminale*, que inició y puede decirse que fundó la teoría aún cuando ya hay precedentes, por ejemplo en Buchner y Spencer; *la Criminologia* de Garófalo y de la que Puglia *Prolegomeni allo studio del diritto represivo*. Lioy ha publicado un pequeño folleto de propaganda con el título de *La Nuova scuola penale*, escrito con precisión y claridad.

Sobre el concepto de los demás positivistas en punto al libre albedrío pueden consultarse, además de las obras de Littré, Comte y Spencer, a Fouillée *La liberté et le déterminisme*; Herzen, *La physiologie de la volonté* y Ardigio, *La morale dei positivisti*.

11. Fouillée: *L'idée moderne du droit*.

Al contrario, como el libre albedrío entraña la exención de toda necesidad de naturaleza, hace a la voluntad dueña de sus actos y por tanto es causa de que su inclinación se determine hacia alguna cosa, no por la constitución misma de su naturaleza, sino por su propia elección, porque se llama libre un ser cuando es causa de *se*. El libre albedrío consiste, pues, únicamente en el poder de escoger. «Lo propio del libre albedrío dice Santo Tomás <sup>12</sup>, es la elección».

Se nota igualmente, según esto, que la esencia del libre albedrío supone una cierta *indiferencia*, de tal suerte que el que obra libremente no sea determinado a una cosa sola, sino que pueda igualmente escoger otra. Por esta razón los filósofos dan también al libre albedrío el nombre de *libertad de indiferencia*. Esta indiferencia puede versar o sobre el acto mismo de la voluntad, es decir querer o no querer, o sobre su objeto, es decir querer una cosa u otro distinta o contraria y, por último, podemos considerarla desde el punto de vista de las relaciones que la acción puede tener con el fin humano es decir en cuanto se opone o es conforme con la ley moral o la ley jurídica; en este sentido decimos que el hombre delinque libremente.

Examinada y consituída la noción que del libre albedrío debemos tener, veamos ahora si la voluntad en *sus actos propios* goza de esta libertad de indiferencia de que acabamos de hablar; y decimos en *sus actos propios* porque claro está que cuando obra por otra facultad o por el cuerpo, es decir en los actos *imperados*, el acto puede tener *mezcla* de necesidad en la parte que no sea de la voluntad.

No es ciertamente esta libre en *cuanto al bien universal y perfecto*, sino que se inclina a él *como a su objeto adecuado*, por una propensión natural; porque lo propio de cada naturaleza es ser naturalmente ordenada para el fin que Dios le ha prescrito, es decir para el bien que es conforme con ella y desea naturalmente este bien; pero el fin de la voluntad es el bien universal y perfecto; por consiguiente; la voluntad desea el bien universal y perfecto por el fondo mismo de su naturaleza y no en virtud de una elección propia «De la misma manera, dice Santo Tomás, que el intelecto se adhiere necesariamente a los primeros principios, así la voluntad a su fin último, que es la bienaventuranza; porque el fin es en la operación lo que el principio en el orden especulativo» <sup>13</sup>.

Además, como el objeto de la voluntad reside en un cierto bien conocido por el entendimiento, cuando este bien no contiene sombra ninguna de mal, como acontece con el bien universal y perfecto, la voluntad no puede ejercer ningún imperio ni influencia, pues se trata de su objeto adecuado; que llena toda su capacidad.

Lo contrario sucede cuando se trata de los bienes particulares. En efecto, la voluntad, como las demás potencias, no es movida necesaria-

12. *Suma Teol.* I, q. LXXXIII a. 3. c.

13. *Suma Teol.* I, q. LXXXII.

mente sino por su objeto adecuado porque él solo es susceptible de absorber toda su capacidad.

Los bienes particulares no son el objeto adecuado de la voluntad porque son medios que conducen al fin último y en las cosas que conducen al fin último, nada es bueno de tal manera que esté exento de todo mal y por consiguiente, no puede mover necesariamente a la voluntad que conserva el poder de quererlo o no quererlo.

«En el movimiento de una potencia cualquiera, dice sobre este punto Santo Tomás, es preciso considerar la razón por la cual el objeto la pone en movimientos; porque la luz, por ejemplo, escita la vista bajo forma de color actualmente visible ... Si pues, algún objeto que sea bueno universalmente y bajo todos sus aspectos es propuesto a la voluntad, esta tenderá necesariamente a él...; si la voluntad se propone al contrario un objeto que no es bueno bajo todos sus aspectos no es arrastrada necesariamente hacia él»<sup>14</sup>.

Y en otra parte dice: «El hombre puede querer o no querer, obrar o no obrar, querer esto o lo otro; el poder de la razón es bastante para explicar este fenómeno; porque la voluntad puede dirigirse hacia todo lo que la razón puede aprender como un bien; pero la razón puede aprender como un bien no sólo el querer y el obrar sino la ausencia de volición y de acción. Por otra parte en todos los bienes particulares se puede considerar la razón de un cierto bien y la privación de otro, privación que constituye un mal y, según esta doble consideración, el espíritu puede aprehender cada uno de los estos bienes o como dignos de ser escogidos o como mereciendo ser rechazados»<sup>15</sup>.

Esta demostración, basada en la naturaleza misma del acto volitivo y que busca su razón lógica en la necesidad metafísica de la libertad; encuentra apoyo en el testimonio íntimo de la conciencia que nos da certeza, por modo experimental, de ser libre la voluntad en sus actos propios; de tal suerte que si oponemos alguna duda a tal verdad; la misma razón de esta duda, valdría para hacernos dudar de nuestra propia existencia y de la de nuestros pensamientos. Porque la experiencia nos muestra todos los días, con la mayor claridad, que tenemos la facultad de escoger una cosa con preferencia a otra. Por ejemplo, yo conozco, por la experiencia interna, que si yo quiero andar, puedo no quererlo; que puedo mover mi brazo o dejarlo inmóvil; entregarme al estudio o abandonarme a un completo reposo y en estas voliciones, y en todas, tenemos tan clara conciencia de nuestro poder de elección y vemos con tanta evidencia que caen bajo el pleno dominio de nuestra voluntad, que podemos regularlas y anunciarlas con anterioridad.

El libre albedrío consiste precisamente en este poder de escoger; luego es cierto que nuestra voluntad es libre.

---

14. *Suma Teol.* 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, q. X a. 2.c.

15. *Suma Teol.* q. XIII a. 6. c. *Vid. Q. dispp. De Malo*, q. VI.



Bayle, tomándola de Espinosa, hace a esta prueba la siguiente objeción. Aunque las voliciones fuesen producidas por alguna causa necesaria el alma podría conocerlas como si proviniesen de su libre determinación, porque no se puede conocer si las voliciones son libres, o si no lo son, a menos que se conozca la causa que las produce y la conciencia nos enseña que existen voliciones; pero no nos manifiesta las causas de donde procedan. De aquí sacan la consecuencia de que el argumento tomado de la experiencia para probar la existencia de la libertad no tiene valor alguno.

Pero Bayle y Espinosa están en un error. La conciencia nos da testimonio, no sólo de que ciertas voliciones existen en nosotros, sino también de que tienen su origen en nuestra propia elección y que de tal manera dependen de nosotros que podemos, según queramos, hacerlas o no; por consiguiente, por medio de la conciencia misma, distinguimos muy bien estas operaciones de las modificaciones que en nosotros acaecen por modo necesario. Si nuestra voliciones proviniesen de alguna causa necesaria, no solamente no tendríamos conciencia de este hecho, sino que la experiencia íntima nos mostraría lo contrario; lo cual es absurdo.

Bayle, en apoyo de su opinión, presenta la hipótesis de una veleta, pronta a moverse al menor soplo de viento y que adquiriese conciencia de que se movía; sin conocer la causa de este fenómeno: creería, dice, que se movía a sí misma<sup>16</sup>. Espinosa había presentado y con él mismo objeto el ejemplo de la piedra en movimiento<sup>17</sup>. Pero los dos no hacen otra cosa sino presentar un sofisma. En efecto, si la veleta deseara conocer la causa de su movimiento; en primer lugar sabría que se mueve, pero nada la haría suponer que era ella la causa del movimiento; y además, si, con el fin de conocer la naturaleza de su poder, quisiera suspender su movimiento, reconocería bien pronto que no podía, es decir, que no gozaba de la libertad de sus movimientos.

Así es que, con tal evidencia nos presenta la conciencia la libertad de las voliciones, que acaso no haya otra verdad a la cual tan universal-

---

16. *Response aux lettres d'un provincial, Oeuvr. t. III, p. 2, c. CXL p. 785 y 786 y Diction. hist. et crit. ant. Helène.*

17. «Supongamos, por ejemplo, una piedra que, en el momento mismo que entra en movimiento, piensa y tiene conciencia, en tanto que esto puede hacerse, y que ella hace esfuerzos por continuar en su movimiento. Aunque no tenga conciencia más que del esfuerzo que hace y no siendo indiferente; esta piedra se creará muy libre y que continua en su movimiento sin otra causa que su propia libertad. Tal es la libertad humana, que todos los hombres se glorían de poseer y que consiste únicamente en que los hombres tienen conciencia de su apetito, aunque ignoran las causas reales que les determinan» *Epist. LXII, Opp. 1, 1.º, p. 665* (ed. Paulus). Más adelante veremos a Ferri hacer análogo argumento y hablarnos de la ilusión producida por el hecho de hacerse consciente al pasar por el cerebro un movimiento vibratorio, que constituye la volición. Lo extraño es que argumento tan sofisticado tuviera favorable acogida en el gran entendimiento de Leibnitz, cuyo filósofo presenta a su vez el ejemplo de la aguja imantada.

mente sea el asentimiento de los hombres y, nótese bien, cuando un pueblo profesa el fatalismo entre sus dogmas religiosos, confirma más esta verdad, mostrando que es impotente el sofisma de un filósofo para destruir un hecho demostrado por la conciencia psíquica y que para que un pueblo no crea en él necesita suponer que la fuerza exterior que anule el libre albedrío sea la misma divinidad y que el fatalismo se presente como una revelación de Dios, encerrando esta contradicción entre la palabra divina y un hecho evidente un *misterio* religioso que en virtud de la palabra de Dios o del profeta se cree.

Todo el orden y toda la vida de la sociedad humana descansan y tienen por principio y causa este asentimiento universal que, a la vez es una prueba más en pro de la libertad humana.

Las deliberaciones usadas antes de toda empresa, los pactos estipulados, el crédito y las instituciones que le tienen por base, la fianza personal, la legislación en cuanto regula actos futuros, aún cuando no incluyamos el derecho penal para no incurrir en una petición de principio; todo esto es absurdo e inexplicable si el hombre es determinado a obrar por un principio distinto de su libre voluntad.

### III

La escuela *antropológico-jurídica*, que no es otra cosa que el positivismo evolucionista aplicado a la moral y al derecho, como antes hemos dicho, entraña sustancialmente, aún cuando otra cosa afirmen Lioy y algunos más de sus partidarios, la negación más completa del libre albedrío, incompatible con el concepto que tal doctrina del delito, de la pena y del orden jurídico tiene.

Enrique Ferri, uno de los más ilustres representantes de la nueva ciencia penal y que ha dedicado a la materia un libro con el título de *Teoría della imputabilità é la negazione dil libero arbitrio*, recogiendo antiguas objeciones y vistiéndolas con un ropaje más *positivo* y de apariencia más científica, considera la libertad humana como un fenómeno verdaderamente milagroso dentro de la biología y rotundamente la rechaza.

He aquí sus palabras: «El proceso físico-psicológico de toda acción individual puede reducirse a este programa: 1.º Una fase física fuera del centro nervioso, que puede tener el punto de partida en el mundo exterior al individuo o en su mismo cuerpo; por ejemplo, una vibración del aire o del éter que hiera la periferia del cuerpo en un órgano del cuerpo mismo, como el estómago o el hígado. 2.º Una fase fisiológica doble, esto es, una vibración entrípeta a lo largo del nervio cuya extremidad periférica es herida y que propaga este movimiento y aquella vibración; después un movimiento centrífugo a lo largo del nervio que propaga aquella misma vibración del centro a la periferia. 3.ª. Aun otra fase física que es el movimiento muscular mecánico de la acción ester-

na efecto de aquella corriente nerviosa centrífuga. Un hombre me dirige la palabra; movimiento físico del aire; corriente nerviosa centrífuga del cerebro al brazo; movimiento de este mismo brazo.

Ahora bien, este procedimiento evolutivo fundamental puede tener dos modalidades; o en el momento en que la corriente nerviosa llega al cerebro es advertida y se hace consciente, alcanzando, como dice Sergi, la fase psíquica y se revela en la sensación, en la idea, en el sentimiento, en el esfuerzo voluntario; o bien no alcanza esta manifestación psíquica y entonces permanece en el dominio de lo inconsciente como simple reflejo. En este último caso, el más simple, el proceso evolutivo, como se ha dicho, está constituido de tres fases una de las cuales es doble; en cambio en el caso de la manifestación consciente, se añade otra fase psíquica que divide en dos la fase fisiológica doble y se tienen estos cinco estados del fenómeno: movimiento físico externo inicial, corriente fisiológica centrípeta, manifestación psíquica, corriente fisiológica centrífuga, movimiento físico externo final. Si este proceso no alcanza la fase psíquica se queda en el grado de simple acto reflejo, inconsciente o involuntario, en el que para nada entre la idea del acto voluntario: si, por el contrario, alcanza la manifestación psíquica y se hace consciente y voluntario, la conciencia interna hace intervenir por la ilusión supradicha el sentimiento de la libertad volitiva durante la fase psíquica, especialmente en los casos de deliberación no instantánea y por lo tanto mejor advertida.

Esta suposición (la existencia del libre albedrío), añade en otra parte Ferri, pugna con dos leyes universales que la hacen absolutamente insostenible. Es sumamente fácil ver en el cielo evolutivo de un movimiento físico inicial, que se convierte en fisiológico y después de nuevo en físico final, otro ejemplo de la ley universal de la transformación de fuerzas. Ahora, ya que esta ley no se concibe sin admitir que en las diversas manifestaciones nada se crea o nada se destruye, sino que se trata siempre de una misma cantidad de fuerza que asume diversos aspectos, así se llega a que la hipótesis del libre albedrío, o sea de una facultad volitiva que entre una y otra de aquellas transformaciones podría quitar o añadir algo, bien impidiendo las ulteriores manifestaciones de la actividad individual, bien alterando la energía o la dirección, consistiría en una verdadera y propia creación o destrucción de fuerzas, lo que es inconcebible.

Y otra ley universal, que es la base misma del pensamiento, pugna contra la hipótesis de una voluntad libre de escoger una solución entre dos contrarias: la ley de causalidad. Por la cual, siendo todo efecto el subsiguiente necesario, proporcionado e inevitable del respectivo conjunto de causas, o sea de precedentes inmediatos, no se puede concebir una facultad que por lo contrario pueda producir un efecto diverso de aquel que naturalmente se deriva de las propias causas».

Nótese bien la *petición de principio* que clara y notoriamente encierra la argumentación del criminalista italiano. Quiere demostrar que

el libre albedrío no existe y lo hace construyendo un argumento basado en un análisis del acto humano en el cual no entra para nada la voluntad como potencia libre. O lo que es lo mismo: el hombre no es libre porque no tiene libertad.

Si cabalmente este es el elenco de la cuestión y sin previamente afirmar o negar por modo científico, es decir, con demostración lógica; no cabe decir que se sabe ni por tanto exponer, y mucho menos como base de una argumentación, cómo se efectúa la operación humana.

A la generación que del acto humano hace Ferri, puede oponérsele la de las escuelas espiritualistas, la que informa la doctrina clásica del derecho penal, que supone los momentos siguientes: 1.º Un conocimiento singular por medio de los sentidos; 2.º Una serie de actos de la inteligencia que terminan en un juicio práctico proponiendo a la voluntad uno o varios bienes; 3.º Un acto libre de la voluntad queriendo o no queriendo hacer lo que el entendimiento le propone; 4.º El poder físico del hombre ejecutando lo querido por la voluntad.

Prescindiendo aquí, pues no es el caso, del modo materialista y meramente fisiológico con que Ferri explica las operaciones del entendimiento y de la voluntad ¿dónde está la diferencia esencial de las dos maneras de concebir y explicar la operación humana? En el libre albedrío. Si este existe el hombre habrá sido movido a obrar por la impresión de la sensibilidad; pero la verdadera causa del acto radicará en la voluntad que quiso y sin esta volición, tomada con ocasión del movimiento sensible no puede explicarse ni la existencia siquiera del hecho ejecutado.

Si el libre albedrío no existe, tiene razón Ferri, a *la vibración del aire o del éter que hiera la periferia del cuerpo* seguirá por modo necesario el acto del hombre, como al paso de la corriente eléctrica por el agua acidulada del voltámetro sigue el desprendimiento del oxígeno e hidrógeno.

Demostrar la negación del libre albedrío debe ser, pues, premisa necesaria de la teoría del acto humano que Ferri expone y no esta exposición base para negar la existencia de la libertad.

Por otra parte no es menos peregrina la contradicción que el autor de *I nuovi orizzonti del Diritto é della procedura penale* encuentra entre la existencia del libre albedrío y el principio de causalidad, que no supone otra cosa que el reconocimiento de que no hay efecto sin causa y claro está que tan afirmada queda esta verdad diciendo que un hecho tiene por *causa* una volición libre como cuando se sostiene que es efecto de vibraciones orgánicas. Se predicará del efecto causa distinta con una teoría que con otra; pero con ambas se atribuirá al efecto una causa, que es lo propio del principio de causalidad.

Más fundada es, dentro de la filosofía monista que el autor profesa, la contradicción entre la existencia de una voluntad libre en sus determinaciones y la ley de transformación de fuerzas que, dice Ferri, «no se concibe, sin admitir que en las diversas manifestaciones nada se

crea ni se destruye, sino que se trata siempre de la misma cantidad de fuerza que asume diversos aspectos y es fácil ver en el cielo evolutivo de un movimiento físico inicial que se convierte en fisiológico y después en físico final».

Y digo que es más fundada esta objeción porque, aunque pudiera contestarse que al afirmar la existencia del libre albedrío no se trata sino de una fuerza ya existente que funciona y su intervención en el acto humano no supone ni necesita la creación de ninguna fuerza nueva para su función; aunque esto en efecto se haya contestado por algún escritor; basta echar una ojeada sobre el párrafo antes citado y conocer la génesis y tendencia de la misma escuela para comprender que muy otro es el sentido de la frase y muy distinto el pensamiento de Ferri al presentar tal contradicción como objeción insoluble en contra de la libertad humana.

Lo que él quiere decir al hablarnos de la transformación de fuerzas, es que estas, tales como en el universo las vemos obrar no son sino una fuerza única, cambiando sólo de modalidad y tomando formas diversas al producir fenómenos distintos; que la misma fuerza que en el orden físico es movimiento mecánico primero, calor después, luz más tarde y magnetismo y electricidad para tornarse otra vez en calor luz y electricidad; que en los fenómenos químicos se nos presenta como afinidad, en los siderales como gravitación y en la vida vegetativa como principio vital que absorbe, nutre y produce crecimiento, generación y muerte; esta misma fuerza en el orden psíquico engendra vibraciones centrípetas y centrífugas a lo largo de los nervios, llega al cerebro *se hace consciente y se revela* en la sensación, en la idea, en el sentimiento y en el esfuerzo voluntario para convertirse de nuevo en una fase física que es el movimiento muscular mecánico de la acción externa; es decir, para volver a ser física y comenzar la evolución; cumpliéndose así la ley de transformación de fuerzas, sin crear ni destruir nada existiendo siempre la misma cantidad.

Se trata, pues, de una concepción cosmológica radicalmente contradictoria con la filosofía espiritualista que tiene necesariamente que admitir un lado de esta fuerza física con su continua transformación; *por lo menos* tantas fuerzas más como seres humanos existan en el mundo; pues cada hombre, en tal doctrina, posee un principio activo que la informa, es raíz de sus actos y le constituye en *persona* y, claro está, no sólo distintos de la fuerza cósmica sino irreductibles unos a otros.

Esta suprema contradicción de teorías, es preciso discutirla previamente en su fuente y raíz, en la metafísica, ciencia primera y sostén y cimiento de todas las demás; por modo tan absurdo descartada del dominio de la inteligencia por las escuelas positivistas.

Y en las regiones metafísicas y en las doctrinas psicológicas que profesa está el gran error, el error madre de la escuela antropológica; del cual lógicamente concluye todos sus errores.

Porque si la idea es simple, como lo es; simple ha de ser la facultad que la produce; si es simple, es inextensa; si es inextensa, es inmaterial y si es inmaterial es distinta de la materia: por tanto hay que admitir en nosotros un ser y una fuerza que se distingue de nuestro cuerpo y que es el ser que nos constituye hombre, pues el acto de entender es el acto específico de la naturaleza humana.

Pero aparte de esta discusión, que no es del caso ahora, la unidad de fuerzas y su transformación es una hipótesis, con todos los requisitos de tal, es cierto; pero, al fin, una hipótesis, o sea una *opinión* fundada sobre varios principios *probables e imaginada* con el fin de explicar la causa o la naturaleza de una cosa y *que no está todavía probada* con la experiencia ni *demostrada* por la razón.

¿Por qué principios desconocidos de lógica se pretende argüir en contra de una verdad que la observación *directamente* nos muestra por su incompatibilidad con una hipótesis, aún cuando esta pudiera tomarse en el sentido que la toma Ferri? Esta incompatibilidad arguiría, en todo caso, en contra de la hipótesis; porque la posibilidad de la verdad de esta, está en razón directa del número de casos que explica y sólo cuando los explica todos deja de ser hipótesis para convertirse en causa.

Además ¿no hay una verdadera contradicción en que un positivista, que funda la ciencia en la observación y en la experiencia, de a una hipótesis, es decir, a una concepción *a priorística* que no arranca por inducción de los fenómenos más valor que a un hecho demostrado por la observación psíquica, la más directa de todas y susceptible de ser comprobada experimentalmente a todas horas? Porque no se negará que el modo más *positivo* de estudiar los actos humanos es la observación y la experiencia de lo que hacemos y para este estudio la conciencia es apartado tan perfecto y excueto, por lo menos, como el instrumento de más precisión de la caja de Topinard.

Demostrada la existencia del libre albedrío en el hombre es hora ya de plantear el vital interés contendido en la segunda parte de nuestra tesis e investigar si la libertad es el fundamento de la responsabilidad criminal. Fíjese bien la atención en el modo por el cual presentamos la cuestión: *el hombre es libre*; esta es una afirmación que ya reputamos verdad demostrada y de lo que tratamos ahora es de hallar la relación que tiene con el principio en virtud del cual somos responsables de nuestros actos.

La escuela positivista contesta negativamente, claro esta, pues penar *es defenderse simplemente* y la cuestión está reducida, como dice Fouillée<sup>18</sup>, a saber si el determinismo de los actos suprime el derecho de defensa. Si el cerebro del delincuente es esclavo de pasiones irresistibles, si su brazo es impelido fatalmente al crimen por una reacción

---

18. *La liberté et le déterminisme.*

cerebral violenta, razón de más para que la sociedad se ponga en guardia. El delincuente es un esclavo y no hay razón para darle libertad».

«El Criterium del mérito, añade Lombroso<sup>19</sup>, no cambiará aun cuando la mayor parte de los vicios se atribuyan a un simple cambio molecular».

Este modo de raciocinar es sencillamente absurdo. No. La cuestión no está en saber si el determinismo suprime o no el derecho de defensa: la cuestión está en saber si el determinismo es la verdad. Si el libre albedrío existe, su existencia es un hecho que hay que reconocer, contar con él al analizar el acto humano y admitir todas las consecuencias que de ser libre el hombre se derivan. Es esta una exigencia lógica de la ciencia que no crea los seres a su antojo, sino que los conoce tal como son y decir, como Lombroso, que el criterium del mérito es independiente de que el hombre sea o no libre, es suponer que los efectos son independientes de sus causas y formar una lógica, en virtud de la cual se estudiara y se afirmara una verdad para prescindir de ella en aquellos fenómenos que de tal verdad se desprenden.

El acto humano hay que tomarle tal cual es y merece únicamente este calificativo aquella operación que procede del hombre *en cuanto hombre*, de igual manera que llamamos acto vivo al que cumple un ser *porque vive*; pero lo que constituye el ser propio del hombre, que es *animal racional*, es la inteligencia y la voluntad.

Además las nociones de hombre y de acto humano suponen *un* ser que opera y por tanto todas las varias facultades operativas del hombre reducidas a unidad; porque sino, teniendo cada una de ellas su objeto propio, y algunas veces son contrarios estos entre sí, no sería el hombre un ser sino un conjunto de seres, impulsado a un mismo tiempo en direcciones contrarias; lo cual es absurdo. Las facultades expansivas sensibles y la racional (voluntad) deben ser reducidas a la unidad del ser llamado hombre; pero no pueden ser los sentidos la parte suprema y ordenadores; porque la misión suya es servir a la inteligencia suministrándole el conocimiento individual, porque para regir es necesario conocer términos y sus relaciones y porqué la razón es la facultad específica del hombre<sup>20</sup>.

Y como el obrar es conforme al ser, se ve claro que siendo la voluntad racional lo que constituye el ser propio y específico del hombre, *acto humano* será la operación de la voluntad racional, si la voluntad racional es libre, será acto humano el acto libre; si la ley moral, y por tanto la ley jurídica es norma que rige el acto humano, es ley de los actos libres; si es ley de los actos libres sólo con actos libres debe cumplirse y como sólo puede quebrantar la ley quien debe cumplirla, sólo

---

19. *L'uomo delinquente*.

20. TAPARELLI: *Curso elem. de Der. nat.* p. 30. Cons. Meyer *Inst. Iuris Nat.* Pars I y SUÁREZ *De voluntario et inv.*

pueden quebrantarla los actos libres: delinquir es quebrantar la ley jurídica, luego sólo por un acto libre se puede delinquir.

La voluntad depende en su obrar de la inteligencia y por esto todo acto *querido* preexiste antes de serlo en la inteligencia (*intención*) y desde el momento que la intención se quiere libremente se ha completado la esencia del acto humano; pero como el hombre es un compuesto de dos sustancias, el alma y el cuerpo, la *integridad* de sus actos necesita que al *querer interno* suceda el *obrar externo* a dos momentos enlazados por un hecho que reconozca el querer por causa y la operación exterior por efecto»<sup>21</sup>. Bien se ve que si el movimiento el organismo es efecto es efecto del *querer* de la voluntad, la volición es la causa del acto y únicamente por serlo el hecho es *acto humano*. Así es que si el organismo va más allá de la volición, el carácter de acto humano no informa, por decirlo así, ese exceso de hecho exterior, pues este no puede ser materia de aquel sino en cuanto está ligado al acto interno por un vínculo de causalidad.

Es ley metafísica que el efecto pertenece y debe atribuirse a su causa, por consiguiente, los actos humanos, producidos por una actividad libre, deben atribuirse al supuesto racional (*persona*) que contiene esa actividad libre. Esta atribución constituye la *imputabilidad*, que entraña no sólo la *material* del acto solo considerado como operación; sino la *formal* de bueno o malo, y por tanto de justo e injusto, con la de mérito y demérito, premio o castigo, que de ellos son consecuencia. Así el quebrantamiento de la ley jurídica, que es el delito, sólo puede ser por un acto libre y este es imputable al hombre que libremente quiso; pero no puede atribuirsele el acto sin añadirle el concepto de delito que tiene y por tanto de merecedor de una pena a que él va unido, *como la sombra al cuerpo*. Y como a esta relación entre el autor de un acto humano y las consecuencias que la ley moral de él concluye, llamamos responsabilidad resulta que el libre albedrío es su fundamento.

Y aquí no hay ni asomo de contradicción, como creen encontrarla Ardigo y Spencer, diciendo que al dar a la responsabilidad como base el libre albedrío destruimos de golpe la distinción entre las acciones buenas y malas con tanto *artificio* levantada pues si el hombre delinque libremente no se puede llamar acción mala a la que es conforme a su naturaleza. Se ve claramente el sofisma encerrado en este *juego de palabras*: lo que es conforme con la naturaleza humana es querer *libremente* el bien y la *posibilidad* de querer el mal, lejos de pertenecer a la esencia del libre albedrío es una imperfección de esta facultad. La poderosa inteligencia de Santo Tomás explicaba ya admirablemente esto en el siglo XIII con una comparación de la voluntad con la inteligencia: «El libre albedrío, dice, se encuentra, en cuanto a la elección de los medios que al final se encaminan, como el entendimiento respecto a las conclusiones. Se ve claro que pertenece a la potencia intelectual po-

---

21. PRISCO, *Filos. del Der. c. X.*



der deducir diferentes conclusiones conforme a los principios dados; pero la facultad que tiene de poder separarse hacia ciertas conclusiones que están fuera de toda coordinación con los principios es una imperfección. De la misma manera pertenece a la perfección del libre albedrío poder escoger diversos medios coordinándolos a su fin; pero el que pueda elegir ciertos medios sin coordinación con el fin, esto corresponde a la imperfección de la voluntad»<sup>22</sup>.

Y en otra parte añade que el poder de pecar no es ni la libertad ni una parte de la libertad sino *un cierto signo de la libertad*, como la *enfermedad es la señal de la vida*<sup>23</sup>.

La libertad no está en dejarse dominar la voluntad por las pasiones, sino en ser señora de ellas porque, como dice hermosamente Calderón

«no fuera libre albedrío si se dejase vencer».

De lo dicho se desprende que cuanto quite, aumente o disminuya el libre albedrío; quita, aumenta y disminuye la responsabilidad criminal y en este principio descansa toda la teoría de las causas y circunstancias, eximentes unas y modificativas otras de ella que todos los códigos, con razón enumeran y cuyo examen no es del caso.

Y, además, siendo el acto exterior, propio acto humano solo en cuanto es querido libremente y siendo esta libertad de la volición el fundamento de la responsabilidad; resulta claro y evidente que sólo aquella parte del acto exterior constitutivo del delito que esté ligado al querer interno con un vínculo de causalidad es imputable a su autor, pues no habría *fundamento* para hacerle responsable de más. O lo que es lo mismo que la libertad, además de fundamento y por serlo, es la medida de la responsabilidad.

Con todo lo cual tengo para mí que, dentro de lo que mi entendimiento y mi ciencia alcanzan, queda probado que *la voluntad es libre en sus actos propios y que esta libertad es el fundamento y la medida de la responsabilidad criminal*, que era lo que me proponía demostrar.

Madrid 1.º de abril de 1892  
LAUREANO DÍEZ CANSECO

---

22. I. q. LXII a. 8, ad 3.

23. Q. dispp. De ver. q. XXII.



## Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague <sup>1</sup>

Por BENJAMIN RIVAYA GARCIA

León

A la memoria de Luis Mateo Rodríguez (1948-1992)

I. Respecto a la filosofía del Derecho que se elaboró bajo el franquismo, la opinión hoy día vigente es casi unánime, se trataba de una especulación escolástica que, pretendiendo constituir la ortodoxia del pensamiento católico, se había erigido en doctrina «oficial». La vuelta del Derecho Natural al primer curso de la carrera de Derecho o el acceso a las cátedras de iusfilósofos que cultivaban un pensamiento tradicional, serían algunos de los pagos que se efectuaron a cambio del servicio que prestaba la disciplina iusfilosófica, contribuir al mantenimiento del *status quo* del anterior régimen. La reflexión filosófico jurídica, en fin, no habría sido de gran nivel <sup>2</sup>.

---

1. En «Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lissarrague Novoa», *Anuario de Filosofía del Derecho* (AFD), 1991, traté de dejar clara la periodificación del pensamiento lissarraguiano, que se desarrolló en dos etapas separadas por la frontera de su acceso a la cátedra de Filosofía Social, en 1955. Así, la etapa iusfilosófica va de 1941 a 1948, y la sociológica, de 1955 a su fallecimiento. Los años anteriores a una y otra época, lógicamente, son introductorios a los que le siguen. Adviértase que en el presente sólo se tiene en cuenta su obra filosófico jurídica y que, por otra parte, la cita de sus libros y artículos reenvía a mi trabajo antes citado, pues allí se contienen, en la bibliografía final, los años de las publicaciones y el número por el que se citan. Por último, aunque no aparezca reflejado en este artículo, el imprescindible libro de HIERRO S.-PESCADOR, J., *El Derecho en Ortega*, Madrid, Revista de Occidente, 1965 (345 págs.), después de casi treinta años de ser publicado, ha sido el que me orientó en la lectura del pensamiento jurídico de Ortega. La producción de este filósofo se cita por sus *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial-Revista de Occidente, 1983 (12 vols.).

2. Me permito no apuntar citas que fundamenten tales afirmaciones, pues aunque las haya, me refiero más bien a la «opinión pública iusfilosófica», a lo que se dice, o se piensa, pero no se dice.

Opinión tan extendida, sin embargo, plantea algunos problemas, pues ni tiene en cuenta la historicidad del franquismo<sup>3</sup> ni permite ver las excepciones que confirman la regla, que también las hubo. Es cierto, sin duda, que no poca de la producción de nuestros mayores tuvo una finalidad ideológica, el sustento de un sistema político, pero también que no toda ella se dirigió a ese fin y que, en cualquier caso, casi todos los autores que elaboraron un pensamiento en torno al Derecho, en los años que siguieron a la guerra civil, habían sido educados en la década de los veinte y de los treinta, con los influjos consiguientes. En este sentido, aun resta por distinguir claramente la deformación política del pensamiento, del hecho de que cualquier reflexión tenga que elaborarse necesariamente en un espacio y un tiempo determinados, esto es, de su carácter histórico<sup>4</sup>; la falsa conciencia o conciencia interesada (histórica también), de otra conciencia no falseada, pero inevitablemente histórica<sup>5</sup>.

Al respecto de lo dicho, el caso de Salvador Lissarrague es paradigmático, porque si se supone que toda la especulación que se desarrolló en la posguerra fue «escolástica», él demuestra que tal hipótesis no es cierta; y si se piensa que la guerra significó una ruptura total con el elevado pensamiento que antes de ella se venía construyendo<sup>6</sup>, de nuevo su producción nos dice que no fue así, pues su obra filosófica fue un producto mediato de aquél. En rigor, y eso es lo que se trata de probar aquí, Salvador Lissarrague perteneció a otra escolástica, la orteguiana,

---

3. En su larga vida, el franquismo sufrió variaciones de relieve y, lo que importa más ahora, la filosofía del Derecho también. Baste referirse a las figuras de Legaz, Ruiz-Giménez o Galán para constatar que su pensamiento no fue el mismo en los años cuarenta que en los sesenta. Las transformaciones del régimen y las que se dieron en el seno de la Iglesia católica serían algunos de los factores que explicarían muchas de esas evoluciones científicas y personales.

4. Un ejemplo claro de que no todo el pensamiento escolástico que se produjo tenía un fin político es el de Gómez Arboleya, quien se dedicó primordialmente al estudio de la escolástica española, de Suárez, en concreto, sin que sea posible deducir de ese dato que intentara dotar de fundamentación alguna al franquismo, como se pretendió erróneamente en otras ocasiones (me refiero a algunas interpretaciones que se han hecho de su tesis doctoral, sobre Hermann Heller). Que Arboleya hubiera seguido una línea de trabajo más moderna si no llegan a instaurarse tales circunstancias, es fácil suponerlo, mas tampoco puede afirmarse con absoluta certeza. En cualquier caso, se encontraría la explicación de sus obras en la mentalidad reinante, más que en una ideología por él asumida.

5. Como se puede imaginar, el propio Lissarrague era consciente de que todo cuanto se hace está «condicionado —en uno u otro sentido—» por la historia (1944, 17, p. 260). Por otra parte, en cuanto a la historicidad de la filosofía, merece la pena destacar el «Prólogo» de Ortega a la *Historia de la filosofía*, de Emilio Bréhier, en OC 6, pp. 377-418, que tanto influyó en Lissarrague.

6. En los años cuarenta, cuando de la Universidad de antes de la guerra lo corriente era hablar en sentido despectivo, Lissarrague reconocía el gran esfuerzo que se había hecho y los magníficos resultados que se habían logrado (1943, 13, p. 519).

y fue su máximo representante en la academia iusfilosófica de la postguerra <sup>7</sup>.

II. En efecto, Lissarrague no sólo era un orteguiano por sus constantes apelaciones a la vida y a la historia; ni por utilizar expresiones como «coger el toro por los cuernos», «autenticidad íntima»; «realidad radical» o «minorías directoras»; ni tampoco por publicar en 1943 un artículo titulado «El sentido de la realidad en el Quijote»; sino porque, para empezar, su consideración de la filosofía demuestra la fiel asunción de la concepción que Ortega había expuesto en sus cursos; es más, sin la de éste no se explica la de aquél.

El problema que se encuentra cuando uno decide aclarar el método que Lissarrague siguió en sus investigaciones es, como ocurre con otros autores, que no especificó en extenso cuál fuera éste <sup>8</sup>. Sin embargo, de las diversas referencias y apelaciones que a ese respecto hizo a lo largo de su obra, así como de la crítica a otras corrientes, es fácil concluir su asunción de los presupuestos raciovitalistas que ya había establecido Ortega, a quien consideró el ápice de la nueva filosofía que se imponía por doquier <sup>9</sup>.

Dicho a las claras, «disparado», para Lissarrague la filosofía era lo que había sido siempre o casi siempre, búsqueda del ser (1944, 19, pp. 9 y 12; 1948, 26, p. 5; 1950, 27, p. 497 <sup>10</sup>). Conocer una cosa no era solamente constatar el fenómeno en que se manifestaba, de lo contrario bastaría con la sola percepción del objeto de que se tratara, y eso sólo

7. Como se sabe, Salvador Lissarrague fue discípulo directo de José Ortega y Gasset, y hay una hipótesis que, aunque no pueda ser confirmada, tiene todos los visos de ser cierta, y merece ser destacada. En «Epílogo para ingleses» Ortega se permitió dar un consejo a, entre otros, los filósofos del Derecho: «me atrevo a insinuar —dijo— que caminará seguro quien exija, cuando alguien le hable de un derecho jurídico, que le indique la sociedad portadora de ese derecho y previa a él. En el vacío social no hay ni nace derecho» (OC 4, p. 295). Hay que imaginar el impacto que tal afirmación tuvo que provocar entre los teóricos del Derecho que le seguían y, entre ellos, en Lissarrague.

8. En efecto, sólo se encuentran sintéticas referencias en las primeras páginas de *El poder Político y la sociedad* y de la *Introducción a los temas centrales de la filosofía del Derecho*, libro este último que, en gran parte, recoge el trabajo *Concepto, método, fuentes y programa de la filosofía del Derecho* (Archivo General de la Administración, Sección de Educación y Ciencia, leg. o 1.495), que presentó al tribunal de la oposición donde obtuvo la cátedra de Oviedo, pero privándole de su primera parte, titulada «Punto de partida filosófico», en la que acogía el sistema orteguiano, aunque matizándolo con algún pensamiento de Tomás de Aquino. Posteriormente, en la conferencia que pronunció ante la Sociedad española de filosofía, en 1950, titulada «Sobre el primer principio de la filosofía», seguía manteniendo, en esencia, un pensamiento raciovitalista.

9. Así, identifica raciovitalismo y pensamiento contemporáneo (1948, 26, p. 6) y, aunque en la *Introducción* del 48 no se contenga la identificación, en *concepto, método, fuentes...*, cit., p. 7, equipara existencialismo y raciovitalismo, puesto que habla de «posiciones existencial racio-vitalistas», de las que dice que eran «por lo demás muy diversas». Más adelante, sin embargo, el mismo Ortega reconocerá que del existencialismo le separaban esenciales cuestiones, en OC 7, pp. 187-188, núm.

10. También, en *Concepto, método, fuentes...*, cit., pp. 1-2.

lo había pretendido, en el «breve ataque de modestia» que la filosofía sufrió, el positivismo<sup>11</sup>. De tal manera, puesto que la filosofía buscaba al ser y el positivismo no lo hacía, el positivismo no era filosofía (1944, 19, p. 9 y 14). Ahora bien, pudiera ser que tras los objetos, tras su apariencia, se encontrara su verdadero realidad y ésta sería la que interesase al filósofo (1944, 19, p. 16), cuya misión consistiría en desvelar lo que a primera vista se hallaba oculto, esto es, desnudarlo<sup>12</sup>. Mas, ¿qué designaba Lissarrague con el término «ser»? y, sea lo que fuere, ¿cómo acceder a él? Esas eran, al fin y al cabo, las cuestiones «canónicas» de la filosofía<sup>13</sup>.

Lissarrague tampoco se ocupó de clarificar lo que entendía por *ser*, salvo que éste era el objeto de la filosofía. Ahora bien, utilizaba ese término u otros de forma indistinta: «aquello en que consiste», «esencia», «consistencia y realidad», lo que «de veras» es, «existencia» y «sentido» (1948, 26, p. 6-9) equivalían a *ser*. Resultaba por otra parte que como era lo que había buscado la filosofía, bastaría examinar el objeto de ésta a lo largo de su historia para desentrañar el significado del término (1944, 19, p. 9). Así, la mayor parte de la filosofía anterior a la que llamamos moderna entendía que el *ser* eran las cosas que circundaban al hombre, el mundo. El mundo no era problemático porque se presentaba con toda evidencia a nuestros sentidos, que lo captaban directamente y, por medio de un acto de la inteligencia, era comprendido. Esta es la tesis realista que perduró durante siglos, hasta que el idealismo la sometió a crítica. En efecto, con Descartes se hizo patente que las cosas no existen por sí, puesto que si yo no las constato, ¿existen realmente? Si un objeto se presenta ante mí parece que no hay duda de que existe, pero si deja de estarme presente, ¿cómo podré decir que lo hay? En rigor, únicamente puedo estar seguro de mi pensamiento, pues el solo intento de someterlo «a duda es ya contradictorio» (1944, 19, p. 47)<sup>14</sup>, esto es, que el pensamiento es indudable y «no se puede negar, porque negar es pensar»<sup>15</sup>. De esta manera la realidad tornaba dudosa y el hombre se quedaba a solas consigo mismo, su única certeza (1950, 27, p. 499<sup>16</sup>)<sup>17</sup>. Ahora bien, si había un sujeto que pensaba, y eso era claro, había un objeto pensado que había de ser distinto de la sola idea del objeto<sup>18</sup>. Así, el mundo exterior cobraba autonomía de

11. ORTEGA, OC 7, p. 146. Sobre el positivismo, también OC 7, pp. 286, 288-289.

12. LISSARRAGUE, *Concepto, método, fuentes...*, cit., p. 2; ORTEGA, OC 7, pp. 145, 342; OC 12, p. 42.

13. ORTEGA, OC 12, p. 27.

14. ORTEGA se ocupó mucho de Descartes; por ejemplo: OC 4, p. 28; OC 7, pp. 363-377; OC 12, pp. 121-128. Que Lissarrague insistiera tanto en la crítica al racionalista era la mejor prueba de su ascendencia: 1941, 3, p. 29; 1941, 7, p. 14; 1944, 19, pp. 46-47, 151; 1950, 27, pp. 497-498.

15. ORTEGA, OC 7, p. 367.

16. También en *Concepto, método, fuentes...*, cit., pp. 7-16.

17. Para la crítica al realismo y al idealismo en Ortega, por ejemplo, OC 7, pp. 363-374 y 376-377; OC 12, pp. 102-107.

18. ORTEGA, OC 7, pp. 409-410.

nuevo. De hecho la primera certeza no era el pensamiento, sino la vida. El hombre, que tenía conciencia de sí, lo primero que hallaba de forma indudable era la vida, su propia vida en un mundo de realidades que la circundaban. Los individuos dejaban de ser inteligencias aisladas y se convertían en uno de los términos de la existencia, al lado de las cosas, del mundo, que eran el otro: vivir era convivir; la existencia era coexistencia<sup>19</sup>.

Así, comenzamos buscando el *ser* y nos encontramos con que el primer ser es la propia «vida humana que incluye el sujeto y el mundo circundante» (1948, 26, p. 6), ese es el primer principio de la filosofía (1941, 3, p. 29; 1944, 19, p. 46; 1950, 27). Todo lo demás, todo lo que podamos plantearnos, imaginar o creer se da en nuestra vida. «Dios mismo en cuanto nos es de algún modo hallado también se da en el ámbito de nuestra vida»<sup>20</sup>. Pues bien, el conocimiento se produce cuando algo se presenta en nuestra vida y, entonces, porque nos plantea problemas, nos preguntamos por su *ser*. Pero la cosa no tiene un *ser* que yo pueda tranquilamente encontrar y, a la vez, yo necesito conocerlo, porque conocerlo es «saber a qué atenerme», o sea, lograr la seguridad que demando; lo único que podré hacer será someter a exegesis dicho objeto, desentrañar su *sentido*, esto es, encontrar su *ser*<sup>21</sup>. No será un *ser en sí* que el objeto tenga como puede tener tal o cual color o extensión, sino un *ser para* mi vida. Por eso, conocer algo «fuera de la vida a que se refiere» es una abstracción (1948, 26, p. 47) que deja sin aclarar lo que verdaderamente es. Además, si las cosas no existen aisladas, sino junto a nosotros y a todo lo demás, a todo lo que existe, para conocerlas habría que insertarlas en el universo, vinculándolas «a la primera verdad patente y al primero y último principio de lo que es» (1948, 26, p. 6).

Mas, por otra parte, no cualquier conocimiento sería fiable, sino sólo el que utilizara la razón como fuente primera y decisiva» (1950, 27, p. 497<sup>22</sup>). Ahora bien, desde siempre se apeló a la racionalidad a la hora de hacer filosofía y, en consecuencia, habría diversas formas de entenderla. Así por ejemplo, la racionalidad del pensamiento escolástico hallaba en su carácter teleológico la idea rectora y, en consecuencia, se predicaría la racionalidad de algo cuando tendiera o se le hiciera tender hacia su fin, que era el querido por Dios dentro del orden total del Universo (1941, 7, 17; 1944, 19, 310). La modernidad, sin embargo, había arrumbado aquella concepción y traído consigo el racionalismo

19. Sobre el concepto de «vida» y de «ser» en Ortega, por ejemplo, OC 7, pp. 333 y 392-438; OC 12, pp. 32-38, 53-54, 63, 68-72, 73-77, 83, 85-86, 99-100, 134 y 140.

20. *Concepto, método, fuentes...*, cit., pp. 10-11.

21. Ya en *Las meditaciones del Quijote* había dejado claro Ortega que la labor de la cultura, en general, era la de interpretar la vida; en OC I, p. 357.

22. En el mismo pasaje afirma Lissarrague que la razón no es el único instrumento de que se vale el conocimiento filosófico, mas no señala cuáles pueden ser los otros.

físico-matemático y el idealismo filosófico y, con ellos, un nuevo paradigma de racionalidad (1941, 7, p. 21; 1945, 22, p. 164). Era este concepto de razón, el que despreciaba el fluir histórico de las cosas y de la existencia humana, el que se había impuesto y ahora, ya agotado, habría que construir una nueva razón histórica y vital, una razón que no solo apresara las realidades naturales en la generalidad de las leyes, sino que desentrañase «el sentido de lo que acontece en nuestra existencia personal y en su proyección histórica»<sup>23</sup>.

III. Con estos presupuestos metodológicos, cuando Lissarrague trate de analizar el fenómeno jurídico, entrará en pugna con las corrientes que, desde comienzos de siglo, se habían adueñado de la teoría del Derecho<sup>24</sup>. Por tradición, tenía que enfrentarse primero con Stamler<sup>25</sup>, quien pulcramente había desarmado el positivismo jurídico que imperó en la segunda mitad del XIX: ¿cómo podía ser que la Jurisprudencia consistiera en el estudio de los fenómenos jurídicos si antes no se sabía qué fenómenos eran jurídicos? Esta había sido la certera crítica neokantiana al positivismo (1944, 19, p. 11), pero había que ir más allá y elevar un nuevo sistema que se erigiera en el lugar que hasta entonces había ocupado éste. A tamaña labor se dedicó Stamler, la de hallar las condiciones que posibilitaran el conocimiento jurídico, para lo que, en primer lugar, debería determinar las notas que caracterizaran todo Derecho (1948, 26, p. 11). Como método, la inducción se había descubierto inválida, pues no era posible saltar del análisis de diversos ordenamientos a una concepción universal del Derecho. Al contrario, partiendo de una idea *a priori*, de una noción previa a la experiencia y, por tanto, verdaderamente universal, podría llegarse a saber si el fenómeno en cuestión era o no jurídico. De ahí la definición del Derecho como «querer entrelazante, autárquico e inviolable». Pero al margen de que el neokantiano hubiera errado en algún punto concreto, la filosofía no podía conformarse con la descripción del método de conocimiento<sup>26</sup>, sino que su misión era descubrir el ser del Derecho, saber en toda su radicalidad qué fuera éste (1948, 26, pp. 11, 14-15) y para eso habría que «insertarlo en la realidad que auténticamente existe» (1948, 26, p. 16)<sup>27</sup>, cosa que no hizo Stamler.

23. *Concepto, método, fuentes...*, cit., pp. 11-12, 19-21.

24. En los dos libros fundamentales que escribió entonces, *El poder político y la sociedad* e *Introducción a los temas centrales de la filosofía del Derecho*, Lissarrague comenzaba haciendo crítica del neokantismo.

25. Téngase en cuenta que Recaséns había estudiado con Stamler, a quien alababa, pero creía sin duda superado. Ortega, por su parte, mantenía que la filosofía jurídica del neokantiano pertenecía al pasado, que no era la del presente, ni mucho menos la del futuro; en OC 3, p. 26.

26. En gran medida, esto era lo que había sido la filosofía moderna desde Descartes, teoría del método, «nadar y guardar la ropa»; ORTEGA, OC 4, p. 28.

27. En efecto, según Ortega al filósofo «le interesa la totalidad de cuanto hay, y, consecuentemente, de cada cosa lo que ella es frente y junto a las demás, su puesto, papel y rango en el conjunto de todas las cosas»; en OC 7, pp. 318-319. Este primer principio de todo saber fue aplicado por Recaséns al conocimiento jurídico; *Estudios de filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1936, pp. 60-92.



Pero Lissarrague también tenía que enfrentarse con la teoría pura del Derecho<sup>28</sup>. Es sabido que, para elaborar su sistema, Kelsen partía de una discriminación trascendental que separaba el mundo del ser de un pretendido mundo normativo. Ambas realidades, incomunicadas entre sí, eran percibidas de forma inmediata por nuestra conciencia, intuitivamente, sin necesidad de ningún previo proceso del conocimiento. Admitida tal diversidad y justificado el divorcio, era razonable que el Derecho habitara ese sector de las prescripciones y, en el supuesto de que quisiera ser conocido científicamente, debiera renunciarse al examen de cualquier dato empírico que no fuera la positividad de las normas del Derecho, pues el recurso a aquellos otros sólo lograría distorsionar su verdadero sentido. De esta forma, el conocimiento jurídico obtenía la pureza que hasta hacía no mucho le sido negada por la política, la sociología, la psicología o la moral, y lograba un estatuto epistemológico definido. En el camino hacía esa meta, sin embargo, el propio objeto había visto cómo se enajenaba su realidad y quedaba extrañado en medio de un mundo de realidades.

En verdad, la ruptura que Kelsen pretendía era tan radical que hacía depender de otros preceptos jurídicos la validez de unos primeros y así sucesivamente hasta alcanzar una Constitución que, si quería ser validada, requería acudir a una hipótesis jurídica que le diera el carácter del Derecho. En el supuesto de que el presupuesto lógico no fuera aceptado, bien por ser sólo una hipótesis, bien por negarle su logicidad y no poder ser nunca legalizado, el esfuerzo arquitectónico se venía abajo y con él la tajante separación entre lo que era y lo que debía ser. En cualquier caso, esa ciencia del Derecho para nada tenía en cuenta la inserción social de su objeto.

El problema de la validez del Derecho, además, se veía privado en Kelsen de cualquier referencia a una realidad trascendente, de cualquier consideración relativa a un precepto que impusiera un imperio absoluto, con lo que si una norma obligaba no era debido a su carácter deontológico, esto es, que si efectivamente debía ser lo que la norma de Derecho decía que debía ser no era porque hubiera una obligación superior, metajurídica, de cumplirla, sino porque era impuesta o, al menos, podía serlo por la fuerza. Así, el mundo jurídico veía ahora

---

28. Lissarrague tuvo un buen conocimiento del pensamiento kelseniano (LEGAZ LACAMBRA, L., «La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, noviembre-diciembre de 1957, p. 32), y su admiración por él (1944, 19, p. 27) se confundió, a veces, con el simplismo que le atribuyó (1944, 19, p. 170). En todo caso, también por tradición, es evidente que tenía en él a uno de los pensadores más atractivos del momento. Como se sabe, Recaséns, además de con Stamler, estudió con Kelsen, del que introdujo su obra en España. Mas, aun influido por él, no puede ser considerado kelseniano. Tampoco, claro está, Ortega, al que causó gran impresión su *Teoría del Estado*, pero a quien criticó duramente, aunque hubo quien viera paralelismos entre uno y otro: LEGAZ LACAMBRA, L., «El Derecho Internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset» *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, mayo-junio de 1960, pp. 13-15.

cómo era desgajado de la realidad moral y aunque verdaderamente las normas jurídicas valieran por causas ajenas a su validez ética, se apartaba también del estudio del Derecho la cuestión fundamental de su justificación (1948, 26, p. 17) <sup>29</sup>.

Con Kelsen, la Jurisprudencia había delimitado su objeto de tal manera que todo aquello que estuviera en la base del fenómeno (la vida real de los individuos) o traspasándolo (el poder que podía imponerse y crearlo) o por encima (la moral), quedaba relegado al estudio de otras disciplinas que no tenían clarificada su situación respecto a la ciencia o que, sencillamente, no eran científicas. El conocimiento jurídico, en cambio, había logrado aquel carácter tan prestigiado y se había dado un objeto que, como ocurría con otras ciencias no discutidas, tenía absolutamente definidos sus contornos, aunque hubiera pagado por ello el alto precio del contenido y la realidad del Derecho y del Estado, reducidos a formas huecas de vida (1948, 26, pp. 21-22).

La pretendida separación de dos mundos era el «error de origen» que viciaba todo el edificio neokantiano (1944, 19, p. 27; 1948, 26, p. 17). Por una parte, si la contraposición se daba entre lo real (lo que es) y lo ideal (lo que debe ser), y la filosofía se ocupaba de lo primero, ésta quedaba excluida; por otra, se omitía la explicación última del Derecho, pues si el conocer requería poner en relación lo que se conocía con todo lo demás y, sobre todo, con el sector de la realidad donde surgía y se desarrollaba, entonces la pretendida ciencia del Derecho dejaba en la ignorancia a quienes quisieran saber lo que era éste. Así, de nada valía construir una teoría muy pura, articular un entramado conceptual muy perfecto, si ocultaba la realidad, en vez de explicarla (1948, 26, pp. 70-71). En rigor, la exclusión de la sociología del complejo científico jurídico carecía de fundamento (1948, 26, p. 42), como también carecería de él todo conocimiento que apartara su objeto de la vida en que existía; pues bien, el Derecho existía «en la vida real de los hombres» (1948, 26, p. 47 y 49) e ignorar esto había sido el error de la filosofía jurídica y estatal que se había hecho hasta hacía bien poco (1944, 19, p. 18; 1948, 26, p. 47).

IV. El raciovitalismo jurídico que cultivó Lissarrague, enemigo declarado de los excesos formalistas que se habían adueñado de la Jurisprudencia europea, se negará a aceptar las tesis primeras del realismo y del racionalismo y, en consecuencia, afirmará el uso de «la razón

---

29. Realmente, Lissarrague no critica que el procedimiento de validación de las normas jurídicas en cuanto tales sea pulcramente separado del de su validación moral, sino que sea tachado de irracional este último (1944, 19, p. 27; 1948, 26, p. 18). Por lo demás, si en la postguerra existen dos tipos de críticas a la *teoría jurídica pura*, según que incidan más o menos en el carácter moral o social del Derecho, Lissarrague sería el máximo representante del segundo grupo.

filosófica», pero sin renunciar por ello al «análisis directo de los fenómenos» jurídicos (1948, 26, p. 10)<sup>30</sup>. Al fin y a la postre, «los biceps de los gendarmes» demostraban que el Derecho no era simple construcción mental, mas tampoco fuerza desnuda de todo raciocinio<sup>31</sup>.

Como cualquier otro objeto que quisiera conocerse a fondo<sup>32</sup>, puestos a indagar cuál era el ser del Derecho, su verdadera realidad, debería partirse de algún hecho indudable, de algún dato que nos ofreciera total seguridad. Evidentemente, si el punto de partida era hipotético sólo se lograrían resultado hipotéticos. Podría partirse de lo que estaba ahí, de los hechos jurídicos, pero (al margen de la crítica neokantiana) éstos no dejaban de ser problemáticos y si el sujeto cognoscente desaparecía también se esfumaba la evidencia del objeto conocido. En segundo lugar, con la filosofía moderna, podría iniciarse la pesquisa por nuestro pensamiento, que era indudable, mas entonces ya no nos preguntaríamos por el ser del Derecho, sino por el de nuestro pensamiento de Derecho, que así quedaba desprovisto de realidad autónoma. La tercera posibilidad, en cambio, al reconocer que el ser no radica ni en las cosas ni en nuestra mente, sino en la articulación de ambas, admitía algo de una y otra de las anteriores y, por tanto, las superaba en la síntesis (1948, 26, p. 16). Ya hemos visto que la primera realidad con que topamos no son las cosas ni el pensar, sino que ambas se integran en algo previo que la filosofía ha solido ignorar, la vida, nuestra propia vida, que así se convierte en el punto de partida de cualquier indagación (1941, 3, p. 24; 1941, 5, pp. 252-253; 1941, 7, p. 11; 1944, 19, p. 36; 1948, 26, p. 42; 1950, 27, pp. 497-498).

Ahora bien, no basta con decir que el Derecho se nos aparece en nuestra vida, pues se puede hablar de ésta de distintas formas. De hecho, todos podemos comprender que, aun comunicadas, hay dos vidas diversas: la una, personal, inalienable, consiste en una soledad radical en la que el hombre, tras meditarlas, adopta sus propias decisiones, encarando su personal destino o sacrificándolo a otros intereses y así, haciendo de ella una vida auténtica o falseándola (1941, 3, p. 24; 1941, 7, p. 12; 1944, 19, p. 48); la otra, al contrario, es una vida impersonal, falsa por sí misma, carente de autenticidad, dado que en ella el hombre no toma sus decisiones, sino que es tomado por ellas, compelido a aceptar designios que él no ha resuelto (1941, 3, p. 25; 1941, 5, pp. 248 y 251;

---

30. Era razonable que así fuera pues, frente a la «razón pura» y la «experiencia pura», había que articular «lo eterno e invariable» con «lo voluble y cambiante»; ORTEGA, OC 7, p. 285.

31. ORTEGA, OC 4, p. 294.

32. Casi no encontramos en Lissarrague referencias a la ciencia jurídica, salvo cuando afirma que ésta no puede prescindir de la sociología (1948, 26, p. 42). Hay que suponer que fue el influjo de Ortega el que hizo que se dedicase primordialmente a cuestiones ontológicas, dejado a un lado cualquier interés por la teoría de la ciencia. Así, Ortega apunta el gran prestigio que estaban adquiriendo las ciencias, a la vez que su sumisión a la filosofía, que era un conocimiento radical, frente a la superficialidad de aquéllas; en OC 7, pp. 294-302 y 308-314.

1948, 26, pp. 28-32)<sup>33</sup>. Pues bien, en principio, la primera no interesa al concepto de Derecho<sup>34</sup>, dado que éste no es un sistema personal de convicciones. Muy al contrario, el Derecho habita esa región de nuestra existencia que llamamos «vida social» y, por tanto, antes que ninguna otra cosa es un hecho social (1941, 3, p. 25; 1944, 19, p. 37; 1948, 26, p. 25). El dato, tan obvio, tiene una trascendencia asombrosa, pues si lo que buscamos es el ser del Derecho, se nos aparece en toda su radicalidad. Recuérdese que el ser de las cosas no era algo que poseyeran éstas «por sí», ni tampoco una simple construcción intelectual ajena al objeto; su ser era un *ser para* nuestra vida y, por tanto, lo que verdaderamente interesaba era su manera de presentarse ante nosotros, la función que cumplían y el lugar que ocupaban en el Universo, en relación con el resto de las cosas<sup>35</sup>. La reducción que hacía del Derecho un sistema de «puras significaciones» o de «formas abstractas y puramente lógicas» se olvidaba de lo que todo conocimiento debería pretender (1948, 26, pp. 59-60).

Así, la ontología jurídica sería, en gran medida, sociología, estudio de lo que fuera la sociedad<sup>36</sup>, dado que el Derecho era un producto de aquélla. Sin embargo, los planteamientos que sobre la sociedad se había extendido eran errados y desconocían lo verdaderamente característico de ella, con lo que no podría llegar a saberse lo que era el Derecho. Se había afirmado, por ejemplo, que la sociedad era un todo hipostasiado que se imponía a los hombres que la formaban<sup>37</sup>, o simple relación interindividual<sup>38</sup>, o imitación<sup>39</sup>, o el pacto entre los indivi-

---

33. La cuestión de la vida auténtica e inauténtica en Ortega, por ejemplo, en OC 4, pp. 121, 132, 143-155, 170-171, 272; OC 7, pp. 144-145, 178-179 y 436-438; OC 12, pp. 21-24, 30-31, 87 y 89-90.

34. Que no interese para la construcción de un concepto de Derecho no quiere decir que no interese al Derecho, evidentemente. Así, por ejemplo, que una persona, con el fin de someterse a su conciencia, a «su personal destino», decida infringir la ley, es un dato que sí interesa al Derecho.

35. Le ocurría al concepto «Derecho» lo mismo que al concepto «color». Para lograr éste había que percatarse de que todo color, para ser, necesitaba una extensión, y toda extensión, materia; en ORTEGA, OC 7, p. 331. En el caso del Derecho ocurría otro tanto, porque para ser necesitaba un previo material, la sociedad y ésta, la organización (1948, 26, p. 49).

36. En la tesis de Lissarrague se contiene una errata graciosa, pues cuando define lo que sea la sociología dice «teoría de las luchas sociales», cuando debe decir «hechos» (1944, 19, p. 67). No tiene mayor importancia, mas en aquellos años, cuando trataba de ocultarse todo conflicto social, tal errata tuvo que causar estupor. Por lo demás, tampoco era tan extraño que un orteguiano se refiriese a la lucha que se vive en toda sociedad, cuando seguramente ya lo había hecho el maestro; en OC 7, pp. 189-196.

37. Era el caso de Durkheim, para quien la sociedad era una «sustancia viva transindividual» (1941, 3, p. 27; 1944, 19, pp. 36-46).

38. Era el caso de Simmel, para quien «la sociedad está constituida por relaciones interindividuales» (1941, 3, p. 23 y 28; 1944, 19, pp. 53-58).

39. Es el caso de Tarde, para quien era «la imitación de un individuo por otro» lo que caracterizaba el hecho social» (1941, 3, p. 26; 1944, 19, pp. 44-45).

duos que decidían constituirla <sup>40</sup>. Poco se había reparado, en cambio, en las pautas de conducta que en una colectividad humana se vivían como obligatorias. De hecho, cuando cualquier sujeto comenzaba a construir su vida no tenía que hacerlo enteramente, pues gran parte de las situaciones en que se encontraría ya se hallaban previamente reguladas y, por tanto, sólo debería someterse a tales prescripciones, sin necesidad de idear y decidir cuál habría de ser su actuación, que se había decidido de antemano. Así, cuando dos personas en cuanto tales entraban en contacto nos hallaríamos ante una relación interindividual; mas cuando lo hicieran como «comprador» y «vendedor», por ejemplo, como «padre» e «hijo», como «profesor» y «alumno», entonces la relación ya, más que interindividual, sería social, porque conforme a los usos vigentes tendrían que comportarse de esta o de aquella manera. Pues bien, eran esos usos lo constitutivo de lo social (1944, 19, pp. 71-72): «Lo social es, por decirlo así, lo normativo viviente» (1948, 26, p. 61) <sup>41</sup>.

Como se puede ver fácilmente, tales pautas sociales se caracterizaban por su anonimato <sup>42</sup>, pues no habían sido impuestas por este o aquel individuo sino por nadie en concreto y, a la vez, por todos <sup>43</sup>; en suma, se establecían impersonalmente y, aun así, estaban dotadas de coacción. El miembro de la sociedad era compelido a adoptar los usos de ésta y, en el caso de que no lo hiciera, debería atenerse a las consecuencias, sufrir el castigo con el que había sido amenazado. El vendedor que entregaba la cosa vendida en mal estado, con la reparación del daño; el padre que maltrataba a su hijo, con la reprobación social, al

---

40. Se trata, evidentemente, de Rousseau, que reducía la sociedad a un «simple convenio de individuos» (1941, 5, p. 250). Como de otros muchos iusfilósofos de la posguerra, Rousseau fue blanco de las críticas de Lissarrague (1941, 4, p. 207; 1942, 8, p. 669; 1944, 19, pp. 65, 211-216; 1945, 22, pp. 287-288), pero en un tono respetuoso que contrastaba con los burdos insultos que se vertían sobre él. Tampoco es de extrañar si se tiene en cuenta que la crítica había sido «irrespetuosa», tanto en el caso de Ortega como en el de José Antonio Primo de Rivera, a quien cita Lissarrague al respecto (1944, 19, p. 215).

41. Sobre el concepto de uso en Lissarrague: 1941, 3, p. 29; 1942, 8, p. 669; 1943, 11, p. 169; 1944, 19, pp. 66-72; 1948, 26, pp. 28-32.

42. Otro institucionalista, aun de signo distinto, Ruiz Giménez, criticará esta nota que Ortega asignaba a los usos, porque éstos eran debidos a la actuación de los hombres en comunidad, «obrar que no por ser en comunidad deja de ser *obrar suyo*, y, por tanto, radicalmente *personal*» (*Derecho y vida humana*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 179, n.). Crítica a la que, en alguna medida, responderá Ortega en *El hombre y la gente*, cuando constate que «sólo los individuos crean» y los usos, por tanto, como cualquier otra creación humana, eran producidos por concretas personas; otra cosa era si la vida de éstos seguía siendo personal o no, pues con el paso del tiempo tales pautas se «desalmaban» (OC 7, pp. 223-226).

43. Ortega solía comenzar su explicación de lo que fueran usos sociales con un ejemplo jurídico, el de la actividad del «guardia de la circulación» que exigía seguir una cierta ruta a la persona que había decidido dar un paseo, mas en este caso el guardia sólo ejecutaba una orden, esto es, que la regla que exigía la obediencia al agente no provenía de él sino, en último término, del Estado, que precisamente se caracteriza por su impersonalidad: OC 7, pp. 197-199; OC 12, p. 17.

menos; el alumno que no respetaba al profesor, con la reacción académica correspondiente. No había uso social alguno que no poseyera la correspondiente sanción, como ya había afirmado Durkheim el siglo pasado (1941, 3, pp. 25-29; 1944, 19, pp. 40-41)<sup>44</sup>. Pero además, y frente a lo establecido por el positivista, los usos eran irracionales, lo que significa que entre el hecho en sí y su inteligibilidad se interponía su «significación social» (1941, 3, p. 30; 1944, 19, pp. 49-50) o, desde otro punto de vista, que el cumplimiento de lo imperado no dependía «de la adhesión personal» del destinatario (1948, 26, p. 27)<sup>45</sup>.

En su concepto de sociedad y de uso, Lissarrague se mostraba absolutamente orteguiano y, sin embargo, en una ocasión, al definir lo que fuera el uso social, dijo tratarse de «imposiciones cuasimecánicas» (1.943, 11, p. 169), cuando es sabido que para su maestro los usos, en su funcionamiento, tenían un carácter mecánico<sup>46</sup>. Sin duda, trataba de salvar Lissarrague el personalismo que inspiraba toda su doctrina y, según la perspectiva que se adopte, pudiera defenderse uno u otro. En cualquier caso, se trató de la utilización de un término en una ocasión, lo que tampoco le puede conferir una validez mayor de la que efectivamente tiene.

Ya ha quedado apuntado el sentido personalista del pensamiento de Lissarrague, mas ¿qué significaba éste en una especulación que tenía por eje el concepto de sociedad? Fundamentalmente, que si bien la sociedad tenía un carácter objetivo innegable, no por eso se imponía a todo individuo de forma automática, sino que éste seguía disfrutando de autonomía (1.941, 5, p. 253). Con esto no contradecía lo anterior, simplemente reconocía que la norma social se imponía o trataba de imponerse de forma «mecánica», pero que todo ser humano tenía la posibilidad, en primera instancia, de pensar su actuación, de repensarla frente al hecho social y, en consecuencia, actuar frente al uso, que de esta forma no era inevitable. En fin, que el grupo social no era «inhumano» por regirse por usos que habían perdido su carácter personal, sino que, al contrario, era profundamente humano, pues estaba «animado y vivido por individuos» (1.941, 3, p. 31; 1.944, 19, p. 52). La

---

44. Lissarrague era un gran admirador del positivismo de Durkheim, que en el primer capítulo de *Las reglas del método sociológico* había realizado «un análisis muy profundo sobre el hecho social» (1944, 19, p. 39). No sólo eso, sino que filosóficamente, en perspectiva orteguiana, se justificaba «en su casi integridad el principio del pensamiento sociológico de Durkheim» y con él, el de Comte (1941, 3, p. 30; 1944, 19, p. 50). Desde luego, no era corriente encontrar afirmaciones tales en los libros y artículos del entonces, lo que de nuevo demostraba su signo orteguiano. En efecto, para Ortega, Durkheim ya había intuido gran parte de lo que él formularía más tarde; en OC 7, p. 203. Pero ya hubo en la filosofía del Derecho quien señaló la enorme carga del positivista francés que había en Ortega; LEGAZ LACAMBRA, *El Derecho internacional en el pensamiento de José Ortega y Gasset*, cit., p. 13; ELIAS DE TEJADA SPÍNOLA, F., «El concepto de Derecho en José Ortega y Gasset», AFD, 1966, p. 45.

45. Un resumen perfecto de la doctrina social de Ortega, en OC 7, pp. 73-78.

46. ORTEGA, OC 7, pp. 77 y 209.

traducción política de todo esto era reconocer a la persona humana como «centro de valor de la comunidad política» (1.944, 19, p. 270)<sup>47</sup>.

V. Mas lo que importa ahora es que el carácter social de un grupo, de una relación o de cualquier otro hecho, dependía de la existencia de tales pautas de comportamiento, esto es, de su vigencia en el grupo, relación o hecho de que se tratara. Pues bien, si se afirmaba la socialidad de las normas de Derecho, eso quería decir que a éstas correspondían aquellos caracteres: impersonalidad, coercibilidad e irracionalidad.

a) En efecto, ya en primer lugar, las normas jurídicas se caracterizaban por su impersonalidad, pues no eran simples decisiones de este o aquel individuo, sino imposiciones de un grupo social. Es cierto que cualquier agrupación de este tipo, para ser tal, necesitaba poseer ciertas normas, no un ordenamiento jurídico; pero también pudiera ser que lo tuviera, para ello bastaba que «el grupo social máximo», el Estado, las asumiera como suyas (1.944, 19, p. 121; 1.948, 26, pp. 72-86). No se trataba por tanto de que Lissarrague retrocediera a una concepción positivista de corte estatista, sino de hacer depender la validez jurídica de la protección que tuvieran las normas en cuestión, y ésta sólo podía otorgarla quien tuviera la fuerza suficiente para ello (1.944, 19, pp. 121-124). También es cierto que ese poder político, que en último término es «dominación directa del hombre sobre el hombre» (1.944, 19, pp. 125 y 148), era exigido por la propia sociedad (1.944, 19, pp. 131-138), puesto que hacía que su vida transcurriera con seguridad (1.948, 26, p. 69)<sup>48</sup>, pero necesitaba cierta aquiescencia de aquélla; de lo contrario, «si prevalece la dominación sobre la autoridad» no estaríamos ante un ordenamiento jurídico, sino ante mero «poder de hecho» (1.944, 19, p. 232). Así, aunque la norma sea creada materialmente por uno o varios individuos, inmediatamente se objetiviza, adquiere juridicidad por el respaldo estatal y su inserción social hace de ella «una norma de conducta impersonal» (1.944, 19, p. 225).

Pudiera pensarse que ya se encuentra aquí, al examinar la primera nota de los social, una divergencia entre la doctrina de Lissarrague y la de su maestro, pues éste parecería no referirse al Estado para concebir el Derecho, mientras que aquél requeriría su concurso. En efecto, para Ortega el Derecho era una «operación espontánea de la sociedad»; es más, repudiaba esta tan «habitual confusión» que hacía creer que toda

---

47. Durante la postguerra hubo diversas tendencias a la hora de dar solución a la que entonces se consideraba una dialéctica fundamental, la que enfrentaba individuo y sociedad o persona y Estado. Así, por ejemplo, hubo en los ambientes católicos un personalismo exacerbado, un personalismo totalitario que todo lo refería a la persona humana. Lissarrague, sin embargo, pretendió un cierto equilibrio que afirmara la objetividad de la sociedad, por un lado, y el valor de los individuos, por otro. Ahora bien, no se piense que la declaración de personalismo implicaba, en la gran mayoría de los casos, una plasmación política que hoy consideramos correspondiente. Al contrario, se podía ser personalista y totalitario sin que eso planteara ningún problema teórico irresoluble.

48. En efecto, ya Ortega había señalado que el Estado era, «ante todo, productor de seguridad»; en OC 4, p. 226.

sociedad poseía un verdadero Estado, lo que sólo en una fase muy avanzada de su evolución ocurría <sup>49</sup>. Sin embargo, el discípulo no requería cosa distinta, pues para él el Estado era la forma que adoptaba la sociedad política (1.944, 19, pp. 28, 38 y 124) en un determinado momento de la historia (1.948, 26, p. 72). Sociedad política, por tanto, siempre la habría habido; Estado, no (1.944, 19, p. 228 <sup>50</sup>). Resultaba así que, en sede institucionalista, dentro de una sociedad existirían otras varias, previas, que conformaban aquélla totalmente: la familia, el comercio, la Iglesia o el Estado eran, sin duda, grupos sociales (1.944, 19, p. 129). Ocurría, sin embargo, que sólo una de esas sociedades, la política, el Estado, era la que ejercía «las últimas instancias de mando social» (1.944, 19, pp. 133-134), por la simple razón de que detentaba el monopolio de la fuerza (1.944, 19, p. 141) y también por eso, cualquiera de aquellas sociedades que se integraban en la total podía desarrollar una actividad estatutaria, pero sólo el grupo político podía hacer que a sus resultados se les atribuyese carácter jurídico (1.944, 19, pp. 123-124; 1.948, 26, p. 72). De esta forma, como su maestro, también para Lissarrague el Derecho era actividad social.

No sólo eso, sino que Lissarrague siguió a Ortega, sin ningún género de dudas, en lo que se refiere a su visión aristocrática de la sociedad <sup>51</sup>. De hecho, el poder político no derivaba de la libertad individual, no consistía en un pacto; al contrario, había poder porque un grupo de hombres tenía fuerza suficiente para ejercerlo. Ahora bien, la sola fuerza no bastaba, además, debía lograr la adhesión de los sometidos, puesto que el recurso constante a la violencia no era posible (1.944, 19, p. 188), debía revestirse de autoridad suficiente, lo que se lograba cuando la minoría directora y la gran masa dirigida se aunaban «en un mismo quehacer, en una misma empresa histórica, en un orden de principios comunes que ligan y hacen posible la existencia de una sociedad» (1.942, 8, p. 669) <sup>52</sup>.

---

49. ORTEGA, OC 4, pp. 298 y 295, respect.

50. En efecto, el Estado es «un modo de entender la comunidad política», que surge «en Europa a partir del siglo XIII, cuyas notas esenciales impregnadas de espíritu cristiano, son la prioridad de la persona como sujetos de fines trascendentes, por encima de su inserción social, y la unidad superior del hombre por encima de sus diversos órdenes y clases» (1.945, 22, p. 290).

51. No es sólo un tópico afirmar que Ortega mantuvo tesis aristocráticas, sino que él mismo lo reconocía: «es notorio que sustento una interpretación de la historia radicalmente aristocrática»; en OC 4, p. 150. De otro lado, parece que también Hauriou siguió tesis similares (1.944, 19, pp. 236-237 y 262-265; 1.945, 22, pp. 88-89).

52. Uno de los libros que más tuvo que influir en Lissarrague fue la *España invertebrada*, donde ya se contenían estas ideas. En él, Ortega reconocía que el poder no es ni «simplemente convencer ni simplemente obligar, sino una exquisita mixtura de ambas cosas» y, más adelante, que en una sociedad integrada «la fuerza tiene un carácter adjetivo. La potencia verdaderamente sustantiva que impulsa y nutre el proceso es siempre un dogma nacional, *un proyecto sugestivo de vida en común*»; en OC 3, pp. 55-56.



b) En segundo término, otra característica que debieran poseer las reglas jurídicas era la de estar dotadas de coacción. Como vimos, los usos sociales siempre iban acompañados de la fuerza, que cobraba vida cuando el individuo miembro de la sociedad en cuestión vulneraba el uso que imperaba en ella. Según que se tratase de uno u otro tipo de uso, la sanción correspondiente sería diversa, pues la reacción social en el caso de que, por ejemplo, un conocido no saludase a otro habría de ser distinta que si le causara la muerte. Las normas jurídicas, por tanto, si verdaderamente eran sociales debían poseer alguna coacción que las amparase, y así era. Dado que la validez del Derecho se hacía depender de la asunción por el grupo político, si se daba ésta y se convertía la norma en jurídica, adquiría entonces la garantía mayor, puesto que el Estado poseía una organización de la violencia que se ponía a su servicio (1.944, 19, p. 139). Así, ya no se trataba de que la coercibilidad no fuera una característica *esencial* del Derecho<sup>53</sup>, sino de que, al contrario, gozaba del respaldo de la máxima fuerza<sup>54</sup>. Es más, si se afirmaba una función ética del orden jurídico, la coacción posibilitaba aquélla (1.948, 26, p. 120)<sup>55</sup>, a la vez que hacía del Derecho un sistema incluyente, dado que «—formalmente se entiende—» nadie quedaba excluido del ámbito de vigencia del aparato coactivo puesto a su servicio (1.948, 26, p. 69)<sup>56</sup>. Eso, no significaba que la coacción pudiera ser utilizada habitualmente; al contrario, su ejercicio había de ser «siempre excepcional» (1.944, 19, p. 188).

---

53. En la filosofía jurídica de la postguerra se afirmaba frecuentemente que la coacción no era un elemento *esencial* del Derecho, sino dato empírico que no correspondía a su concepto. Evidentemente, por su asunción del raciovitalismo orteguiano, será Lissarrague el mayor defensor de la opción contraria. Así, cuando recensione los *Principios de Derecho Natural*, de Corts, se quejará de la insistencia de éste en aquella tesis y, a renglón seguido, afirmará: «Podría decirse que, en definitiva, lo que no es obrar por convicción es obrar por coactividad, si bien no toda la que se da en el medio social corresponde al Derecho ni tiene sus características» (1.945, 21, p. 320). Más adelante, en la *Introducción*, al reconocer carácter ético al Derecho, dirá que desde esa perspectiva tendrían razón los «no coercitivistas», pero en su aspecto social, que «es esencial», habría que afirmarla (1.948, 26, pp. 131-132).

54. En otro momento, dirá Lissarrague: «Uno de los grupos de que el hombre forma parte es el grupo político, la sociedad política. Y la sociedad política tiene como condición fundamental regirse por normas inexorables, autárquicas, que se imponen por sí mismas y están dotadas de coercibilidad terminante, lo que es imprescindible para la realización de la finalidad de ese grupo» (1.944, 19, p. 38).

55. La coacción no tendría que ser algo necesariamente negativo, como habitualmente se piensa. Frente a Rousseau, ya Hauriou había visto que la coacción no deforma la vida, sino que «la constituye en su peculiar limitación» (1.944, 19, pp. 107-108).

56. Lissarrague, basándose precisamente en el elemento de la coacción, ensaya una definición del Derecho, que dice así: ordenación cuya «validez está externamente garantizada por la probabilidad de coacción física o psíquica, realizada mediante el hacer autoritario de un cuerpo de mando compuesto de hombres, cuyo hacer se endereza a procurar la obtención a la fuerza de la observancia de dicho ordenamiento, o imponer el castigo de la infracción del mismo, para lo cual precisamente está constituido» (1.948, 26, p. 39). La errónea referencia a la coacción psíquica se debe al entendimiento de que la sociedad actúa sobre nosotros imponiéndonos ciertas conductas, lo que inevitablemente produce una presión, amén de material, psicológica.

c) Más dificultades planteaba la afirmación que hacía del Derecho una ordenación irracional, pero si los usos sociales lo eran y el Derecho era un uso social, también habría que predicarla de éste. Desde luego, no habría duda en el caso de ciertas normas tales como las que imponen algún tipo de saludo al superior, las que exigen conducir vehículos por la derecha de la calzada, en vez de por la izquierda, o las que prescriben tales o cuales formalismos para considerar público un documento. ¿Qué ocurría, sin embargo, con las normas que proscribían el asesinato, la violación o el robo? ¿También serían irracionales?

El problema que ahora se planteaba era el de la relación que existía o debía existir entre la moral y el Derecho y el del carácter racional o irracional de aquélla. Desde luego, nada habría que plantear si las normas morales fueran ajenas a toda razón, pues en ese caso que el Derecho tuviera uno u otro contenido sería indiferente; si optar entre una u otra conducta era, en el fondo, una decisión irracional, de la opción que el Derecho hiciera a favor de este o aquel comportamiento no se podría predicar una racionalidad fuerte, sino en todo caso instrumental, según que la norma fuera más o menos adecuada para obtener el fin propuesto. Cuando Ortega afirmaba que los usos constitutivos de lo social eran irracionales, quería decir que no eran comprensibles, que eran ininteligibles para los individuos a quienes se dirigían. Cualquier ejemplo vale para ilustrar semejante tesis, y así hoy no es comprensible por qué razón el uso exige saludar con un apretón de manos y no con otros contactos corporales, por ejemplo. Sin embargo, el problema se planteaba con algunos preceptos jurídicos que, en gran medida, eran admitidos por sus destinatarios; sobre todo con los penales, que suelen tipificar conductas que la sociedad en que están en vigor reconoce como desviadas. Como regla general y para la mayoría de los modelos de racionalidad, tales comportamientos deben ser evitados, supuesto que se quiera actuar racionalmente. Eso significa que de tales usos, de tales normas jurídicas, se podría predicar la racionalidad; pero es que además las razones serían reconocidas por la gran mayoría de los individuos a quienes se dirigiera la norma y, por tanto, normas inteligibles, es decir, en el sentido en que Ortega utiliza el término, racionales. El propio Lissarrague lo reconoce cuando afirma que el Derecho se caracteriza, más que las otras normas sociales, por su «pretensión de racionalidad» (1.948, 26, p. 130-131)<sup>57</sup>.

Pero al margen de esta última tesis, que parece contradecir a Ortega, Lissarrague resolvió la cuestión de forma sencilla y, si se aceptan los presupuestos de su argumentación, tajante. Ya vimos que el discípulo del filósofo había señalado dos posibles interpretaciones de la «irracionalidad» de los usos: por un lado, de forma estricta, entendiendo

---

57. Ya había aclarado Lissarrague que irracionalidad no significaba que las normas sociales no fueran explicables, sino que «esta justificación no pertenece al acto mismo de su imperatividad» (1.948, 26, p. 33).

que con esa nota se hacía referencia a la interposición de una significación social entre el hecho en si mismo considerado y su comprensión<sup>58</sup>; por otro, en un sentido más amplio, según el cual los usos serían irracionales porque se impondrían a los afectados por ellos, al margen de su consentimiento. Ya no se trataría de que las normas jurídicas fueran ininteligibles, de que fueran comprendidas o no por sus destinatarios, sino de que habrían de cumplirlas si no querían sentir los efectos desfavorables que la sanción conlleva, siendo indiferente que quisieran o no, que comprendieran lo prescrito o constituyera un absurdo para ellos. De esta forma, apartando la irracionalidad normativa de su sede moral y, por tanto, modificando un concepto que pudiera ser criticado, lograba Lissarrague reafirmar los caracteres de todo hecho social y aplicarlos al Derecho, cuyo ser era la sociedad por y para la que vivía.

Sin embargo, el problema que planteaba la distorsión que llevaba a cabo del concepto «irracional» era que, entonces, en nada se distinguía del carácter autárquico del Derecho, esto es, que el ordenamiento jurídico se impone por si mismo, al margen de la adhesión que le presten los sometidos a él. Habría que preguntarse, por otra parte, si se trataba en realidad de un razonable concepto de lo irracional o, por el contrario, si no puede ser racional la imposición de ciertas conductas a quienes, por los motivos que sean, no quieren cumplirlas. Pudiera pensarse, por tanto, que Lissarrague, para mantener la tercera nota que su maestro asignaba a los usos sociales, la desdotaba de contenido.

Así, visto que el jurídico es un orden social, vale la fórmula que Recaséns, inspirándose en Ortega, acuñó: «vida humana objetivada»<sup>59</sup>. Sí, pero no únicamente, porque esta organización, el Derecho, no sólo está ahí, como el arte, por ejemplo, dado en una concreta sociedad y en un momento determinado, sino que además colabora a la conformación de esa sociedad a que sea de esta o aquella manera y, en consecuencia, es algo más que vida objetivada, es «activamente objetivante», en tanto que tiene fuerza suficiente para dirigir por ciertos caminos la sociedad en que vive (1.948, 26, p. 65).

VI. De esta manera quedaba demostrado que el fenómeno jurídico (leyes, sentencias, contratos, documentos etc.) ocultaba tras su apariencia (las formas de aquéllos) un ser que era el mismo que el que constituía lo social, que las normas jurídicas no eran ni más ni menos que usos sociales. Quien se olvidara de esto, ignoraría lo que fuera el Derecho. Ahora bien, si los preceptos jurídicos eran normas sociales, habría que distinguir aquéllos de las normas sociales por excelencia, las reglas de trato social o los llamados «usos y costumbres». Dicho de

---

58. Poco antes dice que los hechos sociales sí tienen sentido, pero no en cuanto tales hechos, sino en tanto que sociales (1.941, 3, p. 30).

59. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 84-85.

otra forma, si las normas jurídicas eran normas sociales, ¿en qué se diferenciaban del resto de las reglas sociales <sup>60</sup>?

Lissarrague no consideró necesario referirse en profundidad al tema, por la sencilla razón de que habiendo especificado cómo son aplicables al Derecho las características vistas, da por sentado que tal especificidad no se da cuando esas notas sirven para revestir otras normas; es decir, que la impersonalidad de las reglas de trato social no es igual que la del Derecho, pues éste adquiere su validez del reconocimiento estatal y aquéllas no; o que la coacción que se aplica en unos y otros casos distinta, siendo la máxima posible la que corresponde a las normas jurídicas, pues gozan de la protección del Estado, de la que no gozan las otras (1.941, 3, p. 28; 1.944, 19, pp. 40-41; 1.948, 26, p. 39) <sup>61</sup>. Al respecto, únicamente se refirió Lissarrague a la errónea posición de Stamler, que despojaba del carácter normativo a las reglas de trato social, reduciéndolas a meras invitaciones desprovistas de garantía alguna; pero bastaba con referirse a Durkheim para desarmar la argumentación del neokantiano (1.941, 3, p. 26) <sup>62</sup>.

VII. Por otra parte, cuando me ocupé del problema de la irracionalidad de las normas jurídicas, ya hice referencia a la cuestión de las relaciones entre la moral y el Derecho; mas entonces Lissarrague esquivó este asunto al dar solución a aquél. Ahora bien, era el propio autor el que reconocía que al lado de la pregunta por el ser del Derecho surgía otra sobre su justificación (1.948, 26, p. 9), puesto que toda actuación humana requiere justificación y el Derecho es «una forma de determinación del obrar» (1.948, 26, p. 116). Lógicamente, la justificación había de ser extrajurídica y, en concreto, ética. Pero hasta entonces, Lissarrague no había dedicado al tema mayor atención. Simplemente había reconocido que un conocimiento completo del fenómeno jurídico requería tratar el asunto de su «intención trascendente» (1.944, 19, p. 23), y poco más <sup>63</sup>. Hasta que no aparece la *Introducción* del 48, por tanto, no da luz a sus opiniones sobre el tema.

---

60. En esta cuestión era perceptible el influjo que sobre él había ejercido su maestro Recaséns, que, frente a otros autores, afirmaba ese tercer tipo de normatividad; *Estudios de filosofía del Derecho, cit.*, pp. 109-131.

61. En rigor, aunque Lissarrague no use las expresiones de «usos débiles y difusos» y «usos fuertes y rígidos», utiliza estos conceptos. En caso de incumplimiento de la obligación del saludo ordinario, por ejemplo, la sanción es «débil, difusa y lenta en su funcionamiento»; en cambio, si alguien se halla robando y es sorprendido por la policía, la respuesta es «física, de máxima intensidad y fulminante»; ORTEGA, OC 7, pp. 228 y 235-236.

62. Sin embargo, poco más tarde, reconocería que no le faltaba «un fondo de razón» a Stamler, pues el Derecho se impone de forma inexorable, lo que no hacen esas otras normas de convivencia (1.948, 26, p. 68).

63. Creo que no yerro si digo que, en este terreno, Lissarrague se movió influido por las consideraciones de su maestro, que decía preocuparse más por lo que son las cosas que por lo que éstas deben ser, aunque —según él— no fueran cuestiones distintas, dado que «sólo *debe ser* lo que *puede ser*, y sólo puede ser lo que se mueve dentro de las condiciones de lo que es»; en OC 3, p. 101.

Como él mismo reconoció, por otra parte, podría plantearse esta problemática de dos formas distintas: o bien preguntándonos si el Derecho tiene un fundamento absoluto que sirve «de orientación de sus prescripciones», o bien si existe un auténtico Derecho, superior al positivo, que ha de informar éste (1.948, 26, p. 89). Es cierto que en algún momento Lissarrague se sirvió del recurso al Derecho Natural<sup>64</sup>, pero en medida alguna puede ser considerado como un iusnaturalista. De hecho, cuando se pregunte por la diferencia que media entre los preceptos jurídicos reales y los imaginarios, contesta que unos «tienen la condición de reales, de existentes», o sea, «de vigentes», y otros no (1.944, 19, pp. 25-26). Esto es, que la vigencia sería un atributo de todo Derecho que quisiera ser tal. Cuando más tarde vuelva a plantearse si la positividad era «una nota esencial al Derecho» (1.948, 26, p. 89), aun reconociendo diversas posturas, fallará que la positividad era «el modo esencial como es prescrita» la norma jurídica, esto es, «dictado social» (1.948, 26, p. 117). De hecho, Lissarrague sólo parece aceptar una concepción del Derecho Natural, la de Petraschek, que le priva de su carácter tradicional para concebirlo como la «dimensión ética del Derecho», como un conjunto de principios valiosos que deben informar el ordenamiento jurídico, pero que si no lo hacen, no malogran su juridicidad, que se obtiene de «su inserción social positiva» (1.948, 26, p. 122).

Claro así que para Lissarrague lo verdaderamente importante era que al Derecho no le es indiferente la ética (1.948, 26, p. 128). De ahí, sin embargo, no se puede pasar a creer en un Derecho que instaure el reinado de la moral en su más puro sentido; es más, semejante creencia sería contradictoria, pues un sistema social no puede estar imbuido «de la esencia última de la eticidad», ya que dejaría de ser social para pasar a constituir «un orden rigurosamente personal» (1.948, 26, p. 133). En verdad, el Derecho sería «desfalleciente», soportando siempre la tensión necesaria entre el reinado de la libertad y el reinado de la fuerza, el de la ética y el de la simple seguridad (1.948, 26, p. 120). Cómo pueden articularse uno y otro el verdadero problema filosófico (1.950, 28, p. 214).

VIII. En conclusión: si es cierto que históricamente el pensamiento iusfilosófico se desarrolló en continua pugna entre intelectualismo y voluntarismo, naturalismo y positivismo, afirmación de la coacción y negación de la fuerza; en fin, entre un Derecho que vive en el corazón de los hombres y otro que habita en la sociedad, se encontraría Lissarrague, sin duda, más cerca del polo voluntarista que afirma la fuerza del Derecho que del del intelecto, más cerca del positivista que del naturalista, más del de la sociedad en su vivir cotidiano que de la afirmación de grandes principios morales. Porque Lissarrague, si

---

64. Así, cuando afirma que la ley creadora de las Cortes, de 1.942, partía «de los principios del Derecho Natural» (1.942, 8, p. 672).

bien no fue indiferente a la moralidad que todo orden jurídico *debiera* asumir, comprendió que el Derecho era, fundamentalmente, el derecho del más fuerte, que sólo es Derecho vivo el que vive en la sociedad, porque lo que caracteriza a Lissarrague, allá en los años cuarenta, «es su concepción del Derecho como un producto de la convivencia real de los hombres, y por tanto, como un alto inmerso por definición en el tiempo histórico y condicionado por factores ideológicos, económicos, religiosos y sociales en un sentido amplio»<sup>65</sup>.

---

65. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al Positivismo Jurídico», en *De Kant a Marx (Estudio de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1.984, p. 205. No es extraño, pues ya hubo quien apuntó que la concepción orteguiana del Derecho era «puro positivismo»; ELÍAS DE TEJADA, *El concepto de Derecho en José Ortega y Gasset, cit.*, p. 52.

**III**  
**DEBATES**





## NOTA POLEMICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO NATURAL

Por RAFAEL HERNANDEZ MARIN

Murcia

El objeto de esta nota es comentar algunas ideas de E. Bulygin, R. Vernengo y E. Fernández, relacionadas con los temas a los que alude el título de la misma.

### 1. E. Bulygin y los derechos subjetivos

Bulygin sostiene, en conformidad con C.S. Nino, que

- (1) proposiciones acerca de derechos subjetivos en general y de derechos humanos en particular son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de las reglas o principios de un determinado sistema de normas <sup>1</sup>.

Aunque correcta, en líneas generales, (1) exige algunas precisiones.

En primer lugar, una proposición acerca de los derechos (subjetivos) del arrendatario, contenida en una ley, puede no ser equivalente a una proposición acerca de un sistema de normas. Habría que precisar que esas proposiciones acerca de derechos subjetivos, a que (1) se refiere, son *asertivas* (y no son, por tanto, proposiciones jurídicas, proposiciones pertenecientes al Derecho).

Por otro lado, es cierto que siempre se ha dicho que el concepto de derecho subjetivo presupone el de derecho objetivo, el concepto de norma. Esta es la idea que (1) expresa con más precisión: que un enunciado (asertivo) acerca de derechos subjetivos es equivalente, como

---

1. BULYGIN, E., «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, pp. 79-84, p. 81.

dice (1), a un enunciado acerca de una norma o un conjunto de normas. O sea, que, por ejemplo, el enunciado asertivo.

(2) Los individuos de la clase  $F$  tienen derecho (subjetivo) a  $x$

es una abreviación del enunciado (también asertivo)

(3) Existe una norma, según la cual los individuos de la clase  $F$  tienen derecho (subjetivo) a  $x$ .

(Aunque (2) también se puede interpretar como una abreviación del enunciado

(3a) No existe una norma que prohíba  $x$  a los individuos de la clase  $F$ .)

Sin embargo, la aserción (2) también ha sido usada y entendida en sentido literal, esto es, en el sentido de que los individuos de la clase  $F$  tienen algo que es el derecho a  $x$ , entendiendo ese derecho a  $x$  como un atributo ideal, no fáctico, cuya naturaleza es objeto de discusión. De esta manera, se crea y propaga la creencia en la existencia de derechos (subjetivos) como entidades ideales.

Surge, entonces, la pregunta acerca de cuál es la relación que las doctrinas establecen entre (3) y (2), cuando esta última aserción es entendida en sentido literal. Y creo que la respuesta es la siguiente:

Por un lado, todas las doctrinas sostienen que (3) implica (2), o sea, que si una norma (jurídica o moral, positiva o no) atribuye el derecho a  $x$  a los individuos de la clase  $F$ , entonces los individuos de dicha clase adquieren un nuevo atributo, que antes no tenían, que es el derecho a  $x$ .

Más, por lo que respecta a la relación inversa, me parece que el pensamiento jurídico está dividido.

Por una parte, están esos autores de doctrinas de derechos humanos, que evitan reconocer la existencia de un orden de normas, valores, principios, etc., no positivo, o sea, autores que esquivan la tesis del objetivismo ético (al menos, en su formulación tradicional). En estas doctrinas, la tesis, la *afirmación*, de que, por ejemplo, los hombres tienen derecho a una vida digna no implica la existencia de una norma (jurídica o moral, positiva o no positiva, inmutable o variable, universal o no, etc.), que atribuya a los hombres el derecho a una vida digna. Por tanto, en estas doctrinas, ni (2) implica (3), ni (2) y (3) son equivalentes. Luego, dichas doctrinas constituyen excepciones a lo que en (1) se afirma: en ellas, las proposiciones acerca de derechos subjetivos en general y de derechos humanos en particular no son equivalentes a proposiciones acerca de una norma o un conjunto de normas.

Pero, para la opinión mayoritaria, (2) implica (3), o sea, si es verdad que los  $F$  tienen derecho a  $x$ , entonces existe una norma, según la cual los  $F$  tienen derecho a  $x$ ; o, lo que es lo mismo, si no existe una norma, según la cual los  $F$  tienen derecho a  $x$ , entonces los  $F$  no tienen

derecho a  $x$ . Esta parece ser la opinión de Bulygin, al escribir: «Es claro que si no hay normas morales... objetivamente válidas, tampoco puede haber... derechos humanos...»<sup>2</sup> (al sostener (1), Bulygin considera su opinión, que es sólo mayoritaria, como la única).

Sin embargo, los representantes de esta opinión mayoritaria no extraen de sus tesis las consecuencias, que de ellas se deducen, a saber:

1.º) Que, para ellos, (2) y (3) son equivalentes.

2.º) Que (3) no implica la existencia de derechos subjetivos, ya que tampoco el enunciado 'Existe un curandero, según el cual los individuos de la clase  $F$  tienen un diablo en el cuerpo' implica la existencia de diablos. Por ello, (2), equivalente a (3), tampoco implica la existencia de derechos subjetivos. (2) no es más una abreviación o elipsis de (3).

3.º) No hay, entonces, ninguna razón para creer en la existencia de derechos subjetivos, como atributos ideales de objetos físicos; las disputas acerca de la naturaleza de los derechos subjetivos carecen, pues, de objeto. Lo que hay que hacer es evitar formas expresivas que, por un lado, sugieren que quienes las usan creen en la existencia de derechos subjetivos, y, por otro lado, contribuyen a mantener y difundir dicha creencia.

## 2. Los comentarios de R. Vernengo

Aunque no es importante para el tema central de esta nota, creo que éste es el momento oportuno para manifestar que las líneas de texto y las notas a pie de página, que R. Vernengo me dedica<sup>3</sup>, contienen varias inexactitudes acerca de mi pensamiento.

Vernengo cita la siguiente frase mía:

(4) No hay derechos subjetivos; ni naturales, ni positivos, ni humanos, ni de otra clase. No existe un  $x$  tal que  $x$  sea un derecho subjetivo.

Dicha cita va seguida de un número de nota a pie de página; y en la nota a la que ese número se remite se cita mi libro *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, «cap. 8 II, derivado —dice Vernengo— de la conocida tesis de A. Ross en *Tû-Tû*».

La citada frase (4) no está en el capítulo 8 II de mi libro, sino en el capítulo 8 I. Obviamente, esta inexactitud carece de importancia en sí misma. Lo que ocurre es que, a causa de ella, no sé exactamente qué es lo que, según Vernengo, he «derivado» de Ross: si la tesis (4), o el ca-

2. BULYGIN, E., *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, cit. (n. 1), p. 83.

3. VERNENGO, R., «Enfoques escépticos de los Derechos Humanos», *Anuario de derechos humanos*, 6, 1990, pp. 160-178, pp. 166-167.

pítulo 8 II, o ambas cosas. En cualquier caso, creo que un lector del artículo de Vernengo se sorprendería, al comprobar que mi análisis de las tesis de *Tû-Tû* finaliza con las siguientes palabras (cap. 8 II, p. 178): «Por consiguiente, y frente a la creencia aún hoy extendida, *el análisis de Ross no aporta nada al estudio de las expresiones de derecho subjetivo*» (énfasis en el original).

Por otra parte, y citando también la misma obra mía, Vernengo me atribuye la tesis de que las expresiones de derecho subjetivo son enunciados directivos. Esta tesis la mantuve en un trabajo publicado en 1983, no en la *Teoría general...* de 1989. En esta última obra (pp. 183 y ss.), me limitaba a citar dicha tesis, para inmediatamente rechazarla: «Sin embargo, lo que en la actualidad me parece absolutamente inaceptable de aquel análisis es la conclusión de que las *permisiones* o normas permisivas en general y las expresiones de derecho subjetivo en particular son enunciados directivos» (p. 185); y presentaba después un nuevo análisis de las permisiones en general (pp. 185 y ss.).

Pero vayamos a lo que ahora importa. Según Vernengo, la afirmación (4) es una exageración verbal, a pesar de que le parece verdadera «en el sentido trivial de que no hay ninguna entidad objetiva que designemos, como su nombre, con la expresión “derecho subjetivo”». Si le entiendo bien, (4) no tiene otro sentido que el que Vernengo le atribuye; parece que mi afirmación y la de Vernengo dicen lo mismo: la mía, en el plano del lenguaje-objeto; la suya, en el del metalenguaje.

Pero a Vernengo le parece una exageración verbal expresarse del modo en que yo lo hago, dado que, según él, y a pesar de todo, la expresión «derecho subjetivo» cumple una importante función en el lenguaje de los juristas. Esta función, dice Vernengo, es semejante a la que realizan «las nociones introducidas por la física clásica: velocidad, fuerza, masa, etc., que, claro está, son nociones teóricas y no nombres de ninguna cosa que exista en el mundo. Lo mismo sucede, obviamente, con la noción de derecho subjetivo, término técnico con el cual los juristas, por ejemplo, se refieren a conjuntos de normas relacionadas de determinada manera...».

Una cosa es un término teórico, y otra, un término definido. Una cosa es que la expresión «derecho subjetivo» sea, en el lenguaje de los juristas, un término teórico, y otra, que sea un término (técnico o no) definido o definible mediante otro término, que se refiere a conjuntos de normas relacionadas de determinada manera.

Me referiré, en primer lugar, a la segunda afirmación de Vernengo, de que la noción de derecho subjetivo es un término técnico, con el que los juristas se refieren a conjuntos de normas relacionadas de determinada manera, puesto que aquí mi comentario será breve. Pues lo único que tengo que decir al respecto es que, si dicha afirmación significa algo distinto de lo que se dice en la oración (1), citada al comentar las ideas de Bulygin, si significa, por ejemplo, que los juristas utilizan la expresión «derecho subjetivo» como una denominación abreviada de

conjuntos de normas relacionadas..., la afirmación me parece completamente falsa; pues, al margen de H. Kelsen, no sé de ningún jurista (tampoco A. Ross), que expresa o tácitamente entienda de ese modo la expresión «derecho subjetivo».

En cuanto a la primera parte del citado texto de Vernengo, decir que derecho subjetivo es un concepto teórico, semejante además a los conceptos cuantitativos de velocidad, fuerza y masa, me parece algo más que una ligereza. Aunque no es la primera vez que un filósofo del Derecho, enfrentado a la cuestión ontológica de si (supuestas) entidades del universo jurídico (ya sean derechos subjetivos, personas jurídicas, principios, o las propias normas jurídicas) existen o no, y, si existen, cuál es su naturaleza, se despacha alegremente calificando los conceptos correspondientes como teóricos.

El tema de los conceptos teóricos es una difícil y discutida cuestión de filosofía de la ciencia. Más, para el que tema que nos ocupa, basta señalar lo siguiente. En uno de sus sentidos, la denominación «conceptos teóricos» se usa para referirse a conceptos contenidos en enunciados o proposiciones, que integran lo que la propia filosofía de la ciencia denomina «teorías (científicas)». Y, puesto que no existe ninguna teoría (científica) acerca del Derecho, puesto que no existe ningún saber científico-jurídico, ni filosófico-jurídico, que sea lo que en filosofía de la ciencia se denomina «una teoría científica», el lenguaje de los juristas carece de conceptos teóricos, en este sentido.

En un segundo sentido de la expresión, un concepto teórico es un concepto no observacional o no empírico, esto es, referente a hechos observables, no de forma directa, sino sólo indirectamente.

En diferentes ocasiones he manifestado mi opinión de que, en el lenguaje del jurista científico, o sea, en el lenguaje de la ciencia del Derecho, un enunciado asertivo como (2), que contenga una expresión de derecho subjetivo (por ejemplo, la expresión «derecho a asociarse» o «derecho a usar z»), no es más que una abreviación de (3) (o (3a)). No hay lugar, a mi juicio, para plantear la cuestión de si, en estos casos, las expresiones de derecho subjetivo son términos no observacionales.

Pero supongamos que se trata del lenguaje del jurista filósofo, del filósofo del Derecho, que usa enunciados asertivos como (2), por ejemplo, el enunciado «Los hombres tienen derecho a una vida digna». Y supongamos también, como Vernengo sostiene, que las expresiones de derecho subjetivo, como «derecho a una vida digna», son, en el lenguaje de los juristas, términos teóricos en este segundo sentido. En este caso, los juristas considerarían el enunciado asertivo «Los hombres tienen derecho a una vida digna» como una afirmación fáctica, aunque teórica, con consecuencias empíricamente contrastables. Y, puesto que se supone que dicho enunciado es verdadero, habría que entender que los juristas han extraído de ese enunciado ciertas consecuencias, que, al ser contrastadas empíricamente, han resultado ser verdaderas, confirmando así la verdad del enunciado teórico. Además, dado que se tra-

ta de un enunciado general, refutable a la vista de un ejemplo contrario, habría que decir también que, aún aceptando la verdad provisional de ese enunciado, los juristas aceptan también la posibilidad de que la experiencia futura lo refute.

Es obvio que los juristas que creen que el enunciado «Los hombres tienen derecho a una vida digna» es verdadero no lo consideran como una afirmación susceptible de ser confirmada o refutada empíricamente. Lo consideran como un enunciado verdadero que se refiere, parcialmente al menos, a un mundo no fáctico, a un mundo de ideas. Pues dicho enunciado se entiende, bien en el sentido de que los hombres, que son objetos físicos, tienen un atributo ideal, que es el derecho a una vida digna, bien en el sentido de que existe un conjunto de normas, no jurídico-positivo e ideal, según el cual los hombres tienen derecho a una vida digna. Y, al creer que el enunciado considerado se refiere a un mundo de ideas, es lógico que se piense también que el mismo no es susceptible de control empírico; que no hay otro control que el de la luz interna del intelecto.

(Interpretan, pues, erróneamente las doctrinas de los derechos humanos quienes, con el fin de evitar la ontología idealista presupuesta por dichas doctrinas, buscan en la realidad empírica referentes para ellas: ya sea en exigencias, intereses o necesidades básicas de la humanidad. Dichas interpretaciones pretenden transformar (o sustituir) el enunciado «Los hombres tienen derecho a una vida digna» en (o por) el enunciado «Los hombres exigen (necesitan, tienen interés en, una vida digna». Este último es, indudablemente, un enunciado fáctico verdadero; pero también es distinto e independiente del primero).

En mi opinión, el reino de las ideas está ya suficientemente poblado con las entidades lógicas y matemáticas. No creo, pues, ni en la existencia de derechos humanos como atributos ideales de objetos físicos, ni tampoco en la existencia de conjuntos de normas de naturaleza ideal, no fáctica (ni jurídicas, ni morales, ni positivas, ni no positivas); todas las normas, a mi juicio, tienen carácter positivo y, más concretamente, factual. Por ello, todos los enunciados asertivos, que (bien de forma directa, o bien indirectamente, o sea, refiriéndose a un conjunto de normas ideales y no positivas) atribuyen a los hombres derechos humanos, me parecen falsos. De ahí que no entre en la discusión acerca de cuál es el fundamento de los derechos humanos, ni en su función política, ni en otras cuestiones secundarias. De la misma manera que, dado que no creo en la existencia de un Derecho natural, de un Derecho no positivo, me parece ocioso llevar el Derecho natural «ante el tribunal de la ciencia», como hace H. Kelsen; o discutir, como hacen muchos autores, acerca de si el Derecho natural es en realidad Derecho o es más bien moral; si no es auténtico Derecho, porque no es coactivo o porque carece de eficacia; si las doctrinas del Derecho natural cometen o no la falacia naturalista, etc.

En varias ocasiones he oído contar la anécdota, no sé si verídica, de que el rey Alfonso XIII, al ser recibido en un pueblo o aldea por las autoridades locales, preguntó al párroco del lugar por qué, a su llegada, no habían sonado las campanas de la iglesia. El párroco le contestó que por varias razones, la primera de las cuales era la ausencia de campanas en la iglesia. A lo cual, según dicen, contestó el monarca: «Pues si no hay campanas, las demás razones sobran».

Esta es precisamente mi actitud ante los derechos humanos y el Derecho natural. No veo otra manera mejor de expresarla que hacerlo como lo estoy haciendo ahora y siempre lo hecho, o sea, de forma directa y clara; pero también con respeto, franqueza y valentía:

Hablo de respeto, porque esto es precisamente lo que falta en esos críticos, que entierran el Derecho natural, para inmediatamente después resucitarlo, pero reencarnado en un pelele, que puede ser zanzado por cualquiera. Lo primero y principal es determinar si el Derecho natural existe o no, evitando cualquier otra cuestión, mientras esta primera no haya sido decidida; y, si se llega a la conclusión de que el Derecho natural no existe o no hay razón para creer en su existencia, lo que hay que hacer es olvidarse del Derecho natural y de sus doctrinas, respetuosamente.

En cuanto a la franqueza y la valentía, éstas faltan, no sólo en autores, que de hecho presuponen la existencia de un Derecho no positivo o de una moral no positiva, pero tratan de ocultarlo, tras la oscura tesis del relativismo ético<sup>4</sup> o con alguna otra pirueta (esto es muy frecuente entre los filósofos del Derecho que hablan de los derechos humanos, de la (des) obediencia al Derecho, de valores ético-jurídicos, etc.). La franqueza y valentía faltan también en el lado opuesto, esto es, en autores, que no creen en la existencia de un ordenamiento, jurídico o moral, no positivo, pero ocultan su posición ontológica mediante, por ejemplo, una retorcida doctrina epistemológica, como es la doctrina ética no cognoscitiva<sup>5</sup>.

Por todas las razones expuestas, y frente a lo que dice Vernengo, mi afirmación de que los derechos subjetivos no existen no es una exageración verbal. Más bien al contrario:

Por un lado, la afirmación de que no existen derechos subjetivos, digamos, positivos, puede ser completada mencionando un hecho, puesto en evidencia al comentar anteriormente las ideas de Bulygin. Y es que es contradictorio sostener, como consecuencia de la aceptación de (2), que existen derechos subjetivos y sostener a la vez que (2) es equivalente a (3) (pues, como se indicó, (3) no implica la existencia de derechos subjetivos).

---

4. Respecto al relativismo, véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1989, 2.ª ed., 357 pp., pp. 130-132.

5. Véase al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, cit. (n. 4), pp. 242-243.

Por otro lado, y por lo que respecta a la existencia de los derechos humanos, o sea, de derechos subjetivos no positivos, afirmar que tales cosas no existen es sólo parte de lo que han de oponer a las doctrinas de los derechos humanos quienes las comprenden correctamente (no como Vernengo, que las entiende aparentemente como teorías científicas, cargadas de términos teóricos) y no creen en la existencia de ese mundo de ideas, que dichas doctrinas presuponen. Pues, para que la crítica sea completa, hay que añadir que tampoco existe un conjunto no jurídico-positivo de normas ideales, que atribuyan derechos a los hombres.

En la medida en que las opiniones que estoy expresando son minoritarias, no son triviales, frente a lo que sostiene Vernengo. Más, aunque lo fueron, también las verdades triviales tienen que ser reafirmadas cuando alguien las niega, las discute o, como hace Vernengo con mi tesis (4), se limita a desvirtuarlas.

### 3. Las descalificaciones de E. Fernández

Si un autor cualquiera quisiera discutir todas las tesis que no comparte, estaría ocupado en ello toda su vida, y apenas tendría tiempo para realizar un trabajo constructivo, que es la tarea más importante de un investigador. Por ello, si alguien se decide a expresar su desacuerdo en relación a alguna tesis, argumento, etc., es porque existe algo más que un mero desacuerdo al respecto.

En el caso de E. Bulygin, además de la importancia del tema, lo que me ha movido a discutir sus ideas es, al igual que en otras ocasiones, el respeto que el profeso, así como la proximidad de nuestras posiciones filosófico-jurídicas; pues, aunque los resultados finales de mis análisis no suelen coincidir con los suyos, recorreremos un largo camino juntos. De R. Vernengo también estoy próximo, aunque quizá no tanto como de Bulygin; en cualquier caso, también le respeto y, por ello, tenía que discutir sus comentarios sobre mis tesis. En el caso de E. Fernández, lo que me mueve a ocuparme de él, cosa que voy a hacer ahora, son las descalificaciones que me dirige, que alcanzan casi el insulto<sup>6</sup>.

Pues insultante me parece que, en su crítica negativa a las ideas contenidas en mi trabajo «Filosofía del Derecho»<sup>7</sup>, el número de improperios sea muy superior al de argumentos.

La crítica de Fernández comienza con la insinuación de que mi divisa es la falta de reflexión crítica y el dogmatismo; lo que va seguido inmediatamente (pues, por lo visto, lo anterior le parecía insuficiente)

---

6. FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética práctica*, Madrid, ed. Debate, 1990, p. 154, pp. 28-30.

7. Incluido en FERREIRO, J. J.; MIQUEL, J.; MIR, S.; SALVADOR CODERCH, P., eds., *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 94-100.



de una acusación general de poca coherencia y simplicidad en mis argumentos.

Supongo que, al escribir esto, Fernández estaba pensando sólo en el trabajo mío, que previamente había citado (el mismo, que yo acabo de citar). En este caso, tendría que haber excluido expresamente de sus acusaciones, dada su gravedad, el resto de mis trabajos; cosa, que el tenor literal de sus palabras no hace. Y si, por el contrario, Fernández se refería a todas mis obras, sólo tengo que remitirme a mis libros (y a los suyos), a fin de que el lector juzgue (y compare).

A Fernández le molesta, sin duda, que yo liquide los temas del Derecho natural, de los derechos humanos, de los valores, de los principios éticos, etc., con la afirmación de que tales cosas no existen. Es natural. La mayoría de las páginas, que Fernández ha escrito, están relacionadas con esos temas; y es probable, por varias razones, que lo mismo ocurra con las que escriba en el futuro. Y entonces llego yo y, de un plumazo, sostengo que gran parte de lo que Fernández ha hecho hasta ahora y hará en el futuro carece de valor. Pues eso es precisamente lo que se deduce de mi afirmación: que en todo lo que Fernández dice o diga acerca del Derecho natural, los derechos humanos, los valores, los principios éticos, etc., (y entiéndase bien lo que estoy diciendo ahora, pues no me refiero a lo que Fernández pueda decir acerca de, por ejemplo, doctrinas del Derecho natural, declaraciones de derechos humanos, creencias subjetivas o actitudes personales) ni hay, ni habrá un sólo enunciado asertivo verdadero (no digamos ya, verdadero, original e interesante).

Lo que ocurre es, por un lado, que si yo creo que todos los temas citados carecen de objeto, ni veo otra manera mejor de decirlo que manifestarlo así, abiertamente, ni tengo entonces por qué ocuparme de ninguna cuestión relacionada con dichos temas. El optar, en mis investigaciones, por estudiar otros temas no es ya, por tanto, una cuestión de preferencia personal por unos problemas filosófico-jurídicos u otros. Se trata, dicho sea repitiendo ideas que ya he expresado parcialmente, de que si el Derecho natural, los derechos humanos, etc., no existen, cualquier doctrina acerca del Derecho natural, los derechos humanos, etc., será falsa. Y, por lo que respecta a exposiciones, comentarios, etc., acerca de dichas doctrinas, estas exposiciones podrán ser verdaderas, rigurosas, exactas, etc.; pero, a no ser con vistas a algún objetivo ulterior muy especial (por ejemplo, realizar un estudio de historia del pensamiento filosófico-jurídico), dedicar largos períodos de actividad investigadora o docente a exponer o discutir doctrinas, que estimamos radicalmente falsas, es una pérdida de tiempo (precisamente por esta razón, por no perder el tiempo, no voy a hacer un análisis crítico de las tesis de E. Fernández, relacionadas con aquellos temas, a pesar de que me ha dado motivo para ello; me limito a contestar a sus ataques, esto es, a ejercer la legítima defensa).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no siempre la cuestión de la existencia o no del Derecho natural, de los derechos humanos, etc., forma parte del tema central de mi investigación; por ello, no siempre que niegue la existencia del Derecho natural, de los derechos humanos, etc., tengo por qué justificar este rechazo.

Por ejemplo, en el trabajo criticado por Fernández, el tema central era el contenido de las enseñanzas filosófico-jurídicas en la licenciatura de derecho. Es indudable que, para pronunciarse acerca de la conveniencia de incluir o no en dichas enseñanzas el estudio del Derecho natural, de los derechos humanos, etc., hay que pronunciarse previamente (de forma tácita o expresa) acerca de si dichas entidades existen. Pero no es necesario justificar ulteriormente la posición manifestada acerca de si dichas entidades existen o no: primero, porque en algún lugar hay que detener las explicaciones (precisamente son las doctrinas actuales de los derechos humanos las que siempre detienen las explicaciones en las preguntar acerca del fundamento de los derechos humanos o acerca de su naturaleza jurídica, o sea, acerca de la categoría jurídica a la que pertenecen: si son derechos subjetivos o no, etc.; sin embargo, ni dicen cuál es la naturaleza ontológica de dichas entidades: si son hechos, objetos físicos o eventos, o bien son entidades no factuales, y de qué tipo, ni tampoco justifican nunca la creencia en la existencia de las mismas); y, segundo, porque en estas cuestiones, muy claras y fáciles de decidir (para ello basta «un sentido sólido de la realidad», como diría B. Russell), pero que no son meramente ontológicas, teóricas, sino que tienen también repercusiones prácticas obvias, los argumentos son ociosos (no sirven para quitar la fe a quien, aparentemente, la tiene). Además, mi posición al respecto ya la había justificado antes, en otro lugar, que era el sitio adecuado para hacerlo: un libro dedicado exclusivamente a la exposición y discusión de las posiciones ontológico-jurídicas, contenidas en las doctrinas filosófico-jurídicas contemporáneas<sup>8</sup>.

A pesar de todo, también en el trabajo criticado por Fernández ofrezco una justificación de mi posición, en el siguiente argumento, que él mismo cita:

- (5) En dos milenios y medio no se ha dado una sola buena razón (científica) para creer en la existencia del Derecho natural. Y este hecho sí que es una buena razón (científica) para creer en su no existencia.

Si Fernández opina que la premisa de mi argumento (5) es falsa, o sea, que sí hay alguna buena razón científica para creer en la existencia de un Derecho natural, sólo tiene que exponer esa razón o esas razones. Si lo que a Fernández le parece incorrecto es mi argumentación

---

8. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, cit. (n. 4), especialmente, pp. 304 y ss.

(«cuando menos sorprendente» y «poco concluyente», dice que le parece), o sea, si piensa que la ausencia, en dos milenios y medio, de una razón para creer en el Derecho natural no es una razón para creer en su no existencia, lo que tiene que hacer es contraargumentar. Aunque le advierto que también es una buena razón (científica) para no creer en Poseidón, en la existencia de vida en Marte, en la fusión fría o en la existencia de un número primo mayor que todos los restantes la ausencia de una buena razón (científica) para creer en ello; las afirmaciones gratuitas no tienen cabida en el conocimiento humano. Y si, finalmente, Fernández no está de acuerdo en todo o parte de lo que digo, pero piensa que no vale la pena discutir mis afirmaciones, lo que tiene que hacer es callarse o limitarse a expresar su desacuerdo (por ejemplo, diciendo que estoy completamente equivocado). Pero acusarme de falta de reflexión crítica, dogmatismo, uso de argumentos simplistas y poco concluyentes, etc., y reducir a ello su crítica a mi argumento (5) es un contrasentido, ya que, al actuar así, Fernández comete precisamente esa falta, que a mí, injustificadamente, me imputa.

Por último, que un creyente en el Derecho natural, los derechos humanos, etc., en el sentido de que cree en la existencia de dichas entidades, por un acto de fe, y no racionalmente, acuse de dogmatismo a quien no cree en las mismas, por falta de razones para ello, eso es ya la repanocha. Es lo que hacía continuamente el presentador de un programa de televisión, dedicado a temas esotéricos, al acusar a la «ciencia oficial» (así la llamaba) también de dogmatismo, por no creer las supercherías que en dicho programa se relataban. Tiene narices la cosa.

Otro argumento mío, objeto de las iras de Fernández, es el siguiente:

- (6) Para unas doctrinas, los derechos humanos tienen su fundamento en la naturaleza humana. En este caso, la competencia debería corresponder a alguna de las ciencias que estudian a los hombres: biología, anatomía, fisiología, psicología, sociología, antropología, etc.

Como en el caso anterior, Fernández dirige contra (6), en primer lugar, un exabrupto: estima, antes incluso de citarlo, que (6) «roza casi el absurdo». Pero ahora presenta además un contraargumento: si (6) fuera correcto, sostiene Fernández, entonces también otros estudios filosófico-jurídicos, como la teoría de la ciencia jurídica, los estudios de lógica y Derecho, informática y Derecho, etc., tendrían que corresponder a los que cultivan las disciplinas correspondientes: filósofos de la ciencia, lógicos, informáticos, etc. Pero, para que la argumentación de Fernández fuera paralela a la mía, la conclusión tendría que haber sido que dichos estudios filosófico-jurídicos tendrían que corresponder, no, como dice Fernández, a los profesionales de la teoría de la ciencia, la lógica, la informática, etc., sino a la teoría de la ciencia, a la lógica, a la informática, etc. Y esta conclusión, lejos de ser absurda, es completamente cierta. Lo que ocurre es que esa filosofía de la ciencia, esa lógica

o esa informática, que hay que aplicar en las investigaciones sobre la ciencia del Derecho, en los estudios de lógica y Derecho o de informática y Derecho, respectivamente, puede ser practicada, tanto por los profesionales de dichas disciplinas, que adquieran los conocimientos jurídicos necesarios, como por los profesionales de la filosofía del Derecho, que adquieran los conocimientos necesarios de filosofía de la ciencia, lógica o informática.

El último punto en que Fernández se muestra en desacuerdo conmigo es en lo referente a los temas de la filosofía del Derecho. Para él existen más temas filosófico-jurídicos que para mí. A título de ejemplo, menciona más de veinte (muchos de ellos relacionados con los derechos humanos o el Derecho natural), de forma desordenada y sin más explicaciones. Estas no son necesarias, desde luego, a la hora de incluir en la filosofía del Derecho el tema de la interpretación o el de la aplicación de las normas jurídicas. Pero, en cambio, sí habría que justificar, en primer lugar, la inclusión en la filosofía del Derecho de ciertos temas, como los que Fernández llama «problemas de ética práctica» (la guerra, el aborto, la eutanasia, la pobreza, etc.), o el de la legitimación del Estado, o el referente al papel de los jueces en una sociedad democrática; pues estos temas parecen, al menos a primera vista, más bien propios de la filosofía moral, de la filosofía política y de la sociología de la administración de justicia, respectivamente. El que los límites entre estas disciplinas y la filosofía del Derecho sean borrosos, ni significa que los límites no existan (al contrario), ni que sean tan anchos como Fernández supone, ni tampoco puede ser una excusa para incluir en la filosofía del Derecho cualquier cosa.

Y también habría que justificar, en segundo lugar, el que entre esa veintena larga de temas citados por Fernández sólo aparezcan uno, como máximo, que tenga relación con la teoría general del Derecho, y cinco, relacionados con la teoría de la ciencia jurídica. Esto no puede sorprender, dado que, por cuanto sé, Fernández ha escrito poco o nada sobre materias de teoría general del Derecho o de teoría de la ciencia jurídica; pero sí lo tendría que haber justificado, puesto que, sólo cuatro páginas antes, había declarado que las tres partes de la filosofía del Derecho son, siguiendo a N. Bobbio, la teoría (general) del Derecho, la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia.

## ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE UNA «NOTA POLEMICA» SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Por ROBERTO J. VERNENGO

Buenos Aires

Me parece que la nota polémica de Hernández Marín, que aquí se publica, pone el dedo sobre algunas cuestiones bien interesantes. La primera es la distinción entre «término teórico» y «término definido» en relación con la noción de derecho subjetivo. A Hernández Marín le parece que utilizar la denominación de derecho subjetivo para referirse a ciertos conjuntos de normas positivas es «completamente falsa» en cuanto no conoce juristas, fuera de Kelsen, que así la empleen. Por otra parte, considera que pensar a la noción de derecho subjetivo como un «concepto teórico», semejante a conceptos de la física, es «algo más que una ligereza», pues supone que calificar a ciertos conceptos de teóricos, es una manera de eludir cuestiones ontológicas sobre la existencia o inexistencia de algunas entidades.

Confieso que no discrepo excesivamente con estas propuestas. Es claro que alguna distinción hay entre términos puramente definidos (que pueden ser ajenos a una teoría) y términos teóricos. Establecer si la noción de derecho subjetivo es tal cosa, sin embargo, es asunto un tanto convencional: Hernández Marín admite, por de pronto, que el tema de los conceptos teóricos «es una difícil y discutida cuestión de filosofía de la ciencia». Luego —y concuerdo con él—, que un sentido aceptable de concepto teórico requiere referirse a teorías, esto es, a conjuntos de enunciados con ciertas características.

Resulta, empero, que para Hernández Marín no pueden darse conceptos teóricos en el lenguaje de los juristas «puesto que no existe ninguna teoría (científica) acerca del derecho, puesto que no existe ningún saber científico-jurídico, ni filosófico-jurídico, que sea lo que en filosofía de la ciencia se denomina “una teoría científica”». Es ésta una tesis bien conocida que Hernández Marín ha sostenido y que, al parecer,

ha cundido en España; así en el libro de introducción al derecho de Atienza o en el ensayo de Calsamiglia sobre la ciencia del derecho, se insiste polémicamente en el carácter no científico de las pretendidas ciencias jurídicas, para relegarlas al nivel de discursos ideológicos o tecnologías para el uso del poder. No sé muy bien cómo hayan de dirimirse tales discusiones: habría que ponerse de acuerdo, en todo caso, sobre cuál sea la «filosofía de la ciencia» que resuelva qué haya de valer como teoría científica y qué no. Baste señalar que hay algunos juristas, entre los cuales Kelsen, sin duda, que admiten la existencia (o la posibilidad de la existencia, para ser más cautos) de un conocimiento científico, i.e.: teórico, del derecho. Los juristas que se ocupan, a nivel menos exaltado que los filósofos de la ciencia, de problemas de derecho civil, de derecho comercial y otros, aceptan, por lo menos en mi país y en nuestra tradición académica, que cabe un conocimiento teórico, así como un tratamiento práctico, del derecho. Creo que Bulygin, el otro autor argentino a que se refiere la nota de marras, acepta también la posibilidad de un conocimiento teórico del derecho, al cual ha contribuido en algún trabajo. En España, se me hace en cambio, la tradición arraigada hasta hace bien poco de una formación jurídica con ribetes escolásticos y la aceptación de un conocimiento «práctico» — como repetían los tomistas y ahora repiten los adeptos a un conocimiento argumentativo o cosa por el estilo—, y quizás el poco prestigio de una literatura destinada a comentar el derecho de la época franquista, pero que continúa estudiándose hasta ahora, han dado pie a una notoria desconfianza por el valor teórico de las llamadas ciencias jurídicas. Con mayor generalidad, claro está, es tema recurrente desde hace mucho el cuestionamiento del carácter teórico (científico) de datos normativos.

En todo caso, me parece notorio que la noción de derecho subjetivo concuerda con la característica que Hernández Marín atribuye a los conceptos teóricos en general, a saber, el no ser directamente referentes a hechos observables. Para él, los enunciados que contengan expresión de un derecho subjetivo, no son más que «abreviación» (i.e.: definición) de enunciados del tipo «existe una norma, según la cual los individuos de la clase F tienen derecho (subjetivo) a x», enunciado que Kelsen seguramente consideraría una *Rechtssatz* de alguna ciencia jurídica y cuya índole lógica y epistemológica, apunto, es harto compleja. Baste advertir que se trata, en rigor, de un conjunto, sintácticamente complejo, formado por varias oraciones «imbricadas» (embedded), cuyas condiciones de verdad son dispares: algunas ciertamente no admiten corroboración empírica alguna, mientras que otras, por lo menos indirectamente, sí. Por ello no me parece afortunado el análisis que Hernández Marín propone del enunciado «los hombres tienen derecho a una vida digna» (asunto, por cierto, que no he tocado en el artículo mío a que se refiere la nota de Hernández Marín). Claro está que si «tener derecho (subjetivo)» es la abreviatura del enunciado (3) de la nota de Hernández Marín, la oración «los hombres tienen derecho a una

vida digna» no es una «afirmación fáctica», como aceptaría el más lego y como Hernández Marín ratifica. Tal enunciado no fáctico, para seguir el lenguaje de la nota, se referiría a un «mundo de ideas» que «no es susceptible de control empírico», sino sólo sujeto al control «de la luz interna del intelecto». De ahí que, con toda razón, Hernández Marín repudie a los defensores de los derechos humanos que buscan evitar una «ontología idealista» recurriendo a datos empíricos tales como exigencias, intereses o necesidades básicas de la humanidad. Pero a Hernández Marín no le gusta tampoco relegar los derechos subjetivos (los derechos humanos, en el caso) al «reino de las ideas.. ya suficientemente poblado con las entidades lógicas y matemáticas». A mi tampoco me gusta mucho abastecer el ya fértil mundo de las ideas de más artefactos engorrosos. Pero no comparto la conclusión terminante de nuestro autor: no cree, dice, en la existencia de derechos humanos como «atributos ideales de objetos físicos» —yo tampoco—, ni tampoco «en la existencia de conjuntos de normas de naturaleza ideal, no fáctica (ni jurídicas, ni morales, ni positivas, ni no positivas)» —aquí tendríamos que embarcarnos en una bizantina discusión de cómo entender la existencia de normas «ideales»—. Hernández sólo cree en la existencia de normas positivas de carácter «factual». Por lo tanto, atribuir a los hombres derechos humanos, remitiéndose a normas ideales no positivas, sería para Hernández Marín, una tesis falsa. Tesis falsa, porque no hay cosa alguna que sea un derecho humano, un derecho subjetivo, una norma ideal no positiva. Yo también he sostenido algo semejante, discutiendo las fundamentaciones de los derechos humanos como derechos morales (moral rights) o exigencias morales normativas, preexistentes a las normas jurídicas positivas, o como normas de un supuesto derecho natural. En el trabajo mío que Hernández Marín menciona, justamente discuto una de esas tesis, propuesta por Bulygin. Pero el asunto tiene sus bemoles.

Me gusta mucho, por cierto, la arremetida de la nota contra ciertas actitudes poco francas, que lejos de admitir tesis iusnaturalistas implícitas, se embarcan en defensas «éticas» de los derechos humanos, o en referencias a valores, o en «la oscura tesis del relativismo ético» o en «una retorcida doctrina epistemológica, como es la doctrina ética no cognoscitiva». Y, luego, resucitan el viejo derecho natural como «un pelele que puede ser zarandeado por cualquiera», frase cáustica que de inmediato hace pensar en el derecho como integridad de Dworkin, como razonabilidad práctica de Aarnio y Peczenik, o como moralidad procesal en Alexy y otros autores à la page. Con menos fuerza retórica y entusiasmo, quizás, cosas semejantes he sostenido en discusiones sobre derechos humanos, frente a C. Nino, E. Bulygin, M. Farrell, E. Garzón, para referirme a mis compatriotas. Y por cierto he manifestado mi rechazo a los iusnaturalismos «ocultos» de autores españoles como F. Laporta y E. Fernández, entre otros. Pero de ahí a rechazar toda noción «ideal», como casi todos los conceptos teóricos son considerados, para

quedarnos con normas «factuales», cuyas condiciones de identidad son esquivas, me parece injustificado e incómodo analíticamente.

Claro que no comparto el radical nihilismo que, al parecer, Hernández Marín mantiene con respecto a un (posible) conocimiento teórico del derecho. Por ende, me sigue pareciendo exagerada la tesis sobre la inexistencia de derechos subjetivos, si no es entendida, como escribí en mi artículo, como la trivialidad de que no hay ninguna entidad objetiva designada como el rótulo de «derecho subjetivo». También me parece exagerada la negación de un posible conocimiento teórico del derecho («... no existe ninguna teoría [científica] del derecho, puesto que no existe ningún saber científico-jurídico...», etc.) o la tesis de que «todas las normas» tienen «carácter... factual». El asunto tiene mucha miga; algunos aspectos sorprendentes fueron encarados en el libro de Hernández Marín de teoría general del derecho, donde, si mal no recuerdo, ese carácter factual de los enunciados jurídicos podría, en el futuro, reducirse a la verificación empírica del estado, en un determinado momento, de la memoria de la computadora en que se archivaran las normas producidas por los creadores de enunciados jurídicos. Uno se resiste, quizás sin razón, a tan rotunda reducción, pues es claro que alguna noción de significado, seguramente conjuntista, no dejará de asomar la cola en estos vericuetos electrónicos-epistemológicos.

En todo caso, la tesis que Hernández Marín me atribuye de que «las doctrinas de los derechos humanos» serían «teorías científicas, cargadas de términos teóricos», salvo que se trate de un mero equívoco verbal u otra «exageración», no me pertenece: creo, más bien, que el conocimiento teórico del derecho, que supongo posible, no ha producido hasta ahora teorías satisfactorias sobre buena parte de los llamados derechos humanos, quizás porque su aparato «ideal» (conceptual) es insuficiente, quizás porque la carga ideológica del tema distrae la atención teórica de los juristas.

Aclaro que la tesis de Hernández Marín que cito en mi artículo la tomé de la página 173 del libro sobre teoría general de nuestro autor y que consideré que la parte II del mismo capítulo («Las expresiones de derecho subjetivo como nombres sin sentido y sin referencia») era el desarrollo de la tesis escuetamente formulada en la parte I B). Me parece claro que la referencia a ese libro en mi artículo, una referencia bastante breve por cierto, no puede ni debe considerarse un análisis mínimamente suficiente sobre las relaciones entre el pensamiento de A. Ross y el de R. Hernández Marín, tema en que no soy ducho. Aludo solamente a que, tanto para el autor danés como para Hernández Marín, no existen derechos subjetivos, en el sentido de que no hay, ontológicamente hablando, tales cosas en el mundo. Ello, con reservas, me parece bastante aceptable. Pero, cabe preguntar si alguien realmente se plantea problemas semejantes al nivel de una ontología un tanto ingenua.



La nota polémica que comento es bien jugosa. Da pie a problemas graves para la filosofía del derecho (o la teoría del derecho): ¿cómo concebir, por ejemplo, las normas jurídicas de tal suerte que en su respecto quepa hablar de leyes lógicas y, por ende, de la racionalidad del derecho en algún sentido a precisar? Ojala esta «nota polémica» de Hernández Marín permita una discusión más sustanciosa del manido tema de los derechos humanos y su «fundamentación» que, como bien dice nuestro autor, es asunto que se sigue manejando en el marco de viejos dualismos, gastados preconceptos y supuestas actitudes defensivas.



## RESPUESTA A R. J. VERNENGO

Por RAFAEL HERNANDEZ MARIN

Murcia

Los «Comentarios» de Vernengo plantean numerosas cuestiones. Pero, en aras de la brevedad, limitaré mis observaciones a dos puntos: el *status* cognoscitivo de la ciencia jurídica y el tema de los derechos subjetivos y los derechos humanos.

Determinar si existe un saber jurídico que merezca el calificativo de «científico» no depende, en contra de lo que opina Vernengo (y no sólo él), de cuál sea nuestra filosofía de la ciencia.

En primer lugar, porque son las convenciones lingüísticas las que caracterizan el conocimiento científico como un saber por causas; como un saber, que no sólo nos dice como son las cosas (saber vulgar), sino que nos dice también por qué las cosas son como son. El conocimiento científico (frente al conocimiento vulgar) es un saber explicativo, de acuerdo con las convenciones lingüísticas relativas al concepto de ciencia.

Por otra parte, no existe ningún saber explicativo respecto al Derecho; no existe ningún saber que explique por qué nuestro Derecho es como es, y no de otra manera. Por ello, hemos de concluir que tampoco existe ninguna auténtica ciencia del Derecho, si respetamos los usos lingüísticos relativos al término «ciencia». Esta conclusión no depende, pues, de ninguna filosofía de la ciencia en particular.

Es evidente, por otro lado, que este concepto de ciencia, anclado en las convenciones lingüísticas, coincide con el concepto de ciencia defendido por las posiciones monistas en filosofía de la ciencia; posiciones, que proclaman la unidad de la ciencia factual. Pero incluso si abandonásemos ese concepto de ciencia y, abrazando las concepciones dualistas, distinguiéramos dos modelos de ciencias factuales, las naturales y las sociales, tampoco el actual conocimiento jurídico podría ser calificado como científico, al menos en su núcleo central. La razón es muy sencilla: no sólo las ciencias naturales, sino también las llamadas ciencias sociales, son saberes factuales, saberes que estudian hechos;

mientras que nuestro saber jurídico considera que las normas jurídicas no son hechos (prueba de ello es, por ejemplo, el rechazo por parte de Vernengo de mi afirmación de que las normas jurídicas son hechos).

Sostengo, pues, que no existe ninguna teoría científica acerca del Derecho. Pero no sostengo, como Vernengo me atribuye en sus «Comentarios», que sea imposible una teoría científica del Derecho. Al contrario, pienso que dicha teoría, aunque no existe en la actualidad, es posible (cualquier cosa puede ser objeto de estudio científico); pero el camino para llegar a ella es muy largo y repleto de dificultades.

En mi opinión, el saber jurídico actual es en parte (aunque sólo en parte) un saber no científico; pero un saber, al fin y al cabo, no una especie de ideología o una actividad política (el conocimiento no científico es una especie de conocimiento, no una especie de no conocimiento). Es un saber teórico, en el sentido amplio de que es descriptivo, en el sentido de que no es un «saber práctico» (omito pronunciarme sobre el tema del «conocimiento práctico», para no enredar más las cosas); aunque no es un saber teórico, en el sentido más estricto de un conocimiento descriptivo que alcanza el grado de sistematividad y justificación empírica, que caracteriza las construcciones que en filosofía de la ciencia se denominan «teorías», y que son las que suministran las explicaciones que distinguen al conocimiento científico (más no descarto, como ya he dicho, que el saber jurídico sea algún día un saber teórico, también en este segundo sentido).

Coexistente y entremezclado con ese saber teórico en sentido amplio, hallamos en el conocimiento jurídico actual un saber pseudocientífico (me remito a lo que expuse en el último capítulo de mi libro «Teoría general del Derecho...»). Y sería deseable, en mi opinión, que la ciencia jurídica se desprendiera de esta parte pseudocientífica y fuera, en su integridad, un saber teórico, en el sentido amplio de la expresión. Este objetivo es, obviamente, más fácilmente alcanzable que el de la conversión del saber jurídico en un saber teórico en sentido estricto.

Todo este problema del *status* cognoscitivo de la ciencia jurídica es independiente del tema de los derechos subjetivos y de los derechos humanos. Y no entiendo por qué Vernengo relaciona ambas cuestiones en el párrafo que comienza «Claro que no comparto el radical nihilismo...» y en el siguiente (al margen de que, como ya he aclarado, es un error imputarme un «radical nihilismo... respecto a un (posible) conocimiento teórico del Derecho», y creo no haber dicho nunca nada que justifique atribuirme esa posición).

Por último, tampoco entiendo bien cuál es el pensamiento de Vernengo acerca de los derechos subjetivos y los derechos humanos. Tengo la impresión de que en este asunto, que era el tema central, objeto de discusión, no hemos avanzado nada. Por ello, voy a intentar de nuevo comprender el pensamiento de Vernengo y exponer el mío propio con mayor claridad.

A Vernengo le parece «bastante aceptable» mi afirmación (que es también la de otros muchos autores, desde J. Bentham hasta los realistas) de que no existen derechos subjetivos, ni derechos humanos. Pero contempla dicha afirmación «con reservas». Estas reservas le inducen a calificar la afirmación citada como «trivial» y «exagerada».

Trivial, en cuanto que rara vez se ha afirmado lo contrario. Esto es lo que parece decir Vernengo expresamente, al escribir, al final del penúltimo párrafo de sus «Comentarios», las siguientes palabras: «cabe preguntar si alguien realmente se plantea problemas semejantes (es decir, problemas como el de la existencia de derechos subjetivos) al nivel de una ontología un tanto ingenua».

Exagerada, porque, a pesar de no existir derechos subjetivos, ni derechos humanos, no por ello hemos de extraer la consecuencia (creo que es esto lo que a Vernengo le parece una exageración) de que hay que deshacerse de dichos conceptos y suprimir todo discurso asertivo que hable directamente acerca de derechos subjetivos o derechos humanos (no me refiero al discurso asertivo que habla acerca de dichas entidades de forma indirecta, o sea, describiendo el contenido de normas o doctrinas que, aparentemente, se refieren a esas entidades).

No hemos de deshacernos de dichos conceptos, porque éstos son, según sostiene Vernengo en sus «Comentarios», conceptos teóricos, en el sentido de que se refieren a hechos observables, no de forma directa, sino sólo indirectamente (Vernengo insiste, así, en la tesis que yo critico en mi «Nota polémica»; no entiendo, pues, por qué poco antes, al comienzo de sus «Comentarios», confiesa que no discrepa excesivamente de mí, cuando digo que es una «ligereza» calificar el concepto de derecho subjetivo como un concepto teórico).

Y en cuanto al discurso asertivo referente de forma directa a las polémicas entidades, se trata de afirmaciones que, según dice Vernengo en sus «Comentarios», tienen consecuencias, algunas de las cuales admiten corroboración empírica, por lo menos indirectamente. Vernengo llega, incluso, a admitir la existencia o la posibilidad de «teorías satisfactorias» respecto a los derechos humanos (tampoco entiendo bien, por ello, por qué dice Vernengo, en sus «Comentarios», que no le pertenece la tesis, que yo le atribuyo en mi «Nota polémica», de que las doctrinas de los derechos humanos son «teorías científicas, cargadas de términos teóricos»).

Suponiendo que éste sea el pensamiento de Vernengo, mi respuesta es la siguiente:

1.º) Si toda la literatura jurídica acerca de los derechos subjetivos y los derechos humanos, sus definiciones, las polémicas en torno al problema de su naturaleza y al problema de su fundamentación, las múltiples clasificaciones de los derechos subjetivos y de los derechos humanos, etc., no presupone la existencia de (lo diré en los términos metalingüísticos que Vernengo prefiere usar) entidades objetivas de-

signadas con el rótulo de «derechos subjetivos» o «derechos humanos», entonces yo no he entendido nada de dicha literatura.

2.º) Creo, sin embargo, haber entendido perfectamente la literatura citada y que ésta presupone la existencia de las entidades polémicas. Por tanto, y dado que este presupuesto es compartido por la mayoría del pensamiento jurídico, la afirmación de que dichas entidades no existen no es una verdad trivial, raramente negada o discutida.

3.º) Si las entidades polémicas no existen, suprimir todo discurso asertivo que habla de ellas de forma directa no es una exageración. Al contrario: salvo que exista alguna razón de peso en su contra, es la consecuencia obligada para quien intenta formular aserciones verdaderas.

4.º) Habría una razón de peso para evitar dicha consecuencia, si los conceptos de derechos subjetivos y de derechos humanos fueran conceptos teóricos, como aduce Vernengo. Pero ésta es una tesis que hay que probar. Hay que mostrar el paralelismo entre el discurso acerca de los derechos subjetivos y los derechos humanos y el discurso teórico acerca de la velocidad, la fuerza y la masa (utilizo los mismos ejemplos de Vernengo, en su trabajo «Enfoques escépticos de los Derechos Humanos»); pues, a primera vista, no parece que los conceptos de derechos subjetivos y de derechos humanos sean semejantes a conceptos teóricos (y, mucho menos, semejantes a conceptos teóricos métricos).

Vernengo podría haber intentado mostrar el citado paralelismo. Al decir, en sus «Comentarios», que las afirmaciones acerca de los derechos subjetivos tienen consecuencias, algunas de las cuales admiten corroboración empírica indirecta, podría haber ilustrado esta tesis con algún ejemplo; y también podría haber puesto un ejemplo de una (real o posible) «teoría satisfactoria» relativa a algún derecho humano. Pero, a falta de esos ejemplos y de cualquier otro argumento que justifique e, incluso, que permita sospechar que el paralelismo de que vengo hablando existe, la tesis de Vernengo (la tesis de que los conceptos de derechos subjetivos y de derechos humanos son conceptos teóricos) no es más que una afirmación gratuita. Y es, además, ociosa: pues no sólo es insuficiente para los escépticos, sino también innecesaria (quizá, incluso, peligrosa) para los creyentes.

## SOBRE PRINCIPIOS Y NORMAS <sup>1</sup>

Por JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Emprendí con entusiasmo la tarea de hacer el comentario crítico del último libro del Profesor Prieto Sanchís, pero pronto advertí lo arduo de la empresa. Me pareció, al menos en una primera lectura, que apenas ofrecía puntos débiles sobre los que concentrar el amistoso ataque. Y es que se trata de una obra seria, de gran densidad, bien documentada, y donde se despliegan unos puntos de vista debidamente ponderados y matizados. Por esas y otras razones es de justicia comenzar dando fe de la alta calidad del libro de Luis Prieto, que en esto no se aparta de la línea a que nos tiene acostumbrados.

Dicho lo anterior, y dado que quien pone verdadero empeño en criticar siempre encuentra resquicios para hacerlo, intentaré formular las observaciones críticas que inevitablemente reclama la índole de esta interesante sección del Anuario dedicada al debate de libros de actualidad y de peso.

El libro versa sobre los principios jurídicos. Se ocupa sucesivamente de su estructura, origen o fundamento de validez, clases y funciones. Aborda, pues, todos los temas básicos que suscita esta materia; materia de importancia decisiva, porque en ella se centran las discusiones que están decantando el rumbo actual de la Teoría del Derecho. Habría que felicitar, por tanto, a su autor ya simplemente por haber acometido el examen de esta problemática, y tanto más cuanto que, como he anticipado, lo hace de una manera rigurosa, documentada y profunda.

Ya en el Prólogo se apunta lo que, a mi juicio, es la tesis central del trabajo: la negación de que sea posible distinguir de manera clara y rotunda las reglas de los principios, en lo que respecta a su estructura.

---

1. Reflexiones en torno al reciente libro de PRIETO SANCHIS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Como Prieto parece suponer que en dicha distinción se fundamenta la idea de que los principios implican una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, llega a la conclusión de que esta idea resulta insostenible.

Estoy de acuerdo con muchos de los análisis concretos que se despliegan a lo largo del libro. Incluso estoy dispuesto a admitir que no es posible trazar una línea de distinción tajante y nítida entre la estructura lógica de las reglas del Derecho y la de los principios jurídicos. Pero no creo que esa concesión ponga en peligro la idea de que los principios operan como cauces de penetración de la moral en el Derecho; tesis que me sigue pareciendo perfectamente defendible y que trataré de sostener en este comentario.

Frente a ella, afirma Prieto en su Prólogo no comprender «el objetivo último de ese empeño unificador de los dos órdenes normativos, que me parece tan nefasto para el uno como para el otro» (p. 13). El objetivo de ese empeño, cabe responder, no es práctico sino teórico: describir la realidad tal y como es. Si realmente el Derecho y la moral se hallan estrecha y necesariamente relacionados, entonces hay que dar cuenta de esa realidad, aunque parezca nefasta (particularmente no me lo parece. Hay cosas mucho peores en este mundo).

Por otra parte, es necesario precisar que quienes niegan el dogma positivista de la desconexión entre el Derecho y la moral no pretenden «unificar» ambas órdenes normativos, sino sólo mostrar que entre ellos existe una interdependencia, conexión o comunicación, que no es sólo contingente sino necesaria o, por lo menos, habitual. No se trata, pues, de afirmar que el Derecho y la moral son una misma cosa, un sólo orden normativo, sino dos órdenes normativos distintos pero interconectados.

La idea no me parece tan descabellada, sino al contrario: tan sensata y obvia que, si no fuera porque su impugnación ha sido adoptada como el último gran baluarte doctrinal del positivismo jurídico (y es comprensible que en las últimas trincheras se resista con tenacidad numantina), me resultaría inconcedible que alguien le pusiera algún reparo.

Pero centrémonos en consideraciones más concretas. En la Introducción encontramos una síntesis de las principales ideas que después se desarrollan cumplidamente a lo largo de los sucesivos capítulos. Arranca de la justificación del tema elegido por la actualidad de la problemática de los principios, que viven una nueva edad de oro gracias a los trabajos de R. Dworkin y, algunos años antes, de J. Esser. Asimismo, constata con perspicacia que «la reivindicación de los principios, o de una cierta visión de los mismos, casi siempre ha resultado polémica con la concepción positivista del Derecho» (p. 17).

Seguidamente, se declara la voluntad de centrar la reflexión en la concepción de los principios que hoy utiliza la filosofía jurídica contemporánea. Resulta así excluida la consideración de las doctrinas más



o menos tradicionales elaboradas principalmente durante la primera mitad de nuestro siglo, en especial por tratadistas italianos y también, por cierto, españoles.

Sin duda es perfectamente legítimo acotar el campo de estudio. Es ésta una de las prerrogativas del estudioso. Pero cosa distinta es sugerir, como se sugiere en el libro, que las doctrinas tradicionales sobre los principios jurídicos (sobre los «principios generales del Derecho», como los denomina en este caso Prieto para marcar terminológicamente la diferencia) versan sobre un objeto diferente del que examinan las doctrinas más recientes, lo cual justificaría que se prescindiera de su estudio.

En mi opinión, la problemática que respecto a los principios jurídicos afrontan tanto las doctrinas tradicionales como las recientes es idéntica. Las cuestiones son las mismas e incluso los puntos de vista y las soluciones que antes y ahora se les ofrecen coinciden sorprendentemente.

Es indudable, por otra parte, que se advierten ciertas particularidades en el tratamiento de la problemática, tal y como la enfocan los autores actuales. Pero son diferencias de estilo y método, apreciables también en el tratamiento de cualquier otro asunto y que no justifican la fractura que Prieto establece en las doctrinas sobre los principios jurídicos.

Tampoco me parece convincente la prueba que ofrece para demostrar lo justificado de dicha fractura: los que hoy rehabilitan los principios, afirma, no se ocupan del viejo problema del origen, problema nuclear de la doctrina tradicional de los principios generales del Derecho (p. 21). Quizá ya no sea, en efecto, tan frecuente el uso de esa terminología, pero tal cosa no debe confundirnos, porque el problema del «origen» o, lo que vendría a ser lo mismo, el problema del fundamento de validez o vigencia de los principios sigue siendo el punto candente de esta problemática, y lo es también, en realidad, del libro que ahora comentamos.

En verdad, la pregunta clave que plantea el tema de los principios es la de si éstos tienen su origen, su fundamento de validez, la razón de su vigor jurídico, en el propio Derecho positivo o en alguna otra instancia ajena al mismo, como el Derecho Natural, la ideología política dominante, o la moral social que de alguna manera le envuelve y constituye su ambiente y fundamento.

Tras la Introducción, el primer capítulo del libro versa sobre lo que podríamos denominar la naturaleza de los principios. Teniendo en cuenta su operatividad como fuente de Derecho en caso de laguna y como criterio hermenéutico en caso de duda interpretativa, nuestro autor se inclina por admitir, sin mayor discusión, su auténtico carácter normativo.

Algunos autores encuadrables en la doctrina tradicional, tales como, por ejemplo, Betti, Spiropoulos o Carnelutti, habían rechazado

este punto de vista concibiendo, por su parte, a los principios, más que como normas, como ideales de política legislativa, presupuestos o fines de las normas, intereses por ellas tutelados, etc. Lo peculiar de la postura adoptada por Prieto consiste en colocarse casi en el extremo opuesto: no ya sólo defiende que los principios tienen fuerza normativa, son auténticas normas, generan verdaderos deberes jurídicos, sino que además intenta mostrar que prácticamente no es posible distinguirlos de las restantes normas o reglas del Derecho, al menos por lo que se refiere a su estructura.

Con tal finalidad, examina sucesivamente los diferentes criterios de distinción propuestos por los estudiosos, tratando de poner de relieve su insuficiencia. En el brillante análisis que en esa línea desarrolla, destaca una idea que me parece de gran interés. La idea de que los principios tienen carácter relativo o relacional; lo cual equivale a sostener que la diferencia entre reglas y principios no es sustancial o cualitativa sino sólo de grado, de medida. Los principios se diferenciarían de las normas o reglas por su mayor grado de generalidad, de fundamentación, de vaguedad, de apertura, de relevancia en el proceso hermenéutico, etc.; de modo que no sería posible trazar una línea nítida de distinción entre ambas especies normativas.

Uno de los principales argumentos que utiliza Prieto para minimizar las diferencias entre reglas y principios es el de que no sólo los principios, sino también las reglas, tienen una cierta dimensión de peso. Argumenta, en efecto, que cuando una regla entra en colisión con otra regla o principio no tiene por necesidad que aplicarse plenamente o no hacerlo en absoluto (a la manera «todo o nada» de que habla Dworkin), sino que ambas pueden aplicarse en alguna medida, según técnicas de optimización que permiten su juego coordinado o conjugado y recíprocamente limitado.

El argumento no me parece del todo convincente. En mi opinión, el fenómeno al que Prieto alude es paralelo al que se produce cuando se aplica una norma jurídica por analogía para colmar una laguna del Derecho. Lo que se aplica en tal supuesto, según doctrina ampliamente extendida, no es propiamente la norma jurídica que regula un caso análogo, cosa inviable por impedirlo la rígida tasación de condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas características de las normas. Lo que se aplica es el principio subyacente a la norma, que, ese sí, puede extenderse sin dificultad a otros supuestos de hecho no previstos por aquélla.

Algo semejante ocurre, a mi juicio, allí donde, en opinión de Prieto, se conjuga una regla del Derecho con otra contrapuesta: en realidad no se aplican dos reglas, pues lo impide la rígida conexión de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que ellas mismas establecen. Se aplican los principios que subyacen implícitos a dichas reglas o normas.

Lo anterior vendría a mostrar, no que cualquier regla puede funcionar como lo hacen los principios, como sostiene Prieto, sino sólo que

de cualquier regla se pueden extraer principios que, naturalmente, funcionarán como tales.

Con todo, la tesis de la diferenciación sólo relativa o de grado entre reglas y principios me sigue pareciendo atractiva y razonable. No es de extrañar, por lo demás, que en el mundo de los valores, de las normas, del espíritu, del «deber ser», sea difícil trazar fronteras nítidas o establecer límites tajantes. Pero, aunque las fronteras que delimitan reglas y principios sean borrosas, la distinción sigue teniendo un núcleo de significado claro; entre otras cosas, porque los principios, como se reconoce en el libro que comentamos, carecen, a diferencia de las reglas, de unas condiciones fácticas de aplicación perfectamente determinadas y, además, suelen permitir una amplia variedad de consecuencias normativas.

Negar la diferencia y pretender uniformar especies normativas que el lenguaje de los juristas distingue, supone incurrir en un reduccionismo claramente deformador. Prieto no llega a caer en él. Simplemente insiste en que la diferencia entre reglas y principios es sólo gradual y relativa. Como digo, probablemente tenga razón, y haberlo advertido es un mérito que debe reconocérsele. Pero ocurre que de su tesis pretende extraer una consecuencia a mi entender excesiva y que no parece tener conexión lógica directa con dicha tesis. La consecuencia de que una vez refutada la idea de la distinción estricta o absoluta entre las normas y los principios, queda refutada, o al menos seriamente dañada, la idea de que los principios abren el orden jurídico al mundo de la moralidad y de la política.

En los capítulos siguientes se aborda, entre otros asuntos, el más controvertido problema o núcleo de problemas que plantea el tema de los principios jurídicos: el problema de su origen o fundamento de validez. La razón de tamaña controversia estriba en el hecho de que la respuesta que en este punto se ofrezca inevitablemente afectará a la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral; cuestión que, como antes apunté, constituye el campo de batalla de la actual contienda contra el positivismo jurídico.

El libro que examinamos rechaza la idea de que los principios operen como «vehículos de la moral en el Derecho». Niega, en otras palabras, que la existencia de principios jurídicos comporte alguna conexión relevante entre el Derecho y otros órdenes normativos tales como, fundamentalmente, la moral. Asume, pues, una postura claramente positivista.

Llega incluso a calificar como iusnaturalistas las doctrinas que adoptan la posición contraria, concibiendo los principios jurídicos como cauces de penetración de la moral en el Derecho. Incorre así en una cierta imprecisión, porque defender la tesis de que el Derecho y la moral se hallan estrecha y necesariamente conectados no obliga a defender al mismo tiempo la existencia del Derecho Natural, una especie de orden jurídico ideal que serviría de modelo al Derecho positivo. De

hecho, el principal defensor actual de la conexión entre Derecho y moral a través de los principios, R. Dworkin, niega expresamente su adscripción al iusnaturalismo.

En cualquier caso, aunque, como digo, la posición de Prieto en relación con los principios jurídicos es claramente positivista, debe reconocerse que se trata de un positivismo matizado y hasta refinado, inspirado, según creo, en la doctrina de H. L. A. Hart. Es cierto que Hart apenas alude en su obra a los principios, y cuando lo hace es de forma incidental en sus réplicas a las críticas de Dworkin, pero la doctrina que sobre ellos esboza coincide en lo esencial con la que Prieto desarrolla más ampliamente.

Por lo demás, el positivismo que se advierte en la doctrina de Prieto puede considerarse matizado, porque no muestra la aversión hacia los principios que, como admite M. Jori, es característica de los autores positivistas<sup>2</sup>. Todo lo contrario. Prieto reconoce sin vacilaciones la operatividad de los principios y su importante papel en la vida del Derecho actual, así como su vinculatoriedad como auténticas normas jurídicas que son.

Es más, en diversos momentos parece admitir ciertos vínculos entre el Derecho y la moral propiciados por los principios. Así ocurre, por ejemplo, cuando afirma que los principios permiten concebir el orden jurídico «como un sistema normativo cuasi-moral» (p. 23), o cuando reconoce que tras cada norma o decisión jurídica «se alza una opción moral o política» (p. 70), o cuando sostiene que el sistema jurídico descansa en un orden de valores, que se manifiesta públicamente mediante la constitucionalización de ciertos principios (p. 135); o que los principios expresos suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento (p. 136).

Lamentablemente, nuestro autor rehusa extraer las consecuencias que parecen derivarse naturalmente de esas concesiones y se aferra con tenacidad a la idea de que el recurso a los principios «no cancela la postulada separación positivista entre el Derecho y la moral» (p. 23).

Las líneas maestras de la concepción de Prieto sobre el tema que nos ocupa, el tema del origen o fundamento de validez de los principios, podrían esquematizarse como sigue.

En su opinión, existe una gran cantidad de principios, básicamente los principios expresos o positivizados, los principios que aparecen plasmados explícitamente en la Constitución, en las leyes, en los precedentes judiciales, etc., que no difieren, en cuanto a su origen, de las restantes normas jurídicas o reglas del Derecho. Estos principios tienen verdadero vigor jurídico, porque satisfacen los requisitos de validez exigidos por la regla de reconocimiento. En otras palabras, son válidos porque la regla de reconocimiento permite identificarlos como

---

2. Cfr. JORI, M., «I principi nel diritto italiano», en *Sociologia del Diritto*, vol. X/2, 1983, p. 10.

tales. Así pues, el origen o fundamento de validez de los principios expresos se hallaría en el propio Derecho positivo.

Pero no todos los principios son expresos o explícitos. No todos los principios, como el mismo Prieto admite (p. 84), son identificables a partir de la regla de reconocimiento. No lo serían, si no le interpreto mal, los llamados principios implícitos y mucho menos aún los principios extrasistemáticos. Los primeros serían principios «fabricados», contruidos, por los operadores jurídicos, mediante un procedimiento lógicamente arbitrario, a partir del material que le ofrecen las propias normas jurídicas válidas, y los segundos, a partir de elementos normativos más vagorosos, tales como la naturaleza de las cosas, la llamada Constitución material, la filosofía moral o política que inspira al ordenamiento en su conjunto, etc.

Se trata, pues, de principios introducidos en el ordenamiento gracias a la inevitable labor creadora de Derecho que los jueces se ven obligados a realizar. Son productos de la ineludible discrecionalidad judicial.

Es cierto que no encajan en una concepción pulcramente normativista del Derecho, en cuanto que, como se ha dicho, la regla de reconocimiento no es capaz de identificarlos como normas válidas. Pero tienen vigencia efectiva, y reconocerlo sólo implica hacer una saludable concesión al realismo en la concepción del Derecho. Algo que el mismo Hart parece propiciar cuando reconoce la textura abierta de la regla de reconocimiento, es decir, la presencia de lagunas o vaguedades en la regla que establece los criterios de validez de las restantes normas jurídicas.

En definitiva, los principios inexpressos no tendrían su origen o fundamento de validez en el Derecho positivo, puesto que no es posible identificarlos mediante la regla de reconocimiento. Pero, tal y como Prieto los concibe, tampoco fundamentarían su vigor jurídico en las convicciones ético-políticas que subyacen al Derecho, sino en su propia efectividad, en la evidencia de que de hecho han logrado introducirse en el orden jurídico de la mano de los jueces que los han creado haciendo uso de su capacidad discrecional.

¿Qué valoración crítica puede hacerse de esta concepción que sobre los principios adopta Prieto? Se trata, como ya he anticipado, de una concepción positivista moderada, en la línea de H. L. A. Hart y J. Esser<sup>3</sup>. Una concepción o modelo que, a mi entender, presenta ciertos inconvenientes que obligan a considerarla insatisfactoria.

---

3. Soy consciente de que esta afirmación puede causar sorpresa, porque suele suponerse (suposición que también se reproduce en el libro de L. Prieto) que la doctrina de J. Esser en relación con los principios es equiparable a la de R. Dworkin. Pero tras analizar el pensamiento de ambos en un reciente artículo titulado «El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IX, n.e., 1992, pp. 269-290, creo tener razones para sostener lo contrario, al menos en lo que se refiere al problema del fundamento de validez de los

Aludiré a los principales. El primero tiene que ver con la idea defendida por Prieto según la cual la regla de reconocimiento permite identificar los principios jurídicos (si no todos, al menos gran parte de ellos). A mi entender esta idea es problemática.

Es cierto que los principios expresamente plasmados en la Constitución y en las leyes participan de la validez de las normas que los contienen, y en este sentido la regla de reconocimiento que hace posible su identificación como normas válidas del sistema permitiría también, indirectamente, la identificación de los principios. Pero sería una identificación insuficiente, puramente formal o nominal. De poco sirve conocer que la regla de reconocimiento de un orden jurídico permite identificar como principios inspiradores básicos o valores superiores del mismo los de, por ejemplo, igualdad y libertad, si no se sabe en que consiste tal igualdad y tal libertad. Es sabido que caben diversas concepciones de lo que esos valores implican o exigen, y no es posible determinar qué implican o exigen en un orden jurídico concreto sin esclarecer su sentido y alcance a la luz de las convicciones ético-políticas en las que ese orden jurídico descansa.

En suma, es irrelevante que a través de la regla de reconocimiento pueda identificarse el rótulo o los ropajes externos de los principios, cuando parece obvio que su contenido, su alcance, su sentido, su carne y sangre (por así decirlo), no puede determinarse sin enfocarlos desde perspectivas o instancias que trascienden el angosto cercado del Derecho positivo.

El segundo aspecto de la concepción de Prieto que me parece insatisfactorio es el que afecta a los principios implícitos y extrasistemáticos. No es ésta una distinción demasiado clara, porque los llamados principios extrasistemáticos también son principios implícitos; y si no se hallan implícitos en el orden jurídico de que se trate, entonces habrá de concluirse que no son en absoluto principios vigentes en dicho orden jurídico, por mucha relevancia moral que tengan.

Pero hay algo más trascendente. Prieto señala que los principios implícitos (y en adelante incluiré también en esta categoría a los extrasistemáticos, por la razón antes apuntada) son producto de la labor creadora de Derecho de los operadores jurídicos, frutos de la intromisión del jurista en el discurso legislativo (p. 143). Sin embargo, parece lógico pensar que si verdaderamente se trata de principios implícitos en el orden jurídico, entonces sacarlos a la luz no es «crearlos» sino simplemente «explicitarlos», no es «producirlos» o «fabricarlos» sino sólo «descubrirlos» o «hallarlos»<sup>4</sup>.

---

principios; problema al que J. Esser ofrece una respuesta semejante a la de Prieto. Por cierto que ya hace años F. de Castro advirtió agudamente que la propuesta de J. Esser sobre los principios podía considerarse como «positivismo judicialista» (*vid.* referencia en la p. 282 del art. *cit.*).

4. El propio L. Prieto parece apuntar algo semejante cuando sostiene que la inducción de principios implícitos en el Derecho positivo se reduce o bien a *analogia legis* o bien a mera extensión de reglas particulares (pp. 22 y 141 ss.).

No son principios ajenos al Derecho, que los jueces, en el libre ejercicio de su discrecionalidad, introducen en el sistema jurídico tomándolos de la moral social, de sus propios sentimientos morales o ideología política o de cualquier otra instancia. Son principios que se hallan ya presentes en el Derecho, aunque de forma latente (¿qué otra cosa puede significar que sean implícitos?), y que el juez debe sólo explicitar, para lo cual, ciertamente, habrá de desarrollar «un proceso argumentativo en el que juegan un papel determinante pautas y valoraciones integrantes de la moral institucional de la comunidad, con lo que la estricta separación entre lo jurídico y lo moral a la hora de determinar qué cuenta como Derecho vigente no resulta sostenible»<sup>5</sup> (para decirlo en las palabras del Prof. Delgado Pinto que Prieto también cita en su libro —p. 79—).

Sin duda, la tarea de explicitación o hallazgo de los principios implícitos en el Derecho exige de los jueces un ejercicio amplio y cuidadoso de raciocinio, cosa que conlleva también cierta discrecionalidad, pero discrecionalidad débil. Una discrecionalidad que nada tiene que ver con el arbitrio caprichoso.

Lo anterior nos permite conectar con el que quizá sea el principal inconveniente del modelo adoptado por Prieto. Tal inconveniente radica en la amplia discrecionalidad (ahora discrecionalidad fuerte) que inevitablemente tiene que reconocer a los jueces, en cuanto sostiene que todos los innumerables principios no expresos vigentes en un orden jurídico son creaciones de los operadores jurídicos.

La discrecionalidad judicial es un fenómeno odioso y contrario a la propia esencia o sentido más profundo del Derecho. Baste recordar las convincentes razones apuntadas por R. Dworkin, para quien la discrecionalidad viola el principio de la división de poderes al permitir a los jueces usurpar funciones de legislador que no les competen en una sociedad democrática; supone una creación de Derecho «ex post facto», que conculca el derecho de los ciudadanos a que se les aplique el orden jurídico previamente existente; etc., etc.

Atendiendo a lo anterior, me parece preferible en este punto una concepción del Derecho que, como por ejemplo la de Dworkin, presente las cosas de tal modo que no deje espacio para el arbitrio judicial o la restrinja drásticamente, frente a otra que, al reconocer el arbitrio como inevitable e inevitablemente amplio, parece invitar a los jueces a ejercerlo sin escrúpulos ni limitaciones, y parece estar dispuesta a bendecir resignadamente todos los caprichosos engendros de su libre voluntad.

En definitiva, considero más plausible una doctrina que presente a los jueces como obligados a resolver todos los conflictos que se les planteen, siempre aplicando el Derecho vigente. Una doctrina que les

---

5. Cfr. DELGADO PINTO, J., «Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, vol. 7, 1990, p. 163.

exija explotar a fondo todos los recursos del ordenamiento, en especial cuando las normas explícitamente positivizadas parezcan insuficientes; en vez de alentarles a recurrir, a la menor dificultad, al cómodo atajo de sus propias convicciones personales, por muy bienintencionadas que sean, renunciando a esforzarse por extraer una solución del sistema jurídico.

Explotar a fondo los recursos del Derecho supone acudir al orden de valores en que descansa. Requiere acudir a las opciones morales y políticas que se esconden tras de las normas, y que se materializan o manifiestan en los principios explícitos e implícitos en ellas. Y es que esas opciones configuran el sentido y propósitos del orden jurídico, y por tal razón sería arbitrario negar su pertenencia al Derecho vigente.

En definitiva, el procedimiento idóneo para expresar todas las potencialidades del sistema jurídico exige una profunda incursión en la moral social, que constituye la atmósfera en la que el Derecho respira. Por todo ello, creemos razonable la conclusión de que los principios jurídicos operan como vehículos de penetración de la moral en el Derecho.

El último capítulo aborda el tema de la función de los principios en general y, en particular, en el razonamiento jurídico. Se trata de un capítulo muy interesante, que pone de nuevo de relieve el importante papel que los principios desempeñan en la vida del Derecho. Estoy básicamente de acuerdo con lo que en él se apunta y sólo voy a señalar, para poner fin a este comentario, una cuestión de importancia menor.

Tiene que ver con la función originaria de los principios. Sostiene, a este respecto, nuestro autor que «la técnica de los principios generales nace como un procedimiento de autointegración del sistema» (p. 159). Creo que es más cierto lo contrario. La idea de los principios nació como un procedimiento de heterointegración del sistema. Téngase en cuenta que los principios a los que aluden los primeros códigos civiles europeos, con el fin de proveerse de medios para colmar sus lagunas, son los principios del Derecho Natural. El Código civil austríaco de 1811, por ejemplo, se remitía, a esos efectos, a los «*natürliche Rechtsgrundsätze*». Sólo después, cuando el iusnaturalismo racionalista entró en crisis y consiguió imponerse el positivismo jurídico, se alteró la concepción de los principios e incluso su denominación. Pasaron a llamarse «principios generales del Derecho» y a servir, al menos pretendidamente, como técnica autointegradora del orden jurídico.

Imprecisiones como la mencionada habrían podido evitarse fácilmente si se hubiera emprendido al menos una breve incursión en el estudio de la evolución histórica de la noción de los principios jurídicos, tema que se echa en falta en el libro. También hubiera sido interesante intentar una revisión algo más completa de los múltiples criterios de clasificación que de los principios ofrece la doctrina.

Aunque la propia índole de todo debate me ha obligado aquí a centrarme casi exclusivamente en los aspectos polémicos del trabajo de



Luis Prieto, no quisiera que mi quizá excesivo celo crítico pudiera despertar algún recelo sobre su calidad. Tengo que insistir en que se trata de un libro sumamente interesante y de gran valor, que viene además a colmar muy dignamente un llamativo vacío que se percibía en nuestra literatura filosófico-jurídica, pues muy poco se había publicado sobre el tema de la importante discusión actual en torno a los principios del Derecho.

Es un libro, por lo demás, serio, de gran rigor científico; cosa por desgracia no tan frecuente como sería deseable en nuestra querida patria. Un libro escrito en un estilo denso pero transparente, de cuya lectura yo he aprendido mucho, y que me permito recomendar a los lectores de esta revista.



## SOBRE LA SEPARACION ENTRE DERECHO Y MORAL Y OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS PRINCIPIOS

Réplica a José Antonio Ramos Pascua

Por LUIS PRIETO SANCHIS

Toledo

Cuando la dirección del Anuario me propuso este amable debate con el profesor Ramos Pascua a propósito del libro que acababa de publicar sobre Principios y Normas, acepté sin dudarlo. Primero, porque siempre constituye un honor que los colegas consideren dignas de atención las modestas aportaciones que uno puede hacer a nuestra disciplina; un honor que, por cierto, en esta ocasión me han dispensado en demasía<sup>1</sup>. Segundo, porque estoy convencido de que el diálogo y la discusión enriquecen a quienes lo practican, muy especialmente al autor de la obra criticada. Finalmente, y no menos importante, porque tenía la mejor opinión sobre el trabajo y el nivel intelectual de mi interlocutor. La lectura del artículo de Ramos Pascua me confirma en lo acertado de mi decisión: creo que ha comprendido perfectamente el sentido general del libro, que sus críticas responden a tesis centrales, sin tergiversaciones de ninguna clase, y que ha sabido hilvanar su argumentación con rigor y elegancia, incluso me temo que a veces con benevolencia; en suma, he aprendido mucho de todas sus observaciones, lo que no significa, naturalmente, que las acepte en todo caso.

Como digo, mi interlocutor ha captado perfectamente que una de las tesis centrales del libro consiste en mantener —con matizaciones

---

1. Además del diálogo que aquí mantengo con Ramos, en el número 12 de la revista *Doxa* aparece una crítica de M. Atienza y J. Ruiz Manero, que encontrará réplica en el número 13. Asimismo, Santiago Sastre firma una cuidada reseña en la *Revista de Estudios Políticos*. Finalmente, Peces-Barba, más que un comentario al uso, toma mi libro como punto de partida para una reflexión propia y de largo alcance a lo que no puedo formular ninguna observación, sencillamente porque estoy de acuerdo con ella y porque, hoy como ayer, sigo aprendiendo de él, «Un núcleo de buen sentido», de próxima aparición en la *Revista de las Cortes Generales*.

que luego se verán— la concepción positivista acerca de la separación entre Derecho y Moral. Me ha sorprendido que, dada su buena formación hartiana, Ramos rechace esta opinión, tanto en el fondo o por lo que en sí misma significa, como en la forma o procedimiento para llegar a ella; es decir, de un lado considera «sensato» y hasta «obvio» que entre Derecho y Moral existe una interdependencia «que no es sólo contingente, sino necesaria o, por lo menos, habitual», y que reconocerlo así constituye una exigencia teórica de «describir la realidad tal y como es»; de otro lado, no comprende que el rechazo de la distinción fuerte o sustancial entre reglas y principios —rechazo con el que parece simpatizar— conduzca inevitablemente a la mencionada tesis positivista acerca de la separación entre Derecho y Moral.

Comenzando por este último aspecto, Ramos tiene probablemente razón: que reglas y principios sean géneros de una misma especie no implica a primera vista ninguna consecuencia en relación con la presencia o no de la moral en el Derecho; y, a la inversa, sostener que los principios ostentan alguna peculiaridad en exclusiva que los diferencie de las normas creo que tampoco obligaría a mantener una determinada concepción sobre el particular. Pero pienso que el error de haber mezclado ambas cuestiones no es mío, sino precisamente de quienes defienden una distinción fuerte entre reglas y principios, empeñados en deducir a partir de ella una crítica incontestable a la concepción positivista; el caso de Dworkin es sobradamente conocido, pero también Alexy escribe que «la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral» (*Doxa*, 5, 1988, p. 144).

Y es que, si bien la mayor parte de la polémica acerca de normas y principios puede desarrollarse sin necesidad de suscitar el problema de las relaciones entre Derecho y moral y, por tanto, sin invadir el último gran baluarte doctrinal del positivismo, lo cierto es que hay al menos un criterio de distinción que apunta al corazón mismo de esa doctrina, que es el relativo al origen o fuente de validez de reglas y principios. El núcleo de la cuestión es el siguiente: para el positivismo, una norma sólo pertenece a un sistema jurídico cuando constituye el significado de una disposición que puede ser identificada por la regla de reconocimiento o, al menos, cuando encarna una práctica social verificable. Pues bien, si los principios, cualquiera que sea la forma como se les caracterice, cumplen esta condición, pueden aceptarse perfectamente en el esquema positivista. El problema es justamente que algunos principios —los de Dworkin— son jurídicos proprio vigore, en virtud de su contenido de justicia; y entonces, en la medida en que esta supuesta propiedad se emplee como criterio de distinción respecto de las reglas, su defensa implica una impugnación de la posición positivista; y, a la inversa, como es mi caso, su rechazo constituye una toma de postura positivista.

Sea como fuere, ¿«hay» normas en el ordenamiento que no son identificables mediante la regla de reconocimiento? Aquí mi interlocu-

tor y yo estamos de acuerdo en responder afirmativamente: no sólo los principios extrasistemáticos y acaso los implícitos, que son los que ahora nos ocupan, sino también, por ejemplo, una ley inconstitucional pero efectiva o una sentencia firme pero ilegal, serían muestras de esa clase de normas. Sin embargo, entendemos ese «hay» de forma un tanto diferente; si he comprendido bien, él viene a sostener que el fundamento de validez de un principio extrasistemático son las «convicciones ético-políticas que subyacen al Derecho», de manera que tal principio aplicado por un juez sería a la vez eficaz y válido. Por mi parte, sencillamente niego su validez; esto es, considero que un principio extrasistemático «existe» según un juicio empírico, pero no según un juicio normativo.

Obviamente, con esto no pretendo desconocer la transcendencia de las concepciones morales y políticas en el Derecho; es más, en el libro objeto de este debate afirmaba abiertamente que detrás de cada norma o decisión importante existe una opción moral, un programa político, etc. (p. 70) y no me importa añadir ahora que un orden jurídico totalmente desconectado de esa constelación de valores sería incapaz de imponerse en la comunidad y, a la postre, devendría ineficaz e inválido. Lo que, por cierto, no significa que tales valores sociales hayan de reputarse necesariamente racionales y plausibles desde una perspectiva crítica; pueden parecerlos, y de hecho se han mostrado muchas veces, perfectamente inicuos y malvados.

Ahora bien, si esto es así, ¿por qué mi insistencia en defender el último baluarte del positivismo? Aduciré dos motivos, pero antes deseo aclarar que la postulada separación entre Derecho y moral no significa que exista una regla o criterio seguro que en presencia de cualquier norma o decisión nos permita discernir con absoluta precisión y sin género de dudas qué «parte» es jurídica y qué «parte» es moral; es decir, en qué medida su contenido normativo «deriva» de una norma del sistema jurídico o «deriva» de consideraciones extrasistemáticas: el halo de incertidumbre que rodea al lenguaje normativo y a los propios criterios de reconocimiento impide alcanzar dicha seguridad. A mi juicio, lo que significa la separación entre Derecho y moral es que en todos los procesos de creación y aplicación de normas intervienen elementos de diferente procedencia y cuyo estatus y legitimidad son también diferentes; por tanto, que es bueno y saludable realizar ese ejercicio de distinción y, sobre todo, que no conviene perder de vista el hecho en sí, esto es, la presencia de ingredientes heterogéneos.

Pero volvamos a los dos motivos anunciados líneas arriba. El primero se refiere a la forma de establecer la existencia de una norma y se conecta al viejo debate sobre validez y eficacia. Según creo, dicha existencia puede establecerse a través de dos métodos que no son incompatibles, sino que se enriquecen mutuamente: un juicio normativo que nos permite decir que una norma o decisión es válida porque su contenido viene determinado por otra norma del sistema; y un juicio

empírico, que nos indica que es eficaz porque se impone efectivamente merced al respaldo de algún operador jurídico, sin perjuicio de que, además de jurídicamente eficaz, sea moralmente válida por responder a alguna concepción de la moralidad o de la política. Desde esta perspectiva, cabe pensar en normas cuya existencia pueda predicarse en un juicio empírico, pero no normativo o, lo que es igual, en normas existentes pero no identificables según los criterios de reconocimiento del sistema; por ejemplo, si una ley estableciera el requisito de la autorización previa para toda reunión superior a veinte personas, y efectivamente se aplicase, esa sería una ley existente en el sentido de la eficacia, aunque no de la validez, al menos mientras no se declarase su inconstitucionalidad.

Este último ejemplo puede hacer pensar que cuando una norma es reconocida en un juicio empírico, pero no normativo, resulta siempre inválida o, en este caso, inconstitucional. Sin embargo, no es así necesariamente, dado que no todo lo que no puede hacerse derivar de una norma resulta contrario a la misma. Ello obedece a que en todos los escalones de la producción del Derecho, pero singularmente en sede legislativa, existe un cierto grado de discrecionalidad; así, cuando el Tribunal Constitucional dice que la Constitución es un marco de coincidencias que establece mandatos y prohibiciones al legislador, pero permitiéndole también el desarrollo de un amplio número de opciones; o cuando —por razones que no es del caso comentar— insiste en que su misión no es revisar la interpretación que de las leyes ordinarias hacen los jueces, está en realidad reconociendo que en toda ley o sentencia hay dos clases de ingredientes: unos que no pueden ser de otro modo porque vienen determinados por una norma superior, y otros que podrían ser de otro modo porque dicha norma lo autoriza o nada dice sobre el particular; unos que constituyen la única respuesta correcta y otros que representan una de las respuestas correctas. Pues bien, propongo decir que a los primeros se los reconoce mediante un juicio normativo, y a los segundos mediante un juicio empírico<sup>2</sup>.

¿Tiene algún interés esta distinción? Aunque pienso que son varias las ventajas de este enfoque, me centraré en una que constituye el segundo de los motivos en favor de la separación entre Derecho y moral, a saber: la asunción de responsabilidad moral y política por parte de los operadores jurídicos y la más alta exigencia de motivación de sus decisiones, o sea, el fortalecimiento de la racionalidad jurídica. En efecto,

---

2. Admito que esta terminología puede inducir a confusión, pero no encuentro otra mejor. Adviértase, en efecto, que el llamado juicio normativo no equivale a juicio de validez: una norma o decisión puede ser válida porque no lesiona ningún aspecto del ordenamiento y, sin embargo, no identificable en un juicio normativo porque se mueve en ese terreno de la discrecionalidad donde distintas alternativas resultan legítimas o aceptables. A su vez, el llamado juicio empírico no es tal, dado que no atiende a la efectiva aplicación o vigencia social de la norma, sino tan sólo a su adopción por algún operador jurídico; adopción que puede producirse dentro del margen de discrecionalidad, en cuyo caso será además válida, o fuera del mismo, siendo entonces inválida.

en la medida en que el legislador o el juez identifiquen su ley o su sentencia —en todo o en parte— mediante un juicio normativo, entendiéndose que representa la única respuesta viable, podrán presentarse como ejecutores o «boca muda», endosando la responsabilidad a un órgano superior, el constituyente o el legislador. Pero, en la medida en que no puedan hacerlo, porque su respuesta sea simplemente una de las posibles, deberán asumir ellos mismos la responsabilidad; lo cual habrá de obligarles a una ampliación de su razonamiento, que ya no será meramente interno o dirigido a mostrar la correcta obtención del fallo a partir de unas premisas dadas, sino también externo o dirigido a mostrar la plausibilidad moral y política de unas premisas construidas por ellos mismos —desde luego, no arbitrariamente, sino bebiendo en las fuentes de la moral social— y que un juicio normativo no reconoce como determinaciones del sistema jurídico. Por el contrario, desde la perspectiva de Ramos las cosas ocurren de otro modo, por cierto menos realista: al transitar más libremente entre dos órdenes necesariamente conectados, al operador jurídico le resulta indiferente que sus decisiones deriven de premisas morales o jurídicas<sup>3</sup>; con lo cual su responsabilidad será la misma tanto si adopta la «única» respuesta viable, como «cualquiera» de las posibles según el Derecho; y con lo cual, en fin, su motivación será siempre interna y nunca externa, dado que las premisas que vienen dadas no precisan justificación.

Esto me permite conectar con otra crítica que me formula Ramos, a saber: «la amplia discrecionalidad (ahora discrecionalidad fuerte) que inevitablemente tiene (Prieto) que reconocer a los jueces». Por el contrario, él piensa que «la discrecionalidad judicial es un fenómeno odioso y contrario a la propia esencia o sentido más profundo del Derecho». Por eso, es preferible «una concepción del Derecho que, como por ejemplo la de Dworkin, presente las cosas de tal modo que no deje espacio para el arbitrio judicial o lo restrinja drásticamente... una doctrina que les exija (a los jueces) explotar a fondo todos los recursos del ordenamiento... en vez de alentarles a recurrir, a la menor dificultad, al cómodo atajo de sus propias convicciones personales». «Explotar a fondo los recursos del Derecho... requiere acudir a las opciones morales y políticas que se esconden tras de las normas».

Ante esta objeción, tal vez podría refugiarme en la trinchera del científico: la discrecionalidad fuerte existe o no existe, al margen de que su afirmación o negación provoque algún estímulo en el comportamiento de los jueces; pero no eludiré el fondo del argumento. De entrada, comparto la opinión de que la discrecionalidad judicial, si no «odiosa», sí resulta, al menos, una práctica muy poco recomendable en

---

3. Olvidando una diferencia que considero importante, y es que las premisas morales no cuentan con más título que su racionalidad, siempre que consideremos que la racionalidad es un título, y no, por ejemplo, su adecuación a la ley de Dios; mientras que las premisas jurídicas cuentan con el título de su legitimidad política o, más claramente, de su fundamento democrático.

nuestro sistema constitucional y, desde luego, no creo haber contribuido a ensalzarla desde las páginas de mi libro; es más, coincido también en que el trabajo del juez «requiere acudir a las opciones morales y políticas que se esconden tras las normas», y sospecho que a veces también a otras que tan sólo se esconden en la insondable subjetividad del intérprete (aunque esto último nos parezca poco simpático). El desacuerdo reside en lo siguiente: cuando el juez acude a esas opciones morales, Ramos dice que está explotando «a fondo los recursos del Derecho», esto es, que está realizando una argumentación jurídica, mientras que yo prefiero decir que ha traspasado las fronteras del Derecho válido para emprender una argumentación moral; y prefiero decirlo así, primero, porque es verdad, porque efectivamente el Derecho no determina de forma absoluta el sentido de la ley y, muchas veces, tampoco el de la sentencia, y esa parte no determinada la endosamos a eso que solemos llamar, de modo un tanto impreciso pero elocuente, moral o política; y, en segundo término, porque me parece bueno que todos, empezando por los jueces, sean conscientes de esta realidad, no para que den rienda suelta a su personal arbitrio, sino para que completen con racionalidad y argumentación los «huecos» de la decisión que el Derecho no cubre o explica.

Por eso, lo que me permito rechazar enérgicamente es que la posición de Ramos (y la de Dworkin) propicie un juez dócil y en búsqueda permanente de la justicia, mientras que mi posición aliente el ejercicio de un arbitrio sin escrúpulos. Ante todo, en ningún momento se ha dicho que cuando un juez recurre a criterios morales o políticos está dando vida a «los caprichosos engendros de su libre voluntad»; aunque lamentablemente no pertenezco a la cofradía del objetivismo moral, tampoco me he quedado en el emotivismo y, por eso, creo que en la moral, como en el Derecho, caben los buenos argumentos y el ejercicio de la racionalidad. De ahí precisamente que acabe de insistir en que la asunción de responsabilidad moral por parte del juez obliga a una más depurada motivación, tanto interna como externa. Finalmente, no soy especialista en psicología judicial, pero si los jueces gozan de alguna discrecionalidad (fuerte o débil), me parece preferible que la asuman y justifiquen sus opciones a que busquen el confortable cobijo del Derecho o de una normatividad indiferenciada, formulando sus fallos «como si» representasen la única respuesta justa o correcta a la luz de esa normatividad. Y es que, paradójicamente, no creo que el juez Hércules sea más consciente que el juez positivista acerca de la presencia de la moral en su argumentación, sino que tan sólo está más dispuesto a encubrirla bajo el manto del Derecho, atribuyendo a otros la responsabilidad sobre decisiones que él mismo debería justificar.

Hasta aquí he intentado responder a la que considero crítica fundamental de Ramos. Sin embargo, su trabajo contiene otras interesantes observaciones que no debe dejar de comentar. Una de ellas es la siguiente: la regla de reconocimiento no sólo es incapaz de identificar los principios implícitos y extrasistemáticos, sino que tampoco es apta



para dar cuenta de los expresos, como la libertad y la igualdad, pues de poco sirve una identificación formal o nominal «si no se sabe en qué consiste tal igualdad y tal libertad». Acaso cabría replicar que esos dos principios o valores no son identificados por la regla de reconocimiento, sino que forman parte de ella, dado que el propio Hart acepta que los criterios de identificación pueden ser no sólo formales o procedimentales, sino también materiales y sustantivos. Sin embargo, a mi juicio, el error principal de esta objeción consiste en que confunde el problema del reconocimiento con los problemas de la penumbra o indeterminación que caracteriza al lenguaje normativo: lo que distingue el concepto de la libertad (art. 1.1 C.E.) del concepto de reunión pacífica (art. 21.1) o del concepto de régimen electoral general (art. 81.1) es simplemente la mayor vaguedad del primero. Ciertamente, los tres presentan una zona de penumbra, es decir, una zona en la que resulta dudoso si son o no aplicables, pero eso no es óbculo a que formen parte del sistema en virtud de una regla de reconocimiento, pues lo que tal regla permite es identificar enunciados normativos, no resolver los problemas de su aplicación. Por otra parte, por amplia que sea su indeterminación, creo que no es lo mismo consagrar el principio de igualdad que el de segregación racial; luego no es puro nominalismo reconocer uno u otro, salvo que entendamos que el intérprete, con desprecio absoluto del significado de las palabras y de las reglas del lenguaje, se considere autorizado a estipular libremente qué se debe entender por libertad. Desde luego, esto último no es deseable, pero, de ocurrir, puede acontecer también con el concepto de reunión o de compraventa.

También me censura que separe excesivamente la doctrina tradicional de los principios generales del Derecho de las concepciones contemporáneas sobre los principios, pues, a su juicio, la problemática que afrontan es idéntica. En esto Ramos tiene razón, aunque me parece que su reproche se basa más en alguna afirmación adelantada en la Introducción al libro que en su desarrollo posterior, donde he procurado tener presente la literatura jurídica en su conjunto. Admito, pues, que sustancialmente la problemática es la misma, aunque también me atrevería a sugerir alguna diferencia; así, la doctrina tradicional hacía especial hincapié en dos aspectos que hoy han perdido parte de importancia, a saber: la fuerza normativa de los principios y su obtención mediante analogía iuris; en cambio, actualmente se discute si la distinción entre reglas y principios es débil o fuerte, discusión que no he encontrado entre los cultivadores de los principios generales del Derecho. Precisamente, cuando en la Introducción digo que me ocuparé de las concepciones contemporáneas es porque el libro se inicia con este último debate, aunque más adelante trate problemas que son comunes a ambos enfoques.

Ramos considera atractiva y razonable la tesis que defiende sobre la diferenciación sólo relativa o de grado entre reglas y principios si bien me critica que, tratando de minimizar la distinción, atribuya a las reglas la dimensión de peso o importancia que se suele predicar de los principios: «el fenómeno al que Prieto alude es paralelo al que se pro-

duce cuando se aplica una norma jurídica por analogía... Lo que se aplica en tal supuesto... no es propiamente la norma jurídica que regula un caso análogo... Lo que se aplica es el principio subyacente a la norma...». Por mi parte, nada que objetar a esta descripción del método analógico, si bien creo que la crítica de Ramos está aquí insuficientemente desarrollada.

Ocurre, sin embargo, que esto no es obstáculo para que sigamos viendo en la analogía un caso de «apertura» de la condición de aplicación de una regla, que era lo que pretendíamos mostrar. Si, por ejemplo, la solución normativa *x* procede en los supuestos 1, 2 y 3, cualquier aplicación analógica supone construir un nuevo caso 4 donde procede la misma solución. Luego si la analogía es posible, la condición de aplicación de una regla no puede presentarse como cerrada, sino acaso como semiabierta. Desde luego, podrá replicarse que en la analogía lo que se aplica es un principio (el principio construido por el juez) y no una regla, pero en mi opinión esto lo único que demuestra es que la concepción cerrada de éstas últimas no se puede mantener desde que entran en juego los principios; mejor dicho, no se puede mantener desde que la aplicación de una regla se considera en conexión con el conjunto del ordenamiento. Sea como fuere, el resultado final es que, merced a la analogía, las condiciones de aplicación de una solución normativa se ven ampliadas.

Hemos hablado de los principios que subyacen a las normas que, según la clasificación que propongo en el libro, serían principios implícitos. También en este capítulo encontramos algunas agudas observaciones de Ramos. De un lado —nos dice— resulta oscura la distinción entre principios implícitos y extrasistemáticos, pues si estos últimos no son también implícitos «entonces habrá de concluirse que no son en absoluto principios vigentes en dicho orden jurídico, por mucha relevancia moral que tengan». De otro lado, si son efectivamente implícitos, «entonces sacarlos a la luz no es “crearlos” sino simplemente “explicitarlos”... Sin duda la tarea de explicitación o hallazgo... exige de los jueces un ejercicio amplio y cuidadoso de raciocinio, cosa que conlleva también cierta discrecionalidad, pero discrecionalidad débil».

Pues bien, en el libro reconocía abiertamente que la frontera entre los principios implícitos y los extrasistemáticos no resulta nítida (p. 146). Simplemente, esa clasificación responde a una distinción que me parece interesante mantener, y que es la siguiente: algunos principios, si bien no constituyen el significado de ninguna disposición normativa, pretenden obtenerse a partir de normas en vigor, ya sea por vía inductiva o deductiva, y a estos principios llamo implícitos. Que dicha obtención responda a un procedimiento lógico o de otra naturaleza es un problema que enuncio (pp. 21 y 141), pero sobre el que no me pronuncio de forma categórica<sup>4</sup>; en todo caso, estoy dispuesto a aceptar —no sin

---

4. Ramos entiende que los principios no expresos, tanto implícitos como extrasistemáticos, «se hallan ya presentes en el Derecho, aunque de forma latente», de modo que el juez tan sólo ha de explicitarlos.

cauteladas— que tales principios puedan considerarse parte integrante del Derecho y que su descubrimiento requiere el desarrollo de una discrecionalidad débil.

Sin embargo, creo que en la argumentación jurídica aparecen de vez en cuando otros principios, a los que llamo extrasistemáticos, cuya obtención excede ampliamente de los límites de la analogía y que tratan de apoyarse en alguna filosofía moral o política que, más o menos confusamente, se supone que subyace al conjunto del ordenamiento; pienso, por ejemplo, en los principios de que hablaba Mortati en «La Costituzione in senso materiale». A propósito de estos principios Ramos formula dos observaciones: la primera es que, si no se hallan implícitos en el Derecho, entonces no pueden considerarse vigentes, *por mucha relevancia moral que tengan*. El argumento me parece un tanto contradictorio, pues, como se ha visto, mi interlocutor sostiene que los principios encuentran el fundamento de su validez en la moral, antes y con independencia de su reconocimiento por el sistema jurídico. Por mi parte, sigo pensando que tales principios pueden ser eficaces (y por eso doy cuenta de ellos), pero imposibles de reconocer mediante un juicio normativo. La segunda observación es que la obtención de estos principios, que él identifica con los implícitos, exige sólo el desarrollo de una discrecionalidad débil. Francamente, no creo que éste sea el caso de los principios de Mortati y, por cierto, tampoco el de algunos de los que propone Dworkin en pugna con el Derecho explícito; de ahí el sentido de mi distinción.

Para terminar, una crítica que Ramos califica «de importancia menor». Me reprocha haber afirmado, siguiendo a Bobbio, que «la técnica de los principios generales nace como un procedimiento de autointegración del Derecho», siendo «más cierto lo contrario». Es verdad: debería haber dicho que, en la concepción positivista que se impone en la codificación, los principios se concibieron como un método de autointegración, como el límite máximo al que podía aspirar un razonamiento jurídico encorsetado por la ideología del legalismo. No es ocioso añadir, sin embargo, que ésta no es necesariamente la opinión de ese otro positivismo que pretendo defender en el libro y con el que Ramos no parece simpatizar.

Advertí al principio que acepté gustoso este diálogo con Ramos y ahora, tras finalizar mi respuesta, debo decir que no me arrepiento en absoluto. Creo haber aprendido mucho de sus observaciones, que sin duda enriquecen cuanto digo en el libro, y que me han obligado a poner en saludable duda algunas de mis tesis. Tal vez algún lector pueda pensar que en esta réplica tan sólo he sabido cimentar mis propios errores, pero, incluso en ese caso, el esfuerzo no habrá sido baldío, al menos para mí.



## A PROPOSITO DE *YO, EL ESTADO*, DE NICOLAS M. LOPEZ CALERA

Por MANUEL ESCAMILLA CASTILLO

Granada

Hace unos meses, me comprometí con el profesor Gil Cremades, como Director del *Anuario*, y con el profesor López Calera, autor de *Yo, el Estado*, a exponer mis puntos de vista sobre esta obra con la intención de entablar un corto debate sobre ella, al estilo de otros que han aparecido en anteriores números de la revista. Tras una apresurada lectura del libro, intuía que era una buena oportunidad para realizar un deslinde de actitudes que marcara la diferente evolución que han experimentado las ideas político-jurídicas de mi amigo y director (de Tesis, de Departamento, hasta espiritual en algunas ocasiones) Nicolás López Calera y las mías propias, en el contexto de una coincidencia sustancial respecto de los temas más importantes, y de una evolución de la política y del Derecho tan importante como la habida en los últimos años. Ahora, tras los amables apremios del profesor Gil Cremades y tras una lectura más atenta del libro que comento, caigo en la cuenta de que las diferencias son mucho más relevantes de lo que yo intuía. Pensando en estas y otras cosas, he venido a concluir que, como en nuestros temas es muy difícil ser original a estas alturas de la Historia, quizás nuestros respectivos puntos de vista puedan ser tomados como muestras de dos actitudes (y de lo que esas actitudes implican) polarizadas que —creo— no son infrecuentes entre los enfoques académicos sobre el Estado y el Derecho.

Yendo directamente al fondo del asunto, la principal diferencia entre nuestros puntos de vista afecta a los conceptos enfrentados en el libro. En éste, en efecto, se trata del Estado como lo opuesto, lo dialécticamente opuesto, a la sociedad civil. Desde este punto de vista, la defensa de un estado mínimo supone la opción *ipso facto* por un máximo protagonismo de la sociedad civil. El Estado viene caracterizado por ser la encarnación de la razón, del verbo, mientras que la sociedad civil es el reino de las tinieblas, el imperio de la sinrazón, la fuerza del

interés. Sin embargo de lo anterior, la suprema razón, sin margen alguno para la penumbra del amor (a Dios o al prójimo) y hasta de los pequeños odios cotidianos, es la sinrazón suprema; una luz tan intensa que ciega por su mucho alumbrar. Así ha ocurrido históricamente con no poca frecuencia, lo que impide a nuestro autor proclamar la bondad inmarcesible del Estado, quedándose en lo mucho más modesta protesta de su «bondad tendencial»:

«Es difícil, por no decir imposible, afirmar que hay conceptos universalmente “buenos”, porque la “bondad” o la “maldad” hay que determinarlas en la praxis. Pero creo que hay conceptos (y también realidades) que tienden por su propia estructura a ser más buenos que malos o más malos que buenos, es decir, son *tendencialmente buenos y tendencialmente malos*. En este sentido se podría afirmar que, de acuerdo con la experiencia política de los últimos cuarenta años, el Estado social o de bienestar ha servido decisivamente al progreso en justicia y en igualdad de amplias masas sociales.» (p. 23),

Sé que haber citado este párrafo me va a costar un disgusto, porque es uno de los que menos satisfacen al profesor López Calera de entre todos los que se contienen en el libro; aún así, me parece uno de los fragmentos que mejor reflejan las convicciones del autor. Convicciones que, como no puede ser de otra forma en una persona ilustrada, son el reflejo de la asunción reflexiva de convicciones clásicas en la historia de las ideas jurídicas y políticas; de las que discrepo, por otra parte.

Mi discrepancia respecto de las convicciones básicas contenidas en el libro que comento se basa, a su vez, en otra actitud muy clásica: lo opuesto al Estado no es la sociedad civil, o esta oposición no nos dice nada sobre el deber ser de la relación entre ambos. La sociedad civil sólo existe, a fin de cuentas, allí donde existe el Estado, aún con existencia dialécticamente enfrentada a la de aquélla. No es pensable una organización de la convivencia humana en la que todos fueran funcionarios o autoridades políticas. A la inversa, tampoco parece que pueda hablarse con propiedad de sociedad para denominar a una situación en la que ningún poder político restrinja la violencia privada. Sociedad civil y Estado existen recíprocamente y sólo pueden existir en esta mutualidad; pero son diferentes entre sí. ¡Como vive Dios, que lo son! El Estado tiene que tener sustancialidad propia respecto de la sociedad. Si el Estado no tuviera esa sustancialidad propia ¿cómo podría normativizar a la sociedad, constituyéndola de ese modo?

No ha mucho tiempo que llegó a mis oídos una anécdota que, me parece, ilustra bastante bien esta diferencia que tiene, que no puede sino tener el Estado respecto de la sociedad civil. La cosa era que a un teniente de alcalde o concejal cualificado del Ayuntamiento de Marbella, miembro del Grupo Independiente Liberal (GIL), le había reprochado la oposición que hubiera nombrado como directivos de diversas empresas municipales exclusivamente a familiares suyos, lo que parece desmesurado, aún para un país mediterráneo como el nuestro. El buen hombre se defendió ante los periodistas que lo interrogaban al

respecto con el argumento de que su partido político había prometido trasladar al ámbito de lo público los criterios de la gestión empresarial privada, como forma de lograr el nivel óptimo de eficacia en la gestión. El miembro del GIL era empresario y decía que él (como cualquier otro empresario) prefería situar en los puestos de mayor responsabilidad de su empresa a familiares cercanos, que le garantizaban una lealtad y honestidad en la gestión que no le hubieran garantizado personas menos comprometidas personalmente con él; como se trataba de trasladar a la gestión pública los criterios de eficacia de la empresa privada, sus nombramientos en las empresas municipales le parecían no ya irreprochables, sino —en virtud de lo establecido en el programa electoral con el que había sido elegido— debidos. Afortunadamente para Marbella, ni el propio señor Gil y Gil se rindió a la aplastante lógica de su concejal y desfizo el entuerto. Todo ello, sin que los protagonistas del suceso hubieran, quizás, tenido siquiera la menor noticia de la existencia del Análisis Económico del Derecho o, en sentido amplio, del utilitarismo o consecuencialismo jurídico-políticos; y es que la lógica que gobierna lo público debe ser distinta de la que rige el comportamiento de los individuos en sus negocios particulares. Dicho con brevedad: sólo se puede afirmar que algo es bueno o malo, aunque no sea más que tendencialmente, si se domina la ciencia del bien y del mal; en cuyo caso, no es ya que se pueda indicar a los demás dónde, cómo y por qué se están equivocando, es que se los debe sacar del error, incluso (dependiendo de si éste es vencible o invencible) por la fuerza. No es ésta la propuesta que se contiene en *Yo, el Estado*, naturalmente; no es el Estado soviético o nazi, no es la España martillo de herejes ni la omnipresencia anti-comunista hooveriana; ni mucho menos. El estado social y democrático de Derecho que defiende López Calera no es eso ni por asomo. Pero, desde luego, su modelo político tampoco se inspira en la adhesión a dos viejos principios que, me parece, resumen gran parte de la sabiduría política occidental: «Cada uno es el mejor juez de sus propios intereses» y «El interés general no es más que la suma de los intereses particulares». El primero de estos principios («Más sabe el loco en su casa que el cuerdo en la ajena», en la versión castiza) es la bandera de los aislacionistas, se puede decir; de los pertinaces, socarrones y, por ello, insufribles escépticos que se niegan a reconocer los beneficios que les reportará comportarse de acuerdo con lo que les digan los más benéficos y clarividentes sabios. El segundo principio, corolario del anterior, al igual que él es, no tanto descriptivo, cuanto normativo; no es que efectivamente se descubra el interés general a través de la acción de los individuos en la libre persecución de sus propios intereses, es que —se podría decir— no me moleste usted más subiéndose encima de mis hombres y empeñándose en ponerme delante la zanahoria que me llevará al pesebre comunal prometido en donde todo será fluir de ríos de leche y miel. El bien general no es el logro de la idea de felicidad que alguien tenga; ni siquiera el logro de la idea de felicidad que tenga la mayoría respetuosa de las minorías. El bien gene-

ral es lograr una sociedad en la que, en la medida en que ello sea compatible con que no nos matemos los unos a los otros, hagamos cada uno nuestra más santa voluntad. Los dos principios son, pues, complementarios y permitirán el establecimiento —si es que llegan a imperar alguna vez— del modelo social del panal rumoroso: zánganos, obreras y reinonas produciendo en resumen una gran cantidad de miel; no tanta como para que llegue a fluir en forma de río, pero sí la suficiente como para pasar el invierno y poder volver a empezar.

Dos importantes objeciones se me ocurren a estos principios; la primera, que en la Modernidad los dos principios que menciono se han impuesto, en la medida en que lo han hecho, a muy graves adversarios, y la victoria no debe hacernos olvidar que los adversarios tenían su parte de razón y conformaron en gran parte el modo de existir de los principios. Por no extenderme demasiado, sólo mencionaré a dos de estos adversarios: el primero, la exigencia de ilustración personal como garantía de plena racionalidad en el juicio sobre los propios intereses, que justificó (y sigue haciéndolo) un despotismo ilustrado (ilustrador) que remediara las deficiencias ocasionadas por su carencia; el segundo, la autarquía personal, igualmente exigida como requisito previo para hacer posible la autonomía personal y que excluía de la capacidad de influir en la decisión política a quienes no tuvieran capacidad de ser libres (autónomos-autárquicos); era la justificación de una democracia censitaria que no consideraba como personas plenamente libres (no plenamente racionales) a los empleados de otros, especialmente si estos empleados lo eran a costa del erario público, y mucho más especialmente si recibían dinero de lo público sin dar nada a cambio, si eran subsidiados en lugar de asalariados. Ni el despotismo ilustrado, ni la democracia censitaria están vigentes, o no lo están abiertamente (como la democracia directa u otros «descartes» similares), pero sus justificaciones siguen llamándonos en demanda de matizaciones de los presupuestos de nuestra visión de lo político que es posible que asumamos sin la suficiente reflexión.

Segunda objeción: que no tengo medio de demostrar que el principio de la bondad tendencial del Estado debe ser preterido a mis principios; no son verdades como puños, sino expresiones de un acto de voluntad. En su defensa, tampoco el sostenimiento de la verdad de la bondad estatal (el principio alternativo) cuenta con bazas que jugar a su favor; no hay discusión posible entre quien conoce el bien y quien duda de que exista tal cosa pero a lo largo de la vida ha ido conociendo personas, animales y cosas que le gustan y otras que no, y ha comprobado que sus gustos no coinciden necesariamente con los de todos sus semejantes y ha encontrado que no tiene razones de peso para imponer sus gustos a los demás y, desde luego, no le gustaría bajo ningún concepto que los demás le impusieran los suyos propios.



No asumo, por tanto, la propuesta del profesor López Calera porque no me parece la más idónea para fomentar una consideración general de los seres humanos como personas racionales; es decir, ilustradas y autónomas; es decir, mejores conocedoras que nadie de los diversos fines que se pueden proponer y de la diferente eficacia de los medios a su alcance para lograr esos fines, y sin tener que supeditar su propia salvación a la de otros. Naturalmente, esta frase tan larga y tan fuerte en contra de los planteamientos de *Yo, el Estado* tiene un pequeño truco. Si el ser humano es egoísta y persigue sus propios intereses; si cada uno sabe mejor que nadie cuáles son sus propios intereses y los persigue mejor que nadie y si el interés general no puede ser más que la suma de los intereses particulares ¿qué falta nos hace el Estado? La falta que nos hace es la de la libertad, la de la ausencia del imperio del arbitrio de uno sobre los demás, situación indeseable aún para el más poderoso, según expusiera Hobbes. Así, el Estado debe ser algo que, siendo necesario para la vida humana, no se sobreponga a los individuos más allá de lo estrictamente indispensable para estar al servicio de éstos, sin poner a éstos a su servicio. Digamos que el Estado debe tener sustancia, pero no por sí, sino —como todo buen universal que se precie— derivada de lo particular, de los particulares, que son lo único existente si hablamos en serio. El Estado, para mantener esa sustancialidad derivada que es tan necesaria para la sustancia auténtica individual, no puede seguir, sin más, la lógica individual. Si así lo hiciera ¿por qué habría yo de obedecer a otro que, siendo tan semejante a mí mismo, actúa de forma tan parecida a como lo haría yo en su lugar? El Estado no puede actuar como el Ayuntamiento de Marbella. Los gobernantes no pueden comportarse como el concejal del GIL. Cuando los ciudadanos detentan el poder del Estado deben comportarse de un modo distinto a como se comportan en su vida particular; porque si no, lo que en el último caso sería legítima persecución de un legítimo interés particular, se transformaría en el despótico sacrificio de la mayoría a los intereses siniestros de la minoría gobernante. La persecución más libre posible por parte del individuo de su ventaja particular produce el bien público sólo con la condición de que ese individuo no sea titular del poder del Estado. En el propio *Yo, el Estado*, tras considerarse el intento roussoniano de objetivación de la subjetividad, y el hegeliano de subjetivización de lo objetivo («el interés del todo se realiza en los intereses particulares», en la acotación de López Calera), se viene a concluir que es imprescindible limitar la sustancialización del Estado. Efectivamente, el profesor López Calera exige con bastante énfasis que su Estado sustancializado no traicione la palabra dada (debe ser un Estado de Derecho), que no se sobreponga excesivamente a la sociedad (debe ser un Estado democrático), y que de todas maneras (y por si acaso) se lo vincule a la estricta observancia de los derechos humanos; que persiga la igualdad, pero sin desmerecer a la libertad o, mejor, como un medio para obtenerla (pp. 99 y 113-114, por ejemplo).

Me parece que el Estado (sea entendido lo que se dice con todo respeto y en estrictos términos de defensa) no debe, en conclusión, considerarse ni mejor ni peor que la sociedad civil. El Estado existe, y la alternativa a la existencia del Estado es el despotismo perpetuo y universal de la anarquía. A esos efectos, la existencia del Estado implicará sustancialidad diferenciada respecto de la llamada sociedad civil. Esa sustancialidad no es, sin embargo, sino una emanación de lo real realmente existente, a cuyo servicio se encuentra: el ser humano concreto, en su individualidad personal, en su subjetividad sursuncórdica. Con lo que estamos en el punto de partida del presente escrito, si recuerdan; dicho de otra forma ¿en qué debe consistir la actuación del Estado? Pues creo que, sabiendo que el Estado es lo distinto del individuo dejado suelto, la actuación del Estado tiene que ser siempre tal que quepa en el lapso que va desde el despotismo individual hasta el despotismo estatal. Adviértase que (dado que la sustancialidad del Estado es derivada) el despotismo estatal sólo es una forma del despotismo individual. El Estado, entonces, tiene que existir con sustancialidad diferenciada (pero no propia, sino derivada) respecto de la de los individuos sueltos.

Seguramente, esta conclusión será impugnada por el profesor López Calera con el argumento de que no me refiero a lo que debe hacer el Estado, sino a lo que tiene que hacer, a lo que hará para cumplir con las exigencias de la lógica de su existencia, con lo que me escapo del ámbito en el que él ha situado su argumentación. Reconozco que, aún aceptando mis puntos de vista, el margen de actuación que queda al Estado, lo que puede hacer, es considerablemente amplio y, por tanto, continúa siendo pertinente intentar indagar qué debe hacer. Sólo que no tengo respuesta para eso; ni creo que nadie pueda responderme convincentemente a esa cuestión. Quiero decir: yo sí sé qué debe hacer el Estado y qué debe evitar hacer, pero no creo que eso fuera algo distinto a lo que yo quiero que haga y que no haga. No es que rehúse entrar en el terreno de la argumentación del profesor López Calera, es que no me parece que exista ese terreno<sup>1</sup>. Podemos, naturalmente, predecir lo que hará el Estado, sobre la base del conocimiento de lo que la gente (las personas y sus agrupaciones) crean que debe hacer y de la fuerza de la gente que sustenta opiniones encontradas sobre lo que el Estado debe hacer (y de la trascendencia que la gente acuerde a sus opiniones-exigencias, y de la presión que ejerzan los medios masivos de comunicación...). Podemos hacer eso, pero entonces estaríamos en el ámbito de

1. O existe sólo como una realidad metafísica, que es, después de todo, una manera hermosa de no existir; constantemente molestada —eso sí— por la realidad «real», siempre tan fastidiosa:

«Debe insistirse en la naturaleza metafísica que implica una sustancialización del Estado como lugar “ético” para la realización de la libertad y la igualdad de todos los hombres. (...). Las grandes dificultades aparecen cuando se pasa de la teoría a la praxis, donde las cosas no son tan racionales. Nunca se tiene la garantía de que el ser (el Estado diseñado ideal o metafísicamente) alcance su plenitud en la historia. La historia, lo real —concreto, falsifica siempre de alguna manera lo ontológicamente proyectado.» (pp. 101-102).

una ciencia causal de la política y no en el de la filosofía política en que se ha colocado nuestro autor.

Si nos colocáramos en ese ámbito, por cierto, creo que se podría concluir que el resultado de la acción de las tensiones que se vislumbran en nuestra sociedad y de las vicisitudes políticas que se suceden en nuestros días continuará conduciendo, al menos en un plazo medio de tiempo, a diversas síntesis históricas de ese modelo de Estado que defiende el profesor López Calera. No estamos ya en el ámbito del deber ser, sin embargo, sino en el del ser. El Estado no tiene la obligación de comportarse de ese modo; simplemente, es previsible que lo hará así.

No puedo, finalmente, acabar este comentario sin referirme a la forma del libro. Si no puedo coincidir con el autor en el fondo del libro, sí puedo hacerlo con la forma; a fin de cuentas, son las formas lo único importante. El libro es, formalmente, la exposición de un conjunto de lecturas y de reflexiones sobre esas lecturas. Desde este punto de vista, *Yo, el Estado* es una lección de teoría política. No es, por supuesto, una lección egotista, empeñada en averiguar el significado de un escondido párrafo de la obra de un sedicente maestro. Es un diálogo con cierto número de libros; con libros clásicos, porque son los libros; con libros contemporáneos, porque se encuentra en ellos (si son buenos) la reflexión clásica confrontada con la preocupación del momento. No es un libro académico, en el mal sentido del término (tan frecuentemente pertinente entre nosotros). No es una relación interminable de citas, y con pretensiones —siempre frustradas— de exhaustividad. En la narración del diálogo con los libros, la propia posición intelectual del autor, la exposición de ese debate en forma de interpelación al lector, que se siente intelectualmente compelido a buscar su propia respuesta. Es, en conclusión, un libro universitario, si es que este calificativo conserva entre nosotros capacidad de evocar la tendencia a lo bueno.



## CONTESTACION

Por NICOLAS MARIA LOPEZ CALERA

Granada

Hay dos cosas que lamento del escrito de mi buen amigo y colega, Manuel Escamilla: una es que su estilo agudo, culto y malévolamente irónico sea un duro escollo para hacer una efectiva contestación; y la segunda es que haya errado en el objetivo, porque se ha encelado con uno de los fallos del libro, que considero menos graves. Me lo veía venir. Esto es, intuía que iba a ir a por ese párrafo, que —efectivamente— es uno de los que menos me satisfacen y que él cita provocativamente. Me refiero a mi distinción entre conceptos «tendencialmente buenos y tendencialmente malos» (p. 23). Con decir aquí ahora que lo retiro y que me arrepiento del pecado teórico cometido, se acababa la discusión y esta contestación. Pero no me gusta ser descortés con nadie y menos con Manuel Escamilla, que es bondad casi infinita o que es «tendencialmente bueno». Y por eso le voy a contestar a esa crítica y a otras que me hace. Pero además le contesto porque no estoy totalmente seguro de haber pecado tanto como me acusa y por consiguiente no me puedo arrepentir. Y si me arrepintiera sin conciencia de pecado, le estaría y me estaría engañando.

Pero vayamos al grano. Lo primero y principal que me gustaría decir, a mi querido colega, es que en mi libro no hay una unilateral apuesta por el Estado, porque es un libro que ama la dialéctica y además porque es un libro —debo confesarlo— intencionadamente ambiguo por la complejidad profunda del problema de fondo que plantea (la armonización de lo individual y lo colectivo). No es un libro maniqueo, aunque lo parece, que sostuviera que el bueno es el Estado y el malo, la sociedad civil. Manuel Escamilla dice que veo en el Estado «la encarnación de la razón» y en la sociedad civil «el reino de las tinieblas». Todo está matizado o contradicho. Así consta en la página 113: «nadie puede afirmar incondicionalmente que la sociedad debe prevalecer frente al Estado, como tampoco que el Estado debe prevalecer sobre la sociedad». Por ello sostengo que lo importante y decisivo es que haya

una permanente «tensión dialéctica» entre el Estado y la sociedad civil. Incluso llego a decir (pp. 114-115) que estar a favor del Estado «puede ser un servicio al mantenimiento de oligopolios y dominaciones de muy diversa clase». Hay, pues, también una apuesta, una discreta apuesta, por la sociedad civil, porque también entiendo que la sociedad civil tiene «hoy una niveles de racionalidad práctica respecto a los valores de la igualdad y la libertad, que permiten sin tanto riesgos como en otras épocas ciertos ámbitos de autonomía o auto-regulación» (pp. 112-113). Como se desprende de lo dicho, puede parecer que no me aclaro. Pero la verdad es que resulta difícil aclararse cuando se trata — nada más y nada menos— que de buscar la armonización de lo individual y lo colectivo.

Lo de la «bondad tendencial» del Estado no debiera aclararlo, porque tal vez confunda más al lector. Pero creo que este aserto hay que entenderlo en su contexto, que no es sino precisamente el rechazo fundamental de la tesis esencialista de que hay «conceptos universalmente buenos, porque —digo— la bondad o la maldad hay que determinarlas en la praxis» (p. 23). Lo que sucede es que habría que aclarar qué se entiende aquí por «tendencial». Aunque seguramente el término no sea muy afortunado, lo que quiero decir es que la práctica política de los últimos cien años demuestra fehacientemente que los males humanos (injusticias, miserias económicas, opresiones de masas sociales, etc.) han abundado más con los Estados mínimos (y sociedad civil máxima) que con los Estados máximos, siempre que se esté hablando —a nivel teórico y a nivel práctico— de lo que comúnmente se entiende por Estados democráticos de Derecho. Porque para mí es evidente que no es tendencialmente bueno, sino todo lo contrario, un Estado máximo de corte stalinista o fascista. En otras palabras, por «tendencial» entiendo que es más fácil y seguro alcanzar mayores y mejores niveles de igualdad, libertad y bienestar en un Estado (social y democrático de Derecho) que en un Estado mínimo (liberal y democrático). Cuando aquí digo «tendencial» quiero decir algo así como «generalmente» o «salvo excepciones» un Estado máximo, aunque desde luego democrático, tiene más dosis de racionalidad ética para la vida colectiva que la libre competencia de los intereses individuales en una sociedad de desiguales.

En cualquier caso, mi discreta apuesta por el Estado (social y democrático) implica una valoración muy subjetiva y discutible, pero la experiencia política de casi dos siglos me avala y dice mucho sobre qué alternativa (Estado máximo o Estado mínimo) es un mal menor o un mal mayor. Evidentemente, no hay ninguna ciencia del bien y del mal para estos asuntos, sino una argumentación racional a favor de la racionalidad ético-política de un Estado social y democrático, como superación de las unilateralidades —«Einseitigkeiten» que diría Hegel— de lo individual y de lo social.

Lo que no me convence nada o casi nada es que mi colega y amigo apueste por un individualismo liberal que no quiere que le pongan la zanahoria por delante para conducir al individuo al pesebre comunal. Porque para ser individualista es necesario algo más que eso de que «no nos matemos unos a otros». Porque en cuanto que entramos en determinar qué es lo necesario para que «hagamos cada uno nuestra más santa voluntad», entramos indefectiblemente en el reto de fundar y racionalizar una sede para el diálogo y la decisión que resuelva problemas de convivencia. El individualismo no tiene más remedio que inventar también la «idea de Estado», casi como un Hegel cualquiera, para superar la contradicción entre lo individual y lo social. Me parece, de todos modos, que mi colega y amigo, va demasiado lejos con su individualismo latentemente anarquizante, al estilo Muguerza. Mis «propuestas» no son enemigas de un sano, que no «hard», individualismo, ni incompatibles con una visión de los seres humanos como personas racionales, es decir, ilustradas y autónomas (Escamilla *dixit*). Lo que va es contra la ingenua idea de que todos los seres humanos son ilustrados en los valores de la solidaridad y la justicia social, por ejemplo. El Estado hace falta como idea, como posibilidad de que todos los seres humanos se traten entre sí como seres iguales en dignidad y en ilustración para saber que pueden hacer y no hacer y seguir disfrutando de su «santa libertad». Lo que está claro es que dejando a cada cual «a su aire» no se consigue eso mismo que quiere ese individualismo radical: seres libres y autónomos.

Por todo este libro va también contra el despotismo estatal. Muchas de sus páginas están dedicadas a descalificar esa sustancialización negativa del Estado que se ha dado en los últimos tiempos, incluso dentro de los Estados democráticos (recuérdense por indicar algo las críticas de Habermas o de Wolfe). Se trata de uno de los fenómenos más regresivos de la historia política contemporánea. Las críticas que hago de los «derechos del Estado» van por este camino, esto es, criticar al Estado máximo que se deslegitima por falta de autenticidad democrática, esto es, por convertirse al despotismo y por constituir en un ser para sí («für sich», que diría también Hegel), lo cual es expresión de la parcialidad y una negación del ámbito de lo «ético» (“sittliche”), que es el mundo en que se armoniza o se trata de armonizar lo individual y lo social. La sustancialización positiva del Estado significa representar la idea del Estado como el ideal que armoniza los intereses individuales con los intereses generales. No se trataba, pues, en este libro de defender «este» Estado, los Estados históricos y concretos, llenos de tantas y similares maldades como puede tener la sociedad civil, sino un «status», una situación organizada en la que la individualidad, como el «para sí» de todo sujeto, se plenifica, porque atiende a su dimensión de «socialidad», de su «ser para el otro».

El Estado, como se entiende en este libro, no es la negación de la autonomía individual, de esa «subjetividad sursuncórdica» de la que habla el Dr. Escamilla, sino precisamente la salvación de lo individual

como libertad y autonomía ante la inevitable dimensión de su socialidad, esto es, de tener que ser libre y autónomo con otros y frente a otros. Precisamente la afirmación incondicionada de lo individual es lo que lleva a la negación de lo individual, a la afirmación de la ley del más fuerte, esto es, de una única individualidad. Esta sustancialización positiva del Estado pretende recuperar, pues, su naturaleza ética y lo ubica más allá de su mera historicidad como un conjunto de estructuras o aparatos de poder. Evidentemente el problema es cuando se pasa de la idea a la realidad, de la teoría a la praxis. En cualquier caso, o admitimos que es posible construir teóricamente este referente «ético», que es el Estado como camino hacia la armonización de la individualidad y la socialidad de lo humano, y admitimos también que es posible construir «Estados históricos» a nivel nacional, plurinacional e internacional que tienen bases razonables (democráticas, porque tiene índices razonables de igualdad y de libertad) para asemejarse a ese «referente ético», o hay que cerrar el libro de la historia y dejarlo ensangrentado como la historia de una lucha de todos contra todos. De todos modos reconozco que esta doble dimensión del «deber ser» y el «ser» existencial del Estado es lo que crea, entre otras cosas, confusión y ambigüedad en mi libro. Pero si no creemos que esa tensión ser-deber ser es posible, necesaria y positiva, apaga y vámonos.

Creo que el Dr. Escamilla se excede, al final, en elogios hacia este libro, que su autor considera inmerecidos. Cuando los halagos no esconden convocatorias de concursos académicos, uno tiene que creérselos, o al menos tiene que creer en la sinceridad y generosidad de quien los hace. Y eso hay que agradecerlo, que es precisamente lo que hago para terminar esta contestación.



**IV**  
**INFORMACIONES**



## † RENATO TREVES DEL SABIO AL AMIGO

Conservo con aprecio una de las primeras cartas que haya recibido de Renato Treves. Data del 7 de mayo de 1975. Me explica en ella que está organizando una red de corresponsales para la revista *Sociologia del Diritto*, creada por él el año anterior, y me pide que me una a ella. He aquí una de sus primeras cualidades: Renato Treves era un organizador y sabía localizar las personas capaces de ser fieles a los proyectos por él concebidos. Si *Sociologia del Diritto* ha alcanzado hoy el prestigio de que goza es porque había sabido rodearse, sobre todo en Italia, pero también en todo el mundo, de colaboradores competentes y adictos.

¡Cuántas veces ha puesto de manifiesto que era un organizador! ¿Cómo se entiende, por ejemplo, que ni en Francia ni en España, donde Renato Treves tenía verdaderos amigos, hayamos podido imponer la enseñanza y la investigación de la sociología jurídica, tal como él lo ha logrado en su país? Más aún: si España ha acogido el *Instituto Internacional de Sociología Jurídica*, y si el CNRS francés le ha proporcionado su primer director se debe en gran parte —directa o indirectamente, lo que es todavía más significativo— a la personalidad de Renato Treves.

Recuerdo haber leído de un gran cantante, al responder a un periodista que le entrevistaba, que el éxito, para él, era escuchar, al ir por la calle, a un pintor o a un albañil tararear sus canciones. Pues bien, nosotros no hacemos otra cosa que tararear los aires que Renato Treves como pionero ha universalizado. Si se habla hoy habitualmente de sociología jurídica, ¿no es porque existe en el seno de la *Sociedad Internacional de Sociología* un *Comité de Investigación de Sociología del Derecho*, que cuenta con un número impresionante de adheridos en las cuatro esquinas del planeta? Como se sabe, fue él uno de sus más fervientes instigadores y su primer director. Su mandato fue de importancia capital para el respeto impuesto inmediatamente por el *Comité*.

Tal imposición no dimana, sin embargo, únicamente del don de organización. Renato Treves era además un gran pensador. Intellectualmente, desde joven había frecuentado a los mejores. Alumno de Gioele Solari, muy pronto colaboró en la primera serie de la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, se carteo con Hans Kelsen y Rudolf Metall, viajó para formarse con su amigo Norberto Bobbio, aprovechó un exilio lejos de su país para crear intercambios con los países latino-americanos... Renato Treves ha sido capaz de dominar y enseñar entre ellos las distintas corrientes que iban apareciendo en la nueva disciplina, desde Estados Unidos y Canadá hasta el corazón de Europa central y oriental, incluso en las horas más negras de la guerra fría. Ha podido hacer en razón de sus asombrosas capacidades intelectuales. En razón también de su determinación —que ha sabido no transformar en autoritarismo— y de su coraje político, su rechazo a todo compromiso con la intolerancia.

Hombre de ciencia y militante, como era, le han dado esa envergadura que le hacían inolvidable. Renato Treves es inolvidable, ante todo, por sus escritos científicos. Sus críticas eran terribles, aunque jamás fueran el fruto de su estado de ánimo. Sus li-

bros eran esperados, y no dudaba en retocarlos hasta su transformación de una edición a otra, si juzgaba en el intervalo que eso era necesario. Pues era exigente, ante todo, consigo mismo.

No sólo tomaba la palabra para puntualizar, indicando pistas, sino que la daba también a sus colegas, incluso a los más jóvenes, siendo adelantado en reunirlos en foros en los que hablaban los sociólogos juristas del mundo entero. Si tenemos en cuenta la serie de coloquios anuales del *Comité de Investigación de Sociología del Derecho*, en los que participó activamente, se nota una evolución relevante y controlada. Primeramente ha arrastrado a sus colegas a proceder a descriptivos «estados de la cuestión», para llegar después a una problematización sistemática que desembocaba inexorablemente en proyectos comunes. Fue un gran estratega de la estructuración inicial de la disciplina sociológico-jurídica.

Renato Treves es inolvidable, igualmente, por las tomas de postura asumidas. Viejo socialista convencido, sus libros más punzantes son probablemente los dedicados a este tema. Pero no hablaba solamente, sino que, llegada la ocasión, sabía unir el gesto a la palabra. Los que han tenido el privilegio de vivir con él horas entrañables le recuerdan gratamente. En un congreso de Sociología del Derecho se esperaba la llegada de Elías Díaz, impedido por el poder político de entonces de salir de su país. Una protesta oficial de Renato Treves fue seguida inmediatamente por el efecto deseado. El más extrañado sería probablemente el mismo Renato Treves. Más no se trata de un caso aislado: Renato Treves jamás dudó de intervenir a favor de quienes se dirigían a él.

La comunidad científica ha perdido uno de sus miembros más eminentes. No tanto porque fuera universitario en su país, ni porque fuera doctor *honoris causa* de varias universidades... Más bien, porque en la historia de nuestra vida, se ha detenido una pluma, se ha extinguido una voz, con las que contábamos. De otra parte, no le gustaba hablar de él. En el momento de su desaparición, el equipo de *Réseau Européen Droit et Société* acababa de lograr de él, después de no pocos esfuerzos, una serie de entrevistas destinada a ser publicada en Francia. Sus declaraciones adquieren considerable importancia, ya que él ha sido el testigo de un mundo de insospechable riqueza a cuya desaparición ha asistido y que fue, quiérase o no, el de nuestros padres.

Se trata de algo de eso: al llorar por el amigo fiel, lloramos por un padre, en el sentido más noble del término.

André-Jean ARNAUD

## II CONGRESO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS UTILITARISTAS

Sirva de *útil* pretexto esta reseña para presentar esta asociación de reciente andadura. Hace escasamente dos años se creó la sociedad Iberoamericana de estudios utilitaristas, SIEU. Cuenta en la actualidad con cien socios, en su mayoría éticos y filósofos del derecho; procedentes de países como Argentina, Brasil y Portugal, amén de españoles.

El motivo común que los aúna es su interés en el estudio e investigación de autores utilitaristas, bien porque se compartan sus tesis, bien como críticos de los mismos. Se pretende crear un foro de discusión del utilitarismo desde múltiples perspectivas, jurídicas, éticas y económicas; un diálogo interdisciplinar desde campos afines.

La celebración de los congresos tendrá periodicidad bienal, ubicándose en cualquier ciudad de España. La asociación cuenta con una revista *Télos*, de la que ya se han editado dos volúmenes. En ellos se recoge parte de las ponencias presentadas en el I Congreso, que tuvo lugar en Santiago de Compostela en 1990. A su vez para afianzar los contactos con el mundo anglosajón, el profesor Frederick Rosen de la Universidad de Londres forma parte del comité de la asociación y ha ofrecido la posibilidad de asociarse y colaborar en la revista *Utilitas*, de la cual es editor.

Las secciones incluidas en *Télos* son las siguientes; antecedentes del utilitarismo, utilitarismo clásico, debates contemporáneos, ética aplicada, materiales didácticos (Análisis y crítica del utilitarismo), traducciones de clásicos inéditos, la recepción del utilitarismo en el pensamiento iberoamericano, temas monográficos que se determinan previamente. Los posibles temas barajados para los futuros números en esta sección son *paternalismo, justicia y bienestar, y pena de muerte*.

El consejo editorial lo forman Esperanza Guisán, José Luis Tasset y Carmen Verde, pertenecientes a la división de Filosofía moral y política de la Universidad de Santiago. El concejo de redacción, en el que se aprecia el intento interdisciplinar, está compuesto por profesores de materias tales como Filosofía del Derecho, Filosofía Moral, Derecho Penal, Ciencia Política, Historia Económica y Economía aplicada, todos ellos de las Universidades de Santiago y la Coruña.

En el Consejo Asesor se encuentran, entre otros, Carlos S. Nino, Eduardo Rabossi, James Griffin, Martín Diego Farrel, Francisco Laporta, Dalmacio Negro Pavón, Antonio Enrique Pérez Luño, Fernando Savater, Victoria Camps, José Rubio Carracedo, Salvador Giner, José Montoya, etc.

Hecha la presentación de rigor y adentrándonos en el mencionado congreso, tuvo éste lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Organizado por el profesor Escamilla, fue inaugurado por Esperanza Guisán y Nicolás López Calera, que a pesar de hacer gala de su hegelianismo se mostró buen anfitrión de los utilitaristas en un gesto de tolerante acogida. Las ponencias principales corrieron a cargo de Joseph Raz (Profesor de Legal Philosophy en la Universidad de Oxford), Frederick Rosen (University College, Londres), Martín D. Farrel (Universidad de Buenos Aires), José

Ramón Bengoetxea (Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco) y Andrés Faiñas (Profesor de Economía Aplicada, Universidad de la Coruña).

Entre las comunicaciones cabe señalar, por la novedad de estas investigaciones en el ámbito español, las referentes al Análisis económico del derecho. Pedro Mercado trató sobre *El Utilitarismo y análisis económico del derecho; concordancias y crisis del Estado de Bienestar*. En la actualidad prevé la pronta publicación de una obra sobre esta temática. Igualmente Paloma Durán, autora del libro *Una aproximación al análisis económico del derecho* (Ed. Comares, Granada, 1991), contribuyó con un estudio sobre *El utilitarismo en la obra de Gary Becker*. Como precedentes de las teorías económicas se analizaron aspectos del pensamiento de Adam Smith (M.<sup>a</sup> Pilar González Altable) y de la influencia del pensamiento económico de Hume en los Ilustrados españoles (María Elósegui), así como las interpretaciones contemporáneas de la filosofía de Hume en España (María Montes).

También se dieron cita los estudiosos de John Stuart Mill que presentaron la polémica unos, y vigencia otros, de su pensamiento en aspectos tales como su liberalismo económico (Caridad Velarde) y ético (Ana de Miguel, Lourdes Gordillo, José García). Un tinte de correcto feminismo se observó en la defensa de Harriet Taylor Mill, expuesta por Juana María Gil Ruiz. Dentro del utilitarismo clásico hubo referencias al pensamiento de Bentham, desde el punto de vista ético y jurídico (Joseph Moncho).

A mi juicio el interés radicó en las discusiones suscitadas sobre la posibilidad de fundamentar la ética y el derecho en planteamientos utilitaristas, así como la propia definición del término. Siguen pendientes de respuesta el interrogante de cómo compatibilizar el interés individual con el interés público, el respeto a las preferencias de las minorías, la racionalización de las elecciones individuales, la validez o no de criterios consecuencialistas y utilitaristas en las decisiones judiciales y un largo etcétera.

Se anunció el proyecto de traducción completa y edición revisada de las obras de Stuart Mill (departamento de Filosofía Moral y Política de Santiago) así como de la traducción de la *Teoría de los sentimientos morales* de Adam Smith en la editorial Anthropos. También se dieron cita algunos traductores de los ensayos humeanos (Carlos Mellizo, José Luis Tasset, María Elósegui) que junto con María Montes llevarán a cabo la traducción de la correspondencia de dicho autor. Rosen anunció la aparición en marzo de 1993 de una nueva edición de las obras completas de Jeremy Bentham en Oxford University Press, Clarendon Press. Esta incluye *Extract from Constitutional Code, Defence of Economy Against Burke, Defence of Economy Against Rose, Observations on Peel's Speech, Indications Respecting Lord Elton, On Public Account Keeping, Appendices, Index*.

En 1824 Bentham concibió la idea de publicar una colección de ensayos para ilustrar su propio ideal del derecho constitucional, sintetizado en el aforismo *aptitude maximized, expense minimized*, y para contrastarlo con la práctica de la constitución británica. El volumen se publicó en 1830. Fue un intento de completar los detalles administrativos que había venido delineando en su obra *Constitutional Code*. Las dos obras están relacionadas tanto cronológica como temáticamente. En la nueva edición crítica de las obras y correspondencia de Bentham, Philip Schofield ha revisado los manuscritos escritos por Bentham en el proceso de la composición de *Official Aptitude*, e incluye ensayos inéditos en los tres apéndices.

Quiero destacar por su interés para la filosofía del derecho las conferencias de Joseph Raz, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford, Balliol College, sobre *La inconmensurabilidad del razonamiento legal*. El mencionado autor consideró las implicaciones a que da lugar la corrección de uno de los mayores defectos del utilitarismo estándar, con respecto a las relaciones entre razonamiento moral y jurídico. Generalmente, tanto utilitaristas como no utilitaristas aceptan que una vez que se corrige ese defecto, la visión de la moralidad resultante no es utilitarista. Algunos utilitaristas han modificado su versión del utilitarismo incorporando características que sus críticos habían considerado incompatibles con éste. Para Raz, en la medida en que la visión que cada uno tenemos de la moralidad esté libre de errores sustantivos, ésta no dependerá de tales cuestiones.

La característica del utilitarismo estándar, que Raz rechaza, es la suposición de que todas las opiniones son conmensurables en términos de valor, esto es, que la relación «al menos tan bueno como» está conectada con el campo de las opciones. De hecho, mantuvo, que muchas opciones son inconmensurables en valor; esto es muchas opciones tienen unas características tales que su valor no puede ser cuantificado. No son ni mejores ni peores que cualquier otra, pero tampoco tienen el mismo valor.

Así, Raz concluyó que las decisiones judiciales, del mismo modo que otras decisiones políticas, puede encontrar elecciones entre varias opciones que son buenas, aunque ninguna de las cuales sea mejor que las otras. Estos son casos en los que decimos que se precisa o es aconsejable alguna regla pública, clara y razonable, pero que no importa cual sea adoptada, dentro de ciertos límites. Esto se aplicará a problemas tales como el establecimiento de los estándares de la diligencia debida en orden a fijar la responsabilidad en la negligencia, a establecer estándares de responsabilidad por daños, a decidir los detalles, procedimentales o sustantivos, de las transacciones legales, y muchas otras cosas.

Por último resumió su intervención en dos conclusiones atendiendo a las relaciones entre razonamiento moral y doctrinal. Raz rechazó la tesis extrema de la autonomía del razonamiento jurídico, al considerar este último como un tipo de razonamiento moral. Añadió que las doctrinas jurídicas están justificadas sólo si están moralmente justificadas, y deben seguirse sólo si es moralmente correcto seguirlas. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, con sus doctrinas del equilibrio de poderes, dan lugar a exigencias y principios diferentes, cuando los tribunales justifican moralmente sus decisiones o incluso cuando están obligados a desviarse de la doctrina legal en el caso de que ésta entre en conflicto con la moralidad y también cuando los tribunales deben dejar la reforma de la doctrina a otras ramas del poder político. Esta separación de poderes determina la opinión oficial, moralmente correcta, de que el derecho debe proporcionar un equilibrio entre moralidad y doctrina, cuando éstas entran en conflicto. Al razonar de acuerdo con la ley, los tribunales deben seguir estos principios, que son principios morales, aunque puedan ser principios morales equivocados. Así, el razonamiento jurídico es un tipo del razonamiento moral, aunque a veces sea moralmente incorrecto, o basado en unos principios legales moralmente deficientes.

No obstante, cuando la moralidad queda fuera de juego, las exigencias de la propia conducta institucional del cuerpo judicial dependerán de los gustos personales y preferencias de los tribunales. Para evitar esto, deben de contar con razones artificiales. En estos casos la doctrina jurídica toma vida por sí misma. Aquí es, con propiedad, bastante independiente de consideraciones morales. Dentro de estos límites, el razonamiento jurídico es autónomo. Hasta dónde se extiende esta autonomía, depende de hasta dónde la moralidad haya quedado fuera de juego, dejando a los tribunales encararse con opciones inconmensurables<sup>1</sup>.

Por su parte la conferencia de José Ramón Bengoetxea versó sobre *¿Tribunales consecuencialistas? Consecuencias en la justificación de decisiones judiciales, y en especial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*.

Se suscitó una viva polémica entre los asistentes sobre si era válido tomar como referentes del consecuencialismo la doctrina del Tribunal de Justicia de la CE y también se puso en entredicho la posibilidad de comparar esos sistemas jurisprudenciales con nuestro ordenamiento. Al margen de la consabida discusión sobre las diferencias de la jurisprudencia como fuente en el *Common Law* y en el derecho continental, que dicho sea de paso, a mi juicio, cada vez son menos, la conferencia fue sugerente. Bengoetxea se basó en las tesis de Neil MacCormick. Mostró como funciona el argumento en base a consecuencias utilizado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Se trata —dijo— de un argumento cuya finalidad es realizar y asegurar los objetivos fijados en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y cuya finalidad latente es asegurar la legitimidad o autoridad del Tribunal de Justicia y alcanzar la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales. Bengoetxea considera que

---

1. El texto de la conferencia se publicará en *Telos*.

este tipo de razonamiento es usado por otros tribunales de alto rango, y basó su argumento en sentencias del *Common Law*. Por *consecuencias* se entiende aquí los cambios e implicaciones que se siguen de la realidad social en la que se aplica el derecho. Se definió el argumento consecuencialista como *un método racional de resolución de conflictos*. Bengoetxea, siguiendo a MacCormick<sup>2</sup>, presenta el consecuencialismo como un tipo de utilitarismo, que tiene en cuenta, además de aplicar una regla que encuentre soporte en el derecho, una decisión que va más allá del caso concreto que se resuelve en ese momento.

Ante la imposibilidad de extendernos más en esta reseña y para los interesados en esta polémica, anunciaremos la aparición próxima en Oxford University Press de una obra escrita por el profesor Bengoetxea sobre esta temática.

María ELÓSEGUI ITXASO

---

2. MACCORMICK, N. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press. 1978. pp. 149-150: «... Las leyes deben concebirse como dotadas de objetivos racionales relacionados con la consecución de bienes sociales o la exclusión de daños sociales de un modo consistente con la justicia entre los individuos; y la consecución de estos valores debe mostrar una consistencia racional, en el sentido de que las consecuencias de una decisión particular deben ser consonantes o coherentes con las finalidades y objetivos que se adscriben a los principios de derecho relacionados... Ya que las leyes se conciben de esta manera racional finalista, parece sin duda esencial que la justificación de cualquier decisión en un área no gobernada por una regla obligatoria concreta, o cuando dicha regla sea ambigua o incompleta, debe proceder comparando y evaluando las decisiones propuestas a la luz de sus consecuencias».



## VII SEMANA DE ETICA Y FILOSOFIA POLITICA

### LO PRIVADO Y LO PUBLICO

El pasado diciembre tuvo lugar en Valencia el ya tradicional encuentro que cada dos años reúne a los profesores de Etica de la universidad española. Este año citaba también a los representantes de Filosofía del Derecho, lo cual se tradujo en ponencias y comunicaciones a cargo de estudiosos de esta materia. El tema de fondo, *Lo Privado y lo Público*, fue ocasión para que los participantes confrontaran sus puntos de vista y suscitó una gran polémica que enriqueció los debates.

Como dato relevante de esta reunión, y que indudablemente habla a su favor, hay que resaltar la gran afluencia de público, buena parte del mismo universitario, que acudió a las sesiones y que merece que se felicite por ello el equipo organizador, encabezado por la profesora Adela Cortina.

Los temas desarrollados en el congreso podrían clasificarse en dos grandes bloques: aquellos que se refieren a los sectores público y privado y a los problemas que la relación entre ambas éticas llevan consigo, y aquellos que someten a consideración cuestiones de carácter especial, como la ética del juez, la sanidad, la política económica, la misión del Estado en el momento actual, o que incluso establecen un diálogo con autores clásicos en relación con la cuestión de fondo.

Dentro del grupo de intervenciones de carácter más general se encuentra la primera de las mesas redondas, a cargo de Victoria Camps, Javier Muguerza y Carlos Gómez, titulada «La relación privado/público desde un punto de vista ético-político», en la que se abordó especialmente la cuestión de los servicios de los que debe responder el Estado. Javier Muguerza (Universidad Nacional de Educación a Distancia) habló del actual reflujó privatizador que no se limita a la esfera económica sino que se da también en los aspectos jurídicos e ideológicos al tiempo que parece haberse olvidado que el Estado es quien ha superado las injusticias del liberalismo. Victoria Camps (Universidad Autónoma de Barcelona), trazó una distinción entre las éticas privada y pública, aludiendo a una ética comunitarista y a los peligros que ésta entraña. Hizo hincapié en el tema de las virtudes públicas, sin las cuales no se aferrará la voluntad a un modelo de justicia. Por último, Carlos Gómez (Universidad Nacional de Educación a Distancia), realizó una reivindicación de la utopía frente al realismo conservador.

En la misma línea general se sitúa la ponencia de Amelia Valcárcel (Universidad de Oviedo) sobre «Estética pública y política privada». En ella hizo referencia a la movilidad de las fronteras entre lo público y lo privado, que se traduce actualmente en la paradoja que supone una mayor privacidad al tiempo que se vuelven públicas actividades tradicionalmente consideradas privadas.

La ponencia de Esperanza Guisán: «Los límites de la libertad. Una réplica a J. S. Mill», versó acerca de la tolerancia diferenciándola de un relativismo axiológico, y poniendo el acento en la educación como vehículo preparador para una convivencia democrática.

Ya hacia la mitad de las jornadas, la segunda mesa redonda abrió el capítulo dedicado a determinadas cuestiones de carácter especial que suscita la distinción entre los ámbitos privado y público, bajo el título de «Justicia médica: lo privado y lo público en la Sanidad». En ella participaron Diego Gracia (Facultad de Medicina, Universidad Complutense), Javier García Conde (Facultad de Medicina Universidad de Valencia) y Guillem López Casanovas (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona). Se apuntó la idea de que la sanidad tiene dos ámbitos claramente diferenciados: el privado y el público. El Estado debe limitarse a las necesidades objetivas compartidas por todos. Todo lo demás debe quedar a la gestión privada.

El último día comenzó con otra mesa redonda cuyo objeto era un tema de carácter especial. Bajo el título «Privado/Público en política económica» intervinieron Antonio García Santesmases (Universidad Nacional de Educación a Distancia), Elías Díaz (Universidad Autónoma de Madrid), y Joaquín García Roca (Profesor de la Escuela de Trabajo Social). Se observó la necesidad de tener en cuenta el planteamiento económico en la justicia sin caer en el reduccionismo que supone el análisis económico del derecho. Elías Díaz describió con gran lucidez toda una serie de contradicciones que se aprecian en el momento actual. García Roca, por su parte, puntualizó cómo la modernización en los ámbitos político, económico y cultural tiene una estructura circular y es necesaria para que funcione la política social.

A continuación hubo una ponencia a cargo de Fernando Savater (Universidad del País Vasco) titulada «Paradojas del paternalismo». En ella definió a este último como la intervención estatal en la vida de los individuos en áreas que deben quedar a su elección privada. Apela a una mayor responsabilidad individual que se hace imposible en un clima paternalista.

Las jornadas terminaron con la ponencia de Nicolás López Calera, Presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. Bajo el título «¿Qué hacer con el Estado en el contexto del fin de siglo?», el ponente se declaró partidario del Estado aun cuando sería de desear una mayor participación política.

En conjunto hay que decir que los tres días resultaron altamente provechosos, y ello no sólo por las intervenciones programadas, sino, en mayor medida, si cabe, por la masiva participación en los coloquios a que dichas intervenciones dieron lugar.

Caridad VELARDE QUEIPO DE LLANO

## **V SEMINARIO ERASMUS SOBRE TEORIA LEGAL EN LA ACADEMIA EUROPEA DE TEORIA DEL DERECHO DE BRUSELAS**

Durante el mes de marzo de 1993, del 8 al 20, tuvo lugar el V Seminario Erasmus de Teoría del Derecho en la Academia Europea de Teoría del Derecho. Dicha Academia tiene su sede en las facultades de Derecho de dos universidades de Bruselas, Katholieke Universiteit Brussel (KUB) y Les Facultés Universitaires de Saint Louis, y como directores a François Ost y Mark Van Hoecke.

El seminario de quince días de duración quiere ser un foco de discusión entre estudiosos venidos de las diversas facultades de derecho europeas. También se dio, de ese modo, a conocer el Master en Teoría del Derecho, que por primera vez se estaba desarrollando, durante el curso académico 92/93, patrocinado por dicha Academia.

El programa del seminario brindó la oportunidad de discutir directamente con filósofos del derecho, entre los que se encontraban A. Peczenik (University of Lund, Suecia) Aulis Aarnio (Tampere, Finlandia), Enrico Pattaro (Bologna, Italia), Jes Bjarup (Aarhus, Dinamarca), François Ost (Saint Louis, Bruselas), Mark Van Hoecke (KUB, Bruselas), Guy Haarscher (Universidad Libre de Bruselas) y otros.

Aunque resulta difícil resumir los temas, un campo al que se le dedicó especial atención fue al realismo jurídico, partiendo de la versión escandinava de Alf Ross. Diversos aspectos de la sociología jurídica fueron tratados por André Jean Arnaud (Chair Editions Larcier, Paris, Francia) y los fundamentos antropológicos por M. Cl. Foblets (Saint Louis, Bruselas). También los problemas de interpretación legal ocuparon un lugar destacado.

El marco de Bruselas como capital europea propició discusiones sobre la posibilidad o no de un derecho europeo unificado. A la polémica contribuyó la conferencia de Pierre Bordieu (CNRS Paris) que disertó sobre la Europa unificada.

Desde aquí hay que felicitar a los organizadores del Seminario, impulsores también de la Academia Europea de Teoría del Derecho, por haber logrado crear ese foro de intercambio intelectual tan vivo y enriquecedor entre especialistas de Filosofía del Derecho.

María ELÓSEGUI ITXASO,



## XIV JORNADAS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Del 29 al 31 de marzo de 1993 se celebraron en Santiago de Compostela las XVI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Subárea de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago. En la reunión se debatieron los temas «Regiones, naciones y nacionalismos en el contexto final del siglo XX» (día 29) y «Problemática actual de la Historia de la Filosofía del Derecho española» (día 30). El día 31 celebró su Asamblea Ordinaria la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. En el almuerzo de clausura, ofrecido por el Presidente de la Xunta de Galicia, los participantes fueron convocados a las próximas Jornadas (previstas para 1995), las cuales se ofreció a organizar la Universidad Carlos III.

Los debates se celebraron en la Facultad de Derecho de Santiago. Su estructura consistió en exposición de ponencias en Mesa redonda por la mañana y presentación de comunicaciones por la tarde, seguidas ambas sesiones de coloquio general. La Mesa Redonda del día 29 la moderó el profesor Javier de Lucas (Universidad de Valencia). En ella, Norbert Bilbeny (Barcelona) defendió la ponencia «Ética e identidad nacional», en la que analizó la posible compatibilidad entre identidad nacional e identidad universal, contrastando al respecto las posiciones de Habermas y Tugendhat. Luis Rodríguez Abascal (Autónoma de Madrid) presentó la ponencia «Un problema de fundamentación del nacionalismo», en la que mantuvo que la doctrina política nacionalista, entendida como aquella que considera que la titularidad última de la soberanía está en la nación, se enfrenta a la dificultad insalvable de que las naciones no son hechos sociales empíricamente observables, sino ideas imaginadas por los propios nacionalistas. Por último, en la ponencia «La pluralidad nacional en la Constitución de 1978» Juan Alberto del Real (Granada) abordó la ambigua coexistencia constitucional de una percepción de España como Estado-nación y de un reconocimiento de la pluralidad nacional del Estado, y abogó por una transición hacia una identidad colectiva de España como nación de naciones.

Durante la sesión de la tarde, presidida por el profesor Antonio Fernández-Galiano, se presentaron diez comunicaciones. Luis García Soto (Santiago) habló sobre cuestiones epistemológicas referentes al nacionalismo, a partir del planteamiento de Castela sobre la nación gallega. Xacobe Bastida Freixedo (Oviedo) estudió las tesis de Ortega y Gasset sobre la descentralización, su procedencia hegeliana y su presencia en la regulación autonómica de la Constitución española de 1978. Esperanza Guisán Seijas (Santiago) advirtió sobre los defectos axiológicos de los nacionalismos, tales como impedir la formación libre de la identidad de los individuos y fomentar la insolidaridad. José Luis Muñoz de Baena (UNED) se ocupó de las ideas expuestas por A. Finkelkraut en su libro *La derrota del pensamiento*. Flor Rodríguez Lemos y Dolores Vázquez García (Santiago) escrutaron la tensión entre universalidad y particularidad en el funcionamiento del Estado, y defendieron un «patriotismo moderado» que no viole los deberes morales hacia otros, así como la utilización de la garantía internacional de los derechos humanos como base institucional del cosmopolitismo. José Antonio Seoane García (La Coruña) propugnó el reconocimiento del valor de la costumbre

como fuente del Derecho gallego, y su incorporación legislativa por el Parlamento de Galicia. Juan Carlos Velasco Arroyo (Autónoma de Madrid) reivindicó una universalización del derecho de ciudadanía a través de la idea de derechos humanos, sustituyendo —según propone Habermas— el papel de las identidades nacionales decimonónicas por un «patriotismo constitucional» postmetafísico y de adhesión racional. Rolando Rodríguez García (La Laguna) expuso los factores históricos, geográficos y económicos que dan forma a la perspectiva nacionalista de Canarias. Diego Medina Morales (Córdoba) se ocupó del nacionalismo andaluz tomando como base la obra de Alejandro Guichot. Por último, José de la Torre Martínez (Complutense de Madrid) defendió la idea de «nación española» y la profundización y mejora funcional de las Autonomías.

En la segunda Mesa redonda (día 30), moderada por el profesor Elías Díaz (Universidad Autónoma de Madrid), se presentaron cuatro ponencias de tipo histórico. Monserrat Figueras (Lérida) analizó, bajo el título «Raíces y consecuencias de la escuela jurídica catalana del siglo XIX», la presencia en el pensamiento de Durán y Bas de ideas de la Escuela escocesa del sentido común y de la Escuela histórica alemana; así como la evolución de dichas ideas en Cataluña. Salvador Rus Rufino (León), en la ponencia que tituló «Unas notas para la historia de la Filosofía jurídica universitaria a finales del siglo XIX», recordó nombres de profesores de Filosofía del Derecho del siglo pasado, como Cándido Emperador, Nicasio Sánchez Mata, Manuel Sánchez o Alfredo Brañas. Benjamín Rivaya García (León), en su ponencia «Historia de la historia iusfilosófica española del siglo XX», repasó la producción filosófico-jurídica española durante este siglo, centrándose sobre todo en la postguerra civil; mantuvo que no se dio un monolitismo neoescolástico en esa época, si bien a partir de 1945 hubo una homogeneización iusnaturalista que no comenzó a quebrar hasta los años 60. Por último, Juan Antonio García Amado (Oviedo) defendió su ponencia «Cómo se escribe la historia de la filosofía del Derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la iusfilosofía franquista». En ella expuso, a través del caso alemán —sugiriendo su posible extrapolación al español, una vez salvadas las distancias—, la situación de Filosofía del Derecho bajo un régimen totalitario, así como las dificultades para analizar un período de la historia que es conflictivo desvelar. A estas intervenciones siguió un animado coloquio.

En la sesión de la tarde, presidida por el profesor Antonio E. Pérez Luño (Universidad de Sevilla), se presentaron tres comunicaciones. Antonio Osuna Fernández-Largo (Valladolid) habló sobre la Escuela española de Derecho natural de los siglos XVI y XVII, y su producción iusfilosófica. Diego Betancor Curbelo (Las Palmas) se ocupó del darwinismo social y de su comprensión parcial en un artículo de Felipe González Vicén. Finalmente, Francisco Puy Muñoz (Santiago) propuso la construcción de unas bases para estudiar la historia de la Filosofía del Derecho española, tales como la elaboración de un repertorio cronológico bio-bibliográfico de autores y de un tratado específico sobre la materia, sugiriendo que el trabajo se emprendiese por Comunidades Autónomas.

Pero como es habitual en este tipo de encuentros, el intercambio de ideas, información, y opiniones no se limitó al momento de los debates reseñados, sino que continuó en los descansos y también con posterioridad, durante las cenas ofrecidas por la organización e incluso mucho más tarde.

Joaquín R. TOUBES MUÑIZ

## **XVIII CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL**

Bajo la denominación *Cambios en el Derecho a finales del siglo XX*, tendrá lugar en Bolonia, entre el 16 y el 21 de junio de 1995, el XVII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, organizado por la Asociación internacional de Filosofía Jurídica y Social.

El tema general del Congreso será el título del mismo: *Cambios en el Derecho a finales del siglo XX*. Las sesiones principales tendrán por contenido los siguientes tópicos: *Derechos y otras protecciones jurídicas; Nuevas formas de soberanía y ciudadanía; Nuevas y antiguas fuentes del Derecho; Derecho y Tecnología*. Junto a las sesiones principales tendrán lugar sesiones paralelas, simposios y grupos de trabajo.

En todo caso el objetivo de las sesiones estará centrado en la discusión sobre los cambios, nuevas funciones y nuevos papeles del Derecho al final de nuestro siglo, teniendo presentes los trascendentales acontecimientos que han caracterizado a la última década. Están apareciendo nuevas formas de soberanía y ciudadanía en Europa; aparecen nuevos órdenes internacionales en el mundo; toman nuevos derroteros problemas como los de nacionalidad, religión y grupos étnicos. La tecnología y los medios de comunicación tienen un enorme impacto en el Derecho y la Justicia, lo que requiere el desempeño de nuevas tareas profesionales. La teoría tradicional de las fuentes del Derecho ha de ser reexaminada y nuevos Derechos aparecen reiteradamente.

En el Congreso tendrá lugar una sesión paralela, simposio o grupo especial de trabajo dedicado a informar sobre el estado de la investigación en la filosofía jurídica y social en diferentes países o áreas culturales.

Presidente del Comité Organizador es el Profesor Enrico Pattaro. Puede solicitarse información sobre el Congreso al *Centro Interdipartimentale di Ricerca in Filosofia del Diritto e Informatica Giuridica "H.Kelsen"* de la Università degli Studi di Bologna, Via Zamboni 27, 40126 Bologna, Italia, tels.: 0739 51 228207-261062-225176; fax: 0739 51 260782; e-mail: ivr95@cirfid.unibo.it.

Fernando GALINDO





V

**CRONICA BIBLIOGRAFICA**



## CRONICA BIBLIOGRAFICA 1993

JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

### DE ALGUNAS REVISTAS FILOSOFICO-JURIDICAS

#### **Archives de Philosophie du Droit**

Aparecieron los tomos 36 y 37, correspondientes a 1991 y 1992, respectivamente dedicados en sus secciones monográficas a *Droit et Science* y *Droit et Économie*.

El planteamiento del primero muestra un acento diría que predominante a la hora de atender a orientaciones de actualidad e interés por las nuevas tecnologías científicas y su relevancia en y para la reflexión filosófico-jurídica. De un modo concreto, a las cuestiones de bioética y medicina o salud se reserva un espacio muy notable. Lo encuentran también, aunque en menor medida, los temas relativos a la protección y derechos de autor desde la esfera de los avances informáticos, o los dedicados a la ecología y al desarrollo y responsabilidad científica hacia una humanidad futura que indirectamente conectan con materias de derechos y libertades individuales de última generación. El clásico debate derecho-ciencia, retomado a partir de perspectivas metodológicas actualizadas o bien desde la reformulación de la idea y concepto de «razón» (práctica-teórica), figura en los trabajos de J.-M. Ferry, «Raison théorique et raison pratique» (pp. 11-19), B. Edelman, «Le droit, les vrais sciences et les fausses sciences» (pp. 55-70) y E. P. Haba, «Sciences du droit. Quelle science? Le droit en tant que science: une question de méthodes» (pp. 165-187). De la sección «Études» destacan los de vertiente filosófico-política a cargo de Q. Skinner y B. Sitter-Liver, ocupados en la interpretación de las expresiones «libertad» en Hobbes y «justicia política» en O. Höffe, así como el de J.-M. Trigeaud partidario de una rehabilitación ontológica personalista del concepto jurídico de «naturaleza» y «persona humana», la aproximación histórica a la concepción de los Derechos del Hombre elaborada por S. Tzitzis («De la Justice hellénique aux Droits de l'Homme de la Revolution française», pp. 241-252) y el análisis comentario «Le droit est-il un système?» (pp. 253-264, de R. J. Vernengo, a la obra de M. van de Kerchove y F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre* (1988). Este volumen incluye también el texto de una entrevista realizada a M. Villey en 1988, y diversas crónicas internacionales. En «Notas críticas» intervienen Trigeaud, sobre el reciente y variado registro bibliográfico en torno a «personalidad jurídica», y Tzitzis que lo hace a propósito de la obra de aquél (*Persona ou La Justice au double visage*, 1991) bajo el rótulo «L'existencialisme juridique personaliste».

En cuanto al segundo, el área del análisis económico del derecho, vía como se sabe no demasiado desarrollada en Francia, incorpora en esta ocasión trabajos a firma de B. Oppetit, G. Farjat, R. Sève y R. Janda. Con otro enfoque, del que en la literatura de la sociología jurídica francesa existen importantes antecedentes (A.-J. Arnaud), pueden inscribirse las colaboraciones de D. Deleule («De l'individualisme libéral à la sociologie: un intermédiaire paradoxal») y J.-F. Niort («Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoleon»). El registro histórico clásico de las doctrinas fisiócratas lo presenta C. Larrère (de esta autora, más por extenso *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup>.siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992, 325 pp.). Ofreciendo ya una visión en proyección igualmente histórica pero contemporánea el estudio de P. P. Ottonello sobre derecho, política y economía en la obra filosófica de M. F. Sciacca. En proyección de actualidad el de F. Zenati, «Le droit et l'économie au-delà de Marx». Lo más interesante sin embargo se contiene en las contribuciones que sobre el alcance ético-jurídico y político del tema «Derecho y Economía» nos ofrecen A. Strowel en su «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit» (pp. 143-171) y L. J. Wintgens, «Les possibilités et les limites du langage libéral» (pp. 205-226) al explotar cuestiones relativas a la racionalidad de corte habermasiano y la «neutralidad» del discurso liberal. Mencionar finalmente sendos trabajos de J.-R. Massini y O. Godard sobre ética empresarial y economía y ecología, respectivamente. Para la sección «Études» se han traído por coincidencia —relativa desde luego— varias contribuciones en materia de problemas de razonamiento y argumentación: Ch. Debusyst se interesa por la noción de «hombre razonable» en Condillac, H. Pourtois en una reflexión sobre moderna epistemología jurídica en la teoría del discurso de Habermas y las críticas de K. Günther, de quien previamente se incorpora el estudio titulado «Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale». Interpretación y hermenéutica jurídicas son abordadas por Ch. Jamin, «Relire Labbé et ses lecteurs» (teoría de la interpretación deomonónica y Escuela de la Exégesis) y F. Viola «Herméneutique et droit» (Gadamer-Betti). En otro ámbito, concerniente a la filosofía política rawlsiana, J. Bidet, «Pour un interprétation métastructurelle du contractualisme» (pp. 313-330).

## Ratio Juris

En el núm. 5, 1, 1992 se recogen, entre otros, estos trabajos. B. Bix, «A. D. Woolzley and the Concept of Right Answers in Law» (pp. 58-66), que examina y discute lo sostenido por Woolzley para el trabajo «No Right Answer», contenido en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 173-181. Sobre teoría del discurso jurídico, por referencia a R. Alexy y K. Günther, I. Dwars, «Application Discourse and the Special Case-Thesis», pp. 67-78. M. La Torre, presenta un análisis del valance de los escritos de O. Weinberger entre 1977 y 1991, «Professor Weinberger's Lectures on Jurisprudence», pp. 120-125. Sobre temas y problemas del pensamiento de Raz (al que se han dedicado varios trabajos en *Doxa*, 10, 1991, *vid. infra*) en R. A. Shiner, «Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour», pp. 1-22.

La segunda entrega acoge diversos trabajos sobre teoría del derecho en problemas de distinción (dworkiniana) entre reglas y principios, discurso jurídico fundador y de aplicación, o derecho y moral H. V. Wright-A. Aarnio).

## Droit et Société

El núm. 19, 1991, dedica su «dossier», bajo dirección de Ch. Kourilsky, a «Le rapport des jeunes au droit à l'Est et à l'Ouest», reuniendo quince colaboraciones que repasan desde ángulos preferentemente sociológicos las diversas actitudes que ambos

grupos sociales juveniles presentan frente al fenómeno jurídico (valores, educación cívica, conciencia jurídica, socialización jurídica, justicia, criminalidad y delincuencia, ideologías, cambios políticos y sociales, etc. Pondría un énfasis especial en el muy elaborado trabajo de E. S. Cohn & S. O. White, «The Relationship between Legal Reasoning and Behavioral Context» (pp. 389-408).

Para el núm. 20-21, correspondiente a la anualidad 1992, se ofreció bajo coordinación de A.-J. Arnaud un *dossier* dedicado a mostrar un representativo panorama sobre fundamentos y bases teóricas de nuevas aproximaciones críticas al Derecho en su perspectiva práctica. Se reunieron a este fin las siguientes colaboraciones: Arnaud, «Droit et Société: du contrast à la construction d' un champ commun» (pp. 17-38), reflexiona acerca de cómo el actual desarrollo de transformaciones en la práctica jurídica se corresponde con la repercusión epistemológica y de fundamentación que en la ciencia jurídica han producido las perspectivas críticas (*vid.* en especial apart. 2.1.). La línea de investigación en este trabajo desenvuelve parte de las conclusiones y avances expuestos en «Droit et Société: un carrefour interdisciplinaire», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 21, 1988, pp. 7-32. En otro lugar, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XLV, 1991, y del mismo A., un estudio de la figura del abogado entre modernismo y postmodernismo, pp. 1229-1236. G. G. Grancer contribuye con dos estudios, «A quoi sert l'Epistemologie?» (pp. 39-44) y «Verifying and applying knowledge in the social sciences» (pp. 45-51), donde expone las diversas dimensiones de la idea de epistemología y el problema de la verificación y aplicación del conocimiento desde el nivel fáctico, de las hipótesis y de la elaboración de teorías. J. A. García Amado, «Sobre los modos de conocer el derecho, o como construir el objeto jurídico» (pp. 53-72), constata la situación de creación y recreación del objeto Derecho desde la teoría y dogmática jurídica, esto es, desde otro ángulo en la general renuente actitud de los juristas a distinguir entre Derecho y Ciencia del Derecho, inclinándose en particular hacia una lectura intersistemática de los discursos jurídicos del Derecho, cuestionando la oportunidad y realidad de la existencia de un punto de vista externo sobre el derecho y, por último, abogando por una sociología jurídica que realice conjuntamente el examen del Derecho y de los factores sociales de su producción. M. Miaille, «La critique du droit» (pp. 73-87), con la orientación materialista que ya dio a conocer en *Une introduction critique au droit* (1976), hace análisis de modalidades críticas en orden a sistemas de mediación y regulación por el Derecho. F. Ost, «Pour une théorie ludique du droit», lleva el examen de diversas categorías epistemológicas en la óptica de la «teoría del derecho como juego» (*vid.* a este respecto *Droit et Société*, 17-18, 1991, «Droit et Jeu. Variations interdisciplinaires» y otros trabajos en nuestra *Crónica Bibliográfica 1992*, así como los múltiples trabajos del A. en unión con M. Van de Kerchove, entre ellos el muy reciente *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, 268 pp.). Todavía en la temática del dossier aparece «Régime civil, droit et raison», de J. Vuillemin (pp. 99-109). Otra de las secciones va rotulada como «Recherche et Justice», incluyendo los apartados «Le savoir et les institutions» y «L'Europe juridique et le juge français», con muy variadas aportaciones y comentarios a cargo de M. Zavaro, J. Commaille, A.-J. Arnaud y M. Troper. Cierra este número la sección «Etudes» con otros tantos de S. Bories, Y. Wouters & F. Van Loon, I. Théry, A. Bancaud y R. Levy & X. Rousseaux.

Finalmente, el núm. 22 tuvo el tema de las «Transformations de l'Etat et changements juridiques: l'exemple de l'Amérique latine» como materia elegida para la composición del «dossier», en esta oportunidad coordinado por W. de Lemos Capeller. De la media docena de artículos, una mitad poseen localización geográfica bien definida abordando la evolución del sistema jurídico revolucionario, funcionamiento de los derechos humanos, así como su violación y los procesos de redemocratización (Cuba, Nicaragua y Brasil respectivamente), en tanto que la otra dirige reflexiones más generales tanto en su temática (situación de la sociología jurídica y profesiones jurídicas) como geografía (Brasil en especial, junto a Chile, Colombia, Ecuador o Perú). De otra índole, aunque preferentemente con óptica de sociología y más empírica que teórica, son las contribuciones dispuestas para la sección «Recherche et justice». Cierra esta última entrega de *Droit et Société* para 1992, donde se han registrado cambios en algu-

nos de sus directivos responsables y en la propia maquetación de lo editado, una sección de «Études» que en particular incluye la traducción francesa (551-568) del trabajo de Kelsen (1953) «Was ist die Reine Rechtslehre», precedida de una introducción de Ph. Coppens (pp. 533-550), un sugestivo estudio de R. Coulon, «Mot, mythe et logique dans la construction des réalités juridique et social» (pp. 569-584) cuyo análisis sociolingüístico de las decisiones judiciales empareja al discurso político actual mediante la percepción de la lógica narrativa en que se reconstruye la realidad del no-ciudadano como ser despojado de su condición humana, y la visión de O. de Schetter con «Les *Critical Legal Studies* au pays du droit international public», tema que, para avanzar ya desde este lugar, ha tenido una singular recepción de interés en alguna de las revistas españolas de filosofía jurídica (*vid. infra, Doxa*, 11, 1992).

## Droits

Las entregas núm. 15 y 16 de 1992 muestran sobre el monográfico «L'Etat» un variadísimo elenco de colaboraciones de las que en razón al interés de sus enfoques y al propio de nuestra disciplina subrayaría las siguientes: O. Beaud, «Oberture: L'honneur perdu de l'Etat?» (15, pp. 3-10); J. Carbonier, «L'Etat dans une vision civiliste» (15, pp. 33-37); M. Treper, «de concept d'Etat de droit» (15, pp. 51-63); H. Quaritsch, «La situation actuelle de la théorie générale de l'Etat en Allemagne» (15, pp. 65-76) y M.-J. Redor, «L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle» (15, pp. 91-100. De esta misma autora, más extensamente, *De l'Etat légal à Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914)*, PUAM, 1992, 386 pp.), ambos pese a su carácter obligadamente conciso en algunos extremos modelo en mi opinión de unas líneas de investigación que lamentamos no sean también desarrolladas entre nosotros; E. Desmons, «Le droit de résistance du fonctionnaire» (15, pp. 101-111); D. Alland, «Ouverture: L'Etat sans qualités» (16, pp. 1-9), J.-F. Kervégan, «Hegel, l'Etat, le droit» (16, pp. 21-32); A. Schütz, «Saint Augustin, l'Etat et la *bande de brigands*» (16, pp. 71-83); F. Poirat, «La doctrine des *droits fondamentaux* de L'Etat» (16, pp. 83-91). Conjugando, pues, la faceta interna y externa del Estado con trabajos de panorámicas más generales en sus tratamientos. Atractivas también los cuatro estudios que forman la sección varia: C. Gautier, «De la liberté chez les Modernes: Ferguson, critique de la modernité» (15, pp. 125-140), L. Jaume, «Gizot et la philosophie de la représentation» (15, pp. 141-152), B. Edelman, «L'ennemi dans les déclarations ser les droits de l'homme» (16, pp. 119-130) y O. Jouanjan, «Réflexions sur l'égalité devant la loi» (16, pp. 131-139).

## Rechtstheorie

Habiendo sido distribuidos los fasc. 1 y 2 de 1992 conviene destacar del primero los trabajos sobre filosofía analítica, con presentación de W. Krawietz, de G. H. Von Wright («*Analytische Philosophie. Eine historisch-kristisches Betrachtung*», pp. 3-25), y R. S. Summers («On Analyzing and Characterizing the General Style of a Legal System as Formal or as Substantive», pp. 27-34). El segundo eligió por tema casi monográfico el estudio del pensamiento de Franz Weyr (1879-1951) registrando colaboraciones a cargo de R. Walter, «Franz Weyr als deutschsprachiger juristischer Autor», pp. 149-160), P. Hungr («Weyr und Kelsen-Geistesverwandte Persönlichkeiten», pp. 161-165) así como el trabajo de O. Weinberger («Ontologie der Normen, vor allem der Rechtsnormen. Gegenüberstellung der Auffassungen von Frantisek Weyr, Hans Kelsen und des Institutionalistischen Rechtspositivismus», pp. 167-176). Se incluye también un artículo sobre la idea de Justicia Poética en Perelman (pp. 177-186) de J. M. Broelman.

## Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto

Al momento de confeccionar esta crónica se hallan distribuidos los fascículos 1 y 2 correspondientes al primer semestre de 1992. El primero de ellos incorpora en su sección «Studi» trabajos sobre teoría de los derechos humanos (M. Kriele, «L'universalità dei diritti dell'uomo», pp. 3-26), teoría del derecho (M. La Torre, «Linguaggio giuridico e realtà sociale. Note sulla critica realistica del concetto di diritto soggettivo», pp. 27-91, donde el examen de las posiciones del realismo jurídico escandinavo se completan al cierre con las de Weinberger y MacCormick en el positivismo jurídico institucional) y análisis de conceptos jurídicos fundamentales del derecho hebraico en pasajes de la Escritura bíblica (S. Tarter, «Golah. Il nomos della responsabilità», pp. 92-111). Para «Note e discussioni», además de alguna crónica congresual o reciente información crítica acerca del derecho como *relación y reconocimiento* (S. Cotta y B. Troncarelli), el esquema de trabajo sobre deducción jurídica a cargo de J.-L. Gardies («La rationalité du droit sus le regard de la logique», pp. 132-133). El segundo fascículo de los hasta ahora editados presenta una sección específica compuesta de estudios en recuerdo de J. Wróblewski (m. 31 de mayo 1990) completada con la relación de las colaboraciones publicadas en la *RIFD* al desaparecido jurista y filósofo polaco. Junto a la presentación de Cotta (pp. 161-177) y a uno sobre un capítulo de la biografía intelectual, por K. Opalek (pp. 321-337), la mayor parte de los estudios se consagran a la interpretación de su pensamiento o bien a varias de las áreas de investigación más preferidas de aquél. De la sección «Note e discussioni» destacan L. Palazzani (pp. 344-351) recogiendo de un reciente seminario la necesidad de reformulación conceptual de la objeción de conciencia ante su generalización en la actualidad a ámbitos jurídicos inicialmente no contemplados y cada vez más amplios (sanitario, ecológico, fiscal, político, religioso, etc.). En extenso y resultado de aquel seminario B. Perrone (ed.), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano, Giuffrè, 1991, 452 pp.

## Cahiers de philosophie politique et juridique

El núm. 20, 1992 acoge la publicación de las Actas del Coloquio sobre «La fondation des normes. Tradition et argumentation» (mayo de 1991). Aparecen así trabajos de J. Dahomet, «Que peut être une fondation universelle de normes?» (pp. 55-76), A. Carrino, «Le positivisme critique de Hans Kelsen: une fondation logico-formelle des normes» (pp. 77-88) o R. Legros, «Le saut périlleux de Chan Perelman» (pp. 151-164). En diferente dirección temática S. Goyard-Fabre, «La tradition contre l'histoire: la position de Léo Strauss» (pp. 7-30), A. Bertin, «Tradition démocratique et universalité» (pp. 31-54) o A. Renaut, «Nietzsche et le critique de la rationalité démocratique» (pp. 109-128). Otro conjunto de colaboraciones va dedicado al comunitarismo: L. Sosoe, «La pensée communautarienne: généalogie ou subversion des modernes?» (pp. 129-150) o J. Lenoble, «Repenser le libéralisme: au-delà des critiques communautariennes et post-modernes», (pp. 177-216).

## Revue interdisciplinaire d'études juridiques

La naturaleza de la publicación favorece contenidos muy diversos. Reseñaré sólo aquello que guarda más directa relación con algunas de nuestras preocupaciones. Del núm. 28, 1992, A. Garapon, «Kafka et le non-lieu de la loi», pp. 1-17, bien construido, aunque acaso con una deuda demasiado grande para con el trabajo de M. Robert (*Kafka*, Paris, Gallimard, 1960) que en alguna medida le hace resentirse por ausencia de otros también más recientes como M. Blanchot (*De Kafka a Kafka*, Paris, Gallimard,

1981, del que existe trad. castellana de J. Ferreiro, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, 327 pp.); R. E. Rojo, «Justice et droits de l'homme dans une démocratie naissante. Le cas de l'Argentine 1983-1989», pp. 19-55, que aprovechará en conectarse con él en parecidas fechas publicado por R. Bergalli, *vid. infra*, *Sociología del Derecho*, 1/1992; de singular interés en materia de aplicación (principio de horizontalidad) y eficacia de los derechos humanos la colaboración de O. de Schutter, «*State Action et Drittwirkung: du différent en droit*», pp. 73-110. Por último, todavía en ese número F. Ost, «L'auto-organisation écologique des entreprises»: un jeu sans conflits et sans règles?», pp. 147-178. De siguiente, 29/1992, H. Rottleuthner, «Le concept sociologique de droit», pp. 67-84, y J.-F. Niort, «Droit, idéologie et politique dans le Code Civil français de 1804», pp. 85-109, en línea con la temática de otro estudio ya mencionado (*vid. supra*, *Archives de Philosophie de Droit*, 37, 1992). Finalmente, P. Legrand, «Chassés-croisés d'histoire de la philosophie du contrat et de philosophie de l'histoire du contrat», pp. 131-150, extenso comentario a la obra de J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, 1991, donde se respondía a los modernos orígenes de la noción de contrato situándolos en lo elaborado durante el siglo XVI por la Escuela española del Derecho Natural como síntesis entre la tradición romanista y la filosofía moral aristotelicatomista. El comentario crítico de Legrand se incardina más bien hacia lo epistemológico.

## Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho

La sección monográfica del segundo de los cuadernos (núm. 10) correspondiente a 1991 se concreta en divesos aspectos de la obra de Raz, reuniendo colaboraciones de C. Bayon («Razones y reglas: sobre el concepto de *razón excluyente* de Joseph Raz», pp. 25-66), ofreciendo un elaborado análisis crítico de aquélla, R. Caracciolo («El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción», pp. 67-90), acerca de la noción de autoridad jurídica como autoridad normativa, autoridad legítima y autoridad moral, así como de su apropiada caracterización en términos de «razón para la acción», M. C. Redondo y P. E. Navarro («Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz», pp. 91-100) que llevan a cabo una revisión sobre los criterios de distinción entre razones de primer y segundo orden, el examen de las posiciones de Raz y Hart, y sobre la naturaleza de las razones excluyentes, y M. Atienza y J. Ruiz Manero («Sobre principios y normas», pp. 101-120) proporcionando respuestas para la categorización de los rasgos estructurales de diferenciación entre el tipo de razones para la acción representado en principios y el que corresponda a normas. El volumen 10 incorpora también las secciones de artículos y notas. De la primera destacaré el trabajo de O. M. Fiss («¿La muerte del Derecho?», pp. 123-140) como examen de la literatura iusfilosófica de los *critical legal studies* y el análisis económico del derecho; M. La Torre («Mirando desde ningún lugar. Una breve introducción a la filosofía de Thomas Nagel», pp. 141-172) al trazar el examen de la filosofía moral de Nagel en *What does it all mean?* (1987) y considerando su faceta de pensamiento débil; A. Serrano («Dogmática jurídica y análisis sociológico», pp. 173-200), análisis histórico de la actividad judicial en la elaboración de categorías dogmáticas y reglas interpretativas con detenido estudio del concepto «doctrina legal» en nuestro ordenamiento jurídico. También J. J. Moreso («Disposiciones de reforma constitucional») y J. Aguiló («La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen»). Para la de notas se distinguen dos partes: la que presenta un fértil debate en torno a la teoría de la justificación de la democracia defendida por C. S. Nino, donde intervienen C. F. Rosenkrantz, A. Ródenas y el propio Nino, y aquella otra en la que J. de Lucas retoma el de los «derechos morales» («Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales. A propósito de la polémica sobre los derechos morales», pp. 307-318). Se incluyen también otras dos colaboraciones sobre indiferencia y versátil instrumentalidad práctica de la ciencia (E. A. Marí, «Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo») y relativa a temática y metodología en sociología del Derecho (R. Bergalli, «Más sobre la



institucionalización en sociología jurídica»). El habitual apartado de entrevistas se dedica en esta ocasión a A. Truyol y Serra, por A. E. Pérez Luño (pp. 341-358).

En cuanto al contenido del vol. 11, primera entrega de 1992, la sección monográfica reúne en «Sobre la tolerancia» (pp. 21-126) trabajos de D. A. J. Richards, L. Gianformaggio, A. Schmitt, J. R. de Paramo y J. de Lucas. En artículos aparece el sugestivo de J. Derrida titulado «Fuerza de la ley: El *fundamento místico de la autoridad*», (pp. 128-192), otro a firma de J. A. García Amado (pp. 193-218), del que hemos dado noticia en *Droit et Société* (núm. 20-21, 1992), B. Barry, «Derechos humanos individualismo y escepticismo», (pp. 219-232) en crítica a las tesis de MacIntyre sobre neutralidad del liberalismo respecto a concepciones del bien, de nuevo O. M. Fiss, «El Derecho recuperado» (pp. 233-246) contemplado el estado actual de pretensiones en las corrientes iusfilosóficas norteamericanas análisis económico del derecho y *CLS*, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial» conjuntamente por J. J. Moreso, P. N. Navarro y C. Redondo para discutir las tesis de inseparabilidad (uso de normas y principios morales en la justificación de decisiones judiciales) y de la insuficiencia (inadecuación de la justificación al modelo de inferencias deductivas) (pp. 247-262), y J. Aguilo, «Derogación, rechazo y sistema jurídico», (pp. 263-280). Las notas se reservan a la autorizada presentación de D. Keenedy sobre la formación histórica *CLS* (pp. 283-294) y la contemplación muy crítica de aquel movimiento en varios de sus presupuestos políticos y algunas de sus bases epistemológicas por A. Calsamiglia, «La retórica del *Critical Legal Studies*. Impresiones de un lector español», pp. 295-310. Finalmente, O. Weinberger es entrevistado por E. Bulygin (pp. 313-323) en una sección que merecería futuro compendio general en publicación separada de *Conversaciones*.

## DERRIDA

En punto y aparte, el interés que sabe despertar la colaboración de DERRIDA arriba señalada me lleva a mencionar obras como D. Wood (ed.), *Derrida: A Critical Reader*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1992, R. Rorty, «Is Derrida a Transcendental Philosopher?», pp. 235-246. También, D. G. Carlson, D. Cornell, M. Rosenfeld (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, London, Routledge, 1992, 432 pp. En la habitual asociación de ideas entre cinismo e idea de justicia, cierto marginalismo y heterodoxia con los cánones de pensamiento tradicional, y D. Cornell, *The Philosophy of the Limit*, London, Routledge, 1992, 260 pp. trae sugestivas comparaciones entre la teoría de la justicia de Rawls y las diferenciaciones de Derrida respecto a derecho, normas y justicia.

## PENSAMIENTO POSMODERNO. SOCIEDAD, CULTURA Y DERECHO

En literatura Westview Press (Boulder-San Francisco-Oxford), que bajo dirección de W. Gordon y M. J. Radin inició en 1991 la colección «New Perspectives on Law, Culture, and Society», tiene en la actualidad publicados tres títulos de considerable interés: *Pragmatism in Law and Society*, de M. Brint y W. Weaver (eds.), 400 pp., *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, de K. T. Bartlett & R. Kennedy (eds.), 452 pp., ambos aparecidos en 1991, así como el más reciente *Wittgenstein and Legal Theory*, al cuidado de D. M. Patterson, 1992, 264 pp.

El primero de ellos acoge 19 colaboraciones donde se subraya el optimismo del pensamiento social dentro de la tradición pragmática de Dewey, destacando el acercamiento a problemas de teoría jurídica y teoría de la interpretación en trabajos como los de R. A. Posner («What Has Pragmatism to Offer Law?», pp. 29-46), S. Fish («Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dwor-

kin», pp. 47-81), R. Rorty («The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice», pp. 89-97), J. C. Williams («Rorty, Radicalism, Romanticism: The Politics of the Gaze», pp. 155-180), H. Putnam («A Reconstruction of Deweyan Democracy», pp. 217-243), D. Hoy («Is Legal Originalism Compatible with Philosophical Pragmatism?», pp. 343-358) y R. Dworkin («Pragmatism, Right Answer, and True Banality», pp. 359-388). Figuran igualmente, entre otros, «Practice, Purpose, and Interpretative Controversy», de S. Knapp, «Punishment and Legitimacy», de M. Fisk, «The Limits of Neopragmatism», de C. West, o «The Pragmatist and the Feminist», de M. J. Radin.

Con temática próxima a las preocupaciones presentes en este último trabajo conecta el segundo de ellos, una recopilación de trabajos de K. T. Bartlett y R. Kennedy, que reúne diversos ensayos interdisciplinarios (filosofía, psicoanálisis, teoría política, crítica literaria) con incidencia para el enriquecimiento del pensamiento jurídico feminista.

Por último, *Wittgenstein and Legal Theory*, presenta el atractivo de lo contenido en la segunda sección de la obra, «Rules», dedicada a este poco explorado tema en el pensamiento wittgensteniano. Así, «Reconsidering the Rule of Law», nuevamente de M. J. Radin, pp. 125-155, «Wittgenstein and the Sceptical Fallacy», de G. A. Smith, pp. 157-188, «No Easy Cases?», por A. Marmor, pp. 189-207, «The Application (and Miss-Application) of Wittgenstein's Rule-Followings Considerations to Legal Theory», por B. Bix, pp. 209-223, y «Rules and the Rule-Following Argument», de F. Schauer, pp. 225-230. Para la sección primera, «Practices», destacar «The Acceptance of a Legal System», de R. A. Shiner, pp. 59-84, y «Law's Pragmatism; Law as Practice and Narrative» del editor, D. M. Patterson, pp. 85-121. En la sección tercera, «Politics», el estudio de Ch. Yablon, «Are Judges Liars?» A Wittgensteinian Critique of *Law's Empire*, pp. 249-262.

## WITTGENSTEIN

Dos textos de L. Wittgenstein. En Ediciones Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1992, 150 pp., se publicaron *Lecciones y conversaciones sobre estética, psicología y creencia religiosa*, con estudio introductorio I. Reguera, a cuyo cargo quedó también la traducción. Hay que señalar que los textos aquí reunidos contaban con una versión española anterior (*Estética, psicoanálisis y religión*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1976). Pero más que esta duplicidad conviene advertir su problemático por menor de identidad y alcance; se trata de borradores tomados por sus alumnos en clases o por otros interlocutores con ocasión de conversaciones, que junto al notable valor de recuperación presentan también una cierta fragmentariedad y posible incompletud. La obra se compone de anotaciones de lecciones sobre estética, expuestas ante el selecto círculo de alumnos asistentes al seminario que Wittgenstein mantenía en sus habitaciones privadas de Cambridge; extractos de un curso sobre la descripción; materiales resultantes de conversaciones entre 1942 y 1946 con Rush Rees, donde se aboceta una actitud bastante crítica hacia el psicoanálisis freudiano y, por último, de apuntes acerca de la creencia religiosa. La Introducción de Reguera se ocupa principalmente de estos últimos. No obstante, son muy atractivos y de enorme sugestión los temas y asuntos relacionados con la experiencia y lenguaje estéticos, que se identifican con la ética e independizan de la psicología. Para enfrentar el inevitable sincretismo de lo recogido en esta obra su lectura y utilización será siempre preciso religar con la entera y autorizada producción wittgensteniana. Finalmente, *Observaciones a «La rama dorada» de Frazer*, Introd. y trad. de J. Sádaba, en ed. y notas de J. L. Velázquez, Madrid, Tecnos, 1992, 91 pp., mostrándonos un Wittgenstein antropólogo que desde los *juegos del lenguaje* reformula la autocomprensión de la identidad e identificación etnocéntrica para con lo ajeno y diferente.

## TEORIA DE LA NARRATIVIDAD. COHERENCIA NARRATIVA

Vid. en especial los caps. 2 («The teller of tale: autors and their authoritations»), 4 (Temporality: narrations and their times») y 7 («Truthfulness, history and identity») de E. Tonkin, *Narrations our pasts. The social construction of oral history*, Cambridge University Press, 1992.

Los juicios implícitos en la narrativa bíblica y la implicación ética y jurídica de las historias de Adán y Eva, Caín y Abel, Jacob, Esaú, José y sus hermanos y el Éxodo, en C. M. Carmichael, *The Origins of Biblical Law. The Decalogues and the Book of the Covenant*, Cornell University Press, 1992, 272 pp. En parte, también el trabajo de S. Tarter, *cit. supra*, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1992. N. R. Cahn, «Speaking Differences: the Rules and Relationships of litigants' Discourses», en *Michigan Law Review*, 1992, 90, pp. 1705-1718. (Narratividad. Análisis del discurso). J. Calvo González, *Coherencia narrativa y razonamiento judicial*, en *Poder Judicial*, 25, 1992, pp. 97-102, y *El Discurso de los Hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid, Tecnos, 1993, 111 pp.

Junto a estas novedades me permito recordar también algunos otros trabajos menos recientes. D. Patterson, «Law, practice, interpretation and argument: toward a narrative conception of legal discourse», en M. Fallon (ed.), *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 325-337. En *Journal of Legal Education*, 40, 1990, D. O. Friedrichs, «Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin» (pp. 8-17), J. Batt, «Law, Science, and Narrative: Reflexions on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning» (pp. 19-46), A. W. Mcthenia, «Telling a Story about Storytelling», (pp. 67-76), D. Eisele, «Wittgenstein's Instructive Narrative: Leaving the Lessons Latent» (pp. 77-95), T. G. Phelps, «Narratives of Disobedience: Breaking/Changing the Law», (pp. 113-143), D. R. Papke, «Discharge as Dénouement: Appreciating the Storytelling of Appellate Opinions», (pp. 145-159), H. J. Powell, «Transparency, Opacity, and Openness in Narrative», (pp. 161-171). También, L. R. Hirshmann, «It will be Pleasanter to tell you a Story», en *Cardozo Law Review*, 1991, 13, pp. 445-454, y R. Gaete, «Telling Stories about Cardot», en *International Journal for the Semiotics of Law*, 15, 1992, pp. 283-290, abordando reflexiones sobre derechos humanos desde la perspectiva de análisis greimasiana. Como mención imprescindible, de B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, 214 pp. y «Narrative Models in Legal Proof» (1988), ahora en D. R. Papke, *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991, 368 pp. Relacionado con esto último, M. Menna, «Decibilità e sistema accusatorio», en *Politica del Diritto*, 3, 1992, pp. 443-474.

## PENSAMIENTO LIBERAL. LIBERALISMO. NEOLIBERALISMO

Con prefacio y notas de R. J. Dupuy fue reeditado por L'Imprimerie Nationale, 1992, 208 pp. *De l'esprit de conquête*, de B. Constant. Entre los escritos del conocido pensador liberal éste representa un notable exponente de la «crítica panfletaria» al cambio originado en el seno de los ideales de 1789 con la transformación napoleónica de la guerra revolucionaria en guerra de conquista. M. L. Sánchez-Mejía, *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo postrevolucionario*, Alianza, Madrid, 1992, 295 pp. Trabajo en línea de historia de las ideas políticas. Se afirma la existencia de un pensamiento que mantuvo a lo largo de una dilatada experiencia política y diversificada preocupación intelectual un trazado fundamental presente ya en esquema desde las más tempranas producciones: convicción en el progreso de la igualdad a través de la evolutiva transformación de las formas sociales hacia situaciones de desigualdad cada vez menores. Es lo que la autora denomina proceso de «construcción del liberalismo postrevolucionario» como el conducido a través, de una parte, del afianzamiento de la

igualdad política garantizada por la propiedad, y de otra, pareja y complementariamente, mediante la efectiva limitación del poder en un sistema representativo respetuoso de las libertades individuales. Una novedad importante reside en la formulación y análisis de la dimensión romántica en la mentalidad de Constant.

Ecós de un liberalismo en parte legatario de Constant, claro que también «contaminado» de Montesquieu, hallaremos en G. Sartori, *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1992. Muy ilustrativo a este respecto su posición en torno al par de democracia-liberalismos. Visión representativa que más adelante le aproxima a una dimensión empírica de democracia. Los temas (elementos) suman quince; constitución, opinión pública, parlamento, identidad política... Del último mencionado se ofrece una expresiva posdata sobre Schmitt.

En la literatura francesa igualmente la obra de E. Gasparini, *La pensée politique d'Hippolyte Taine: entre traditionalisme et libéralisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 450 pp. Trabajo de tesis doctoral que ha editado el Centro d'Études et de Recherches d'Historie des Idées Politiques con sede en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de Aix-Marseille. Se estructura en tres grandes apartados. El inicial se dedica al estudio del método histórico de Taine. En el intermedio, que titula «Une pensée dualiste», se presenta la primera parte del nervio central de la investigación, organizada en dos capítulos, sobre Taine como historiador tradicionalista y la condena científica de la Francia revolucionaria y de sus proyecciones y acerca de la síntesis del liberalismo dominante en el Taine politólogo. El apartado final registra la influencia ejercida por el pensamiento aquel autor.

En defensa de un liberalismo en el que lo económico no padezca por lo político, y a la inversa, E. Paz Barnica, *El liberalismo en la encrucijada*, Pról. J. M. Sanguinetti, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1992, 409 pp., trata de defender el equilibrio posible y solidario de lo colectivo con lo individual formulando una preferencia neoliberal pero responsablemente corregida desde los esenciales valores de la socialdemocracia.

Como reciente obra en el enfoque económico del liberalismo, R. Termes, *Antropología del capitalismo*, Plaza & Janés/Cambio 16, Madrid, 1992, 239 pp. Texto del discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Presenta el intento de una fundamentación antropológica del capitalismo capaz de no abandonar la ética por la eficiencia, lo que se acerca a veces al plan de alcanzar o siquiera proponer una «ética eficiente». De ahí, seguramente, su no siempre muy ordenada crítica a un liberalismo enfocado en lo económico como utilitarismo y consecuencialismo. A. Argandoña, T. Melendo, A. Ollero, R. Termes, *Cuatro conferencias sobre ética y empresa*, Patronato Los Jarales, Antequera, 1992, 70 pp. Textos de las principales intervenciones en jornadas de estudio sobre ética de los negocios bajo organización del Patronato igualmente responsable de la edición. Se ofrece el análisis moral de la actividad empresarial tomado desde perspectivas en las que confluyen aportaciones de la teoría aristotélico-tomista, enseñanzas de la doctrina social católica y tradición liberal moderada de control social del Estado. Destaca así el trabajo de A. Ollero Tassara, «La apropiación de lo público por el Estado». En *Il Politico*, 162, 2, 1992, M. Tesini, «Echio del "mito Americano": i cattolici liberali francesi dell'Ottocento», pp. 205-223, *cattolismo liberal*, L'Avenir, Lamennais, e interpretaciones de Tocqueville por Montalembert, Lacordaire, Cochin, etc., todo lo cual cabría complementar en J. Varela Suanzes, «El liberalismo francés después de Napoleón («De la anglofobia a la anglofilia)», *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 29-43.

A. Saenz de Miera, *La sociedad necesaria*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, 341 pp. Defensa en signo de tradición liberal moderada de la sociedad civil frente al Estado. Reflexión para el avance desde un Estado del bienestar hacia una Sociedad del bienestar. Redefinición del «Estado del Bienestar» y de la «solidaridad» en función no de exclusivo y sólo intervencionismo estatal, sino a través de una real cooperación ciudadana.

I. Berlin, *El fuste torcido de la Humanidad*, ed. a cargo de H. Hardy, trad. de J. M. Álvarez Flórez y Prólogo de S. Giner, Barcelona, Península, 1992, 266 pp. Del conjun-

to de trabajos en historia de las ideas aquí recopilados (1959-1988) el grueso nervio de la posición pluralista que fundamenta para Berlin el ideal humanista liberal es determinante. Arraiga en la quiebra del ideal universalista, donde cada cultura presenta sus propias verdades religiosas, morales y estéticas; luego el relativismo cultural constituye la única garantía contra el dogmatismo y la intolerancia de teorías objetivistas. Los fines y valores son inconmensurables y contradictorios. No obstante, Berlin va distanciarse de un relativismo excéptico, igualmente tráfico. Sobre fines y valores existe desde el pluralismo la capacidad de comprensión racional como común horizonte de lo humano. Además de otras referencias dadas ya en nuestra *Crónica Bibliográfica 1992* (acerca de la ed. inglesa, y entrevistas de J. Cruz y S. Giner), muy recientemente, en una idea editorial bien diseñada y de enorme interés, *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Madrid, Anaya & Mario Muchnik, 1993, 285 pp., en particular, segunda, tercera y cuarta conversación: «El nacimiento de la política moderna» (pp. 77-123), «Ideas políticas: la prueba del tiempo» (pp. 127-175), y «Una filosofía de la libertad» (pp. 179-209).

C. Thiebaut, *Los límites de la comunidad*, Madrid, CEC, 1992, 221 pp. Proyecto moral del liberalismo ilustrado desde la axiología y política de la tolerancia modernas (M. Walzer, Ch. Taylor, M. Nussbaum), bien que sin menosprecio absoluto hacia algunos comunitarismos de diverso grado e índole (MacIntyre, Bellah, Sandel).

## PENSAMIENTO REACCIONARIO. CONSERVADURISMO. NEO-CONSERVADURISMO

T. Honderich, *El conservadurismo. Un análisis de la tradición anglosajona*, Barcelona, Península, 1993, 315 pp. Crítica de la mentalidad conservadora así como de las ideologías que a su vez se han opuesto al conservadurismo (liberalismo, socialismo democrático, marxismo); como temas clave el cambio, la libertad, el gobierno, la sociedad y la igualdad. Para historia de las ideas, de I. Berlin, el excelente «José de Maistre y los orígenes del fascismo» (pp. 103-166), en *El fuste torcido de la Humanidad*, cit., y en *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, «La Contra-ilustración: Joseph de Maistre y Edmund Burke» (pp. 95-105). De E. M. Cioran, «Ensayo sobre el pensamiento reaccionario. (A propósito de Joseph de Maistre)» (1957) (pp. 11-65), en *Ejercicios de admiración y otros textos. (Ensayos y retratos)*, trad. de R. Panizo, Barcelona, Tusquets, 1992, 229 pp. En textos, J. de Maistre, *De la souveraineté du peuple. Un anti-contrat social*, PUF, 1992, 294 pp., con introducción de F. Darcel. Complementario L. M. Clement, *La Contre-Revolution*, PUF, 1992, 126.

Por otra parte y siempre en la polémica y el interés de la articulación democrática, Schmitt; Ch. Mouffe, «Penser la démocratie moderne avec, el contre Carl Schmitt», en *Revue Française de Science Politique*, 42, 1, 1992, pp. 83-96. Finalmente, N. M. López Calera en *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Editorial Trota, 1992, 123 pp., que ofrece una precisa crítica de las posiciones neoconservadoras por su incontrolada recuperación del protagonismo de la sociedad civil y su propuesta de un Estado mínimo, así como para la débil ideología postmoderna de simple reconciliación con lo existente, formulando una tesis sustancializadora y no sustancialista del Estado como sujeto histórico en la contribución social del progreso en libertad e igualdad: «el Estado como sustancia y no como mero accidente social, esto es, un Estado no regido por el viejo principio liberal de la subsidiariedad, un Estado profundamente democrático, comprometido especialmente con una democracia social y económica, un Estado que autentifique día a día la conexión de los altos valores a los que sirve con las masas sociales, un Estado que viva en continua tensión con la sociedad y con los individuos concretos, sin mimarlos en sus numerosas negatividades y tampoco sin aplastarlos» (pp. 9-10). Original y certera recuperación ética y moral del Estado como paradigma racional (kantiano-hegelista)

en la propuesta de su positiva sustancialización, es decir, su más radical democratización.

## HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO

R. Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 350 pp. Sobre los conflictos entre positivistas y no positivistas con relación a siete temas centrales de la filosofía jurídica: «law as reason for action, law and authority, the internal point of view to law, the acceptance of law, discretion and principle, interpretation and semantics, and law and the common good». Sostiene la irresolubilidad del conflicto entre las posiciones enfrentadas. Considera defendible la teoría antipositivista o «teoría del derecho natural» como «an account of the nature of law».

J. M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico, I. De Heráclito a la Revolución Francesa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, 318 pp. Séptima edición (1 ed. 1971) de una obra entre cuyos abundantes méritos se alza el empeño de una valiosa disposición sistemática. La concepción tridimensional del Derecho defendida por el autor presenta la historia del Derecho natural como recuperación de un ideal de Derecho por el que alcanzar principios morales para la modulación de la experiencia jurídica.

Ch. Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, PUF, 1992, 328 pp. Consideración de los ideales filosóficos y políticos en la concepción económica del fisiocratismo como una teoría del derecho natural.

A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir. De l'école du droit naturel à l'école du droit historique*, Paris, PUF, 1991, 280 pp. De ambas escuelas en la formación de la cultura del Estado y el Derecho, K. Adomeit, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992, 244 pp. (Idea de Estado y filosofía política en la antigüedad).

A. Renaut-L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1992, 484 pp. Sobre la comunicabilidad, a veces difícil por más que casi siempre prometedora, entre la filosofía del derecho de los juristas y los filósofos, además de entre la tradición europea continental y la anglo-americana, destinado todo este esfuerzo a proyectar un programa neoiusnaturalista como aceptación casi metodológica del valor del derecho natural. En otro orden, ciertas proximidades (ideológico-jurídicas, MacIntyre-Rawls, o Kelsen-Villey, o conceptuales, entre filosofía jurídica y política), presentadas más allá de la aproximación, resultan más discutibles.

A. E. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, 231 pp. Su contenido comienza por plantear el reencuentro de España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. El desarrollo tiene singular interés en los cap. V y VI, sobre iusnaturalistas clásicos hispanos ante el Encuentro de América (también en *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 7-31, «Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el Nuevo Mundo»), y Democracia y Derechos Humanos en Bartolomé de Las Casas. Integran también la obra estudios dedicados a la filosofía jurídico-política de Juan Gines de Sepúlveda, la concepción democrática de Juan Roa Dávila y el orden jurídico de Francisco Suárez. En la literatura francesa el breve y en varios momentos demasiado general, F. Orhant, *Bartolomé de Las Casas. De la colonisation à la défense des Indiens*, Paris, Editions OUVRIÈRES, 1991, 160 pp. Una recuperación más importante del pensamiento lascasiano en R. Mate y F. Niewöhner (eds.), *El precio de la invención de América*, Barcelona, 1992, 254 pp. Por último I. Pérez Fernández, *Bartolomé de Las Casas, ¿contra los negros?*, Madrid, Edit. Mundo Negro, 1992, 269 pp., donde se desarrolla una minuciosa investigación acerca del problemático sentido discriminatorio que habitualmente se ha señalado para la propuesta de emancipación de indios a través del recurso a la esclavitud negra.

Relacionado con esta dimensión quisiera elogiar la labor de promoción investigadora que se lleva a cabo desde la Fundación MAPFRE AMERICA. Su Director General, J. L. Catalinas, y Presidente del Patronato, I. H. de Larramendi, vienen desarrollando una importante actividad editorial para preparación de las diversas Colecciones Mapfre 1492, coordinada por J. Andrés-Gallego, en particular insertando con carácter permanente un área dedicada a «Derecho y Derechos Humanos en Iberoamérica», de cuyo interés y más relevantes muestras de cultivo dentro nuestra disciplina hemos tenido reciente prueba, así en los trabajos incluidos en el T. VIII, 1991 de nuestro *Anuario de Filosofía del Derecho*, como en estudios monográficos como el arriba mencionado. Entre los trabajos ya aparecidos o bien en proyecto o en curso de publicación se cuentan: *Por la senda hispana de la libertad*, de S. Zavala, que indica como primer elemento liberalizador en el proceso conducente a la identidad americana actual, el históricamente derivado del pensamiento español de los siglos XVI y XVII; *América y la dignidad del hombre*, de F. Murillo Rubiera, sobre la gestación que en la Europa de los siglos XVI y XVII tiene lugar para la aparición del pensamiento relativo a los derechos humanos; *La idea de justicia en la conquista de América*, acerca de la preocupación de la Corona y los juristas españoles por la legitimación de los títulos de españoles para colonización y explotación del Nuevo Mundo, y *Genocidio en América*, contenido de la acusación y valoración histórica de la misma, ambos de L. Pereña; *El indigenismo desdeñado*, de J. B. Olaechea, colección de noticias centradas en los logros y fracasos de la defensa y la asimilación de los indígenas por españoles y criollos; *La cuestión agraria en el encuentro de dos mundos*, coordinado por R. V. Casanova, estudio multidisciplinar y en especial internacionalista en torno al origen y desarrollos de los problemas agrarios iberoamericanos, singularmente de los relacionados con la estructura de la propiedad, etc... De todo ello, más extensamente en *Colecciones Mapfre 1492. 500 años América hacia el Futuro*, Madrid, Fundación Mapfre, 1992.

Del mismo modo creo que han de aplaudirse los empeños de recuperación editorial sobre la obra de Juan Vives (1492-1540) llevados a cabo por diversas instituciones y organismos de la Comunidad Valenciana patrocinando la reedición (1947) de las *Obras Completas* (Generalitat Valenciana-Aguilar, 1992, 2 vols., 1438 y 1803 pp.). Sobre ello igualmente, *Juan Luis Vives. Humanista. Filósofo, Político*, Ayuntamiento de Valencia, 1992, que en cuidada edición presenta dos volúmenes correspondientes uno al estudio de A. Fontan, 148 pp., destacando su dimensión europeísta, y el otro a textos políticos, 135 pp. También, para el pensamiento social de Vives, *infra*, L. Saavedra.

## PENSAMIENTO JURIDICO CONTEMPORANEO. POSITIVISMO JURIDICO INSTITUCIONAL

Véase O. Weinberger & M. W. Fischer, *Demokratie und Rationalität*, IVR Yearbook 1992. Más en particular, para Weinberger, «Funktionalität und Demokratie», pp. 155-174 defendiendo una concepción institucional de la democracia y del Estado como institución universal de comunidades, así como «Ökonomismus im politischen Denken», pp. 259-276 en una posición de crítica al liberalismo de Hayek y con un análisis racional de funcionalidad, y para Fischer, «Politik als rationales Programm? Geheimbünde als Wegbereiter demokratischer Ordnungen», pp. 3-15, sobre sociedades secretas, «Rationalität in der Jurisprudenz», pp. 333-342, estudio comparativo de diferentes concepciones sobre racionalidad en la ciencia jurídica, con especial relación a teorías analíticas y hermenéuticas. Igualmente, el A. conecta con algunos de los planteamientos sobre valores en el positivismo jurídico institucional.

También *supra*, en *Ratio Juris* y *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, los trabajos de M. La Torre; en *Doxa*, entrevista de M. Atienza; en *Rechtstheorie*, 2, 1992, del mismo Weinberger sobre aproximación a Weyr y Kelsen desde la dimensión del positivismo jurídico institucional.

Por último, N. MacCormick, «Further Thoughts on Institutional Facts», *International Journal for the Semiotics of Law*, 13, 1992, pp. 3-15, en cierre a la discusión seguida, principalmente con B. S. Jackson, en núm. anterior (*vid.* nuestra *Crónica Bibliográfica*, 1992).

## BIOÉTICA Y PROBLEMAS EN SU ENTORNO

R. Löw et al., *Bioética*, trad. y Estudio Preliminar de J. L. del Barco, Rialp, Madrid, 1992, 206 pp. Destaco el estudio preliminar, que lleva por título «Bioética y Dignidad». Su planteamiento, a diferencia del enfoque en detalle de algunos de los trabajos traducidos (se traen de M. Marsch, J.-G. Meran, J. K. Ratzinger, J. Reter y R. Spaemann), y hasta del mismo tipo «lector implícito» previsto por la mayoría de ellos, tiene la virtud de abordar el problema globalmente (bioética no restringida a ética médica, bien sea clínica o génicomolecular), así como la de ofrecerlo, desde la óptica de legítimas convicciones personales, abierto a discusión. En compromiso hacia concretas creencias religiosas *vid.* también V. Mele, «La sperimentazione umana: il punto de vista della bioetica personalista», en *Iustitia*, 2/1992, pp. 228-240. De otra parte, A. Beristain, *Eutanasia: dignidad y muerte (y otros trabajos)*, Buenos Aires, Depalma, 1991, 172 pp., R. Frey, *Nature of Suicide*, Oxford, Blackwel, 1993, 288 pp., B. M. Knoppers & S. Lebris, «Recent Advances in Medical Assisted Conception: Legal, Ethical and Social Issues», en *American Journal of Law & Medicine*, 1991, 17, pp. 329-361 y, N. N., «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assitence», en *Harvard Law Review*, 1992, 105, pp. 2021-2040.

## DERECHOS HUMANOS. DERECHOS FUNDAMENTALES. FILOSOFIA DE LOS DERECHOS

L. García San Miguel (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, 190 pp. García San Miguel analiza la intimidad como límite de la libertad de expresión reconstruyendo su dimensión histórica y examinando su fundamento y contenido, para finalmente proponer varias claves de su regulación. A. E. Pérez Luño aborda los problemas de la intimidad en el panorama de la sociedad informatizada. D. M. Luzón Peña se ocupa en un examen de la legislación penal española sobre intimidad con sugerencias de política criminal. J. E. Bustos Pueche trata de la distinción entre libertad de información y derecho a la intimidad en especial considerando la interpretación jurisprudencial de veracidad. J. M. del Valle Villar atiende el estado de la protección del derecho a la intimidad en el mundo laboral. J. M. Espinar Vicente opta por la defensa prioritaria del derecho a la información causantes de manifiesta indefensión.

Un interesante tratamiento de la libertad de expresión en el terreno de las manifestaciones estéticas lo ofrece M. Ainis, «Per una storia costituzionale dell'Arte», en *Politica del Diritto*, 3, 1992, pp. 475-537, analizando esordios iusnaturalistas y contractualistas así como su introducción en la literatura constitucional de finales del s. XVII.

*Supra*, en *Droit Prospectif. Revue de la Recherche juridique*, 2/1992 destacar la inclusión de perspectivas antropológicas en la reflexión sobre derechos humanos. Así los de N. Rouland y E. Le Roy.

Muestra R. de Asis Roig en *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, con Pról. de E. Fernández, Madrid, Debate, 1992, 151 pp., continuidad en una fecunda línea de trabajo e investigación que había preludiado con excelentes resultados en *Deberes y obligaciones en la Constitución* (1991) (*vid.* nuestra *Crónica 1992*), para abrir ahora una perspectiva de reflexión y análisis desde el poder



y el derecho como sistemas de límites y garantías adonde algunos de los caracteres conceptuales y de eficacia de los derechos fundamentales cobran singular relieve. P. Richard, «Les droits de l'homme constituent-ils un programme politique?», en *Revue de l'Institut des droits de l'homme de l'Université Catholique de Lyon*, 1992/8, pp. 31-38. Los trabajos de Ph. Viciri Ramaga, «Relativity of the Minority Concept», en *Human Rights Quarterly*, 14, 1, 1992, pp. 104-119, «The Bases of Minority Identity», en la misma revista, 14, 3, 1992, pp. 409-428. Con especial mirada sobre tratados internacionales pero reuniendo trabajos sobre problemas conceptuales de los Derechos de las minorías, Y. Dinstein & M. Tabory (eds.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, 544 pp.

R. Vander Elst, «La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux de protection internationale des droits de l'homme», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 10, 1992, pp. 131-146.

Un trabajo aprovechable en este apartado temático el de E. Carmona Cuenca, «Las normas constitucionales de contenido social. Delimitación y problema de su eficacia», en *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, pp. 103-125.

Un conjunto variado y numeroso de trabajos que ofrecen facetas de regularidad (igualdad) y excepcionalidad (diferencia) convergentes en la moderna idea de tolerancia, en *L'intolérance et le droit de l'autre*, Paris, Labor et Fides, 1992, 226 pp. También, R. Bodei, «L'altro sangue d'Europa», *Il Mulino*, 1, 1993, pp. 5-14; si Europa significa diferencia, G. B. Sgritta, «Il mutamento demografico rivoluzione inavvertita», en *id.*, pp. 15-34. Finalmente, Y. Bresson y H. Guitton (dir.), *Repenser la solidarité*, Paris, Editions Universitaires, 1991, 134 pp., acerca de conflictos en una sociedad dual y análisis de las propuestas sobre inserción e igualdad. (Vid. también *supra*, la sección monográfica de *Doxa*, 11, 1992).

En I. Berlin, *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, *cit.*, entre los diversos temas desarrollados en su conversación, *vid.* «Sobre las diferencias culturales», «Relativismo cultural y derechos humanos», «Dos conceptos de libertad», «El debate sobre el pluralismo», «La búsqueda del ideal», «El relativismo del siglo XVIII», «Pluralismo y democracia», «Igualdad y libertad», etc.

En otro área de temas, P. Carvajal, en *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, pp. 63-101, con el largo título «Derecho de resistencia, derecho de revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y la ciencia política en la temprana Edad Moderna», para al fin terminar considerando que la actual desobediencia civil que se dice liberal (J. Rawls en *Theory of Justice*) constituye una visión deformada de los presupuestos éticos del liberalismo (sic. p. 101). Con una visión de compromiso religioso, en *Iustitia* 1/1992 (revista de la Unión de Juristas Católicos. Roma), V. Turchi, «Obiezione di coscienza e Stato democratico», pp. 78-95, en cuestiones como la objeción de conciencia y democracia, recientes planteamientos críticos del instituto, sus riesgos y oportunidades, y S. Cotta, «Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)», en *Iustitia*, 2/1992, pp. 109-122. Otros planteamientos y enfoques en torno al deber jurídico y la obediencia al Derecho, T. R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven-London, Yale University Press, 1992, 274 pp. Sobre sistemas de creencias que orientan los cursos de acción hacia la obediencia al Derecho. Igualmente, S. Smid, *Einführung in die Philosophie des Rechts*, München, Beck, 1991, 213 pp. se interroga acerca del problemático consenso social generalizado en torno al carácter obligatorio del Derecho para un modelo liberal e individualista de sociedad.

Dentro de nuestra literatura jurídica el análisis acerca de la objeción de conciencia ha orientado su proyección respecto al poder judicial con trabajos como J. de Lucas y M. Atienza, «Insumisión y objeción de conciencia», en *Claves de Razón Práctica*, septiembre 1992, y «Juez y objeción de conciencia», de R. de Asis Roig, en *Sistema*, 113, 1993, pp. 57-72.

## LEGITIMIDAD, LEGALIDAD

Objeciones a las nociones de legitimidad y legalidad weberianas por Kelsen, Habermas y Luhmann en W. Lübb, *Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und sein Kritikern*, Tübingen, Mohr, 1991, 192 pp. Ch. Turner, *Modernity and Politics in the Work of Max Weber*, London, Routledge, 1992, 240 pp., apuntando perfiles neoaristotélicos y neokantianos en la concepción política weberiana. R. Marra, *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber 1882-1889*, Torino, Giappichelli, 1992, 196 pp. Un trazado analítico sobre la biografía intelectual juvenil de Weber (fuentes presupuestos metodológicos, y actitudes personales) detectando su valor y significado para la comprensión unitaria de su pensamiento. También del mismo autor una colaboración sobre el estatuto científico de la sociología jurídica en la ascendencia weberiana, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI, 1, pp. 227-287.

Sobre esto último igualmente, J. Freund, *D'Auguste Comte à Max Weber*, Paris, Economica, 1992, 250 pp.

De otra parte, L. Rizzi, «Il problema della legittimazione democratica in Kelsen e Rousseau», *Il Politico*, 162, 2, 1991, pp. 225-258, y R. J. Vernengo, «Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del Derecho», en *Revista de Estudios Políticos*, 77, 1992, pp. 267-284.

## LENGUAJE. SEMANTICA. SEMIOTICA

E. Lledó, *El surco del tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y la memoria*, Editorial Crítica, Barcelona, 1992, 231 pp. Del pasaje platónico de «Fedro» donde Sócrates relata, sobre el mito del dios inventor egipcio Theuth y el rey Thamus, el descubrimiento de las letras y la escritura cuyo ofrecimiento a los hombres, dado en forma de «fármaco de la memoria», pareció al monarca un hallazgo pernicioso para la memoria y amenaza de la sabiduría auténtica bajo formas aparentes. Sócrates se inclina a participar de las advertencias de Thamus, no concediendo a la escritura otro valor que aquel por el que resultando del entretenimiento tiene más tarde función recordatoria cuando al individuo le sobreviene el olvido y en parte, acaso también aquella utilidad que, según defiende Fedro, prestarían las letras cuando componen historias sobre cosas bellas como la justicia. Lledó se interna desde aquí, con exquisita exégesis filológica que prolonga el texto platónico, a enfrentar el argumento de que la palabra escrita si no muda o silente (recordemos su *Silencio de la escritura*, Madrid, CEC, 1991, en nuestra *Crónica Bibliográfica 1992*) lo que dice es siempre «una y la misma cosa». A la fuerza aquí reducido, su razonamiento indaga la trasmisión, y casi yo diría la trasmigración, de la memoria individual de un escrito por lo que denomina «el gran río del pensamiento». Un apasionado (pasional) intenso amor por la cultura escrita en su discurrir por el diálogo de las tradiciones hermenéuticas del lenguaje escrito que la memoria de un logos (vid. E. Lledó, *La memoria del Logos. Estudios sobre el diálogo platónico* (1984), 2.<sup>a</sup> ed. revisada y aumentada Madrid, Taurus, 1992) actualiza, más allá incluso de la simple referencia a lo real.

En otro orden de cuestiones, R. K. L. Collins & D. M. Skover, «Paratexts», en *Stanford Law Review*, 44, 1992, pp. 509-552. Sobre un discurso contrafáctico, R. N. Strassfeld, «If...: Counterfactuals in the Law», en *George Washington Law Review*, 1992, 60, pp. 253-268.

U. Eco, *Los límites de la interpretación*, trad. de H. Lozano, Barcelona, Lumen, 405 pp. Se rescata de los varios trabajos entre 1981 y 1990 que aquí se reúnen la idea una semiótica capaz de alcanzar, sin renuncia de la libertad interpretativa que en la línea de Hegel, Nietzsche, Heidegger, Gadamer se hace «semiosis ilimitada» en Peirce, una determinación racional o razonable del sentido. Este límite actúa para Eco desde el propio texto. Es así ilustrativo lo declarado en la p. 141: «Entre la historia misteriosa

de la producción de un texto y la deriva incontrolable de sus interpretaciones futuras, el texto *en cuanto texto* representa aún una presencia confortable, un paradigma al que atenemos». Sin embargo, esta aparentemente nueva posición para nada contradice el distanciamiento de la noción de «autor» que mediante los constructos heurísticos de apertura y cooperación interpretativa del lector había sostenido tanto en la temprana *Opera aperta* (1962) como posteriormente en la más expresiva *Lector in fabula* (1979). Los límites de los que habla Eco en este compendio de trabajos están alejados también de la «hermenéutica de la reconstrucción» (Dilthey, Betti, Hirsch), con cuyas fronteras no se confunde, y por consiguiente de la rehabilitación de la «inténtio auctoris». Lo que ahora se dice es que cabe pues hablar no sólo de *misreadings* o lecturas erradas, tal como hacen los deconstructivistas americanos, sino también de verdaderas lecturas aberrantes y que en esa eventualidad «entre la inaccesible intención del autor y la discutible intención del lector está la intención transparente del texto que refuta una interpretación insostenible» (p. 1333). La parte final del libro se extiende en diversos trabajos concretados bajo el rótulo de «Las condiciones de la interpretación», siendo de especial brillantez las exposiciones de lógica pragmática sobre la inferencia abductiva o retroductiva.

Los trabajos contenidos en D. Bourcier, P. Mackay (eds.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, 480 pp. Con anterioridad, en *Semiótica y Retórica*, dentro de R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann, *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, ARSP, Beihefte NF. 44, 1991, W. Schreckenberger, «Notizen über die Rhetorische Semiotik-unter besonderer Berücksichtigung der Geltungsproblematik in der Rechtstheorie» (pp. 348-360). Recordemos también, que de este último autor existe la traducción a cargo de E. Garzón Valdés, de un trabajo anterior, muy interesante, *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de los textos constitucionales y judiciales de la República Federal en Alemania*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

### International Journal for the Semiotics of Law

Aparte menciones de otros trabajos en diferentes lugares de esta *Crónica*, para el núm. 13, 1992 T. Espar & E. Mora, «L'Expertise linguistique dans le procès pénal: langage et identité du sujet», pp. 17-37, K. Sobota, «The Rethorical Construction of Law», pp. 39-54 y B. S. Jackson, «Pour une modèle sémiotique de l'analogie du jeu en théorie du droit», pp. 55-99, cuya versión inglesa había sido incluida en el 17-18, 1992 de *Droit et Société*. De la entrega núm. 14, ofrecida en homenaje a J. Wróblewski, M. Salter, «Laws of Language in Hegel's Semiology» (pp. 165-180), y un nuevo debate entre N. MacCormick y B. S. Jackson, en donde del primero «Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems» y «A Deductivist Rejoinder to Semiotic Critique» (pp. 181-202, y 215-224) mientras el segundo «MacCormick on Logical Justification in Easy Cases: A Semiotic Critique» (pp. 203-214). Por último, dentro del núm. 15, dedicado a A. J. Greimas, se incorporan diversas contribuciones sobre derechos humanos, entre las que destacó G. E. Whitney, «The Legality of Human Rights, Viewed as a Higher Order Dynamic Interpretant», pp. 229-247, y R. Coulon, «Le juge constitutionnel, self-made man: du bon usage des droits de l'homme», pp. 291-313, y en la sección de discusiones el trabajo de E. Landowski, «Statutes and Practices of the Legal Text», pp. 315-330.

### ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

B. Bouckaert & G. de Geest, *Bibliografy of Law and Economics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, 684 pp.

R. Bowers, «Economics and Law», en D. Greenaway, M. Bleaney, I. Stewart (eds.), *Companion to Contemporary Economic Thought*, London, Routledge, 1991, pp. 781-796.

J. D. A. Coleman & J. Lange (eds.), *Law and Economics*, I y II, The International Library of Essays in Law and Legal Theory Aldershot, Dartmouth, 1992, 518 y 535 pp. respectivamente. Se recogen, entre otros muchos, los trabajos de S. Rose-Ackerman, «Inalienability and the Theory of Property Rights», vol. I, pp. 421-459, P. H. Rubin, «Why is the Common Law Efficient?», vol. II, pp. 3-15, R. A. Posner, «Utilitarianism, Economics and Legal Theory», vol. II, pp. 459-496, R. M. Dworkin «Is Wealth a Value?», vol. II, pp. 497-532.

De nuestra literatura recogen en especial P. Duran y Lalaguna, *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Granada, Comares, 1992, 209 pp., donde se estudian los precedentes económicos (Smith) y filosóficos (Bentham), así como en la teoría política económica la de Buchanan. Incidiendo en lo jurídico se trata la definición operativa del análisis económico del derecho basada en el concepto de eficacia y mínimo coste de G. S. Becker, y de coste social de R. H. Coase, además de las interpretaciones de Calabresi y Posner. El cap. X se dedica a «La explicación de las instituciones jurídicas», vertida sobre los derechos, la propiedad, los contratos y la responsabilidad.

## PENSAMIENTO ESPAÑOL CONTEMPORANEO

Para el pensamiento «institucionalista» español, J. L. Rozalen Medina, «Manuel B. Cossio y la Institución Libre de Enseñanza», en *Sistema*, 109, 1992, pp. 113-128.

Sobre la figura y obra de F. González Vicén, E. Díaz, «Felipe González Vicén (1908-1991)», en *Doxa*, 9, 1991, pp. 23-38 (ya en nuestra *Crónica Bibliográfica 1992*). También, Alvarez, «Felipe González Vicén», en *Isegoría*, 4, 1991, pp. 230-232. Además, J. Calvo González, «Guerra civil, Universidad y Censura. Sobre las sanciones y depuración al Profesor Felipe González Vicén», en *Sistema*, 109, 1992, pp. 45-72, y J. J. Gil Cremades, «Un expediente sancionador. Sobre un capítulo de la biografía intelectual de González Vicén», en *Sistema*, 113, 1993, pp. 37-55.

Del pensamiento filosófico español, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 7, 1993, presenta J. L. L. Aranguren, «Filosofía en la vida y vida de la filosofía», pp. 5-22, correspondiente al extracto de las cuatro conferencias dictadas por el A. el mes de marzo de 1992 en la Residencia de Estudiantes de Madrid y que sirvieron para inauguración de las «Conferencias Aranguren» organizadas por el Instituto de Filosofía del CSIC. A este texto se añaden los artículos de I. Sotelo, «El moralista frente al político», pp. 23-48, desde la propuesta de Aranguren sobre la figura del intelectual plantea su relación (crítica y utópica) con la política como convivencia libre y poder; T. Domènech, «... y fraternidad», pp. 49-77, estudia —también en homenaje a Aranguren— el último elemento de la triada democrático-republicana moderna, trazando filosóficamente un intento de precisión conceptual. La sección de Notas recoge colaboraciones sobre Ortega y Gasset, García Bacca y E. Imaz: P. H. Dust, «Amando lo artificial: Ortega y Gasset y nuestra relación con la técnica hoy», pp. 123-134, M. Stern, «Sobre la filosofía moral de Ortega y las dificultades de su recepción», pp. 135-150, C. Beorlegui, «La Filosofía de J. D. García Bacca», pp. 135-164, y J. A. Ascunde Arrieta, «Sentido y función del intelectual en el pensamiento de Eugenio Imaz», pp. 165-181. Figuran también en este número los trabajos de P. Peñalver Gómez, «El filósofo, el profeta, el hipócrita», pp. 79-105, en aproximación al pensamiento de E. Levinas, G. Gabriel, «El escándalo de la filosofía. El problema de la realidad y su disolución», pp. 107-121, donde partiendo de los análisis de Schopenhauer y Wittgenstein acerca de alienación y solipsismo prueba la combinación del realismo e idealismo como aspectos complementarios de lo humano conditio, y C. Lafont, en torno a Heidegger, con «El papel del lenguaje en *Ser y Tiempo*», pp. 183-196.

Del pensamiento sociológico español, L. Saavedra, *El pensamiento sociológico español*, Madrid, Taurus, 237 pp. Remontando en sus orígenes hasta el Renacimiento, con las figuras de J. L. Vives y Juan de Mariana, estimando la influencia positivista en Domoso Cortés, Ramón de la Sagra y Jaime Balmes y valorando la relación del krausismo con la sociología para, finalmente, llegar hasta la guerra civil con un riguroso análisis, a veces también crítico, de Ortega y Gasset.

En otro conjunto de preocupaciones, E. Díaz, «La revista *Triunfo*: cultura y democracia en España», en *Sistema*, 113, 1993, pp. 111-118, una recuperación de inventariado que sería bueno sistematizar y extender a más publicaciones.

## PENSAMIENTO EUROPEO CONTEMPORANEO

Destaco en Italia dos nombres, R. Treves y N. Bobbio. Del primero, *vid.* además de contribuciones de homenaje (*infra*, *Sociología del Diritto*), entre nosotros J. Sauquillo, «Recuerdo de Renato Treves (1907-1992): líneas fundamentales de su pensamiento jurídico y político», en *Sistema*, 112, 1993, pp. 117-127. Para el segundo, junto a traducciones como *El tiempo de los derechos*, ya noticiada en nuestra *Crónica bibliográfica 1992*, la reimpresión argentina de *Liberalismo y Democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina S. A., 1992, 114 pp. y el anticipo que de su *Autobiografía intelectual* publicó *Babelia*. Revista de Cultura, número 58 (*EL PAIS*, 21 de noviembre de 1992), también el trabajo de E. Díaz, «Norberto Bobbio: bases realistas para el socialismo democrático», en *Sistema*, 112, 1993, pp. 5-23. De otra parte, la publicación por *Panorama* (15 de giugno 1992) de una carta de Bobbio a Mussolini en 1935 obtuvo, al lado de la extraordinaria gallardía y probidad moral e intelectual de Bobbio (*vid.* «Quella lettera al Duce», en *La Stampa*, 16 de giugno 1992) y del general eco de adhesión y solidaridad (entre otros, V. Foa, A. Galante Garrone, A. Papuzzi, G. Vattimo y varios directores de diarios, *vid.* «Bobbio: il diritto di difendersi», *Società & Cultura*, en *La Stampa*, *cit.*) la desestimación de ese irrelevante tipo de «documentalismos históricos». No obstante, una revistación a la función antifascista de la «Resistenza» y al Partito d' Azione, en G. E. Rusconi, «L'ultimo azionismo», *Il Mulino*, 4, 1992, pp. 575-586, y en respuestas cruzadas, N. Bobbio, y G. E. Rusconi, «Lettere sul'azionismo», *id.*, 5, 1992, pp. 1021-1029.

De Francia, para el cuarto centenario de Montaigne (1533-1592), G. Peces-Barba, «Montaigne en la cultura jurídico política del tránsito a la modernidad», en *Sistema*, 113, 1993, pp. 5-16.

## MATERIALES PARA CIENCIA Y TEORIA DE LA LEGISLACION

Una documentación de enorme interés en *Politica del Diritto*, 2/1992, «Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi», con Presentación de G. U. Rescigno, pp. 351-380.

## TEORIA DEL DERECHO

P. Koller, *Theorie des Rechts: eine Einführung*, Wien, Böhlau, 1992, 240 pp. (introducción al Derecho). R. Haase, *Grundlagen und Grundformen des Rechts: eine Einführung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1992, 450 pp. (sobre el concepto de derecho). S. Marinez, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 1991, 766 pp. (manual de orientación clásica). B. Petit, *Introduction générale au droit*, Presses Universitaires de Grenoble, 1991, 160 pp. (la primera parte dedicada a diversos enfoques sobre la regla de

derecho, ley, aplicación e interpretación, costumbre y jurisprudencia, aunque de esta desarrollando sobre todo su perfil orgánico; para la parte segunda, los derechos subjetivos, existencia, prueba). J.-M. Trigeaud, *Introduction à la philosophie du droit*, Bordeaux, Editions Bèze, 1992, 95 pp. (concepto de derecho, teoría del derecho y sociología jurídica, idea de justicia, bases teóricas fundamentales del iusnaturalismo, positivismo, voluntarismo, formalismo). J. F. Lorca Navarrete, *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho. (Derecho y Orden. El derecho como sistema general de garantías)*, Madrid, Pirámide, 1993; tomando como hilo conductor las ideas de orden y del Derecho como sistema general de garantías, el A. hilvana de forma continuada un conjunto de temas que constituyen la sistemática de las disciplinas filosóficas jurídicas (Teoría y Filosofía del Derecho) en las Facultades de Derecho.

En estudios de carácter monográfico C. Beduschi, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, Cedam, 1992, 240 pp. De singular interés la parte segunda («La tipicità e il diritto») en que el A. estructura la obra, cuyo más singular contenido se presenta en los siguientes apartados: la tipicidad como categoría de la experiencia, el perfil intersubjetivo de la tipicidad, el procedimiento de tipificación, la jurisdicción, la ley, la norma jurídica, derecho y hermenéutica, derecho y ordenamiento. S. Cassese, «Introduzione allo studio della normazione», en *Rivista Trim. dir. pubbl.*, 2, 1992, pp. 307-330; el mito del legislador omnipotente, los juristas estudian las leyes, no la legislación, la normación como ciencia, el poder normativo, el ejercicio del poder normativo. D. Mendonca, *Introduzione al análisis normativo*, Madrid, CEC, 1992, 180 pp., dedica la primera parte al examen lógico, recorriendo en la segunda las tesis de Kelsen, Hart, Ross, Von Wright, Alchourrón-Bulygin, finalmente manifestando en ello su propia posición teórica. G. Alpa, «I principi generali e le fonti del diritto», en *Politica del Diritto*, 4, 1992, pp. 635-669, tomando en consideración la experiencia jurídica europea continental, preferentemente francesa, y del common law. R. Meneghelli, *Analisis critica del concetto di validità giuridica*, Padova, Cedam, 1992, 112 pp. La obra presenta en su parte primera una muy bien estructurada visión del tema en el ámbito de la idea de ordenamiento jurídico, del que se examinan la propia definición normativista e institucionalista, la cuestión de su eficacia, efectividad, legalidad, legitimidad por relación a la validez, y no sólo respecto a normas legislativas, sino también consuetudinarias tanto *praeter* como *contra legem*, cerrando con atención a la certeza o incerteza del juicio de validez de las normas singulares. La parte segunda aborda la relación entre validez y obligación jurídica, críticas a la noción de validez en Hart, obligatoriedad de las normas e ilicitud de comportamientos disconformes a su contenido, abrogación y desuso.

Si una pretensión de interdisciplinariedad, pero efectivamente logrando ese efecto por distribución temática y metodológica en parte de sus contenidos, merece de todo punto reconocimiento el acierto del volumen *Derecho Civil. Parte General*, A. López-V. L. Montés (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, 541 pp. Las lecciones «El significado institucional de la idea de persona», «La protección jurídica de la persona», «Los derechos fundamentales», «La autonomía privada», «La relación jurídica» y «Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos», suponen a mi juicio un novísimo y valioso enfoque que, aun a riesgo de ser no del todo adecuadamente entendido por algún sector de la doctrina civilista, reportará un indiscutible aprovechamiento. Se innova la tradicional estructura de la dogmática ininterrumpida hasta hoy desde inaugurada entre nosotros por De Castro. Me parece que realmente existían razones suficientes para ello: las nuevas realidades del orden jurídico tras la Constitución afectan evidentemente al sistema también en lo privado. Su percepción, aunque rastreable en numerosos estudios monográficos, escapaba sin embargo a la literatura manualista. Han colaborado en la obra F. Capilla, E. Roca y M. R. Valpuesta, además de los coordinadores. A. López en particular aborda el problema de los derechos subjetivos, en ello con una ya muy dilatada experiencia, a la que sumaré la mención de su trabajo «Gény, Duguit y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 20, 1991, pp. 161-179.

Si entre los rasgos de la postmodernidad puede contarse el del esfuerzo constructivista en epistemología, nuestra literatura cuenta con un reciente y atractivo trabajo como *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, 214 pp., que J. I. Martínez García dedica al poder de la ficción en lo jurídico; el derecho como realidad fabricada, como artificio, invención.

## AXIOLOGIA JURIDICA

En general, J. P. Resweber, *La philosophie des valeurs*, Paris, PUF, 1992, 128 pp. Ya en específico, R. H. Pildes, «Conceptions of Value in Legal Thought», en *Michigan Law Review*, 1992, 90, pp. 1520-1559. A. Peczenik, «Weighing Values», en *International Journal for the Semiotics of Law*, 14/1992, pp. 137-152.

## INTERPRETACION JURIDICA

J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, en edición preparada por Z. Bankowski y N. MacCormick, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, 352 pp. En torno a la idea de «aplicación» del derecho por los jueces, desde una óptica de jurisprudencia analítica, como exploración de diversos modelos en la construcción de la «judicial decision making» y comprensión de la legalidad en tanto que valor del sistema jurídico.

A. Marmor, colaborador como se ha visto (*supra*) en *Wittgenstein and Legal Theory*, utiliza aquel mismo trabajo para el cap. 7 de *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 193 pp. Más en general, su obra aborda desde la influencia hartiana y los presupuestos constructivistas el análisis crítico de las posiciones de Dworkin (caps. 3-4), completadas en el examen de lo que denomina «Constructive Identification and Razian Authority» y «Legislative Intent and Authority of Law» (caps. 6 y 8). En el cap. 5, «Semantics, Realism, and Natural Law», se introduce la reflexión acerca de la teoría del «Natural Kinds» de Putnam y el concepto de Derecho, así como sobre moralidad y juridicidad.

G. Warnke, *Justice and Interpretation*, Oxford, Polity Press, 1992, 220 pp. (hermenéutica). A. M. Honoré, «Legal Reasoning in Rome and Today», en C. Varga (ed.), *Comparative Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1992, pp. 353-362. En id., C. Perelman, «Legal Ontology and Legal Reasoning», pp. 363-374.

## LOGICA, RETORICA, TEORIA DE LA ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JURIDICO

El *International Journal for the Semiotics of Law*, 14/1992 presentó en su sección de homenaje a J. Wróblewski trabajos de F. Ost, «L'oeuvre de Jerzy Wróblewski: Aux confins du paradigme analytique» (pp. 115-130), G. Kalinowski, «De la signification des normes juridiques» (pp. 131-136) y M. Henket, «On the Logical Analysis of Judicial Decisions» (pp. 153-164).

En R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann, *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, cit., O. Ballweg, «Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung» (pp. 45-54), H. Garrn, «Zur rechtspraktischen Bedeutung einer Theorie der juristischen Rhetorik» (pp. 96-109), y P. Schneider, «Jurisprudenz, Utopie und Rhetorik» (pp. 337-347).

L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, 186 pp., se enfrenta con el dilema acerca de si las normas de un ordenamiento jurídico constituyen una clase única o más bien pertenecen a dos diferentes categorías, representables como las normas o reglas y los principios. Igualmente, con lo que de este problema se implicaría en una distinción fuerte entre normas y principios, sin ahorrarse su crítica a ciertas pretensiones unificadoras de los dos órdenes normativos, Derecho y Moral, en razón a modelos de argumentación jurídica, búsqueda y hallazgo siempre posible de una única respuesta correcta, o a recientes intentos de refundación iusnaturalista.

M. Atienza, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, 267 pp. Aunque su autor proyecta la obra a una difusión entre estudiantes aún no formalmente comprometidos con las enseñanzas jurídicas o entre operadores jurídicos teóricos y prácticos, creo que su interés y utilidad es por igual extensible al ámbito universitario por la necesidad de familiarizar con los procedimientos conceptuales y las técnicas de argumentación jurídica. Representa un mérito el que tales preocupaciones sean estructuras en torno a «casos» atendiendo a las diversas soluciones y argumentos propuestos en el desarrollo de su tratamiento judicial o legislativo. Así, respecto a la punición del tráfico de drogas, los límites de la libertad de expresión, el significado del derecho a la vida, el problema de la insumisión y el trato a dispensar a los extranjeros.

## SOCIOLOGIA DEL DERECHO

### Sociologia del Diritto

Del 1/1992 destacaré R. Bergalli, «La quiebra de los mitos. Realidad de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica», pp. 63-86. En el 2/1992, el recuerdo de N. Bobbio a R. Treves, pp. 7-9, y de éste «Due sociologie del diritto», pp. 11-20, último de los trabajos preparados (7 febrero de 1992), dispuesto como apéndice a las ediciones francesa y griega de *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. En este mismo número, también el estudio de G. Robles, «Sociologia pura del diritto versus teoria pura del diritto. Validità ed efficacia delle norme», pp. 21-37. Para el 3/1992, A. R. Favretto, «Dal pluralismo dei rapporti sociali al pluralismo delle normatività. Individuo e diritto in Tönnies y Gurvicht», pp. 55-76.

En otros lugares líneas de trabajo: V. Kerruish, *Jurisprudence as Ideologie*, London, Routledge, 1992, 240 pp. Sobre la jurisprudencia como paradigma de la ideología jurídica y acerca de la mistificación del valor del derecho entre individuos en una posición subordinada dentro de las relaciones sociales. También, P. Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, London, Routledge, 1992, 256 pp. Aspectos antropológicos, sociológicos y de teoría jurídica en el papel y relevancia mítica de la práctica del derecho en la sociedad moderna.

## HOBBS

G. Shelton, *Morality and Sovereignty in the Philosophy of Hobbes*, Houndmills, MacMillan, 1992, 336 pp. A.-L. Angoulvent, *Hobbes ou la crise de l'Etat baroque*, PUF, 1992, 256 pp., con sugestivas analogías sobre el pensamiento hobbesiano y la visión barroca de la norma política en la segunda parte de la obra.



## UTILITARISMO

C. L. Sheng, *A New Approach to Utilitarianism. A Unified Utilitarian Theory and its Application to Distributive Justice*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1991, 592 pp., relacionado con la teoría de la decisión. J. J. Moreso, *La teoría del Derecho en Bentham*, Barcelona, PPU, 1992, 443 pp. Detenido análisis de su teoría jurídica imperativista y ontología no-objetivista, si bien conjugada al principio de utilidad como ética normativa. Interesante también el estudio del método de la paráfrasis en el examen de la ley y desde ahí muy sugestivo todo lo relativo a las reducciones a entidades «fabulosas» (v. gr., derecho natural).

M. E. L. Guidi, *Il sovrano e l'imprenditore. Utilitarismo ed economia politica in Jeremy Bentham*, Roma-Bari, Laterza-Figli Spa, 1992, 234 pp., con base en manuscritos inéditos, estudio en epistemología, ética pensamiento político-jurídico y economía política que pone de manifiesto importantes relaciones entre política económica, ética y ciencia de la legislación. Vid. también, la obra de P. Duran y Lalaguna, *supra*, en *Análisis Económico del Derecho*.

Ph. Adair, «L'utilitarisme libertaire de W. Godwin», pp. 1008-1021 de *Revue Française de Science Politique*, 42, 6, 1992. Godwin (1756-1836), sobre la controversia entre partidarios y detractores de la Revolución francesa. Adhesión al ideal democrático jacobino y no violento. Versión minimalista del papel de las instituciones. Anticipación de Mill. Godwin funda su idea de justicia sobre una interpretación altruista de la doctrina utilitarista que tiende a hacer compatible el individualismo metodológico con la existencia conjunta de libertad, igualdad y fraternidad. Su utilitarismo lo consagra como uno de los fundadores del anarquismo.

## Τελοζ. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas

Bajo la dirección de E. Guisán, el núm. 3 de 1992 completó su primer volumen, genéricamente dedicado a «El utilitarismo e Iberoamérica». Acoge extractos del inédito «Libraos de Ultramaría» (1820-1822) (pp. 11-43), singular contribución al desarrollo del pensamiento liberal sobre colonialismo español y emancipación americana, recientemente rescatado de los fondos Bentham en la Biblioteca del University College de Londres por intervención de P. Schwartz, C. Rodríguez Braun, C. Gobbo y J. H. Burns, cuya presentación lleva a cabo Ph. Schofield. Muy valiosa también, en línea con aquella preocupación emancipadora, la edición de la correspondencia bolivariana de Bentham que presentan P. Schwartz y C. Rodríguez Braun, «Las relaciones entre Jeremías Bentham y S. Bolívar» (pp. 45-68). De lo que la recepción española de los escritos de Bentham, fundamentalmente salmantina, repercute en el comprometimiento ideológico del proceso constitucional y codificador español del s. XIX (1812), se ocupa A. E. Pérez Luño en «Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el siglo XIX» (pp. 69-94), haciendo así más disponible un trabajo aparecido ya hace unos años (en *L'Educazione giuridica*, II. *Profili storici*, A. Giuliani y N. Picardi (eds.), Perugia, 1974, 158-184). C. Rodríguez Braun, «Ilustración y utilitarismo en Iberoamérica» (pp. 95-109), indaga sobre otras más particulares relaciones, en índole de ideas y pensamiento económico, dentro del común trazo de algunos intelectuales y políticos iberoamericanos ante las teorías utilitaristas. De su valoración en la cultura filosófica hispánica del XX por Ortega y Gasset se ocupa F. López Frías (pp. 111-144), con un acertado planteamiento metodológico. Por último, A. de Miguel localizó y trabajo para colofón el texto titulado «Stuart Mill» (pp. 145-158), originalmente publicado como colaboración de E. Pardo Bazán en 1892 a una revista crítico literaria de la época y que poco después serviría a su autora también para prólogo a la versión castellana de *La esclavitud femenina* de Mill. Por aparte mencionaré que *The Subjection of Women* (1869), traducida en 1965 por M. C. D. de Iturbe (Madrid, Tecnos), aunque mereció no hace mucho nueva edición, apareciendo esta vez

como *La dominación de la mujer* (en J. S. Mill, *Sobre la Libertad y otros escritos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, 309 pp.), ni S. Collin en la compilación de los textos ni J. Abellán al cuidarse de la coordinación y revisión habían reparado sobre aquel precedente.

## FACSIMILES Y REEDICIONES

F. Bermúdez Pedraza, *Arte Legal para estudiar la Jurisprudencia* (1612), Edit. Cívitas, Madrid, 1992. Destinada en su origen al uso de escuelas (Universidad de Salamanca) este facsímil nos presenta una de aquellas obras sobre la sistematización científica y práctica seguida en el estudio del Derecho, de sus elementos retóricos y exigencias morales.

Con ocasión del traslado a su nueva sede, la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga preparó la edición facsímil del *Catecismo político arreglado a la Constitución de la Monarquía española, por D. J. C.*, quizás atribuible al jurisconsulto Darnaude, Málaga, 1820, 88 pp., con presentación de B. Sillero Crovetto y nota de J. Calvo González.

Voltaire, *Tratado de Tolerancia* (1763), Crítica, Barcelona, 1992. Edición, prólogo y notas de P. Togliatti. Pequeña obra maestra entre las producciones filosófico morales de la Ilustración cuyo enfoque tiene hoy el derecho a la búsqueda de la verdad y el derecho al error. (*vid. supra*, L. Vives).

## BIBLIOGRAFIA

Al cierre de la presente Crónica se habían ya publicado los núms. 1 y 2 del vol. VIII, 1990 de *Current Legal Theory, International Journal for the Theory of Law and its Documentation*, Tilburg University Press, con 139 y 275 pp. cada uno. También, el vol. III/2, núm. 6 de *Current Legal Sociology* editado por el Instituto Internacional de Sociología del Derecho Oñati, 258 pp. Por último, en apéndice bibliográfico a *Doxa*, 10, 1991, *La filosofía del Derecho en España (1990)*, coordinado por D. González Lagier, I. Lifante y A. Rodenas.

**VI**  
**CRITICA BIBLIOGRAFICA**



**Antonio AGUNDEZ FERNANDEZ, *La doctrina jurídica de Gregorio López en la defensa de los derechos humanos de los Indios*, Mérida (Badajoz), Editora Regional de Extremadura, 1992, 237 páginas.**

El trabajo, gestado desde los proyectos culturales de «Extremadura en *Clave 92*» mediante el patrocinio de la Presidencia de la Junta de Extremadura, se ocupa en recuperar la figura de uno de sus naturales, el jurista guadalupense Gregorio López (1489-1560), examinando lo que en su obra de glosa a las leyes de las Siete Partidas y por su cargo de Consejero del de Indias mediante la elaboración de leyes, cédulas reales, provisiones, informes consultas, instrucciones para virreyes y presidentes de Audiencias, así como capitulaciones con conquistadores, contribuiría a conformar una doctrina jurídica sobre los derechos humanos de los indios, inspiradora de lo que al cabo resulte sobre ello en el Código de las Leyes de Indias. Agúndez se había ocupado con anterioridad del tema abordando su estudio bien con panorámica general (*vid. Gregorio López y las Leyes de Indias*, Edit. Turner, Madrid, 1990), bien ofreciendo una más específica, aunque muy breve, contemplación (*vid. «Los derechos Humanos. Justificación de su defensa por parte del Estado»*, en *Memorias del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos*, Imp. Nacional, San José de Costa Rica, 1984, pp. 34-38). Su análisis ha centrado en esta ocasión la materia y en parte obtenido resultados exhaustivos. Lo último puede decirse así de los caps. 9.º y 10.º, por el abundante documental reunido; fuentes cuyo acceso resulta de esta suerte más cómodo y está dado, además, en muy fiables transcripciones. Útiles son también, para pormenor de interés biográfico acerca del personaje, los ofrecidos en «Apéndice». De lo primero, esto es, en centrar la materia, no cabe sin embargo traer muchos más beneficios; agotarla y, más aún, profundizar en ella convenientemente son méritos a los que no alcanza. El cap. 5.º va dedicado al informe resultante de la actuación de Gregorio López, el verano de 1543, como miembro del Consejo de Indias y Visitador Delegado en la Casa de Contratación de Sevilla («Consolidación de la doctrina. La visita a la Casa de la Contratación»). Se traza aquí un examen de las declaraciones e información en torno a las quejas sobre el estado de libertad de los indios en Sevilla, pero se omite todo lo concerniente a la pesquisa y al pliego de interrogatorios. Quedamos sin saber de la exploración y el cuestionario; conocer del procedimiento instructorio, de la encuesta y los formularios habría sido fundamental para ordenar el concreto reflejo que tal experiencia produjo sobre la redacción de las glosas a la ley 7, Tit. XXIII, Partida Segunda y en la introducción al Tit. V, Partida Cuarta, relativas al trato y libertad de los indios. El origen de esta deficiencia está quizás, seguramente, en el inmediato seguimiento del expediente de la Visita a través de lo publicado por J. Martínez Campos («Gregorio López, Consejero de Indias. Glosador de Las Partidas (1496-1560)», *Revista de Indias*, 1960, pp. 5-176), prescindiendo de cuanto una consulta directa hubiera podido rendir. Por otra parte, para lo relativo a la imagen del indio americano en la España del siglo XVI y XVII, esto es como aprovechamiento contextual de la ideología social, sin duda que haber acudido al trabajo de J. Gil Bermejo («Ideas sobre el Indio Americano en la España del siglo XVI», en *La imagen del Indio en la Europa Moderna*, EEHA, Sevilla, 1990, pp. 117-125) reporta una valiosa perspectiva por la fuente de conocimiento que brindan

las Crónicas de Indias, aunque éste se haya convertido hoy en un lugar demasiado común sin que desde luego lo afirme desvirtuado. No obstante, parece un criterio sobremanera reductor conducirse en orden a silenciar cualquier otro horizonte bibliográfico. Siempre a mi juicio, creo que hubiera sido atractivo detenerse a observar, siquiera brevemente, qué evolución experimenta la mentalidad social sevillana ante la presencia de los indígenas americanos; así, partiendo de lo contenido en el relato sobre la llegada de los primeros (*vid.* M. Giménez Fernández, «La juventud en Sevilla de Bartolomé de Las Casas (1747-1502)», en *Miscelánea de estudios dedicados a Fernando Ortíz*, La Habana, 1956, T. II, pp. 670-717). Más en general, se habría podido obtener un panorama igualmente provechoso por la consulta de los trabajos presentados al Symposium sobre «El concepto de indio americano en la España de los siglos XVI y XVII» durante la celebración del XXXVI Congreso Internacional de Americanistas (Sevilla, 1964) (EEHA, 1965).

Es pena, pues, que este cap. 5.º, intermedio en el iter del pretendido análisis doctrinal en la defensa de Gregorio López sobre los derechos de los indios, no consolide lo dispuesto introductoramente en el anterior («En los comienzos de la doctrina. La Bula *Sublimis Deus*»), al que si bien no faltaron los apoyos fundamentales (en especial gracias a tener muy presente los estudios de A. de la Hera, «El derecho de los indios a la libertad y a la fe. La Bula *Sublimis Deus* y los problemas indianos que lo motivaron», en *AHDE*, 26, 1956, pp. 89-181 y A. Lobato Casado, «El obispo Garcés, O.P., y la Bula *Sublimis Deus*», en *Actas del Congreso Internacional sobre los Dominicos en el Nuevo Mundo*, Edit. Deimos, Madrid, 1988, pp. 751-795) tampoco lo habrían resentido el completar acabadamente otras de las referencias, como ocurre con la cita a una sola de las investigaciones sobre las Bulas Alejandrinas de 1493 de las que en realidad Giménez Fernández llegaría a dar a conocer hasta un total de cuatro estudios, fechados entre 1944 y 1955. Si se convierte en algo preocupante la *capitis deminutio* —de la que así ha de terminar doliéndose toda la obra y de manera inmediata el cap. siguiente— a que se somete cuanto aprovecharía por el pensamiento lascasiano. El recurso a los *Estudios sobre fray Bartolomé de Las Casas y sobre la lucha por la justicia en la conquista española de América*, de L. Hanke (Ed. de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968), se hace a todas luces insuficiente para colmar de forma debida un vacío no justificable. Existe y es disponible en reciente reimpresión el aunque inconcluso sin embargo monumental *Bartolomé de Las Casas* de M. Giménez Fernández (EEHA, Sevilla, 1953-1960, reimp. 1984), e igualmente, por mencionar sólo un trabajo de notable envergadura, R.-J. Queraltó Moreno, *El pensamiento filosófico-político de Bartolomé de Las Casas*, EEHA-CSIC-Publics. Universidad de Sevilla, 1976. Imprescindible era también haber considerado el trabajo de A. Muro Orejón, «Las Leyes Nuevas de 1542-1543. Ordenanzas para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios», en *Anuario de Estudios Americanos*, XVI, 1959, pp. 561-619, o un empleo más decidido y de avance hacia planteamientos posteriores del N. Alcalá Zamora, *Nuevas reflexiones sobre las de Leyes de Indias*, Porrúa, México, 1980, además de la necesaria atención a las bibliografías críticas elaboradas por Giménez Fernández en colaboración con Hanke (*Bartolomé de Las Casas. 1474-1566*, Fondo Histórico Bibliográfico «José Toribio Medina», Santiago de Chile, 1956) y A. Losada (*Fray Bartolomé de Las Casas, a la luz de la moderna crítica histórica*, Tecnos, Madrid, 1970).

Todo lo anterior repercute más que seriamente en el anunciado cap. 6.º («Plenitud de la Doctrina. La *Relectio de Indis* de Francisco de Vitoria»). La recepción de las «Relecciones» de 1539 de Vitoria por López en las nueve conclusiones de antecedentes doctrinales y el texto transcrito o resumido en las glosas y comentarios de 1548 y 1552 no puede ser tratada como el asunto de pura materialidad que evidencia la edición de *Las Partidas* de 1555. Más allá de esto, si en efecto era preciso el puntual coitejo de las tesis vitorinas con doctrina resultante en la glosa tres (g) a la ley 2, tit. XVIII Partida Segunda de López, poco es lo que se resuelve sin apelar también comparativamente a la doctrina que se dice ya elaborada desde la glosa a la ley 7, Tit. XXIII, Partida Primera y de la que apenas se da noticia. Por añadidura, de todo el análisis se sustrae la posición de los coprotagonistas de Vitoria. En el caso del dominico sevillano

pudo rentarse mucho por el «Estudio preliminar» de Giménez Fernández a la edición del *Tratado de Indias y el Doctor Sepúlveda*, de Las Casas («Fuentes para la Historia Colonial de Venezuela», Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1962, pp. XI-LXXIII). Algo también en la colaboración de M. M.<sup>a</sup> Martínez, «Las Casas-Vitoria y la Bula *Sublimis Deus*», en AAVV, *Estudios sobre Fray Bartolomé de Las Casas*, Publics. de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 25-52. Y ciertamente para Sepúlveda por su *Democrates Primus*, en *Tratados políticos de Juan Ginés de Sepúlveda*, ed. a cargo de A. Losada, I.E.P., Madrid, 1963, con A. Losada, *Juan Ginés de Sepúlveda a través de su Epistolario y nuevos documentos*, CSIC, Madrid, 1949, y H. Méchoulan, *L'antihumanisme de J. G. Sepúlveda. Etude critique du Democrates Primus*, Mouton, Paris, 1974. Muy apreciable me ha parecido la consulta, que sí figura, de la introducción de M. García Pelayo («Juan Ginés de Sepúlveda y los problemas jurídicos de la Conquista de América») para *Juan Ginés de Sepúlveda. Tratado sobre las Justas Causas de la Guerra contra los Indios*, FCE, México, 1987. Por igual, la referencia de L. Pereña Vicente, «La Escuela de Salamanca y la Duda Indiana», en *La Ética en la Conquista de América*, Corpus Hispanorum de Pace-XXV, CSIC, Madrid, 1984, a la que complementarían aportaciones como la de A.-E. Pérez Luño en «La impronta boloñesa en el pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda», en E. Verdera y Tuells (ed.), *El Cardenal Albornozy y el Colegio de España*, Publics. del Real Colegio de España en Bolonia, 1979, vol. VI, pp. 237-259.

En cuanto al cap. 7.<sup>o</sup> («Catálogo de los Derechos Humanos»), aun cuando el criterio clasificatorio es discutible y no se expresan las razones de la distinta fundamentación que lleva a distinguir los derechos «de libertad y dignidad» como «fundamentales», acudiendo para «los del individuo, los patrimoniales, los familiares, los públicos y los de tutela judicial» a la denominación de «garantizadores» de aquéllos, supone a no dudarlo una labor valiosa y el aporte de interesante información haber espigado para su confección no sólo las glosas a las leyes de Partidas, sino también los informes-consultas del Consejo de Indias, capitulaciones de conquista y disposiciones reales (leyes, cédulas, provisiones e instrucciones) en que Gregorio López, participó, intervino o colaboró. Ahora bien, sin regatear el mérito que por el esfuerzo de formación este catálogo merece, creo que el cap. 8.<sup>o</sup> («Trascendencia y actualidad de la doctrina») se excede en la proyección razonable que como vigencia desde la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias en 1680 llevaría hasta la Constitución de 1978, según intenta defenderse. Las músicas pueden acaso ser parecidas, las letras difieren más. En todo caso, el papel pautado que permitiría la transcripción, esto es, la sistemática, no me parece que lo consienta de acuerdo justamente a la discutible distribución de la que partió. Los cap. 1.<sup>o</sup> a 3.<sup>o</sup> sitúan Extremadura en la epopeya americana y trazan las claves históricas de la biografía del personaje.

José CALVO GONZÁLEZ

**Rafael de ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, ed. DEBATE, 1992, 151 páginas.**

En su libro Rafael de Asís se aproxima a aquellos aspectos en los que la doctrina de los derechos fundamentales encuentra sus mayores dificultades. Por este motivo, el tema del libro es, en diferentes sentidos, un problema de límites. Es un problema de límites en primer lugar porque intenta acotar algunas zonas de penumbra en la construcción de los Derechos Fundamentales; se busca el punto en el que esta teoría muestra sus contradicciones y sus condicionamientos internos. Es una cuestión de límites también porque estos derechos se encuentran a caballo entre ámbitos diferentes de la vida de los hombres en sociedad (la moral y el Derecho). Es una cuestión de límites porque los propios derechos fundamentales surgen, en el constitucionalismo moderno, con la función de imponerse como barreras, o límites, a la actuación del Poder. Por último, es un problema de límites porque el planteamiento metodológico de la cuestión y la delimitación de sus presupuestos, determinan en gran medida las conclusiones de la teoría.

Para el autor, dos elementos son necesarios para la comprensión de la teoría de los derechos fundamentales: el primero, es su naturaleza histórica, es decir, el hecho de que a lo largo de su evolución han ido recibiendo contenidos e influencias dispares; el segundo, es la relación entre Derecho y poder, que es el lugar en el que surgen estos derechos y donde ejercen su función de límite.

En el modelo dualista para la comprensión de los derechos fundamentales (que el profesor Peces-Barba expuso y que el autor del libro acoge) el Poder es un factor determinante. El Poder es quien, mediante su actuación, asume ciertas pretensiones morales y hace que se conviertan en Derecho positivo. Naturalmente la relación Derecho/Poder no es un tema que pueda ser abarcado en su totalidad, porque en él confluyen factores muy diversos. A pesar de todo, el autor hace referencia en el campo de la teoría del Derecho a dos formas diferentes de entender la relación entre Derecho y fuerza; ensaya también la posibilidad de hacerlas compatibles entre sí con respecto al tema de la limitación del Poder.

La primera es la del profesor Peces-Barba, y también del profesor Bobbio, según la cual la norma fundamental kelseniana podría ser reformulada situando al Poder (en su terminología el «hecho fundante básico») en el lugar que ocupaba el presupuesto lógico-trascendental (o «norma fundamental») de la teoría del autor austriaco. Según esta opinión, en la base del ordenamiento jurídico existe un Poder, una voluntad política o, en otro sentido, un poder constituyente que, desde el plano empírico, es fundamento de la existencia real del sistema normativo. Lo cual naturalmente no supone, dicho sea de paso, que para estos autores el Poder, por sí sólo, pueda ser fundamento suficiente de la obligación política.

La otra teoría sobre la relación Derecho/Poder es la que aparece en la concepción del Derecho de A. Ross, y también deriva, aunque por diferente camino, de la teoría pura del Derecho. En ella, a diferencia del caso anterior, el Derecho es definido como regulación (y por lo tanto como racionalización) del uso de la fuerza en una sociedad determinada.

Me parece sin embargo que se podría diferenciar uno y otro concepto de Poder porque en ellos no se hace referencia a una realidad social idéntica. Incluso a pesar de que ambos son aspectos del conjunto de relaciones de Poder que se producen en una misma sociedad; y a pesar también de que en ambos casos aparecen relaciones de poder, de fuerza y consenso.

Es evidente que entre estas dos formas de poder existen conexiones tanto desde el punto de vista jurídico como desde el sociológico. Pero quizá en el «hecho fundante básico» existen también ámbitos de poder que no pueden ser reducidos definitivamente a Derecho; poderes incondicionados que escapan a cualquier limitación externa.

Es posible describir el Poder como fenómeno que en nuestras sociedades contemporáneas tiende a someterse en gran medida al Derecho. Pero es necesario describir también aquellos casos en los que al Poder le falta la voluntad de someterse a Derecho: en aquellos casos la teoría del Poder democrático ya no será descriptiva sino normati-



va. Es cierto que detrás del sistema jurídico existe un poder que se organiza y se manifiesta por medio del Derecho; pero ello no quiere decir que todo el Poder político pueda ser juridificado. El Derecho (y los derechos fundamentales son una parte de él) no puede abarcar completamente el fenómeno político. Los derechos fundamentales como instrumentos jurídicos no creo que puedan llegar a ser un límite absoluto del fenómeno del Poder político supremo: el poder es una realidad más amplia que el Estado y el Derecho.

La distinción entre dos modelos de relación entre Derecho y Poder, permite distinguir también entre dos funciones de los derechos humanos como límites. En el primer caso (el del Poder que fundamenta el Derecho) los derechos fundamentales son una autolimitación que el Poder político moderno se impone por razones de tipo «ideológico». Gracias a ese límite el Poder moderno, que quiere ser «poder racional», se diferencia de la pura fuerza, de la misma manera en que el estado civil se diferencia del estado de naturaleza incluso en la concepción del absolutista Hobbes. En el segundo caso (el del Poder ejercido y regulado mediante el Derecho) los derechos humanos como pretensiones morales se configuran como auténticos instrumentos jurídicos. De esta forma, pasan del plano político-moral al plano jurídico, y se convierten en «derechos» propiamente dichos.

De todos modos no hay duda de que, para poder hablar de derechos humanos, es necesario partir de una concepción moderna del Derecho y del Poder. La «filosofía de los límites del poder» (en sus dos vertientes clásicas de afirmación de las libertades individuales y de generalización e igualación en su disfrute material) se incorpora en este período histórico a la organización real de los Estados y a su sistema de legitimidad.

Pero precisamente por ello aparecen, incluso desde sus primeras manifestaciones históricas, situaciones paradójicas que afectan al núcleo mismo de la teoría y que son objeto del libro que se comenta. Ello se manifiesta ya desde la Declaración Francesa de 1789 la cual responde a la necesidad de hacer coincidir la ley positiva con la ley natural; es decir, la Declaración responde a la necesidad de crear unos instrumentos jurídicos que sean idénticos a los derechos naturales, tal como éstos son concebidos desde la moral. Es precisamente aquí donde aparece la paradoja del iusnaturalismo que alentaba la Declaración: la positivación resulta superflua si se afirma que los derechos existen con anterioridad a su reconocimiento positivo. Si los derechos naturales existen (es decir, si su contenido material les confiere de por sí existencia positiva), y son idénticos en la moral y en el Derecho, su positivación no añade nada que sea específicamente jurídico.

Parece ser pues que desde sus orígenes los derechos humanos han presentado contradicciones y aporías. Rafael de Asís en su libro presenta tres grupos diferentes de paradojas que, al cabo de dos siglos de evolución, han ido apareciendo.

El primer grupo gira en torno al problema de la autorreferencia de los sistemas normativos, es decir, al problema de la norma última del sistema jurídico. En el segundo grupo se incluyen algunas cuestiones derivadas de la complejidad de la evolución histórica de los derechos humanos. En la teoría clásica, el Estado era solamente el sujeto frente a quien se oponían los derechos. Sin embargo, a partir de la aparición del Estado social, el propio Estado ha pasado a tener una función activa en su realización e incluso en su extensión y profundización. En el libro se hace referencia a los fenómenos de multiplicación de los derechos fundamentales (sus procesos de generalización y especificación), así como al fenómeno del desarrollo normativo que es imprescindible para su ejercicio y protección (lo cual, a la vez que supone una limitación en la extensión de los derechos, hace posible su eficacia).

La última paradoja se encuentra en el problema de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Unos instrumentos que históricamente habían surgido para la limitación del poder del Estado son reclamados ahora para la limitación de poderes que se encuentran en el ámbito de la sociedad civil.

De estos tres grupos, en mi opinión, uno tiene mayor importancia que el resto: es el problema de la positivación jurídica de pretensiones morales que, en el fondo, remi-

te al de obligación política. Es el reflejo en la teoría de los derechos fundamentales de un tema que está presente a lo largo de toda la filosofía política moderna: Hobbes defendió la necesidad de privilegiar la unidad del poder soberano frente a cualquier posible límite jurídico. Rousseau, en cambio, intentó hacer compatible la libertad con la voluntad general, la cual se expresa por medio de las leyes. Entre nuestros contemporáneos, este mismo problema lleva a I. Berlin a recordar la diferencia entre libertad individual (negativa) y gobierno democrático (expresión de libertad positiva): con ello, siguiendo la tradición liberal, establece un límite a la posibilidad de utilizar la autoridad en nombre de la libertad.

Por su parte Rafael de Asís también hace referencia al carácter democrático del Poder y del Derecho. En efecto, el consentimiento democrático, junto con el respeto a los derechos fundamentales, es la forma característica de legitimación del Poder moderno frente a la libertad individual: es un Poder que se legitima al reconocer como límite de su actuación el respeto de la voluntad democrática y de los derechos individuales. Y sin embargo, vuelven a parecer otras dos paradojas.

Por un lado, los derechos fundamentales sólo serán eficaces si el Poder asume y defiende la moralidad que ellos contienen. La paradoja surge porque, como señala el autor del libro, un Poder que haya interiorizado plenamente la moralidad de los derechos fundamentales será un Poder que ya no necesita ser limitado.

Por otro lado, un problema semejante se presenta a propósito del otro principio de legitimación. El sistema será legítimo si respeta la voluntad democrática: por lo tanto alcanzará el máximo de legitimidad si respeta la voluntad unánime del pueblo (es decir, cuando toda voluntad individual coincide con la voluntad política). Sin embargo, en ese momento utópico se habrá perdido el rasgo definitorio del poder estatal, que es precisamente la posibilidad de imponer conductas contra la voluntad de los súbditos por medio del recurso a la fuerza. De esta forma el modelo democrático utópico se resuelve en una paradoja que consiste en que un Poder democrático es plenamente legítimo cuando el Poder es superfluo. La teoría no logra pues determinar cual es el límite ideal que separa la coacción legítima de aquella que vulnera la libertad individual.

Así pues, a propósito del tema de los derechos fundamentales como límites al poder, Rafael de Asís toca algunas de las claves de la filosofía político-jurídica moderna sin eludir, e incluso buscando sus paradojas y dificultades. Ello siempre es útil y nunca puede servir para negar los Derechos Humanos, sino para comprender que, a pesar de todo, vivimos, como dice el profesor Bobbio, en «el tiempo de los derechos».

Andrés GREPPI

**Emilia BEA PÉREZ, SIMONE WEIL. *La memoria de los oprimidos*, Madrid, Encuentro, 1992, 286 págs.**

Casi en el cincuentenario de la muerte de Simone Weil (aniversario que se cumple este año), la aparición del libro de Emilia Bea Pérez debe ser considerada por el lector en castellano un feliz acontecimiento editorial y cultural.

Simone Weil ha sido una gran olvidada entre nosotros. En primer lugar, no existen apenas traducciones de su obra vertidas a cualesquiera de las lenguas peninsulares: aparte de algún escrito menor, sólo dos títulos weilianos figuran en nuestro mercado bibliográfico (no pueden contarse, por inencontrables y dudosas, las traducciones sudamericanas), a saber: *Ensayos sobre la condición obrera*, Barcelona, Nova Terra, 1962; y *En espera de Déu*, Barcelona, Edicions 62, 1965 / *A la espera de Dios*, Madrid, Trotta, 1993. Aún hay menos traducciones de estudios weilianos (quizá sólo señalable la de R. Coles, *Simone Weil*, Barcelona, Gedisa, 1989). Y, por último, es casi inexistente —a juzgar por su escasa trascendencia y su microscópico tratamiento— la producción sobre su obra en nuestro país: si excluimos lo publicado anteriormente por la autora, que halla mejor expresión en el presente volumen, sólo es remarcable el excelente artículo de J. Jiménez Lozano, «Simone Weil, Retrato de una suplicante muda» (en *Un ángel más*, Valladolid, núm. 1, 1987).

En este pobre contexto, el libro de Bea Pérez se ha presentado con el objetivo de afrontar una reconstrucción global del pensamiento de Simone Weil. Empresa inédita incluso allende nuestras fronteras, pues aunque en Francia —su país de origen—, Italia, Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania, se han realizado valiosos trabajos de fondo sobre su obra, nunca antes se había intentado interrelacionar los diversos aspectos que aborda y las sucesivas fases por las que atraviesa ese pensamiento. Bea Pérez ha seguido la pista de las constantes; ha sondeado las razones últimas de sus sesgos; siempre que ha sido posible, ha retrotraído sus cambios de enfoque; ha atendido también a las connotaciones de proyecto socio-político que laten en sus páginas más íntimas; etc. Y, para ello, ha hecho uso de una ingente bibliografía crítica de la obra Weiliana, de la que presenta en el libro un cuidadoso estado de la cuestión.

El de Simone Weil es un caso de extraordinaria conjunción de vida y pensamiento: de vida orientada hacia las últimas y más radicales exigencias de su pensamiento; de pensamiento plenamente abierto al dato último proporcionado por su vida. (Por cierto, valga la ocasión para recomendar la bellísima *Vie de Simone Weil*, I y II, de Simone Pétrement, Paris, Fayard, 1973). Esa doble exigencia, llevada a cabo sin concesión alguna —por causa de un talante de extrema consecuencialidad, que la condujo por espinosos caminos hasta su pronta muerte, a la edad de treinta y cuatro años— la llevó a explorar varios campos de conocimiento y a servirse de dispares enfoques filosóficos de aprehensión de la realidad. Ello hace que, en un primer contacto, la obra de Simone Weil sorprenda por sus censuras aparentemente infranqueables, por su amalgama de tonos, de perspectivas, por sus inesperadas inflexiones, que llegan hasta el punto de provocar la perplejidad en el lector. Rastrear el sentido, la orientación en medio de esa deslumbrante diversidad es lo que ha pretendido Bea Pérez.

Pienso se hace justicia al afirmar que el libro que nos ocupa constituye una buena guía para adentrarse en los escritos weilianos. Entre otras cosas porque, en sus ediciones —póstumas, la gran mayoría—, a esos escritos no siempre se les ha dispensado el debido respeto. Ya Manuel Sacristán, en reseñas de los últimos textos weilianos realizadas probablemente hacia los años cincuenta y publicadas en *Papeles de Filosofía. Panfletos y Materiales II*, (Barcelona, Icaria, 1984), advierte de la «infidelidad» de algunas de estas ediciones respecto de los escritos originales, ya sea por tratarse de compilaciones de extractos, ya por la distorsión resultante de los comentarios circundantes.

Bea Pérez se adentra en el universo weiliano según un criterio principalmente cronológico, aunque no por ello desprecia la dimensión sistemática. Es decir; agrupa los temas de estudio siguiendo su desarrollo en el tiempo, pero sin renunciar a retrotraer o anticipar elementos de esa obra que sirvan para completar el panorama. Esa priorización del sentido cronológico parece acertada, habida cuenta del carácter marcadamen-

te experiencial del pensamiento de Simone Weil (pues —dice la autora— la experiencia es la clave de la evolución weiliana).

Tres experiencias jalonaron decisivamente la trayectoria intelectual de Simone Weil: su experiencia de fábrica (1934-35), su experiencia de la guerra (España, 1936) y su experiencia mística (1938). En ese arco temporal acaecen transformaciones importantes que desembocan en una inflexión profunda de su pensamiento.

Pero el recorrido se inicia bastante antes, con el estudio de sus años de formación en el liceo Henri-IV (1925-28) y, posteriormente, en la École Normal Supérieur (1928-1931), de París. En esta etapa predomina la influencia del filósofo Alain (Émile Chartier), quien acercará a nuestra autora a la filosofía clásica a través, principalmente, de Platón, Descartes y Kant. Bea Pérez rastrea el pensamiento alainiano en busca de aquellos elementos que más pudieron influir en su alma. Pero, al margen de cuestiones menores que ocuparon a Simone Weil durante su etapa académica, parece ser que fue el conocimiento profundo de los clásicos lo que más perduró en ella, pudiéndose hallar ahí otra de las claves de su filosofía posterior.

Así, Simone Weil acomete una primera lectura de la realidad bajo la égida de estos filósofos. Lo más relevante de la producción weiliana en estos años, y de cara a su obra futura, es su dedicación a elaborar una teoría del conocimiento que permitiese una aproximación a la realidad sin ilusión, sin distorsiones provenientes de la imaginación subjetiva. En esta línea se inscribe su concepto de trabajo como contacto «laborioso» con las leyes de la necesidad que rigen en la materia, como única apertura a la realidad que puede proporcionar un conocimiento cierto.

El concepto de trabajo ocupa un lugar preeminente en la filosofía de Simone Weil. En sus años de activismo sindical —en la primera mitad de los años treinta—, defenderá, desde la posición del sindicalismo revolucionario, la fundación de una cultura y de una moral obreras asentadas en la revalorización y el respeto del trabajo físico. (Y mucho más tarde, en el último año de su vida, llegará a decir; «Es fácil definir el lugar que debe ocupar el trabajo físico en una vida social bien ordenada. Debe ser el centro espiritual»). En dicha etapa sindicalista tienen lugar su estudio sobre el terreno de la situación alemana en los años de ascenso del nacionalsocialismo (y donde advierte de la fragilidad y de los errores políticos de las organizaciones revolucionarias de ese país) y sus duras críticas al Estado soviético («en el que no subsiste —dirá— ninguna de las formas políticas o económicas de control obrero»). Sus reflexiones en torno a esas dos realidades la situarán en una posición cada vez más solitaria en el ámbito del movimiento revolucionario.

A continuación, Bea Pérez se interna en una de las páginas más fecundas del pensamiento weiliano: su estudio de la opresión social. Dicho estudio conlleva, en Simone Weil, una revalorización del marxismo y una investigación sobre el terreno del trabajo industrial, elementos ambos esenciales para entender la ubicación de la autora en el pensamiento revolucionario del período de entreguerras.

El análisis weiliano de la opresión social se inscribe en el contexto definido por los procesos más o menos consolidados —en los años treinta— de concentración industrial y de acaparación creciente de funciones por parte del Estado. A este respecto, Simone Weil señalará la «desproporción monstruosa entre el cuerpo del hombre, el espíritu del hombre y las cosas que constituyen actualmente los elementos de la vida».

Su gran aportación al problema consiste en la atención a un nuevo factor que irrumpe en el escenario de la lucha social y cuya presencia se puede rastrear en regímenes tan diversos como el soviético, el hitleriano o en de la organización económica americana, por citar sólo los más emblemáticos. Se trata de una «casta» o «clase» que funda su dominio en la multiplicación de funciones administrativas o directivas en los procesos sociales: la burocracia o tecnocracia. Simone Weil integra a las dos fracciones (la que detenta el monopolio de la administración estatal y la que dirige la actividad económica) en lo que llama «la opresión en nombre de la función», que viene a sumarse a las anteriores formas de opresión, por las armas o por el dinero.

El origen de este nuevo fenómeno en la realidad del dominio social se halla en la división entre trabajo intelectual y trabajo manual o, más concretamente, en el monopolio

de la ciencia y de la técnica por parte de una minoría que posee los secretos de la organización y de la producción. Ello tendrá importancia a la hora de concebir la estrategia revolucionaria, tan centrada entonces en la conquista del poder político como medio para proceder a la supresión de la propiedad privada de los medios de producción.

Simone Weil identifica en el régimen de la gran industria el principal factor de alienación del trabajo obrero. Sus páginas al respecto, escritas como ya se dijo tras una experiencia de fábrica, muestran que la condición de esclavitud a la que desciende el obrero (mero apéndice de una máquina compleja a la que sirve; con unos ritmos de trabajo heterónomos; sin conciencia de su aportación individual a la globalidad del proceso; e inmerso en una tendencia de atrofia intelectual y espiritual creciente) no sería superada mediante la sola transformación del aparato jurídico o institucional específico de la sociedad capitalista.

En ese sentido, señalará la modificación del régimen de trabajo como el principal objetivo de la acción revolucionaria. Los fundamentos de esta transformación deberían ser una nueva orientación de la técnica, una descentralización de la producción, y un acceso de los trabajadores a una cultura «traducida» a la sensibilidad modelada por su condición obrera. Respecto de la primera dirá que «una reforma de importancia infinitamente mayor que todas las medidas clasificadas bajo el rótulo de socialismo sería una transformación de la concepción misma de las investigaciones técnicas». Se trata de una búsqueda de equilibrio entre las necesidades de la producción y la invención de nuevas máquinas que preserven el bienestar moral de quienes fabrican, en el sentido de posibilitar la armonía de cuerpo y espíritu y de permitir captar el sentido del trabajo en su dimensión creativa y comunitaria.

Esas transformaciones constituyen las pautas generales de un ideal definido por la unión de trabajo manual y de trabajo intelectual. La función que otorga Simone Weil a los ideales es la de orientar la acción revolucionaria, acción concebida como un proceso de acercamiento al arquetipo de perfección a través de reformas continuas y graduales en el plano social. Se aparte, pues, del sentimentalismo escatológico dominante en los medios revolucionarios de entonces («si mañana nos apoderásemos de las fábricas, no sabríamos qué hacer con ellas», —dirá). Precisamente es en este punto donde se centra su crítica del pensamiento marxista: aunque reconoce lo valioso de utilizar a ciencia en el análisis social («tomar la sociedad como hecho humano fundamental y estudiar allí, como el físico en la materia, las relaciones de fuerza»), desdeña en cambio su concepción progresista de la historia, consecuencia, según ella, de una «confusión» de materialismo e idealismo.

Como ya se advirtió, en la segunda mitad de los años treinta tiene lugar una inflexión profunda del pensamiento weiliano. Su cénit es la experiencia mística acaecida en 1938. A partir de este momento, sus escritos adquirirán una dimensión trascendente sin por ello perder, sin embargo, sus profundas implicaciones sociales (de lo que son buenos testimonios *L'Enracinement* y los *Écrits de Londres*, ambos de la última etapa de su vida). Es en esta parte de la obra de Simone Weil donde el trabajo de Bea Pérez brilla a más altura, por otra parte, en escritos fragmentarios e inacabados.

Hay que decir que el edificio teológico weiliano, si puede hablarse así, no tiene el carácter restrictivo que acompaña a otros discursos del mismo género, en los que para su comprensión y asunción puede resultar necesaria la creencia en determinadas instancias metafísicas. No es de extrañar, en este sentido, que esa vertiente de su pensamiento haya sido tildada de «ateísmo cristiano». A este respecto, puede ser elocuente la siguiente cita: «Sólo hay que esperar y llamar. No llamar a alguien, pues no se sabe si hay alguien. Gritar que se tiene hambre, que se quiere pan. Se gritará más o menos tiempo pero al final se recibirá el alimento, entonces no se creará, se sabrá que existe verdaderamente pan. Mientras no se ha comido no es necesario ni incluso útil creer en el pan. Lo esencial es saber que se tiene hambre».

Los escritos místicos tienen un lado personal, íntimo, centrado en las exigencias de la propia conversión interior, y, como ya se dio, otro social. Bea Pérez no ha renunciado a analizar el primero —de lo que da fe su buen conocimiento de los estudios de la mística—, si bien ha decidido priorizar su investigación hacia el segundo, intentan-

do la comprensión de lo que ha llamado «una difícil síntesis», esto es, atender a la problemática que entraña la traslación de elementos metafísicos al plano social, así como la armonización de dos percepciones de la realidad —las de la primera y la segunda mitad de los treinta, respectivamente— altamente contradictorias y dispares.

El conjunto de la obra mística de Simone Weil está orientada a promover las condiciones necesarias para la recepción de (lo que suele llamarse) la «gracia» por parte de las personas y, en segundo momento, a posibilitar su expansión en el medio social. Según ella, sólo la apertura a la gracia proporciona el «espíritu de verdad, de justicia y de amor», y es «fuente de comunicación de todas las certezas». Sin embargo, lejos de restringir ese privilegio a una minoría de iniciados, universaliza las condiciones necesarias para la recepción de ese don. Quizá el dato biográfico de su negativa a recibir el bautismo pueda interpretarse como un gesto de solidaridad hacia aquellas fuentes de verdad que han permanecido y permanecen fuera del ámbito de la Iglesia Católica.

Tales condiciones de apertura a la gracia hallan su máxima expresión en el cristianismo, pues éste inaugura una nueva forma de relación entre Dios y el hombre basado en un movimiento de mutua renuncia. Por una parte, Dios, tras la creación, renuncia a su presencia «aquí abajo», renuncia al ejercicio de su poder sobre los hombres sus criaturas, y sólo vuelve, mediante la encarnación, como un «mendigo que espera a la puerta del corazón» de las personas. Por otra parte, el hombre, a imagen de Dios, debe reproducir ese mismo movimiento «decreándose» a sí mismo, esto es, anonadándose para insertarse plenamente en la realidad, destruyendo su «yo» para ser «pura transparencia de lo impersonal».

(Experiencia de la nada es la que se da en el desgraciado («*malheureux*»). Éste, que lleva impreso en el fondo de su alma la marca del desarraigo total —el hambre, el encarcelado, el trabajador anónimo, el enfermo, el loco, el hombre o la mujer de mala vida— encierra en sí una sabiduría que le ha proporcionado el contacto con la realidad más despiadada, pues «... no se entra en la verdad sin haber pasado a través del propio anonadamiento; sin haber permanecido mucho tiempo en un estado de extrema y total humillación». Y es que «hay una alianza natural entre la verdad y la desgracia porque una y otra son suplicantes mudas, eternamente condenadas a permanecer sin voz ante nosotros», hasta el punto de que «muchas de las verdades que salvarían a los hombres no son dichas porque los que podrían decirlas no pueden formularlas y los que podrían formularlas no pueden decirlas». El amor puro al desgraciado —hasta llegar a compartir plenamente su desgracia— conlleva una «muerte del alma», la cual es «condición del paso a la verdad»).

Dicha decreación, al implicar un descentramiento del sujeto como centro de visión, posibilita un conocimiento auténtico de la realidad, un acceso pleno a lo real (que incluye principalmente a «los otros»). El proceso de decreación se articula a través de las nociones de «atención» y de «deseo».

La atención consiste en suspender el pensamiento y dejarlo penetrable al objeto: «el alma se vacía de todo contenido propio para recibir en sí misma al ser que ella mira tal como es, en toda su verdad». Constituye asimismo la capacidad de realización de lecturas superpuestas que nos tiendan un puente hacia la Verdad-Bien, es decir, hacia Dios: «leer la necesidad detrás de la sensación, leer el orden detrás de la necesidad, leer a Dios detrás del orden». Se trata de una relación dialéctica: sólo el alma atenta puede llegar a la Verdad a través de la realidad entendida como «mediación», y, a su vez, sólo la gracia hace posible ese grado de atención necesario para «leer» la realidad. Pero, para que la gracia irrumpa en el hombre, éste debe estar dispuesto, y la atención es una de las condiciones de dicha disposición.

La otra es el deseo de Bien, de un Bien que no es de este mundo pero para el acceso al cual algunas realidades de este mundo pueden servir de mediación: «Las cosas creadas tienen por esencia ser intermediarias. Son intermediarias unas respecto a otras y esto sin fin. Son intermediarias hacia Dios». Ese deseo de Bien consiste en tener la mirada orientada permanentemente hacia Él, rehusando así el amor a todo lo que no es ese Bien absoluto, perfecto (desconfiando, pues, de los bienes relativos, origen y causa de la idolatría).

Para eliminar toda fuente de idolatría —fuente en Simone Weil, de opresión, barbarie y desarraigo— es necesario extender en el medio social ese espíritu de verdad, justicia y amor que habita en las personas decreadas. Y ello sólo podrá realizarse si la vida de un pueblo está iluminada por una religión orientada por entero a la mística (es decir, a esa forma de relación con Dios basada en la renuncia), de forma que aquello que no esté en contacto directo con Dios esté al menos impregnado de belleza, que es mediación hacia el Bien. Se trata, pues, de proponer un sentido, una orientación principal a la sociedad —de la que se desprendan orientaciones particulares— como única forma de superar la privatización y desvertebración de las dimensiones últimas del hombre, que en definitiva redundan, según ella, en una imposición del Estado como único objeto de fidelidad común.

Además, esa nueva forma de relación entre lo sagrado y lo profano (en que la religión —cuyo contenido principal es el de un Dios que se ausenta voluntariamente del mundo y que sólo regresa a él bajo la forma del pobre ilumine pero no domine nunca la vida social) tiene como finalidad impedir la constitución de fenómenos tales como la divinización del poder o como la toma del poder por una religión.

Pues Simone Weil siempre fue contraria a la concepción bíblica de Dios: una suerte de soberano temporal que interviene en la historia de los hombres a través de «su» pueblo elegido. Por ello, intentó desvincular al cristianismo de la tradición hebrea para radicarlo en la del paganismo griego, ya que advertía en éste el único trasfondo espiritual específicamente occidental que hubiera podido servir de base al nacimiento del espíritu cristiano, y en los máximos realizadores de aquella cultura (en especial Platón), los verdaderos profetas del mensaje evangélico.

Es en la labor historiográfica de Simone Weil donde Bea Pérez señala los aspectos más vulnerables de su obra. Porque, aunque reconoce el gran valor de rastrear permanentemente en el campo de los vencidos, de los olvidados de la historia (en línea crítica respecto del dogma del progreso), cuestiona, sin embargo, una concepción del devenir humano como oscilación entre la orientación al Bien y su contraria, la orientación a la fuerza, al poder, asignando totalmente a determinados pueblos y culturas la primera (a saber: Egipto, Grecia, India, China, la Edad Media románica), y a otros la segunda (Israel, Roma, la Edad Media gótica, las épocas modernas y contemporánea estas últimas salvo muy contadas excepciones).

De todas formas, lo más relevante de la actitud de Simone Weil con respecto a la historia quizá sea su exhortación a la necesidad de conservar el pasado, que en ella equivale a conservación de la espiritualidad. Pues para que la vida entera de un pueblo pueda estar orientada a la gracia, al Bien, es necesario conservar los valores espirituales transmitidos por los diversos medios vitales, y es necesario que las personas «arraiguen» en ellos, echen raíces (*enracinement*).

En este contexto se inscribe la crítica de Simone Weil a la ciencia moderna y su revalorización de la sabiduría antigua (griega). Es una crítica centrada en la orientación de sus respectivas concepciones del mundo y en la forma de relación con la naturaleza que ambas instituyen. La ciencia moderna, al operar la reducción del universo a pura fuerza, propende hacia una actitud de dominio con respecto a la naturaleza. Por el contrario, la ciencia antigua, al conceder al cosmos el valor simbólico de un orden trascendente, entabla con aquél una relación contemplativa. Simone Weil hará suya esa concepción y la integrará en su filosofía de la renuncia, propugnando un cambio de orientación de la ciencia basado en la atención a «la belleza del mundo» como mediación hacia el Bien.

En los últimos años de su vida (1942-43), y como consecuencia de su trabajo en la resistencia francesa en Londres, sus escritos se orientarán hacia el propósito de concebir los fundamentos de la reorganización de Francia tras la liberación. Es un período de extraordinaria fecundidad intelectual en el que forja algunas de las categorías más vigorosas de su pensamiento político. Además de la de «arraigo» (*enracinement*), ya vista, tiene lugar entonces la elaboración del concepto de «obligación». Simone Weil, la noción de obligación debe primar sobre la de derecho, porque aquélla es incondicionada, absoluta, mientras que ésta es relativa: «Una obligación que no fuese reconocida

por nadie no perdería nada de la plenitud de su ser. Un derecho que no es reconocido por nadie no es gran cosa». Se trata de situar al «otro» en el centro de visión: «Quien tiene su atención y su amor vueltos hacia la realidad extraña al mundo reconoce que está obligado, en la vida pública y privada, por la única y perpetua obligación de remediar, según sus responsabilidades y en la medida de su poder, todas las privaciones del alma y del cuerpo susceptibles de destruir o de mutilar la vida terrena de un ser humano, sea el que sea...»

De esa obligación general surgen las obligaciones particulares, cuyo objeto son las necesidades del cuerpo y del alma humanas (éstas últimas ordenadas en parejas de contrarios: necesidad de obediencia y de libertad; de igualdad y de jerarquía; de propiedad personal y de propiedad colectiva; de soledad, intimidad y de vida social; etc.). Dichas obligaciones tienen su fundamento sagrado porque la no satisfacción de alguna de estas necesidades daña la aspiración al Bien de la persona insatisfecha. Además, esas obligaciones deben convertirse en el contenido primordial de las leyes de un país, y su prescripción constituye la única fuente posible de legitimidad de cualquier orden normativo.

En este sentido, según Simone Weil, la idea de justicia ha de ir acompañada de la de caridad, pues la separación de ambas conduce a una situación en que las relaciones humanas verdaderamente importantes, aquellas de las que pueda depender la vida de los hombres, quedan circunscritas a la esfera privada, donde cabe toda permisividad: «Es justo no robar escaparates. Es caritativo dar limosna. El tendero puede enviarme a prisión. El pobre, aunque su vida dependa de mi ayuda, si yo se la niego, no me denunciará a la policía».

A pesar de la exhaustividad, no se han abordado en esta reseña todos los temas que estudia Bea Pérez en su libro, sino tan sólo algunos, acaso los más centrales. Fuera quedan otros aspectos, como los escritos de Simone Weil acerca de la guerra y el colonialismo, sobre el catarismo u otras «herejías», sobre la responsabilidad moral de los intelectuales o el papel de éstos en las organizaciones obreras, en torno a la suspensión de los partidos políticos,... de los que da buena cuenta Bea Pérez en un texto ágil, extraordinariamente «fiel» al pensamiento weiliano y que, como decía, trata de rescatar del olvido a una pensadora que tiene aún mucho que insinuar, sugerir y decir en pro de la mejora de nuestra condición humana y mundana.

Nota: Todas las citas contenidas en esta reseña corresponden a pasajes de a obra weiliana traducidos por Emilia Bea Pérez en su libro.

Juan Carlos GONZÁLEZ PONT



**Roberto BERGALLI, (ed.), *Sentido y razón del Derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*, Barcelona, ed. Hacer, 1992, 346 páginas.**

Si cualquier libro colectivo es ciertamente heterogéneo, más aún *Sentido y razón del Derecho* que, con cierto retraso justificado por los avatares editoriales, recoge diferentes aportaciones presentadas como ponencias y comunicaciones al grupo de trabajo de sociología jurídica del Congreso de Sociología español de 1989. Heterogeneidad, tanto en los problemas como en la forma de asumirlos y de resolverlos, que se ha agrupado en cuatro grandes bloques temáticos precedidos de una reflexión del coordinador de la obra, el profesor Bergalli, sobre las frustraciones y las esperanzas de la sociología jurídica en España.

El primero de esos bloques agrupa diferentes artículos sobre «El Derecho como fenómeno social». En él se incluyen trabajos de Sousa Santos sobre el Estado y el Derecho en la transición postmoderna y de Tosca Hernández sobre el orden jurídico como cohesionador, integrador y medio de control social en medio de la crisis del estado de Derecho y lo que se ha llamado las sociedades de capitalismo avanzado. A continuación sendos artículos de Jesús Ignacio Martínez García y Carlos Alarcón recurren a Luhmann y su noción de observación y a Theodor Geiger, respectivamente, para reflexionar sobre el Derecho. Y por último cierra este bloque temático un interesante trabajo de Manuel Calvo García que discurre sobre el poder y sus nuevas estrategias de control y de obediencia a partir fundamentalmente de los análisis del funcionalismo de Parsons y Luhmann.

En lo que respecta al segundo bloque de artículos se plantea el problema de los *procesos de creación de las leyes*. En primer lugar aparece un artículo de Manuel Atienza que, en un plano teórico, pretende, como él mismo dice, dar una «contribución para una Teoría de la legislación». En él se intenta llegar a una teoría que recoja la pluralidad existente en el proceso de creación de las leyes, lo cual, completado con una técnica legislativa que participe del mismo espíritu plural nos permita acceder a la comprensión de los casos concretos que plantea la realidad. Posteriormente se presentan tres trabajos prácticos donde queda claramente plasmado que el derecho no es sólo fruto de un proceso burocrático desarrollado en el seno de los órganos legislativos estatales, sino que las relaciones y las estructuras sociales, con sus luchas e interacciones tienen mucho que decir en la configuración del derecho. Así, se tratan problemas como el de la capacidad del juez para crear derecho y su posible asimilación al legislador (Ernesto J. Vidal Gil y Cristina García Pascual); el estudio del iter legislativo que da lugar a la L.O. 2/86 de 13 de mayo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, realizando para ello un estudio dinámico que permite hablar de un proceso permanente de creación de la ley, teniendo en cuenta un antes, un durante y un después, en los que intervienen diversos agentes con conflicto (Amadeu Recasens i Brunet); y, finalmente, se presenta un artículo sobre «la ley de extranjería como forma de control social» en el que se plantea cómo la «razón de Estado» permite, una vez más, «pisotear» principios éticos universales mediante la máscara de la «mera legalidad» (Hector C. Silveira Gorski y Encarna Bodelón González).

La tercera parte está dedicada a los *procesos de aplicación de las leyes*, y se abre con un artículo de Javier de Lucas sobre los operadores jurídicos que creemos sirve además de introducción a todo el bloque temático en cuanto a las reflexiones que hace sobre el alcance y el sentido de las investigaciones sociológicas en la aplicación de las leyes. A dicho trabajo siguen otros sobre los condicionamientos en la aplicación por los jueces (Fernando Galindo), la realidad social en la aplicación de las leyes (Isidoro Alvarez Sacristán), sobre el «método de atrición diferencial» para evaluar la aplicación del Derecho (Andrés Canteras Murillo). El análisis de los procesos de aplicación se cierra con dos estudios sobre cárceles en Brasil (Wanda de Lemos) y en España (César Manzanos).

Por último, en el cuarto gran apartado se va a realizar un *análisis del estado actual de la sociología jurídica en cuanto ciencia*. En un primer trabajo elaborado por Oscar Correas se nos presentará, a un nivel teórico, un intento de definir la sociología jurídi-

ca como una ciencia destinada a estudiar las causas y efectos del discurso jurídico. Como luego se verá en los otros artículos los problemas que sufre la sociología del derecho para avanzar en su proceso de institucionalización como ciencia harán necesario, incluso, el partir de una previa definición del significado de los términos empleados, para luego enfocar el trabajo en torno a las causas, en primer lugar, y a los efectos del derecho posteriormente. A lo largo del artículo, igual que sucede en los restantes, está latente el enfrentamiento que existe entre la rigidez formalista que acompaña de un modo connatural a la ciencia dogmática del derecho y la flexibilidad, que se llega a tildar de democrática, propia de la sociología jurídica. Tras este estudio más abstracto y sin una localización geográfica específica pasamos a otros dos más concretos y localizados geográficamente uno en España, realizado por Manuel Atienza y J. A. Pérez Lledo, y otro en Méjico, del que son autores Oscar Correas y Florencia Correas Vázquez. La situación que se nos presenta en ambos artículos es igual de desalentadora, y en ellos se puede apreciar el enfrentamiento antedicho que lleva como consecuencia la paralización que desde estructuras del poder se realiza para lograr, ya no sólo el desarrollo, sino, por lo menos, la instauración de una ciencia, la sociología jurídica, que nos proporcione una visión crítica de la realidad gracias a su perspectiva multidimensional.

Así, pues, y pese a fugaces atisbos de esperanza en cuanto a un futuro más acorde con lo que debería de ser la enseñanza y el conocimiento del derecho, se puede llegar a la conclusión de que las rígidas y consolidadas estructuras de poder preservan al derecho de formas metajurídicas de conocimiento, caso de la sociología jurídica, con el único fin de perpetuar su sistema de poder ocultando todo posible conocimiento crítico de la realidad.

Si nos preguntamos, como hace Roberto Bergalli en la introducción, sobre la «salud» de la sociología jurídica en España, y el futuro de dicho paciente, *Sentido y razón del Derecho* es, cuando menos, un indicador en el camino de lo que ocurre, aunque sólo un indicador. Muestra en efecto, quizás, la lentitud (las dificultades, la pereza o la cautela) con que esta disciplina, o mejor dicho, esta perspectiva científica y esta forma de pensar y analizar la realidad jurídico-política, se está desarrollando; pero a la vez, se inscribe en todo un contexto en el que este libro es sólo un ejemplo. A este respecto hay que tener en cuenta el desarrollo de los estudios de criminología, la importancia que ha cobrado y el rigor científico con que trabaja el Instituto de Sociología del Derecho de Oñati, o la prolongación que estos estudios encuentran también en el reciente Congreso de Sociología celebrado en Madrid en septiembre del año pasado, donde se ha insistido por ejemplo, y por un lado, en los roles jurídicos y sociales de los operadores jurídicos y en el «desplazamiento» de los operadores convencionales a otros, apreciaciones que ya aparecen en el mencionado artículo de Javier de Lucas, y por otro lado, y con respecto a la fase de creación de las leyes, en que éstas no son sólo fruto de un proceso burocrático-legislativo, sino que son el reflejo de una serie de interacciones y conflictos sociales existentes en la realidad, lo que ya aparece agudamente recogido en el trabajo de Amadeu Recasens i Brunet.

Acaso, por eso, este libro sirve para tomar el pulso a la sociología del Derecho en España, y para advertir la presencia y los interrogantes de dicha perspectiva científica en una cultura jurídica dominada, como dice Bergalli, por «los rígidos parámetros del normativismo» y por un «conocimiento jurídico apegado estrictamente a las formas».

Andrés GARCÍA INDA y Raul SUSIN BETRAN

**Juan Ramón CAPELLA, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Edit. Trotta, 1993, 238 páginas.**

Los que vamos para viejos, es decir, aquellos que el profesor Díaz incluiría en su particular taxonomía, en el apartado «raros e irreales» nos consideramos en deuda con Capella que en los años oscuros nos regaló *Derecho y Lenguaje*, libro que quizás por primera vez en el ámbito de nuestra filosofía jurídica introdujo la temática de la lógica moderna y el análisis del lenguaje. Posteriormente, quizás motivado por su militancia partidaria, derivó hacia el ámbito de la filosofía política e incluso llegó a «renegar» de aquél su primero y magnífico libro. En este ámbito se inscribe también el ensayo que ahora comentamos.

Queda dicho que prefiero calificar de «comentario» que de «crítica» las pocas páginas que el profesor Gil Cremades, me solicita sobre el mismo para nuestro *Anuario*. «Crítica» me parecería excesivo por dos razones: porque el crítico no tiene, en este caso, mayor autoridad que el criticado, sino menor, y porque, en estas materias, no me parece posible justificar la superioridad de ninguna ideología sobre las demás y la «crítica» me parece descansar en ese supuesto. Nadie puede, me parece, subirse a lomos de ningún interlocutor para proporcionarle una azotaina cuando el azotado tiene, por lo menos, los mismos títulos para convertirse en azotador.

Quizás habría una manera de ejercer algún tipo de crítica no altanero: limitarse a señalar *inconsistencias* (como Kelsen hizo con el marxismo), pero ese es un procedimiento dudosamente eficaz, pues aunque el criticado no pueda pretender tener razón manteniendo tesis contradictorias, alguien en su lugar puede arguir que al menos uno de los términos de la contradicción puede ser válido.

Cabe también subrayar *insuficiencias*, soluciones que sólo se apuntan pero no se desarrollan, males que se señalan pero para los que no se propone remedio o para los que se propone un remedio discutible, quizás porque ya fue ensayado sin éxito anteriormente. Pero este procedimiento es también de dudosa legitimidad y desde luego de muy poca eficacia, pues el «criticado» siempre puede escabullirse alegando que ninguna obra es completa, que el desarrollo de lo insinuado queda para otra ocasión y otras argucias por el estilo.

Lo que me parece que queda en el transfondo de lo que estoy diciendo es que las ideologías no pueden justificarse racionalmente, como pretendían los antiguos jusnaturalistas y los no sé si más modernos racionalistas (especie de jusnaturalistas laicos). En lo que, por cierto pudiera estar de acuerdo el autor, quien, en la página 55 de su libro escribe lo siguiente: «Como decía Albert Einstein, no es demostrable que no haya que exterminar a la Humanidad, o, en otras palabras, las cuestiones éticas no son susceptibles de prueba. Sobre ellas sólo se pueden emplear *argumentos*, que logren aceptación». Lo que parece situarle en el terreno del *nocognoscitivismo* y, más en concreto, en el del Stevenson de *Ética y lenguaje* que, según se le ha reprochado, parece convertir la moral en asunto de mera propaganda o en discusión entre rivales cada uno de los cuales están tan ayuno de «razones» como el otro.

No obstante reconozco que el párrafo es un tanto ambiguo, al indicar que de las «cuestiones» éticas no cabe ofrecer «pruebas» aunque sí «argumentos», lo que abriría la puerta a algún tipo de *fundamentación* de algunos juicios de valor. Lo que, por cierto, estaría de acuerdo con las rotundas posturas morales que el autor defiende. Un *nocognoscitivista* no se expresaría, probablemente, con tanta contundencia. En cualquier caso el párrafo que comentamos abre muchos interrogantes sobre el fundamento de la postura moral de Capella.

Esta obra, como la mayoría de las de carácter ideológico, contiene una parte dedicada al análisis o descripción de la realidad social y otra a proponer remedios para los males que el análisis ha descubierto y apenas hace falta añadir que la división no es tan tajante como acaba de decirse pues una cosa suele emparejarse con la otra. Pero si, pese a todo, mantenemos la distinción entre diagnóstico y terapéutica, pudiéramos decir que el primero se asienta sobre el de Marx, a mi juicio, completándolo (no «corrigiéndolo», como el propio autor escribe en la página 166). Se asienta sobre el de Marx

porque toma de él lo fundamental, lo que el autor llama «núcleo» del *Manifiesto*, que resume en estos términos: «a) que el modo económico dominante de producción y la estructura social que se deriva de él en una época histórica constituyen el fundamento sobre el que se basa su historia política e intelectual, la cual sólo puede explicarse a partir de esta base; b) que la historia de la humanidad ha sido una historia de luchas entre clases explotadoras y explotadas; c) que esa historia de luchas de clases ha alcanzado una etapa en la que la clase explotada y oprimida —los trabajadores de la era industrial— no puede liberarse sin liberar a toda la sociedad de la explotación y la opresión, esto es, sin poner fin a las luchas de clases» (pág. 160).

Cierto que Capella interpreta a su manera estas tres tesis marxianas, tratando de evitar dogmatismos y simplificaciones. Pero interpretar no es rechazar y, en definitiva, me parece que la postura moral de Capella no difiere en lo esencial del núcleo moral marxiano. Aunque lo que quizás pretenda es simplemente «conservar superando» como parecen indicar los siguientes párrafos: «El núcleo del *Manifiesto* contiene las tesis centrales de sus autores respecto al sentido de la actividad emancipatoria. Estas tesis parecen hoy insuficientes, pero la pregunta sobre el *sentido* de esa actividad es ineliminable, y probablemente haya que encaramarse sobre ese «núcleo» para ver más lejos». (pág. 160).

En cualquier caso el análisis de la sociedad capitalista que ofrece es bastante «clásico»: la burguesía explotadora se apropia del sobretrabajo y el Estado colabora ayudando directamente a la clase dominante, subvencionando a las empresas, asumiendo a las que se encuentran en quiebra y haciendo de guardián del orden económico, para que ningún insensato se atreva en ponerlo en cuestión como no sea con inofensivos verbalismos que no arrastran a nadie y dan al sistema buena conciencia liberal.

La democracia, en consecuencia con lo anterior aparece como la superestructura política de aquel sistema económico y padece los males y limitaciones propios de ese papel de gendarme que se ve obligada (pero es un decir porque lo hace voluntariamente) a asumir. La burguesía, clase socialmente dominante, lo es también políticamente y ejerce esa influencia política de mil maneras (una de las más notorias y eficaces el lavado de cerebro) y, en todo caso, siempre es capaz de poner el sistema político a su servicio, al servicio de sus intereses económicos. La democracia es seudodemocracia, democracia aparente o democracia a medias, que sufre las limitaciones de su papel vicario respecto del capitalismo. En substancia, lo que decía Marx. Pero también hay «correcciones» (que dije que prefería llamar «añadidos») que completan, sin modificarlo, el esquema marxista: la ecológica y la feminista.

Como su maestro Sacristán y como algunos excomunistas Capella parece «haberse pasado» al campo del ecologismo. En un apartado del capítulo que lleva por título *Leer el Manifiesto comunista* hoy, propone emprender «una corrección ecológica del Manifiesto» y escribe: «dado el saber ochocentista no era fácil ir más allá en este orden de problemas. Hoy sabemos sin embargo que las relaciones de tipo ecológico, entre los grupos sociales y su medio, son más básicas o fundamentales que las relaciones sociales de producción» (pág. 166).

La otra importante corrección es la «sexista». En relación con esto escribe: «No puede decirse que las alusiones a la situación social de las mujeres contenidas en el *Manifiesto* sean precisamente afortunadas. Así, se dice que las diferencias de sexo no tienen vigencia para la clase obrera: esta afirmación aparece en un contexto relativo a las consecuencias del maquinismo, pero no responde a un verdadero análisis del asunto, que mostraría, junto a la tendencia de la incorporación de la mujer al trabajo asalariado *además del trabajo doméstico*, la diferencia entre los asalariados y las asalariadas. Por otro lado, en un contexto distinto, dedicado a rebatir la coyuntural acusación de que los comunistas quieren instaurar la comunidad de mujeres, en el *Manifiesto* surgen ironías a propósito de la moral burguesa, ironías que en el fondo comparten con esta última algo del menosprecio sexista hacia la condición femenina» (págs. 200-1).

Pocos dejarán de hacer suyas, hoy en día, estas «correcciones», aunque, como era de esperar, Capella precisa: «la derecha social (¿hay aquí perdónese la intromisión,

una perversa alusión a la socialdemocracia?) se halla mal situada para afrontar este género de problemas, que no pertenecen al ámbito de lo privado. Algunas de las propuestas formuladas desde su perspectiva para afrontar las crisis ecológicas del planeta Tierra constituyen seudosoluciones, adormideras ideológicas, inconsistentes en términos de racionalidad técnica» (pág. 169).

En definitiva: el análisis de la sociedad occidental, que el autor nos ofrece, es más bien lúgubre. El lector se pregunta por el papel que ha desempeñado la antigua Unión Soviética en esta labor depredadora, pero no hallará (o apenas) respuesta a su pregunta. El gran Estado Comunista es también el gran ausente de la obra de Capella y parece quedar exculpado. Culpable es el capital.

La pregunta inmediata que la lectura del libro sugiere es la de cómo salir de tan desastrosa situación, pues obviamente con el diagnóstico no basta si no va seguido de un tratamiento eficaz.

Pudiera pensarse que lo que se nos propone es un cierto asamblearismo. Ciertamente todo el libro parece impregnado de ese espíritu, como suelen estarlo muchos de los escritos y de las actitudes de quienes vivieron y quizás no olvidaron del todo el Mayo del 68. Pero es obvio que ninguna sociedad organizada y completa, esto es, que quiera disponer de carreteras, hospitales, universidades, etc., puede funcionar con una estructura asamblearia. Las asambleas estaban bien (si de verdad estaban bien) para las luchas universitarias, pero no sirven para gestionar nada. En todo caso, me parece que las propuestas organizativas de Capella no van en esa dirección y que lo que he llamado su espíritu «asambleario» se refiere únicamente a los procedimientos y estructura del «partido», o de una parte del mismo, encargado de organizar la «liberación», de lo que luego diremos algo.

¿Qué otra cosa propone entonces? No descubro en el libro ninguna propuesta elaborada pero me parece que lo que al menos está implícito en él (y más concretamente en muchas de las críticas que hace a la sociedad capitalista) apunta al modelo de lo que, en un libro ya un tanto antiguo, llamé «sociedad autogestionada». Se trataría, para no entrar en demasiadas precisiones, de un modelo de sociedad en el que tanto el Estado como las restantes instituciones (y muy particularmente las económicas) se gestionarían en régimen de democracia directa. Se trata, como puede verse de una propuesta hiperdemocrática, bastante alejada del modelo vigente de democracia representativa (en el Estado) y de autocracia, más o menos camuflada, en la empresa. Y permítaseme aquí una observación marginal: parecería curioso que estas propuestas hiperdemocráticas provengan de los antiguos partidos comunistas, en otro tiempo defensores del estalinismo o, cuando menos, tolerantes con él.

Algo parecido a esto es lo que pudiera proponer el libro que comento y añadiré que la propuesta me parecería correcta, *desde la perspectiva del autor*, que también fue la mía en otras épocas más juveniles. Al fin de cuentas, la autogestión funcionó, en el plano económico (aunque no en el político, no hay que perderlo de vista), en Yugoslavia y no se ve que otra propuesta puede formular un pensamiento «liberador» o «revolucionario» en estos tiempos. Excluyo por supuesto el «begin the begin», esto es el volver a las andadas del viejo centralismo democrático, del papel dirigente del partido y demás monsergas.

Insisto en que la solución autogestionaria me parece acorde con el sentido de la crítica del capitalismo que Capella nos ofrece. Me parece a mí. Que también se lo parezca al autor es, por lo menos, dudoso. Por supuesto que una sociedad autogestionada no surge como por arte de ensalmo y ha de resolver problemas internos de envergadura. He aquí algunos: ¿qué papel desempeñarán en ella los partidos políticos? ¿cómo se garantizarán en ella las libertades públicas? Capella no entra en ello, quizás porque el modelo está, como dije, apuntado únicamente. Pero habrá de hacerlo si quiere dotar de credibilidad a su propuesta, en próximas entregas y, en cualquier caso, debería aclarar los perfiles del modelo democrático que quiere poner en lugar de la democracia burguesa.

En cualquier caso, si se quiere desmontar el capitalismo habrá que buscar quien lo haga, pues se reconocerá que la tarea no es baladí y quien se embarque en la aventura

habrá de amarrarse bien los machos, sobre todo a la vista de lo que ocurrió en la antigua Unión Soviética. Aquí Capella es mucho más explícito y se embarca en un análisis pormenorizado del «partido en sentido orgánico», en palabras de Gramsci a las que el autor recurre (pág. 226). Se trata de unas consideraciones lúcidas, tras las que quienes lo conocemos y queremos, pudiéramos entrever la experiencia política del viejo militante que fue.

Por de pronto nada de violencia, pues «un sistema social superior al existente no puede estar basado fundamentalmente en la violencia» (pág. 196). Con tan meliflua actitud sólo puedo manifestar mi acuerdo, añadiendo que las razones que alega me parecen muy sensatas e inteligentes.

¿Y qué hacemos con el partido? Capella no cree posible (aunque se adivina que le gustaría) quitárselo de en medio. La lucha político-parlamentaria sigue siendo necesaria, aunque no conviene perder de vista, avisa el autor, que hasta ahora ha sido siempre engullida por el sistema.

Pero el partido orgánico ha de recoger el impulso de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, pacifistas, feministas, gays) integrados por personas de diversas ideologías (conservadores excluidos, al parecer), dotados de una mínima organización y sobre la base del trabajo voluntario de los «militantes». Cómo puedan integrarse estas estructuras orgánicas con el mazacote partidario es problema no resuelto, sobre el que el autor (que en este terreno extrema su sentido autocrítico) no se hace muchas ilusiones. Como tampoco se las hace sobre los riesgos de lo que él llama «babelización» de los movimientos sociales.

Todo ello parece constituir algo así como un programa de acción para *Izquierda Unida*, desde la particular óptica del autor, compartida, supongo, por otros colaboradores de la revista *Mientras tanto*.

De todo ello resulta una firme voluntad liberadora («revolucionaria» parecería excesivo): el propósito de asentar una democracia directa (o casi), de democratizar la empresa y la cultura, de instaurar un nuevo modo de vida alejado del consumismo y del materialismo imperantes, de resguardar el respeto de las personalidades individuales (su intimidad). Se perciben, insisto, los ecos lejanos de Mayo del 68.

Que todo ello sea o no realizable es asunto sobre el que cabe debatir largamente y en el que no vamos a entrar. Sólo diré, para acabar, que quienes hemos sido tocados de escepticismo no dejaremos de admirar, y quizás secretamente envidiar, a quienes siguen manteniendo encendida la llama de la fe y que porque creemos que ha de haber de todo en la viña del señor, saludamos la aparición de libros como *Los ciudadanos siervos*, impregnados de crítica (y autocrítica) de errores pasados pero mantenedores del viejo espíritu liberador.

Permítaseme una última advertencia: cuiden los creyentes de no caer en las redes de la hidra socialdemócrata, siempre dispuesta a atraparlos, en la «putrefacta» retórica del poco a poco y del paso a paso. Y, sobre todo, si se deciden a dar el salto en el vacío, procuren no poner las cosas peor de lo que estaban, pues a estas alturas ya deberíamos saber que los cambios pueden ser para peor. Advertencia ciertamente demasiado pequeño burguesa que no quiere rebajar en nada el juicio altamente positivo que el esfuerzo teórico de Capella así como su ejemplar empeño moral y la claridad y pulcritud de su prosa suscitan en el que abajo suscribe y espero que en los demás lectores de la obra, que espero sean muchos.

Luis GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO

**Michael KAHLO; Ernst A. WOLFF; Rainer ZACZYK (eds.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis. Die Deduktion der §§ der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1992, 193 páginas.**

El libro recoge la mayor parte de los trabajos presentados del 4 al 7 de marzo de 1990, en la Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt del Meno, en un Seminario sobre los parágrafos 1 a 4 de la obra de J. G. Fichte *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*.

El primer artículo pertenece a Rainer Zaczyk y versa sobre «La estructura de la relación jurídica (§§ 1-4) en el Derecho Natural de Fichte». Arranca este autor de plantear el difícil encaje entre una filosofía que parta de la autoconciencia y el pensamiento iusfilosófico, que se pregunta cómo puede el derecho obligar, cuestión para la cual es más fácil partir de la socialidad que de la individualidad. Se trata en este trabajo de examinar cómo resuelve Fichte ese problema y cómo funda la relación jurídica en la autoconciencia.

La clave de esa construcción de Fichte se alcanza en el párrafo cuarto de su obra, que Zaczyk interpreta en estos términos: «si la autoconciencia sólo puede surgir en el encuentro con otros seres racionales, la autoconciencia de cada uno debe otorgar a estos otros el mismo espacio en el mundo que a sí mismo. A partir de las condiciones originarias de la autoconciencia se sigue un principio del *Dasein* de la conciencia y de su mantenimiento: la relación jurídica y el derecho» (11).

La mayor dificultad interpretativa estriba en averiguar de qué modo es la propia autoconciencia del sujeto individual la que concluye o capta ese papel constitutivo del otro y la consiguiente «naturalidad» de la relación jurídica, hasta el punto de que, por ejemplo, la limitación de la libertad individual que el derecho supone sea en origen la conciencia que el individuo tiene de la necesidad de autolimitar su libertad en aras de la libertad del otro. Así, la libertad formal o ilimitada se convierte en libertad material o «limitación por el mismo sujeto de razón de las acciones posibles en la libertad formal» (14). Fichte condiciona el respeto de un sujeto hacia la libertad del otro a que exista reciprocidad en ese respeto. Pero Zaczyk no interpreta esto, a diferencia de lo que insinuarán otros trabajos de este libro, como condición empírica en la fundamentación de la relación jurídica. Más bien ocurriría que Fichte ve la relación jurídica como condición trascendental de la autoconciencia, debida a que el hombre sólo deviene hombre entre otros hombres y carecería, sin la presencia de los otros, de autoconciencia y, con ello, de lo que entendemos por libertad humana. Zaczyk, en la última parte de su trabajo, sigue el desarrollo de estas ideas a lo largo de los cuatro parágrafos en cuestión de la referida obra de Fichte.

Tendríamos, con arreglo a esa interpretación de Fichte, que la autoconciencia que desconociera lo que debe para su constitución a la previa existencia de otros y lo que de límite a su libertad encuentra en la existencia de la libertad de otros, caería en una especie de «autocontradicción» (22). Llegamos así a una de las ideas que se mostrarán como clave a lo largo de los diferentes trabajos de este libro y que tiene que ver con la cuestión de qué tipo de regla o legalidad racional fuerza al individuo autoconsciente y libre a reconocer la libertad y el derecho de los otros. Otros autores, más adelante, hablarán de «consecuencia», leyes del pensamiento o contradicción pragmática. Parece claro que por esta vía no es difícil conectar a Fichte con el pensamiento de autores actuales como Apel o Habermas.

En el trabajo siguiente Vittorio Hösle se ocupa del tema «Intersubjetividad y libre arbitrio en la "Sittenlehre" de Fichte». También parte Hösle del dato de que para Fichte es la autoconciencia o, lo que es lo mismo, la autonomía de la razón, el fundamento último de las normas prácticas, de modo que una norma puede pretender obediencia únicamente en cuanto se sigue de la idea de autoconciencia. En esto se daría una buena medida de coincidencia con Kant. Las diferencias radicarían en que Fichte separa más radicalmente derecho y moral y deriva el fundamento del derecho de lo que Hösle denomina un «egoísmo simétrico» (30). Fichte, a diferencia de Kant, no parte de presu-

poner la validez de la ciencia natural, de la ley moral o del juicio estético y de preguntarse únicamente por las condiciones de posibilidad de esa validez. Trata de fundamentar la validez misma en lo único que no cabe negar sin presuponerlo hasta en la misma negación: la autoconciencia. Pero el problema vuelve a ser el de la relación entre autoconciencia e intersubjetividad, lo que nos lleva directamente al tema de la fundamentación del derecho.

La cuestión de fondo que Hösle se plantea a propósito de la relación que Fichte sienta entre individualidad e intersubjetividad es la de «qué garantiza que las distintas representaciones de los “yoes” finitos se armonicen entre sí» (32). La tesis de Hösle es que en esto Fichte comulga con la metafísica clásica de la «armonía preestablecida» (33), con lo que se llega a otra vertiente del problema: cómo se compatibiliza esa armonía preestablecida con el libre arbitrio, concepto central en el esquema fundamentador de Fichte.

Analiza Hösle el modo de plantearse el asunto de la intersubjetividad y el solipsismo en la filosofía anterior a Fichte, particularmente en Descartes, en quien el garante de la unidad de mundo es Dios. Habrá que llegar a Kant para que la unidad del mundo se conduzca a la conciencia, y a Fichte para que radicalice esa perspectiva. Será Fichte quien, según Hösle, se enfrente abiertamente con el reto de una filosofía radical de la conciencia que trate de sustraerse claramente al solipsismo; esto es, que trate de solucionar el problema de la intersubjetividad sobre la base de una filosofía de la subjetividad. «A partir de la deducción de la interpersonalidad deriva Fichte una obligación, la obligación de limitar la tendencia a la independencia. Puesto que el yo está condicionado por los otros, no puede querer aniquilar las condiciones de posibilidad de la propia libertad, es decir, la libertad de los otros» (46).

Pero lo que Fichte no resuelve es la cuestión de qué hace posible que los sujetos puedan comunicarse o entenderse, para lo que tiene que presuponer cierto «predeterminismo», con lo que volvemos al problema señalado de la compatibilidad entre predeterminación y libertad. «El problema de la intersubjetividad retrotrae a Fichte al determinismo» (51).

Claudio Cesa escribe «Sobre la interpretación de la teoría de la intersubjetividad de Fichte». Se plantea el dilema de si en Fichte opera el individuo o la colectividad como base última de su filosofía del derecho. Es la disyuntiva entre «individualismo atomístico» y «pensamiento organicista» (55), aplicada a Fichte.

Comienza Cesa por analizar cómo surge la doctrina de la intersubjetividad en la filosofía de Fichte. Fichte pretende fundamentar la individualidad del yo, pero para que el individuo pueda ser y conservarse «son necesarios los otros» (61). Por tanto, la tesis de Cesa es que en Fichte el otro está en función del yo, con lo que el problema es compatibilizar esa perspectiva individualista con la idea, también de Fichte, del reconocimiento recíproco como condición de la autoconciencia. Según Cesa, la salida de Fichte consiste en postular o dar por sentado un «reino de la razón» común y por encima de la razón individual y de la que ésta participa. De esa manera se explicaría la relación entre la parte, es decir, el individuo, y el todo, el género humano, los otros. Por esta vía llega también Cesa a la conclusión de que en Fichte está presente un componente de ocasionalismo, es decir, la idea de una armonía preestablecida.

Ludwig Siep trata el tema «Derecho natural y doctrina de la ciencia». Parte de que «la fundamentación del derecho en Fichte pertenece a la tradición “cartesiana” del derecho natural moderno, en la medida en que reconduce el concepto y la obligatoriedad del derecho a la autoconciencia como “fundamento” incuestionable» (71). En esa línea el precedente sería Locke, por lo que comienza Siep por recordar la iusfilosofía de Locke. Y también en Locke el problema sería ya el de «la transición del autoconocimiento individual a la conciencia del género», de los otros (72).

Según Siep, «se puede intentar de dos maneras derivar la interpersonalidad como condición necesaria de la autoconciencia. Una, mediante el carácter formal de la conciencia “interior” de la ley: cada uno tiene conciencia de sí como legislador de reglas generales para una pluralidad de seres, los cuales, mediante su voluntad racional, son tanto autores como “sometidos” de tales reglas —un camino que Rousseau trazó y



que Kant siguió; otra, partiendo de que la autoconciencia es incuestionablemente conciencia de una comunidad de seres racionales que se han de respetar idénticos espacios de libertad» (73). Esta última sería la idea central de Fichte, según Siep trata de demostrar.

En esa línea, muestra Siep que Fichte utiliza un concepto de individuo más como individuo «puramente inteligible» que empírico y de la comunidad como comunidad de seres racionales. «Las relaciones entre seres corporales en el mundo sensible son, pues, “manifestación empírica” de esa interpersonalidad» (75). ¿De dónde surge la obligación de reconocer la libertad del otro? Fichte pone como condición de ese reconocimiento la reciprocidad. Pero más allá de eso, el individuo de que Fichte habla es el individuo capaz de ser «consecuente» en ver que si su libertad sólo es posible en la comunidad, ha de imputar a los otros la misma libertad que para sí mismo pretende y limitar ésta en consecuencia. De lo contrario caería en «contradicción pragmática», según la interpretación que de Fichte hace Siep con terminología reciente: «se constituye y reconoce como individuo en una comunidad de autolimitación, pero atenta, al mismo tiempo, contra las reglas del autoconocimiento común» (86). Por tanto, «la vinculatoriedad del comportamiento jurídico no remite a la ley moral, sino a la “ley del pensamiento”» (86). Esas leyes del pensamiento radicarían en la estructura de la conciencia, no en la comunicación, como se pretende en otras filosofías actuales. Ese elemento común de la conciencia fundamenta, precisamente, la coincidencia del «querer» de los individuos.

A continuación Michael Köhler trata del fundamento de la coacción jurídica en Kant y Fichte. El problema aquí es que «para una concepción del derecho basada en la libertad será especialmente problemático el hecho bruto del poder y la coacción, la “validez fáctica” del derecho» (93).

Comienza Köhler por precisar el sentido filosófico de los términos «poder» y «coacción». Seguidamente examina el fundamento de la coacción jurídica en Kant, como conclusión inmanente y necesaria de la razón, en aras de la libertad. Queda así planteado el dilema de la tensión entre autonomía de la razón y heteronomía del derecho. En cuanto a Fichte, tiene que presuponer una fuerte razón jurídica como base de la autolimitación de la razón y la libertad del sujeto individual. No se trata de una regla moral que se asume. En cuanto en el individuo se da esa razón jurídica, la coacción jurídica deja de ser heterónoma y el individuo encuentra en sí mismo el fundamento para ella. Y por eso mismo el acto antijurídico es «contradicción inmanente», «autocontradicción» (118). «La coacción jurídica es legítima si y en la medida en que se pueda concebir como precepto de la razón jurídica objetiva-subjetiva» (119). Ahí se contendría también el criterio para la gradación de la coacción: «En cuanto derivada de la razón jurídica del sujeto, comunitariamente objetivada, la aplicación del poder y la coacción debe corresponderse, en cuanto a su medida, con el grado de carencia de razón jurídica expresado en la acción. En esa medida, la coacción debe corresponderse exactamente con la parte de razón que falta», siendo ilegítima toda proporción de coacción que vaya más allá (120).

El trabajo de Andreas Wildt, «Recht und Selbstachtung, im Anschluss an die Anerkennungslehren von Fichte und Hegel», es el más extenso, el que cubre un ámbito temporal más extenso y heterogéneo en cuanto a los autores que maneja y, tal vez por ello, el de perfiles menos claros. Se propone el autor defender la tesis de que existe una interrelación esencial entre la autoestima de la persona y los derechos de la persona. Esa autoestima se basaría en la titularidad de ciertos derechos morales, y la posesión de esos derechos requiere e implica cierto reconocimiento por parte de los otros. «Es constitutivo para la dignidad humana tener ciertos derechos, creer en su validez normativa y luchar por su realización» (127). Entre autoestima, posesión de derechos fundamentales y reconocimiento por los otros habría un vínculo inescindible. Por eso se plantea Wildt analizar el papel que las ideas de autoestima y reconocimiento juegan en Fichte y Hegel para, desde ahí, enlazar con teorías actuales sobre los derechos, como la de Feinberg. La tesis que trata de mantener es que tanto en Fichte como en Hegel el reconocimiento opera como condición necesaria de la autoconciencia y la autoestima.

La parte más amplia de este trabajo se orienta a interpretar la doctrina de Fichte sobre la base de esa idea de reconocimiento de derechos y a averiguar de qué modo en Fichte ese reconocimiento de los derechos propios y, sobre todo, de los ajenos, se impone como exigencia de la razón. La tesis que al respecto defiende Wildt es que en el parágrafo 4 de *Grundlage des Naturrechts* Fichte desarrolla lo que llama Wildt «el silogismo del reconocimiento» como formulación y deducción de las condiciones necesarias para la autoconciencia y la autoestima, y que fundamenta la necesidad de ese reconocimiento como «ley de la consecuencia práctica» o ley del pensamiento que no quiera incurrir en contradicción.

En la segunda parte del trabajo expone y matiza Wildt la teoría de Feinberg sobre los derechos, expuesta en su trabajo *The Nature and Value of Rights*, de 1970. Para Feinberg, la posesión y el reconocimiento de los derechos básicos es la base de la dignidad y la autoestima del sujeto. Wildt comparte esa tesis general pero critica la imprecisión con que Feinberg la formula, de modo que no queda claro, por ejemplo, si los derechos son condición necesaria o suficiente para la autoestima. De ahí que Wildt repase también el modo como la idea de autoestima se trata en autores como Rawls, Bollnow, Hermann Schmitz o Stephen Darwall.

Seguidamente analiza la contraposición, a la hora de caracterizar los derechos, entre teoría de la voluntad y teoría del interés, así como la tesis de Feinberg, que ve la clave de los derechos en su condición de fundamento de pretensiones normativas válidas y efectivas. Wildt, tras matizar esta última teoría, aporta su definición de derechos como «correlatos de aquellas determinaciones normativas a tenor de las cuales los por ellas favorecidos tienen el permiso y el poder normativo para realizar actos normativos vinculantes» (165). Así pues, dada la correlación que establece Wildt entre derechos y autoconciencia y autoestima, la conciencia de los propios derechos equivale a la conciencia del poder normativo que se posee. Y destaca el autor que esa influencia sobre la autoestima la ejercen en aún mayor medida los derechos morales, ya que éstos conllevan un tipo de sanciones (rupturas de la comunicación, rechazo, etc.) que hieren en mayor medida el sentimiento de valía personal.

Concluye Wildt sintetizando del siguiente modo su tesis sobre «la interrelación constitutiva entre derecho y autoestima»: «si dejamos de lado ciertas formas de vida extremas o ciertos ideales de vida, como los de los santos o ascetas, en las modernas sociedades, al menos, y para personas moralmente normales, es condición necesarias para la autoestima el compromiso práctico en pro de los derechos fundamentales propios en caso de que éstos estén cuestionados y no garantizados. Basta con que la persona desde otros puntos de vista sea consecuente y decidida. Esto se refiere también al respeto por los derechos de los otros» (171). Y desde aquí, para acabar, reinterpreta Wildt también las luchas sociales: «las luchas sociales no son sólo luchas por intereses materiales, sino también por derechos, ya que son luchas por el reconocimiento, respeto y autoestima. Los derechos fundamentales básicos afectan a las condiciones estructurales para la autoestima de todos» (172).

El último de los trabajos que el libro recoge pertenece a Wolfgang Bartuschat y lleva por título el de «La deducción del derecho a partir de la razón en Kant y Fichte». Para Fichte la clave de su coincidencia con Kant radicaría en la idea de que el derecho es independiente de la moralidad. Pero el equívoco surge, según Bartuschat, cuando Fichte sostiene, creyendo coincidir en ello con Kant, que el concepto de moralidad es correlativo con el de obligación, mientras que el de derecho lo sería con el de permiso (*Erlaubnis*). A esta afirmación llegaría Fichte por su modo de interpretar la idea de que el derecho se limita a la esfera externa. En el modo de entender esa esfera externa de la acción estribaría una diferencia importante entre Fichte y Kant. El distinto enfoque en uno y otro obedece a que mientras Kant diferencia dentro de su propia obra entre doctrina y crítica, situando su tratamiento del derecho en la primera, en Fichte esa distinción se disuelve. Kant no sitúa la teoría del derecho dentro de la «crítica de la razón práctica» porque, a diferencia de Fichte, no piensa que el concepto sea un concepto originario de la pura razón. Por eso Kant sitúa la fundamentación del derecho en la contradicción entre la empirie y la razón, siendo el derecho el instrumento para hacerlas conciliables.

Pero la separación de derecho y moral lleva a Kant y Fichte a distintas concepciones de lo jurídico. Mientras que para Kant ambos campos se reconducen a la razón práctica, para Fichte el derecho se corresponde con una razón «técnico-práctica».

Kant pone como punto de partida del razonamiento fundamentador del derecho la apropiación por un sujeto de una cosa carente de dueño, con la consiguiente pretensión de hacerla suya, lo cual necesariamente implica una limitación de la libertad de los otros. Por tanto, y esto es importante para la diferencia con Fichte, la intersubjetividad aparece en un momento posterior frente al primer acto del que arranca lo jurídico, que es un acto individual, y aparece como consecuencia de una pretensión que es una pretensión individual que busca una garantía o respaldo para un acto de libertad del individuo. Por tanto, el derecho no arranca en Kant, como Fichte pretende, de una relación de un sujeto libre con otro, sino de una relación de un sujeto libre con una cosa, relación de la que nace una pretensión frente a otros sujetos libres. La consecuencia de este diferente momento de aparición de la intersubjetividad en la fundamentación del derecho en Kant y Fichte se traduce en que, en este último, individuo y comunidad se implican mutuamente más radicalmente que en Kant a la hora de dotar de fundamento racional al derecho. En Kant el elemento asociativo es ineludible, pero en la medida en que se quiera fundar derecho, no porque ninguna pretensión pueda pensarse sin pensar la comunidad como previa. El derecho individual de libertad antecede a la comunidad, aunque sólo en ésta, como comunidad jurídica, pueda realizarse de forma no arbitraria. Ese derecho individual previo es en Kant, según Batuschat, un derecho natural. Con esto la diferencia con Fichte se dibuja bajo una perspectiva más, pues en éste se rechaza un derecho natural de ese tipo. Para Fichte, «el hombre carece de derecho en tanto no se dé la condición de que exista una comunidad de seres libres» (183). Y el derecho no es algo que se base en la razón práctica y que funde desde ahí la comunidad, sino un mero instrumento para instaurar la comunidad, «un mero concepto técnico-práctico» (184). En la medida en que no concibe autoconciencia sin comunidad, sin los otros, la razón individual no puede dejar de reconocer el derecho y los derechos de los otros, pero bajo la condición de que esos otros reconozcan idéntico derecho al individuo. Por tanto, la comunidad que Fichte presupone es, según, Batuschat, la comunidad real, empírica. En Kant la obligación respecto de la comunidad nace de la necesidad de legitimar una pretensión individual frente a otros; para Fichte, en cambio, no existiría tal obligación al margen de la conducta real de los otros. En Kant es la razón práctica la que funda la necesidad de reconocer la comunidad; en Fichte esa necesidad se funda en una especie de regla «lógica» o ley del pensar consecuente. De ahí que esa obligación tenga en Fichte carácter hipotético y condicionado a la actitud de los otros y no un carácter categórico. En cambio, en Kant el derecho es «un concepto práctico incondicionado» y la obligación frente a la comunidad es «una exigencia incondicionada».

Juan A. GARCÍA AMADO

**Jesús Ignacio MARTINEZ. *La imaginación jurídica*, Madrid, ed. DEBATE, 1992, 214 páginas.**

Con un estilo que quiere ser provocador y polémico, Jesús Ignacio Martínez propone en «La imaginación jurídica», una lectura desde el campo de la filosofía jurídica y política, de algunas propuestas epistemológicas del constructivismo. Y, en efecto, parece probable que ciertos puntos de vista de estas corrientes de pensamiento sean necesarias para la comprensión de muchos fenómenos sociales de nuestra época.

No habría mencionado aquí el estilo de este libro si no fuera porque es consecuencia de un determinado estilo filosófico, que se interesa por lo que hay de artificio y de ficción en el fundamento mismo de la «realidad social». Es un proyecto radical en el que se rechaza todo aquello que, en el campo de la metodología jurídica y de la filosofía política, puede ser considerado, como dice el autor, «realismo ingenuo» o «positivismo naïf».

Pero además en esta obra hay una crítica bien documentada de las mayores corrientes de la teoría del Derecho de nuestro siglo y de las formas de razonamiento, del «sentido común», de los juristas y de su dogmática.

Por un lado las propuestas constructivistas se presentan en este campo, según el autor, como renovación y punto de encuentro de «planteamientos provenientes de investigaciones lingüísticas pragmáticas, de la perspectiva institucional, de la teoría general del Derecho, de la teoría pura del Derecho y de la teoría de la argumentación» (p. 59).

Por otro, con su concepción sistémica de la realidad social, el constructivismo no pretende rechazar (desde un punto de vista externo) la existencia de la dogmática jurídica, sino que ofrece una visión crítica de ella (desde un «realismo crítico», pp. 20-21), para la comprensión de la actividad desarrollada por los juristas.

Así pues en «La imaginación jurídica» se plantea una renovación de la epistemología jurídica. Y cabe preguntarse si ello es realmente posible, al menos por lo que respecta al uso práctico de la dogmática: es decir, si es posible que la dogmática sea plenamente autoconsciente de su «juego» y si en ese caso, es todavía capaz de desempeñar su función normativa, de proporcionar soluciones jurídicas. ¿Es posible que la dogmática sea a la vez crítica?

La fabricación de hechos, o la producción de realidad jurídica, es el primer aspecto de la «visión del mundo» de los juristas que el autor analiza. La reducción de la «realidad» a hecho jurídico sería la regla fundamental para la autonomía del lenguaje jurídico. Esta ineludible mediación lingüística (y retórica, siguiendo a Perelman) permite descubrir el lugar específico que ocupa el Derecho como parte de la realidad cultural; y además puede ser útil para enfocar las relaciones entre «hechos» y normas del Derecho y la realidad que está contenida en ellos o, con, otras palabras, entre el sistema jurídico y su entorno.

El problema de la autonomía de lo jurídico siempre ha estado estrechamente vinculado al de la validez del Derecho: el autor recoge la ayuda que le pueden proporcionar la teoría de la semiótica no referencial del lingüista Greimas y la teoría auto-referencial del sociólogo Luhmann. El resultado de este estudio interdisciplinar permitiría explicar y aceptar la circularidad en que incurre el concepto de validez jurídica, tanto desde el formalismo kelseniano, como desde el empirismo del realismo jurídico. Y ello supone el rechazo de todo procedimiento de fundamentación externa del Derecho y su sustitución por procedimientos auto-referenciales y circularés, de tipo discursivo o sociológico y sistémico. Estas serían además las únicas formas de legitimación posible en las «sociedades sin vértice», como aquellas en las que el proceso de secularización moderna ha destruido toda forma de legitimación externa o trascendente.

Un claro ejemplo de construcción de la realidad jurídica son las tradicionales ficciones jurídicas; y entre ellas la teoría de la norma fundamental kelseniana que ha sido uno de los puntos centrales de la discusión sobre el positivismo jurídico en nuestro si-

glo. Desde el enfoque constructivista se destaca su función como instrumento de racionalización del sistema jurídico, de «fundación» (que no de fundamentación) del sistema, mostrando como la comprensión del fenómeno jurídico se hace posible a partir de una instancia imaginaria, o sea, de una «condición de inteligibilidad» previa.

La misma estrategia de construcción y reducción de la realidad, es descrita por el autor en su análisis de los conceptos jurídicos (y filosóficos) de libertad y responsabilidad. Prescindiendo del estudio de estos temas en Nietzsche o en Ricoeur, vuelve a ser Hans Kelsen el teórico más cercano a sus planteamientos. Del autor austríaco se trae a colación el concepto de sanción (como contenido del Derecho), de antijuridicidad (como condición de existencia del Derecho, y no como su negación) y sus trabajos sobre los principios de causalidad y de imputación.

Estos son algunos de los elementos con los que se fabrica la realidad jurídica, y que por lo tanto condicionan el sentido en el que es posible hablar de libertad jurídica. Una vez más son ejemplos con los que se define un nivel específico de realidad, el Derecho, en el que ciertos conceptos homogéneos permiten reducir la complejidad y dirigir la acción.

En el siguiente capítulo el autor recoge algunos trabajos de Luhmann en los que se aplica el enfoque constructivista a «la articulación del ámbito de lo público». Si lo público sólo puede ser entendido a partir de la idea de pluralismo, en esta crítica de la filosofía política el autor analiza tanto los mecanismos de agregación de la pluralidad (el voto, las técnicas de representación política), como los elementos que la componen (formación de la voluntad política y de los intereses en juego, definición de lo jurídica y políticamente posible, consenso).

La solución ante tanto artificio (¿o, alguien habría dicho, tanto engaño?), no tiene que ser necesariamente trágica si se acepta que el fundamento de toda legitimidad nace como construcción artificial. Y esa función legitimadora puede ser desempeñada por las teorías contractualistas, retomadas y actualizadas en nuestros días. Los discursos contractualistas, como muestra el autor en el último capítulo de su libro, se presentan como discursos metafóricos en los que se expresa una voluntad racional. Es el recurso a esta figura estilística lo que hace posible, como en Hobbes, el discurso sobre lo justo y lo injusto, la narración o la fábula de la justicia.

Una vez leído este libro hay que reconocer el interés que puede tener una interpretación radical como ésta de algunos tópicos del Derecho y de la política. A veces, sin embargo, da la impresión que los resultados a los que llega el autor no son tan nuevos como parece: ¿es que los juristas romanos no eran capaces de darse cuenta del auténtico significado de la expresión «res iudicata pro veritate habetur» o de interpretar literalmente la expresión «fictio iuris»? ¿Es tan sorprendente una crítica de los mecanismos de la democracia representativa? ¿En qué medida Kelsen o Hobbes no podían ser conscientes de una lectura constructivista (o nominalista) de sus teorías?

Ciertamente pocas personas, entre aquellas que se encuentran en el punto de vista interno del sistema, son conscientes de los presupuestos convencionales o ficticios en los que apoya su discurso: y ello es suficiente para justificar una labor crítica. También es cierto que la epistemología jurídico-política nunca podrá aislarse completamente respecto de las corrientes más actuales de la filosofía y de la cultura. Pero el dilema moral que constituye toda decisión vuelve a presentarse ineludiblemente también a la persona que ha descubierto la ficción y el engaño de la realidad. Y entre la lucidez de quien conoce y el cinismo de quien sólo quiere conocer (y nunca valorar y decidir), hay una diferencia que la teoría no puede eliminar.

Un buen ejemplo de este dilema es el personaje de Lady Macbeth, en la tragedia de Shakespeare: y en el último acto de la obra, en el momento de la justicia, ella será condenada de forma implacable a la locura, a la alienación completa. Su esposo, Macbeth, cumpliendo una profecía (es decir, siguiendo las imágenes de los sueños), ha asesinado al rey mientras éste dormía; el horror ante la imagen del

acto que acaba de cometer le deja paralizado y sin valor suficiente para llevar adelante el plan de encubrir su crimen. Es entonces cuando Lady Macbeth, con enorme crueldad, le reprocha: «¡Qué voluntad tan débil! Dame a mi los puñales. Los dormidos, los muertos son imágenes sólo. Y nadie, sino un niño, teme ver al diablo dibujado».

Lady Macbeth sabe que no hay diferencia entre las imágenes y la realidad. Y, puesto que para ella todo son imágenes, tampoco queda un lugar cierto para la conciencia moral.

Andrés GREPPI

**José Juan, MORESO MATEOS, *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992. 443 páginas.**

Desde que en la primera mitad de este siglo Charles Everett encontrara dos obras inéditas de Jeremy Bentham, su pensamiento jurídico ha necesitado de un nuevo análisis que diese cuenta de la extensión y profundidad de sus ideas. A esa tarea de recuperación y revisión se ha dedicado el *Bentham Committee* y un importante conjunto de filósofos, economistas, juristas, politólogos, etc. En el ámbito de la filosofía del derecho anglosajona actual un considerable número de iusfilósofos han reexaminado la obra benthamiana en búsqueda de nuevos argumentos, o de aquellos que sirvan para criticar ideas todavía hoy vigentes. En todo caso, la importancia de su obra en la filosofía del derecho, durante mucho tiempo colocada en segundo plano tras la sombra de John Austin, ha emergido para convertirse en un clásico del pensamiento.

El pensamiento español no ha permanecido indiferente a la revitalización del pensamiento benthamiano, sino que ha sentido también la necesidad de explorar sus tesis a la luz de los intereses filosóficos más diversos. En esta tarea han participado, por ejemplo M. Escamilla, Pedro Schwartz, E. Pérez Luño, J.M.<sup>a</sup> Colomer, J.M. Rodríguez Paniagua, B. Pendás. En esta lista también ha de incluirse a José Juan Moreso que ha tomado como objeto de el análisis el pensamiento jurídico benthamiano: *La teoría del Derecho de Bentham* (PPU, Barcelona, 1992). Hay que señalar que esta obra no constituye la primera publicación de J.J. Moreso sobre el autor inglés, ya que anteriormente había publicado dos artículos: «Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis» (DOXA, 3, 1986) y «Cinco diferencias entre Bentham y Austin» (Anuario de Filosofía del Derecho, VI, 1989).

En una de las primeras páginas del libro el autor se plantea qué tres razones pueden llevar a realizar una investigación sobre un autor del pasado. La primera es la significación que pudiera tener tal autor en la historia de las ideas. La segunda, su influencia en los acontecimientos históricos de su época y del futuro inmediato. La tercera, que dicho pensador «tenga algo que decirnos a nosotros, que algunas de sus ideas permitan dialogar con él desde las preocupaciones teóricas del presente» (pág.37). J.J. Moreso señala que han sido la primera y la tercera razón las que han influido en la elección y desarrollo de su trabajo investigador sobre el pensamiento jurídico de J. Bentham, aunque no descuida la segunda. Sobre la primera de estas razones no hay mucho más que decir que no se haya expresado en líneas anteriores.

Respecto a la tercera razón, Moreso indica que su principal objetivo ha sido «presentar de forma coherente las ideas de Bentham prestando especial atención a las preocupaciones iusfilosóficas de la actualidad» (pág.37). Por ello, la exposición del pensamiento benthamiano no está realizada desde las perspectivas teóricas coetáneas a Bentham, ni tampoco siguiendo un exquisito orden cronológico, sino desde los particulares intereses filosóficos del autor del libro. Por otro lado, Moreso explica los diversos aspectos del pensamiento benthamiano sin renunciar al uso de los modernos instrumentales que ofrece la lógica (y la lógica deóntica), la semiótica, la teoría de los sistemas jurídicos o el análisis económico del Derecho.

Moreso enfoca el estudio de la teoría del Derecho de Bentham mediante su división en dos grandes apartados: la vertiente estructural y la vertiente funcional. Estas dos maneras de acercarse al Derecho pueden atribuirse *grosso modo* a la propia concepción benthamiana, según la cual, para poder cambiar el Derecho es requisito previo conocerlo. En efecto, desde esta perspectiva puede verse que los primeros capítulos se dedican a conocer el derecho (caps. II-IV: los presupuestos ontológicos, la crítica al iusnaturalismo y la estructura del derecho), mientras que los últimos abordan las propuestas de reforma: el utilitarismo ético (cap.V) y la teoría de la legislación (cap.VI). Por otro lado, hay que señalar que en el primer capítulo se dedica un apartado a una sucinta biografía de Bentham. Es aquí donde Moreso pone de manifiesto la influencia del pensamiento de Bentham en las instituciones jurídicas, políticas y sociales británicas del siglo XIX. Junto a estas consideraciones biográficas, se incluye un apartado en

el que se analiza la relación entre Bentham y España. Con esto se satisfaría también la segunda razón aducida por Moreso para estudiar a un autor del pasado.

Respecto a la descripción del Derecho en Bentham, el autor dedica una apreciable atención a los presupuestos ontológicos de la filosofía jurídica benthamiana. Ello no es de extrañar por cuanto Moreso piensa, siguiendo a R. Hernández Marín, que uno de los temas básicos a los que se debe dedicar la filosofía jurídica es la elucidación de la naturaleza del Derecho, y más concretamente, de la naturaleza de las entidades jurídicas y las relaciones que se establecen entre ellas. Según la interpretación de Moreso, Bentham constituye un representante destacado del empirismo y del nominalismo filosófico. A pesar de la confusión que rodea a la ontología jurídica benthamiana, según Moreso, la asunción de las tesis filosóficas antes mencionadas conduce al autor inglés a sostener una ontología jurídica factualista, en la que las entidades jurídicas son entidades factuales lingüísticas: oraciones inscripciones externas (pág.87).

El tercer capítulo aborda las críticas a las diversas versiones del iusnaturalismo. Según Moreso, el arsenal teórico de Bentham no sólo es útil para la crítica de las doctrinas iusnaturalistas clásicas (especialmente la de W.Blackstone), sino también de las teorías que presentan un mayor refinamiento teórico en el pensamiento contemporáneo (J. Rawls, R. Nozick, R. Dworkin, etc). El principal objeto de su crítica es de tipo ontológico, ya que todas estas teorías adoptan presupuestos de carácter idealista y objetivista. Por otro lado, esta crítica ontológica es útil para censurar no sólo al iusnaturalismo, sino también a las doctrinas del contrato social y a la teoría de los derechos naturales.

Otro aspecto destacable en este capítulo es la opinión del autor acerca de la calificación iuspositivista de Bentham que realiza Hernández Marín. Este punto es relevante pues Moreso se separa de esta tesis y tiende a pensar que el autor inglés tiene más puntos en común con las posiciones factualistas: «todas las entidades jurídicas son entidades factuales» (pág.121).

La considerable amplitud del cuarto capítulo, concerniente a la estructura del Derecho, encuentra justificación en que la obra póstuma y hasta fechas recientes desconocida de Bentham, *Of Laws in General*, versa sobre cuestiones de teoría del Derecho. Este apartado es significativo por cuanto supone una reivindicación de la originalidad y profundidad de Bentham en este ámbito de conocimiento del Derecho. En este sentido, este capítulo sirve para mostrar el alcance superior de la teoría benthamiana sobre la de J.Austin en temas como la identificación del Derecho, los criterios de individuación de sus normas, las relaciones que se producen entre éstas, la recepción de normas, la dinámica de los sistemas jurídicos, o la lógica deóntica. Pero la obra de Bentham no sólo es importante en términos relativos, sino también en términos absolutos. En efecto, su teoría del Derecho constituye un precedente imprescindible para el estudio de algunos de los temas iusfilosóficos que preocupan en la actualidad. Así lo subraya Moreso:

«A mi juicio, la mayor virtud de la obra de nuestro filósofo consiste, precisamente, en haber insistido en puntos fundamentales que todavía en la actualidad preocupan a los filósofos del Derecho. Bentham no resolvió todos estos problemas e incluso algunas de sus soluciones me parecen, como a Olivecrona (aunque en algunos puntos por diversas razones), profundamente insatisfactorias. Pero haber encaminado la filosofía del Derecho hacia los problemas de identificación de las entidades jurídicas, de interpretación de los enunciados de la ciencia jurídica, o hacia el mundo de la lógica deóntica es un mérito indiscutible que hace a Bentham digno acreedor del calificativo de *milestone*, otorgado por Olivecrona, en la historia de la teoría jurídica» (pág.245).

El capítulo quinto está dedicado a uno de los aspectos del pensamiento benthamiano que más reconocimiento ha tenido en la historia del pensamiento: el utilitarismo. Sin embargo, la reflexión ética de Bentham va más allá del utilitarismo, pues comprende tres partes: una metaética, una ética descriptiva y, una ética normativa. Respecto a la metaética benthamiana, la interpretación de Moreso es interesante por-



que establece algunos paralelismos entre Bentham y Ch. Stevenson en lo que se refiere al análisis de los juicios de valor; estos son juicios que describen un estado subjetivo y que son expresión de una emoción del emisor. Respecto a la ética descriptiva, Bentham sostiene que puede ser reducida a un análisis psicológico y sociológico centrado en los aspectos de placer y de dolor. Y por último, la ética normativa benthamiana es el utilitarismo, que puede ser interpretado como una tecnología social y en este sentido como «un buen instrumento para guiar al legislador». A pesar de los defectos que presenta el principio de utilidad («compórtate según el principio de la mayor felicidad para el mayor número»), Moreso cree que la mejor interpretación de dicho principio sería considerarlo un criterio normativo o una recomendación preferible a otros, y no un principio susceptible de verdad o falsedad. Su aceptación no depende de aspectos racionales sino de actitudes últimas.

Por lo que se refiere al último capítulo del libro, este es una reconstrucción del pensamiento de Bentham acerca de su teoría de la legislación. Este aspecto de su obra configura lo que antes se denominó enfoque funcionalista, o en palabras del propio Bentham, «la jurisprudencia censoria». Con la teoría de la legislación el autor inglés propone una reforma de las leyes e instituciones para conseguir los fines del utilitarismo: la maximización de la felicidad, que no es más que la suma de los intereses de los individuos que forman un grupo humano. En definitiva, los fines del Derecho apuntan a la consecución de los objetivos inscritos en el principio de utilidad: 1) suministrar la subsistencia, 2) producir la abundancia, 3) favorecer la igualdad, 4) mantener la seguridad. Uno de los principales atractivos de este capítulo radica en la comparación del análisis benthamiano con el moderno enfoque que sugiere el análisis económico del Derecho, pues ambas perspectivas comparten un punto de vista instrumental y realista del Derecho.

Si bien se ha destacado la originalidad de la perspectiva de análisis que realiza Moreso, también es cierto que paga cierto tributo a una perspectiva de análisis del fenómeno jurídico en algún modo unilateral como es la que defiende R. Hernández Marín. Por ejemplo, cabría preguntarse si resulta imprescindible realizar una investigación tan minuciosa de los presupuestos ontológicos como base necesaria para el correcto y completo desarrollo de una teoría jurídica. A modo de contraejemplo puede decirse que en muchos ámbitos de la lógica y de la ciencia los presupuestos epistemológicos y ontológicos distan mucho de estar resueltos, pero sin que ello haya impedido un espectacular avance de esos ámbitos de conocimiento.

En la segunda parte del libro, donde se analizan las propuestas de reforma del derecho, también se percibe que el autor utiliza criterios de clasificación respecto a las teorías éticas que distorsionan, por reduccionistas, la calificación de ciertos autores. En efecto, si se utilizaran otras definiciones diferentes a las que utiliza Moreso, se podría concluir que Bentham era un naturalista ético o Rawls, un filósofo analítico. En conexión con este mismo aspecto, puede decirse que el autor presta poca atención a otra versión del liberalismo, diferente a la del utilitarismo, como es la de los derechos naturales, y en la que se incluirían autores como J. Locke, J. Rawls, R. Dworkin o C. Nino. En este sentido, parecería necesario subrayar la importancia que han tenido para la conformación de la teoría democrática las ideas del contrato social y de los derechos morales defendidas por estos autores.

Desde una perspectiva más formal, no cabe duda que el autor hace acopio de información bibliográfica sobresaliente en su cantidad y calidad. Sin embargo, esta erudición, al plasmarse en un abundante número de citas a pie de páginas, ocasiona un resultado inconveniente como es la continua interrupción del hilo argumental del libro. En mi opinión el excesivo uso de las citas no hacía falta, ya que Moreso plasma suficientemente su elevado conocimiento de la literatura principal y secundaria sobre Bentham sin necesidad de avalarlo a pie de página. En este sentido, se nota que el texto es deudor de la tesis, siendo pertinente preguntarse si no habría merecido la pena realizar un ejercicio de síntesis para su publicación en forma de libro.

Estas últimas consideraciones no deben esconder que la obra de Moreso muestra un análisis riguroso y útil del pensamiento benthamiano, donde quizá lo que más destaca es su enfoque novedoso. Esta última afirmación se justifica en el hecho de que su

reflexión está claramente influenciada por la idea de que Bentham, como todo autor clásico, puede ser considerado como un autor contemporáneo y, por tanto, sus tesis tienen un valor permanente. Es por ello, que sus ideas deben ser examinadas y confrontadas con las discusiones filosóficas de la actualidad, en tanto instrumentos útiles para el estudio de problemas contemporáneos. En conclusión, el libro constituye un ejemplo de lo que debe ser un trabajo de investigación y a la vez, un muy útil instrumento de trabajo, no sólo para los lectores que busquen una exposición del pensamiento del Bentham del siglo XIX, sino también, y principalmente, para aquellos que investiguen algunos de los problemas de la filosofía jurídica del siglo XX a la luz de la óptica benthamiana.

José Luis PÉREZ TRIVIÑO

**Alan W. NORRIE, *Law, Ideology and Punishment*, Dordrecht, Kluwer, 1991, 222 páginas.**

En el prefacio del libro se nos anticipa que su tema es la filosofía retribucionista de la pena en su fase clásica y posterior. La incitación a tratar este tema le proviene al autor, según confiesa, de la perplejidad de comprobar cómo en pocos años la dirección liberal y clásica del pensamiento filosófico sobre la pena pasó de entenderse como perfectamente sobrepasada, a ser recuperada con fuerza.

En el capítulo primero se perfila el enfoque general del trabajo de Norrie. Ese enfoque será crítico y la crítica parte de que existen en el pensamiento liberal sobre la pena contradicciones insalvables que están en relación con las contradicciones presentes en la realidad social, capitalista, en la que y para la que ese pensamiento surge, pensamiento que es, por ello, calificado como «ideología histórica» (3).

En la crítica ideológica del pensamiento penal clásico Norrie destaca en el punto de partida un elemento crucial: «la importancia histórica de la forma ideológica del individuo abstracto y legal (jurídico)» (5), noción determinante en el derecho moderno y que no puede imaginarse sin la filosofía liberal que le sirve de base.

El efecto ideológico de formas legales como la de sujeto jurídico es criticado en primer lugar por Norrie sobre la base de las aportaciones anteriores de Foucault, Pashukanis y Neumann. Especialmente de Marx y Pashukanis toma el diagnóstico acerca de las dos contradicciones fundamentales del pensamiento jurídico: entre individuo abstracto e individuo concreto y entre derecho individual y poder social. El «individualismo jurídico» será el centro de los ataques del autor, como «ideología contradictoria» que oculta la realidad vital de los sujetos y de las relaciones sociales bajo la «absurda mistificación» del individuo consistente en presentarlo abstractamente como libre e igual. Así pues, dos son los elementos ideológicos que sirven para ocultar y mistificar la realidad: el individualismo jurídico y la idea de Estado de Derecho.

El capítulo segundo se dedica al pensamiento penal de Hobbes. La tesis de partida es que hay un vínculo entre las tesis retribucionistas y la idea liberal de la justicia penal, con su insistencia en la responsabilidad individual, y lo que se pretende demostrar en este capítulo es que las raíces de ese pensamiento jurídico individualista y retribucionista están en Hobbes, a quien califica como «el padre fundador de la moderna teoría de la pena» (16). La contradicción principal en Hobbes se daría entre su individualismo jurídico («su concepción del individuo como un ser abstracto, libre») y su materialismo o determinismo («su visión de los individuos como concretamente determinados por sus caracteres») (16). Es, por tanto, una manifestación de la antes mencionada contradicción, propia de la ideología jurídica liberal, entre individualismo abstracto e individuo concreto.

La cuestión básica al tratar de la justificación de la pena de Hobbes consistirá en preguntarse «de dónde le viene al soberano el derecho a penar a sus sujetos» (16-17). Al soberano sus derechos le vienen del pueblo, del consentimiento manifestado en el contrato social. Pero no cabe imaginar que nadie consienta en su propia punición, máxime si se trata de la pena de muerte, pues en todos opera un derecho previo al contrato social y que se mantiene después, que es el derecho a la autoconservación, que justifica incluso su resistencia ante el soberano que trata de castigarle. Por aquí llegaríamos a una contradicción fundamental en Hobbes: entre teoría de la soberanía y derecho de autopreservación: debido a éste, el derecho a castigar que forma parte de la soberanía no puede derivarse del consentimiento. Del consentimiento derivaría la necesidad de someterse al castigo, pero lo natural e irrenunciable es resistirse. Es la tensión insalvable entre «su doctrina del consentimiento humano y de la naturaleza humana» (25). En otros términos, una manifestación de la contradicción entre «una concepción jurídica del contrato social y una descripción naturalística del ser humano» (25).

En cuanto a la justificación de la pena, Norrie ve a Hobbes como precursor tanto de la teoría retribucionista como de la utilitarista. De la primera porque «en la raíz del contrato social está la clásica idea retribucionista del individuo calificado para el castigo por su propio acto legislativo previo. Para Hobbes el acto legislativo es el de un

pacto guiado por la razón, mientras que para Kant y Hegel la existencia actual del pacto es innecesaria dada la naturaleza del ser humano como ser racional. Pero en los tres casos el individuo establece un derecho para sí mismo y su castigo por el crimen es su "propio acto" retornando sobre él (...) La idea del consentimiento individual en el contrato social es la piedra fundacional del moderno retribucionismo» (32).

Pero Hobbes es también, como comúnmente se menciona, precursor de las teorías utilitaristas de la pena, lo que se acredita especialmente con sus consideraciones acerca de la posible utilidad social de castigar a un inocente, cosa que cuadra con el ilimitado poder atribuido al soberano para velar por el bien del colectivo social. Por tanto, la posición de Hobbes sobre el tema es calificada por Norrie como un «híbrido», cuya razón estriba en su contradictoria concepción de la individualidad humana: «Por una parte, Hobbes ve al hombre como individuo libre, capaz de establecer y consentir la institución de la pena. Por otra, Hobbes pinta al hombre como individuo determinado por las pasiones. Consecuentemente con esto último, es normal dibujar el derecho en términos de su habilidad para determinar la conducta mediante sanciones, como una institución utilitaria» (33). «El problema es que ver el estado y la pena bajo esta luz es negar que los individuos sean el tipo de personas que podrían libremente consentir la instauración de un soberano» (37).

El capítulo siguiente, tercero, se dedica al retribucionismo de Kant. Dos elementos de la filosofía kantiana son cruciales en este tema: su idea de la justicia penal como un absoluto moral y su posición acerca de la igual distribución de la pena con arreglo al «ius talionis». En cuanto al modo de ubicar el retribucionismo kantiano dentro de su filosofía moral general, Norrie rechaza su incardinación en la idea de un contrato social hipotético y se pronuncia por entender el retribucionismo como vinculado a la doctrina kantiana de la justicia del derecho y la coerción justa: la justicia afecta a la compatibilización de la libertad de uno con la de los demás según una legislación universal; la coerción es, en principio, un impedimento a esa libertad y, por tanto, injusta; pero la coerción estatal es impedimento de la libertad de alguien que ha impedido injustamente la libertad de otro y, por consiguiente, la coerción estatal es justa en cuanto realiza una doble negación: es impedimento de un impedimento de la libertad. Pero esta construcción kantiana, no debe, según Norrie, interpretarse en términos utilitarísticos de prevención. La clave estriba en los dos conceptos de libertad que aparecen cuando Kant dice que si un cierto uso de la libertad es contrario a la libertad acorde con el derecho universal, la coerción está justificada, en cuanto contrapesa un inicial uso abusivo de la libertad.

Habría por tanto una voluntad racional libre (*Wille*) y una voluntad sometida a las determinaciones causales y las inclinaciones (*Willkur*), en correspondencia con la doble dimensión del ser humano como «homo noumenon» y «homo phaenomenon». Pero en un punto la voluntad racional no es absolutamente libre: se hace libre porque necesariamente, en cuanto racional, sigue el imperativo categórico, el cual compele absolutamente a los seres racionales. Esa libertad racional significa autonomía en cuanto ausencia de determinaciones externas. Pero el derecho no se dirige a regular esa libertad racional, sino la del hombre fenoménico, aquellos comportamientos que están causalmente determinados, pero de los que no se excluye un componente de espontaneidad.

Sintetiza Norrie la cuestión diciendo que «mientras las normas jurídicas surten su efecto sobre los hombres a través de su naturaleza de seres sensibles sujetos a causas externas, su justificación metafísica deriva del derecho moral, que es un derecho de la humana razón y libertad. Las normas jurídicas afectan a la *Willkur*, pero provienen de la *Wille*» (50). Y de esa doble dimensión omnipresente participa también la pena como coerción: es «una concreta negación de la libertad fenoménica y una afirmación metafísica de la libertad moral» (51).

Estamos de nuevo ante un pensamiento en tensión debido al doble concepto de sujeto que maneja: el hombre como ser racional legisla para sí mismo como ser causalmente determinado, con lo que se reproduce la antítesis entre libertad y determinismo, sin resolverla. Hay, por tanto, un hiato entre teoría y praxis, que se manifiesta al preguntarse si la necesidad a que naturalmente estamos sometidos nos justifica y debe

exonerarnos de la pena, o si debemos someternos a ésta por ser seres racionales, aunque nuestra conducta esté determinada. Así formula Norrie la paradoja en que Kant incurriría: «en la medida en que los individuos son moralmente libres su castigo es justo, pero nunca necesario; en la medida en que están regidos por la necesidad natural, su castigo es necesario, pero nunca justo» (58).

El capítulo cuarto se dedica a Hegel. En el caso de Hegel se hace ineludible, según Norrie, comenzar por situar su pensamiento sobre la pena dentro del contexto general de su filosofía idealista y metafísica, evitando así las lecturas utilitaristas que de este pensamiento han hecho autores como Cooper. El dualismo kantiano de naturaleza y forma racional es superado por Hegel viendo en la naturaleza, y también en el derecho, un elemento de orden racional implícitamente presente y que la filosofía especulativa tiene que hacer explícito: lo que es racional es actual y lo que es actual es racional. Forma y contenido quedan así unidos, y no separados como en Kant.

En Hegel la justificación de la coerción y el castigo se muestran en el desarrollo de la idea a través de sus tres etapas de derecho abstracto, moral y vida ética. En el primer paso cada uno se ve a sí mismo como voluntad libre. Cuando, en un segundo paso, el individuo realiza intercambios, contratos, está reconociendo también la voluntad de los otros y asomándose al contenido universal de la voluntad, uniéndose así libertad individual y necesidad moral. En la negación de la voluntad que va unida a todo acto de coacción se reconoce un mal objetivo, pues toda voluntad que coacciona es autocontradictoria, por negar aquel contenido universal de la libertad de que ella misma forma parte. «El crimen es una injuria o negación de una voluntad libre por una voluntad libre que actúa coactivamente; la coerción, como pena, es la injuria o negación de la voluntad libre que actúa coactivamente; coerción como pena, es, por ello, la negación de la negación» (75). Y esa negación del mal se justifica en razón del propio criminal, como su derecho a reconciliar su voluntad consigo misma, con sus contenidos universales que la hacen posible. Ese sería el contenido subjetivamente justo de la pena, al que se añade su contenido objetivamente justo como restauración del derecho en cuanto racional, la reconciliación del derecho consigo mismo.

El problema del hiato entre teoría y práctica de la pena reaparece aquí en nueva forma. La pena se justifica y es hasta un derecho del delincuente, cualquiera que sean las causas del delito y cualquiera que sea la voluntad real del delincuente, pues todo esto es irrelevante para la razón, razón de la que el delincuente participa en sus contenidos universales, lo sepa o no. El dualismo entre teoría y práctica se supera a costa de una nueva ruptura entre realidad empírica y realidad pensada.

Pero una segunda contradicción se destaca en Hegel cuando, al hablar de las penas con que castigar efectivamente cada concreto delito, deja ver la posibilidad de que el Estado tenga que optar por penas elevadas para protegerse a sí mismo. Hegel admite la posibilidad de que el Estado débil tenga que castigar duramente para protegerse, contrariamente al Estado fuerte, que puede permitirse mayor moderación en las penas. En ese momento, como dice Norrie, «el derecho del individuo deja de ser una exigencia absoluta» y se introducen consideraciones de razón de Estado como concesión a una realidad empírica, social y política, que Hegel había pretendido excluir del pensamiento filosófico y la racionalidad.

El quinto capítulo versa sobre la doctrina retribucionista del idealismo inglés (Green, Bradley, Bosanquet). Para Norrie, en estos autores culmina esa segunda contradicción que se acaba de mencionar en Hegel. El intento de compatibilizar el reconocimiento de los problemas y conflictos sociales con el retribucionismo penal desemboca aquí en una exaltación del Estado intervencionista y de la razón de Estado, lo cual no casa bien con la idea de derechos individuales como base del pensamiento retribucionista.

El análisis de tal pensamiento idealista comienza por T. H. Green. Se resalta cómo este autor diverge de Hegel cuando sostiene que ningún Estado anterior o de su tiempo ha realizado plenamente esa libertad de que Hegel habla, pero ve la historia de los Estados como un progreso hacia tal realización futura, para lo cual, para superar la contradicción entre individualismo libre y la realidad de las condiciones sociales, confía en

el desarrollo del Estado como una activa agencia de intervención (91). No se le escapa que esa intervención estatal de liberación moral conlleva también mayores interferencias sobre la libertad del individuo. Pero esta que se limita sería la voluntad egoísta que busca sólo el autointerés, mientras que la que se favorece por la acción estatal es la voluntad o libertad racional, fundamento último de toda voluntad, incluso de la voluntad individual. Con ello se pretende, de nuevo, legitimar la limitación de la voluntad individual sobre la base de la misma voluntad individual, pero en cuanto guiada por su contenido universal.

En Green se daría una combinación de las concepciones preventiva y retributiva de la pena. Por un lado, en él los derechos tienen un fundamento social, pues sólo en sociedad son posibles, y mediante la pena la sociedad trata de prevenir los atentados contra los derechos orientados al bien común. Sólo en cuanto que los derechos contribuyen al bien común y tienen en él su razón de existir, se justifica la pena como defensa de esos derechos y prevención contra su vulneración. Por tanto, el castigo penal es primariamente preventivo y disuasivo. Pero en ese castigo se contiene también un elemento retributivo, ya que ese reproche social que conlleva se apoya en la idea de que el criminal es capaz de tener conciencia del daño que realiza y de la obligación contra la que atenta, por lo que el castigo, aunque no se vea ya como un derecho originario del criminal, es algo que le es debido y que se le otorga en mérito a sus derechos.

La contradicción contenida en lo anterior, y que Norrie resalta, es cómo puede castigarse al criminal que no tiene conciencia del interés social contra el que atenta, o que deliberadamente no lo respeta, aduciendo que el castigo se debe a la potencial conciencia del criminal sobre los valores sociales que la pena defiende. La función preventiva de la pena y la base exclusivamente social de los derechos por referencia al bien común dejan abierta la cuestión de hasta qué punto subsiste un derecho individual (por ejemplo el derecho del inocente a no ser castigado). Como dice Norrie, si el bienestar social tiene siempre primacía, los derechos del individuo son siempre «precarios y secundarios», con lo que ya no cabe hablar del Estado como conciliador de los derechos individuales.

En suma, para Norrie, Green está más próximo al utilitarismo que al retribucionismo y en su obra la tensión principal, no resuelta, es entre libertad individual y poder estatal.

Esa superación de los soportes básicos del retribucionismo se acentúa en Bradley, quien en su segunda época entenderá que el castigo se justifica como retribución colectiva, como reacción del organismo moral frente al miembro rebelde, y llega a predicar la supremacía moral de la comunidad frente a sus miembros, con lo que hasta la inocencia del penado deja de ser un obstáculo insalvable a la hora de justificar el castigo. Postulados similarmente organicistas y autoritarios se contienen en Bosanquet, quien supera los límites que el retribucionismo establece al castigo en aras de datos subjetivos como la culpabilidad y establece que al hablar del castigo no nos referimos a una cuestión de psicología empírica, sino de «lógica social» (109). El retribucionismo queda convertido en «un principio social y colectivo de venganza» (110).

Según Norrie, la deformación de la tradición retribucionista que los idealistas ingleses llevan a cabo, especialmente al destruir la vinculación kantiana entre retribución y derechos individuales, es la causa de la posterior mala prensa del retribucionismo en Gran Bretaña.

En el capítulo siguiente se ocupa el autor del utilitarismo del siglo XX, a cuyo respecto la tensión fundamental se va a dar entre individualismo jurídico y poder estatal. Norrie toma aquí como autor más representativo a Ewing. Para éste la razón de ser de la pena es la educación moral de los ciudadanos. De ahí que, en principio, para Ewing esa función educativa y disuasoria sólo recae sobre actos realmente malos y sobre los autores que los ha cometido, pues en otro caso no iría asociado el castigo con la maldad del acto y su comisión. No se trata ya de retribuir un mal, sino de conseguir un efecto social mediante el castigo, el efecto de que no se comentan ciertos actos dañosos. Pero la cuestión que inmediatamente aparece es si no cabe cumplir la misma función de educación y disuasión castigando a un inocente (cuya inocencia, por ejemplo,

se oculte a la comunidad) o anticipándose a la comisión del delito y castigando al delincuente potencial. Queda así abierto el tema clave de «cómo asegurar los derechos individuales sobre la base de una doctrina general utilitarista» (125).

Analiza Norrie tentativas como las de Rawls, W. D. Ross, Mabbott o Hart para conciliar utilitarismo y retribucionismo asignándoles ámbitos distintos. Sirva como ejemplo el caso de Hart, para quien se ha de distinguir entre la justificación general de la pena, lo cual acaecerá en términos de utilidad social, y su modo de imposición, lo cual habrá de atenerse a principios retributivos de justicia. Pero en todos estos intentos, según Norrie, la concreta distribución de la pena queda sujeta a la justificación general del castigo en términos de utilidad social, lo cual deja abierta aún la duda sobre si no cabe que esa misma utilidad pida en algún caso que se deje sin sancionar al culpable o, más aún, que se pene al inocente.

En la crítica final, Norrie pone en relación las citadas referencias al bienestar colectivo y al interés general con la afirmación de Pashukanis de que tales referencias suelen servir de respaldo a los ordenamientos autoritarios. En esta clave de creciente autoritarismo y control social habría que entender, según Norrie, el progresivo abandono de los derechos individuales a la hora de justificar la pena, la crisis del retribucionismo en sus términos clásicos. El poder estatal acaba predominando sobre los derechos individuales, si bien ello sucede oculto bajo el lenguaje jurídico individualista y la «posse» liberal de los juristas.

El capítulo siguiente, titulado «individualismo jurídico, libertad individual y justicia criminal» se dedica a la forma más actual que toma la antítesis entre individualidad abstracta e individuo concreto en la filosofía penal, que se presenta ahora encarnada en la discusión entre libertad y determinismo. La tesis que el autor defenderá aquí será la de que pretender aunar ambos polos en la teoría equivale a tratar de conciliar lo inconciliable. El problema de partida es sencillo: si se admite que las conductas humanas están causadas, determinadas por condiciones externas a la voluntad del actor ¿cómo puede exigirse de éste responsabilidad penal individual por ellas?

Norrie expone primeramente varios intentos teóricos para evitar la contradicción entre determinismo y voluntad libre. Las tres primeras posiciones pueden calificarse como *soft determinism*, en la estela de Hume, y parten de que aun cuando el determinismo sea verdadero la responsabilidad penal está justificada sobre la base de la libre voluntad, por las siguientes razones: uno, la noción de elección individual; dos, la noción de capacidad de elegir; y tres, la idea de acción. El primer argumento se examina en cuanto sostenido por Hart. Para éste, «bajo el derecho, el individuo determina su propio futuro mediante sus elecciones, y esto es verdad tanto si sus elecciones están determinadas como si no» (144), y el derecho sólo exonera de responsabilidad cuando algo impide que la elección que antecede al comportamiento tenga lugar. Por tanto, para Hart la libertad no es libertad «contra causal», la libertad «para actuar contra las causas que determinan el propio comportamiento, la libertad de elegir de modo distinto a como se hace; más bien es la habilidad para seguir los propios deseos, cualquiera que sean sus causas» (144). Esta postura de Hart es criticada por Norrie como incoherente, por ser contradictoria la idea de «elección determinada» y como conceptualmente confusa, ya que el concepto de elección supone no sólo que algo se elija, sino que se pueda elegir de otro modo.

También examina brevemente y critica Norrie las doctrinas compatibilistas de Glover y Michael Moore, que, allí donde Hart colocaba la idea de elección, sitúan, respectivamente, las de capacidad de elección o habilidad para realizar acciones, si bien cabe la misma crítica que se mencionaba frente a Hart, ya que tanto esa capacidad como esa habilidad (o la creencia de que en cada caso se poseen) pueden estar determinadas.

A continuación, Norrie se propone mostrar cómo los términos de la contradicción entre libre voluntad y determinismo se manifiestan no sólo en el debate teórico, sino en el derecho mismo, para lo que examina los eximentes admitidos por el derecho y el modo en que los jueces atenúan las penas. En cuanto a lo primero, ante eximentes como la *duress* (fuerza) se muestra que el derecho adopta también una perspectiva

compatibilista entre determinismo y libertad: allí donde hay *agency*, acto individual realizado como propio (exista o no una determinación de base en ese actuar), existe la responsabilidad penal, y cuando falta hay un eximente. Pero esta perspectiva compatibilista acaba de ser criticada por Norrie en sus manifestaciones teóricas.

Ante eximentes como los de error, accidente, *provocation* o *insanity*, el derecho entiende que una causa externa elimina la *agency*, por cuanto que excluye toda razón o intención del acto. Pero el problema se plantea con el eximente de *duress*, circunstancia en la que el autor actúa con «razón e intención» pero el derecho lo entiende de todas formas determinado. Es el único caso en que se entiende que esos componentes de la «*agency*, razón e intención», pueden caer también bajo alguna forma de determinación. Y aquí viene el problema: «¿si el derecho admite la “*duress*” como eximente de la conducta criminal, sobre la base de que el comportamiento racional e intencional está determinado, por qué pararse ahí? El determinista puede con toda legitimidad argumentar que no hay en principio diferencia entre una pistola apuntando a la cabeza y un sustrato socioeconómico insostenible» (156).

En la conclusión de este capítulo, Norrie ve tanto a los intentos teóricos como a las construcciones jurídicas que pretenden compatibilizar voluntad libre y determinismo como pretensiones de reconciliar una vez más la idea de autonomía individual con la admisión de la determinación social y contextual de la acción individual. Nuevamente la tensión entre individualismo jurídico abstracto e individualidad concreta. Lo que las doctrinas y construcciones reseñadas significan es, para Norrie, ideología. Las tesis teóricas tratan de reconciliar los derechos individuales con la utilidad social del castigo. Responden a nuevas necesidades de legitimación de una práctica jurídica que avanza. «La doctrina jurídica sigue tratando de explicar, racionalizar y justificar lo que los juristas prácticos hacen» (163). Ahora bien, ese respaldo ideológico, con sus antítesis y tensiones y su modo de pseudoresolverlas es necesario para que el derecho pueda existir con las estructuras con que lo entendemos. «El derecho —dice Norrie— tiene que *descontextualizar* la acción si se ha de atribuir responsabilidad a los individuos. Si mira por detrás de los individuos a las condiciones de existencia de éstos (...) se convierte en imposible e irrelevante castigar a los individuos. La circunstancia social y política se convertiría en el nivel relevante para la atribución de “responsabilidad”. Similarmente, la función ideal del derecho es el control de los individuos, entendidos como actores racionales, a través de su convicción, penalización y disuasión. Si los individuos no fueran vistos de esa manera abstracta, sino más bien situados en su contexto social, esta función se convertiría en fútil. La justicia no significaría entonces la convicción y disuasión de individuos responsables, sino la reforma de condiciones antisociales y criminógenas» (164-165). Aquí es donde ciertas alusiones a la justicia en la ideología jurídica se muestran como ficticias: «el derecho opera con una forma deshumanizada de individuo que ignora el contexto de la acción individual. Por ello, su pretensión de promover la justicia individual se esfuma» (165).

El octavo capítulo trata de la tensión entre individualismo jurídico y poder estatal en el razonamiento jurídico. Mediante el análisis de tres sentencias trata Norrie de demostrar cómo, pese a la pretensión de MacCormick de que el razonamiento jurídico es una rama del razonamiento práctico y es, por tanto, susceptible de racionalidad, a menudo los jueces soslayan la lógica o los criterios racionales de interpretación para imponer puntos de vista consecuencialistas que atienden ante todo a la conveniencia derivada de una cierta razón de Estado, en detrimento de los derechos individuales, que quedarían protegidos si los jueces operaran con la adecuada pureza técnica a la hora de interpretar y aplicar la norma expresada en lenguaje abstracto. Con ello no obtienen racionalidad para su proceder, sino que realizan una «racionalización» de prácticas contrarias al derecho individual y favorecedoras del poder estatal. Vista así, la doctrina legal aparece como ideología y no como forma del razonamiento práctico. Y así es como Norrie finaliza el capítulo con una crítica a la jurisprudencia analítica y al análisis legal tradicional, precisamente por su incapacidad para tomar en cuenta el contexto social y político del derecho. «Quedarse dentro del tradicional análisis racionalístico es ignorar las fundamentales contradicciones sociales e históricas en el corazón mismo del derecho» (188).



El último capítulo se dedica a «los límites de la ideología legal». Hace balance el autor de lo expuesto acerca de cómo el retribucionismo clásico se fue transformando en su contrario, el utilitarismo, a medida que las necesidades de la sociedad capitalista imponían una mayor intervención del Estado en los procesos sociales y sistemas no individualistas de control social. Desde esta óptica, la vuelta a Kant que se expresa en ciertos autores de las últimas décadas al hablar de la justificación de la pena, merece, según Norrie, una valoración doble. Por un lado, tiene un componente positivo, pues la vuelta a la idea de culpabilidad o de castigo como retribución merecida supone una reacción frente a los excesos o riesgos autoritarios y estatistas del utilitarismo y equivale a poner límites frente al Estado. Pero, por otro lado, «el intento de establecer un sistema justo de justificación penal en una sociedad injusta es una contradicción en los términos» (197). Las formas jurídicas poseen una virtualidad positiva, ligada a la defensa de los derechos individuales y la igualdad formal; pero sin la supresión de la injusticia social real, esas formas son sólo ideología ocultadora. El mismo carácter compartirá la filosofía de la pena que se quede en ese nivel y no busque la raíz social de los fenómenos que analiza. «La forma y el contenido jurídico permanecen en contradicción, de modo que todo intento de racionalización y legitimación sólo puede triunfar sobre la base del ocultamiento de la fundamental relación histórica entre la ideología individualista occidental de la pena y el subyacente carácter social de la criminalidad y el poder estatal» (202-203).

Juan Antonio GARCÍA AMADO

**Carlos THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 221 páginas.**

El libro de Carlos Thiebaut, *Los límites de la comunidad. (Las críticas comunitarias y neoaristotélicas al programa moderno)*, constituye una valiosa aportación porque contribuye a llenar un hueco en la bibliografía española. Esta obra ofrece una definición y un análisis sereno sobre la corriente del comunitarismo. Aunque expone las diversas formas en que dicha corriente se manifiesta, insiste en la presentación de tres autores de ámbito americano y anglosajón, como son Charles Taylor <sup>1</sup>, Michael Walzer <sup>2</sup> y Alasdair MacIntyre <sup>3</sup>. La elección a mi juicio resulta acertada por un motivo concreto, como es que en nuestro país se ha tenido más información sobre el comunitarismo desarrollado en Alemania, que adopta una postura más bien neoconservadora. Sin embargo, el comunitarismo de corte americano ha tenido menos difusión, exceptuando a MacIntyre. Quizá el motivo radique en un cierto eurocentrismo, que nos conduce a considerar que los enfoques culturales hechos en ámbito anglosajón no son trasladables a nuestra cultura continental. El mismo Thiebaut muestra sus dudas ante la aplicación de este pensamiento a la situación europea: «Cómo interpretar el debate entre comunitarismo y liberalismo, debate académico y filosófico que hasta la fecha sólo tiene referencias políticas norteamericanas (de los Estados Unidos y de Canadá), como un debate político que posea referencias europeas... Sugiramos ahora una sospecha, ciertamente polémica: el carácter de la crítica comunitarista democrática norteamericana no es fácilmente transportable a este lado del atlántico pues el debate se transforma aquí en el debate del nacionalismo y del cosmopolitismo» (p. 146). Res-

1. Charles Taylor es profesor de filosofía política en la universidad de McGill de Montreal.

TAYLOR, C., *The Malaise of Modernity*. Ontario. Canada. Ed. Anansi Press, 1991, 135 p. The Massey lectures están patrocinadas por Massey College en la Universidad de Toronto y CBC radio (Canadian Broadcasting Corporation, Société Radio-Canada).

TAYLOR, C., *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1989.

«Cross-Purposes: the Liberal-Communitarian Debate». En ROSEMBLUM (ed.) *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1989, pp. 159-182.

2. Michael Walzer nace en Nueva York en 1937. Está considerado en la actualidad como uno de los teóricos más importantes de la izquierda intelectual no dogmática de Estados Unidos. Ha sido profesor de ciencias sociales en las universidades de Princeton y Harvard. Desde 1980 enseña en el Institute for Advanced Study (School of Social Science) de Princeton, New Jersey. WALZER, M. «La idea de sociedad civil. Una vía hacia la reconstrucción social», *Debats*, núm. 39, (1992), pp. 30-39.

KALLSCHEUER, O., «El liberalismo comunitario de Michael Walzer. La fuerza de la oposición interna», *Debats*, o.c., pp. 40-45.

WALZER, M., *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. New York. Ed. Basic Books, 1983.

*Exodus and Revolution*. Basic Books. 1985. *Interpretation and Social Criticism*. Harvard University Press. 1987. *The Company of Critics*. Basic Books. 1988.

3. Pongo menos énfasis en el pensamiento de MacIntyre porque sus principales obras han sido reseñadas en este anuario, Cfr. MONTOYA, J., *Anuario de Filosofía del Derecho*. VII, (1990), pp. 622-630, sobre MACINTYRE, A. *After Virtue*. Notre Dame. University of Notre Dame Press, 1981. Traducción española por Amelia Valcárcel, *Tras la virtud*. Barcelona. Ed. Crítica, 1988 y MACINTYRE, A. *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame. University of Notre Dame Press, 1988. MACINTYRE, A. *Three Rival versions of Moral Inquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*. Notre Dame. University of Notre Dame Press, 1990. Versión española. Madrid. Ed. Rialp., 1992. 250 p.

ponderaría a Thiebaut, por mi parte, subrayando aquí que este debate tiene una lectura europea, porque incluso utilizamos esa nomenclatura, hablamos de *comunidad europea*. El mismo autor muestra como Europa ya no es una comunidad homogénea y muchos de los problemas multirraciales y multiculturales con que se ha enfrentado la sociedad americana están surgiendo ante nosotros. El debate de la búsqueda de una identidad europea, que respete las diferencias éticas, sin caer en xenofobias y racismos está todavía pendiente. Nos unen las tradiciones, pero ¿cómo asumimos las diferencias?

La polémica en Estados Unidos no queda encerrada en los ámbitos académicos sino que ha llegado al mismo Tribunal Constitucional, donde jueces comunitarios y neoliberales apuestan por decisiones judiciales diversas en su interpretación de los derechos constitucionales. Aunque la cita sea larga, refleja las posibles repercusiones de esta polémica a nivel judicial, dice Thiebaut; «Diversas resoluciones judiciales norteamericanas han puesto en primer plano el problema de si un estado puede impedir por medios legales o puede, en su caso, castigar conductas que la mayoría de la población rechaza en virtud de sus creencias morales aunque esas conductas se realicen en el ámbito privado y sin obvias repercusiones directas sobre el conjunto de la población. El debate ha surgido, así, a propósito de resoluciones que afectan a temas como las relaciones homosexuales libres entre adultos, la eutanasia o el aborto. La discusión afecta a problemas como la capacidad que tiene una mayoría para regular por medio de leyes comportamientos morales de la totalidad de la población (el problema de la mayoría), el estatuto de neutralidad de las leyes con respecto al *ethos* moral de la sociedad (el problema de la neutralidad de la ley ante concepciones morales antagónicas o diversas)...» (p. 152).

Michael Sandel defiende que la protección de los derechos debe ir unida a la discusión sobre la bondad o maldad de sus contenidos<sup>4</sup>. Es una consecuencia del argumento comunitarista de que toda idea de justicia está ligada a una idea de bien. El problema surge ante la necesidad de ponerse de acuerdo sobre el contenido moral de esos derechos en una sociedad compleja.

En realidad la preocupación de todos estos autores está dirigida a reflexionar sobre la validez o no de los modelos éticos, políticos y iusfilosóficos, heredados de la modernidad. Como el mismo subtítulo de esta obra anuncia, se exponen en ella las críticas comunitarias y neoaristotélicas al programa moderno. Si de entrada el término *neoaristotelismo* no parece difícil de definir, no sucede lo mismo con la caracterización de qué sea el *comunitarismo*. Ciertamente, no es superflua una presentación del tema, poco conocido fuera de ámbitos éticos o de filosofía política.

En el punto de partida, Thiebaut presenta, con claridad y maestría, el enemigo común de ambas escuelas, a saber, el liberalismo. Cierta tipo de comunitarismo quiere recuperar la modernidad y la ilustración, despojándolas de sus impurezas (Walzer y Taylor). Otro sector del comunitarismo reivindica una vuelta a la tradición como contrapuesta a la modernidad. Así Alasdair MacIntyre se presenta como un antiilustrado. Sin embargo su neoaristotelismo es democrático, bañado de tintes de añoranza y nostalgia de una idea de comunidad orgánica premoderna.

Pues bien, estos son principalmente los tres autores cuyo pensamiento es analizado a lo largo de estas páginas. Pero permítaseme al hilo del discurso presentar un resumen de las principales propuestas del comunitarismo. El comunitarismo y neoaristotelismo proponen un planteamiento de revisión radical de nuestra cultura, *iendo* a la raíz se preguntan «qué leyes son legítimas y por qué en un momento histórico y en una comunidad dada, cuando existen en la misma diferentes concepciones morales y culturales» (p. 11). Se pone en entredicho el intento actual del liberalismo, basado en la reformulación de las teorías del contrato de Locke, Kant o Rousseau, tanto en autores neoliberales como Rawls, Buchanan o Gauthier, como en las teorías críticas de Apel o Habermas. El proyecto racionalista del neocontractualismo o de las

---

4. SANDEL, M. «Moral argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality», *California Law Review*, 77, 2, (1989), pp. 521-538.

éticas dialógicas y constructivistas conduce a un procedimentalismo. Aunque se quiere presentar dicho procedimentalismo como una fórmula vacía, en realidad se parte siempre de un contexto previo material y normativo.

Como consecuencia, se desconfía de las declaraciones de neutralidad e imparcialidad de las que parte el liberalismo, porque «toda teoría está cultural y contextualmente determinada», hasta el mismo liberalismo lo está. Su reclamada universalidad y formalidad no respeta los particularismos y las diferencias. El programa liberal es en el fondo historicista y relativista, aunque se presente disfrazado de visos de universalidad. De ahí que el comunitarismo proponga la vuelta a una ética normativa sustantiva, apoyada en la tradición, la historia, la comunidad y motivada en la socialidad frente al individualismo liberal.

Thiebaut se esfuerza por demostrar que no todo neoaristotelismo ni comunitarismo comparten un planteamiento regresivo —tanto en términos políticos como en términos teóricos— con respecto al proyecto normativo de la modernidad que se concreta en el programa liberal (p. 12).

Las dos posiciones citadas no son idénticas, pero su interpretación del liberalismo se asemeja al considerar que el liberalismo deja a la sombra la *solidaridad*.

A mi juicio, las precisiones presentadas por Thiebaut resultan muy útiles para despejar la panorámica presente, un tanto farragosa. Según el mencionado autor, no es identificable el neoaristotelismo con el conservadurismo, ni el comunitarismo con los proyectos democráticos modernos, porque hay comunitarios conservadores y neoaristotélicos no regresivos. Sus críticas no son regresivas, aunque tampoco resulten excesivamente «progresivas». Precisamente Charles Taylor y Michael Walzer representan el comunitarismo progresivo. Sólo el comunitarismo desarrollado en Alemania ha adoptado posturas realmente neoconservadoras.

La crítica comunitarista al liberalismo se hace tanto desde posiciones republicanas más conservadoras como desde la izquierda. Estos últimos ven como inevitable la crítica comunitarista en la reconstrucción de un pensamiento de izquierdas, críticas que coinciden con las de Marx en la socialdemocracia radical (Nussbaum, Taylor, Walzer).

El deseo de Thiebaut es reconciliar pares sólo aparentemente irreconciliables, como solidaridad y tolerancia, particularismo y cosmopolitismo, diferencia y tolerancia, individualidad y colectividad, etc. Movido por esa finalidad afirma «mis reflexiones se encaminan a un movimiento de crítica que reconozca una doble verdad, la del liberalismo y la del comunitarismo» (p. 15). A la vez que se destaca esta doble verdad, se quiere recordar las limitaciones tanto del liberalismo como del comunitarismo, «se quiere sugerir que esa noción comunitarista se queda corta, dada su densa homogeneidad, para comprender el núcleo teórico y práctico que es más relevante en la consideración del presente: las formas complejas de la subjetividad moderna y las formas complejas de los sistemas sociales de interacción» (p. 16). Así Thiebaut no se limita a relatarnos el estado de la cuestión en lo que a estas posiciones se refiere, sino que hace su propia aportación en una síntesis final. Se propone así una doble tarea de presentación y de intervención, de la que da cuenta acabadamente.

Thiebaut resume las características del comunitarismo en los siguientes puntos: En primer lugar, los comunitarios atacan la simplicidad de las éticas modernas. En segundo lugar, defienden la inseparabilidad de lo bueno y lo justo. En tercer lugar, critican la concepción del sujeto racional porque no hay un yo sin atributos. Por último, creen en una comunidad homogénea versus la sociedad compleja liberal.

Con respecto al primer punto, propugnan que no se puede definir la ética sólo desde la razón, porque la definición del bien se elabora a partir de la acción humana. Por eso insisten en;

a) la superioridad del criterio teleológico frente al deontologismo, en el que pierde sentido toda noción sustantiva de bondad, «MacIntyre conecta la bondad con la validez de un juicio ético con los bienes consustanciales a aquellas prácticas que una comunidad define como virtuosa» (p. 28). Se critica la teoría de la justicia de Rawls por su derivación del deontologismo kantiano.

b) En la importancia de la sensibilidad moral, tratando de recuperar los deseos y sentimientos morales, las formas sensibles de racionalidad moral en el programa aristotélico, que adopta argumentos para-humeanos. Se aboga por un realismo de lo concreto, defensa del carácter objetivo de la esfera real distinta al preconizado por Kant.

c) En el juicio ético como un aspecto de la razón práctica, de carácter contextual, como forma de vida moral concretas, bien como el modelo profético de Walzer, o bien la identidad moral defendida por Taylor.

d) En el carácter material, histórico y cultural de los valores. Se diferencia entre el contexto y el transcontexto. Thiebaut señala el peligro de que la ética se reduzca al *ethos* dado de una sociedad en un momento histórico y el olvido de la universalidad.

La segunda idea directriz se refiere a la *inseparabilidad de lo bueno y lo justo*. Se critica a Rawls el que prioriza lo justo sobre lo bueno. El liberalismo cae en una contradicción porque su propia abstracción le conduce a una defensa vacía de contenidos. Ninguna teoría de lo justo puede coherentemente articularse al margen de una teoría del bien.

En este punto coincide la crítica de los comunitarios (Michael Sandel, Sullivan, Bellah) con otros autores de izquierdas, como Roberto Mangabeira Unger, representante del movimiento *Critical Legal Studies*<sup>5</sup>. Todos ellos mantienen la imposibilidad de la neutralidad de la esfera pública. MacIntyre reclama la tradición y el lenguaje sustantivo de una comunidad, y rechaza la abstracta y vacía neutralidad del proyecto liberal.

Sandel afirma que es a través de las ideas sustantivas del bien como se han reconocido los derechos. Es imposible separar los contenidos del bien en la práctica concreta de la justicia. Por tanto, para Taylor, no se puede separar la esfera privada de la pública, ese es el intento de los reduccionismos formalistas del utilitarismo y del kantismo.

Walzer propone, a su vez, una teoría fuertemente contextualista para la justicia que está muy lejana de los procedimientos de imparcialidad —como sucede ejemplarmente con el velo de la ignorancia rawlsiano— pretenden, por el contrario, descontextualizar y prescindir de valoraciones e intereses particulares para definir el punto de vista como un punto de vista imparcial (cfr., p. 40).

MacIntyre reivindica la necesidad del aprendizaje de culturas diferentes a la nuestra a partir del conocimiento de nuestra propia identidad; «La única forma en la que podemos hacernos inteligibles tanto nuestra propia identidad moral como la identidad moral de otras culturas o contextos diferentes al nuestro es acudiendo al relato de la génesis de nuestra propia tradición, sólo desde la cual podremos comprender otro mundo» (p. 43). Para hacer ello posible se precisa acudir a la tradición, al *faktum historiae* y no al *faktum rationis*. Una tradición que en la propuesta de MacIntyre se identifica con la recuperación la noción clásica de virtud propia de la tradición aristotélico-tomista. En lugar de ofrecer argumentaciones racionales y públicas, se trata de presentar modelos que encarnen las virtudes a imitar. O en versión de Taylor, con acentos neohegelianos, se propone una vuelta a la historia interna de la subjetividad.

Se insiste en la prioridad de las nociones de bien sobre los acuerdos de justicia y en la importancia de los valores comunitarios y tradiciones. Todo ello cobra mayor relieve en la práctica política; «el debate adquiere nueva relevancia teórica cuando se precisan las referencias a determinados temas sustantivos del debate político-moral de las sociedades desarrolladas» (p. 142).

La crítica del comunitarismo al liberalismo se asemeja a la crítica filosófica romántica de la Ilustración, como el intento hegeliano de superación de la moral kantiana. Se establece una confrontación entre la particularidad de una concepción del bien en un mundo de vida determinado, en una comunidad específica, contra la generalidad y la imparcialidad que le competen a la esfera pública y a la idea de justicia (p. 143). O desde otra perspectiva, el nacionalismo particularista de los mundos de creencias particularizados de los individuos, frente a un cosmopolitismo universalista y una

5. UNGER, R. M. *Knowledge and Politics*. Londres, Macmillan, 1975.

constitución política universalista y neutral: «De esa forma, la tensión teórica entre los términos teóricos universalidad y particularidad, que hasta ahora poseía un carácter sólo epistémico, se descubre como tensión política en la configuración material, social e histórica de las sociedades occidentales y como espacio en el que se iluminan algunos de sus graves problemas» (p. 143).

En relación con la puesta en práctica de las ideas de justicia, se hace más patente la necesidad de una defensa de las nociones sustantivas de bien y de valor. De hecho, la idea de justicia del liberalismo no es neutral, en realidad, reviste de imparcialidad y de universalidad una particularidad y una parcialidad.

La consecuencia de la primacía del bien sobre la justicia es la determinación material de toda noción de justicia y el carácter socialmente ubicado de los sujetos políticos o la imposibilidad de establecer procedimientos sólo formales para arbitrar y solventar conflictos (p. 147). Por eso los comunitaristas rechazan la *neutralidad pública*. Los discursos morales en las discusiones políticas y constitucionales se apoyan en nociones particulares del bien.

El problema que queda pendiente de resolver en estas reclamaciones es como hacer posible la autocrítica desde la perspectiva comunitarista. Michael Walzer se esfuerza en presentarla desde la figura del profeta, es decir, personas que dentro de la propia comunidad adoptan una actitud crítica ante los valores recibidos y allí presentes. En otro orden también resulta problemática la integración de las minorías en una comunidad moralmente densa, en la que prevalezca una moral social mayoritaria.

En tercer lugar, *se rechaza el yo sin atributos* y abstracto del liberalismo, tal y como se presenta, por ejemplo, en la posición originaria de Rawls. Especialmente Michael Sandel se erige en crítico del individualismo y atomismo liberal; «contra el sujeto moral como un sujeto aislado, puesto con independencia y con prioridad... a unos fines colectivamente dados... El comunitarismo y neoaristotelismo no pueden concebir el sujeto al margen de sus roles sociales y políticos: somos precisamente, argumentan, el conjunto de vínculos que nos constituyen como individuos» (p. 48). Se niega el individualismo teórico y una tesis psicológica o sociológica que se refiere a la constitución social de los sujetos.

En cuarto lugar, *se propone la necesidad de basar la sociedad en comunidades homogéneas versus las sociedades complejas liberales*.

Existe una estrecha unidad entre lo privado y lo público, de manera que la identidad se define por la comunidad de la que se forma parte. Una comunidad entendida como modo de autocomprensión constitutivo de la identidad de los sujetos. En algunos casos «el comunitarismo norteamericano se ve asociado al recurso a las tradiciones bíblicas y republicanas de los padres fundadores de la república» (p. 57). Quienes se sitúan en una crítica progresista, reabsorben el proyecto normativo de modernidad.

En Europa se presenta el triunfo del liberalismo, como consecuencia de la caída de los socialismos de los países del este. No se habla de un camino intermedio. Lo que el comunitarismo demuestra es que el fracaso del socialismo real no implica la validez de los supuestos holistas. La reivindicación de la solidaridad no conduce necesariamente a la idea de un socialismo estatista porque solidaridad no significa estatismo. El mismo Habermas ha diferenciado entre un holismo comunitarista y el holismo marxista.

La verdad del comunitarismo consiste en señalar «el carácter sustantivo y contextual de las nociones morales y la forma en que esas nociones se han ido articulando históricamente en la constitución de la subjetividad y de las instituciones morales y jurídicas modernas» (p. 148).

Sin embargo como contraargumenta Thiebaut, la insistencia en la tradición puede llevar a no comprender «la complejidad de las formas de subjetividad y de las instituciones modernas» (p. 148). Ni siquiera una misma comunidad, para Thiebaut, es completamente homogénea, incluye en ella misma diferencias. El comunitarismo no tiene siempre respuesta ante la complejidad de las diferencias de las sociedades contemporáneas. Se presenta con una dimensión holista, la comunidad con un ordenamiento de carácter comunitario y societal. Mientras que el liberalismo hace una defensa de los

derechos del individuo. Aunque Taylor intenta compaginar ambas cosas, una definición de comunidad excesivamente homogénea plantea en la práctica serias dificultades.

Para terminar diremos que a pesar de algunos de los fallos del comunitarismo, las críticas de los comunitarios han sido eficaces, en el sentido de que algunos autores como Rawls, Habermas<sup>6</sup> y Dworkin han replanteado algunos de sus temas. Así Dworkin ha ensayado la tesis de una comunidad republicana en el marco de una teoría de corte liberal<sup>7</sup>. En el último Rawls se observa la remisión de los principios liberales a contextos sociales e históricos.

Aunque Thiebaut no insista en ello, a mi entender es significativo en Habermas la utilización de la frase patriotismo de la constitución, con ella se intenta aunar dos tradiciones, la virtud del patriotismo predicada por los comunitaristas y la constitución que es base de la democracia liberal.

María ELÓSEGUI ITXASO

---

6. HABERMAS, J. «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo», en *Europa, la democracia y la izquierda. Debats*, núm. 39, marzo, (1992), pp. 11-18. Texto de la conferencia pronunciada por Jürgen Habermas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Valencia el 14 de octubre de 1991.

HABERMAS, J. «Tres modelos de democracia sobre el concepto de una política deliberativa», en *Europa, la democracia y la izquierda. Debats*, núm. 39, marzo, (1992), pp. 18-21. Texto de la intervención de Jürgen Habermas en el seminario sobre Teoría de la Democracia, celebrado en la facultad de Filosofía de Valencia el 15 de octubre de 1991.

HABERMAS, J., *Necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid, Ed. Tecnos, 1991.

7. Cfr., el republicanismo cívico liberal de Dworkin en DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1986. Capítulo 6.

«Liberal Community», *California Law Review*, 77, 3, (1989), pp. 479-504.





## Próximo volumen del «Anuario»

El volumen XI del «Anuario», correspondiente a 1994, estará dedicado en su sección monográfica al tema: *Universalidad y relativismo de los valores jurídicos*. Desde la interdisciplinariedad de nuestros Departamentos podría analizarse el debate ideológico, en los términos en que se plantea hoy. El ideal de universalidad de valores como justicia, tolerancia, regla general neutral... parece ser objeto de una crítica relativizadora que rebaja la pretensión del ideal a un reflejo de la «ilustración», o bien lo tilda de «eurocéntrico», «cristiano», «burgués», «machista», etc. La discusión versaría sobre la validez de este planteamiento.

De tema libre serán las demás secciones. Dado el apoyo encontrado, alentamos con interés el 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. Asimismo se reflejarán las informaciones sobre reuniones científicas de las que se nos envíe crónica.

Se recomienda seguir las indicaciones sobre la presentación de originales: extensión, formato, modos de proceder con las notas, redacción de las mismas.

Se propone como fecha límite de envío de originales el 30 de abril de 1994, rogándose el aviso previo de la intención de colaborar.



## Recomendaciones a los Autores

Los originales deben enviarse a la Redacción para su eventual publicación en tres ejemplares mecanografiados a doble espacio (30 páginas DIN A4 como máximo). Deberán presentarse en contenido y forma como versión definitiva, no permitiéndose modificaciones posteriores.

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 de 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 Sciencies 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 confec-

cionados 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.

**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. 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 ALMOGUEIRA 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 ENGISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GAMUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCESCA PUIG-PELAT MARTI, Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional. II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ 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 GUI-SÁN, 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 TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOSANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO 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, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

## VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAIO FERRAZ, 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, Jues, 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 CARPINTEIRO, 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 Resolución de 1798. El modelo de Code Napoléon. 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 deontológica 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 auto-identidad 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: neoes- tocismo, 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 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 MEMORIAM: 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.

#### VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARI ANGELES BARRERE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELOSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUISÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTO NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ANGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGIAS QUIROS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

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.



