

**ANUARIO  
DE  
FILOSOFIA  
DEL  
DERECHO**

**NUEVA EPOCA  
TOMO XI**



**MADRID  
1994**

# 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

JESUS AYLLON DIAZ  
Profesor de Filosofía del Derecho  
Universidad Complutense

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

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

LUIS MARTINEZ ROLDAN  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Oviedo

BENITO DE CASTRO CID  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
UNED

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III

MARIA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA  
Profesora Titular de Filosofía del Derecho  
UNED

FRANCESCA PUIGPELAT MARTI  
Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad A. de Barcelona

**ANUARIO DE FILOSOFIA  
DEL DERECHO**

**MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR  
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 e Interior.  
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 XI**



**MADRID**

**1994**

---

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

---

N.I.P.O.: 051-94-002-3

I.S.B.N.: 84-7787-379-8

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

Depósito Legal: M. 11.151-1958

---

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición.  
Talisio, 9. 28027 Madrid

## INDICE

	<u>Págs.</u>
PRESENTACIÓN .....	9
 <b>I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS</b>	
ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, <i>Contextualismo ético y relatividad de la justicia</i> .....	13
PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, <i>Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico</i> .....	41
ESPERANZA GUIÁN, <i>Los límites éticos de la democracia</i> .	61
FRANCISCO PUY, <i>Sobre la antinomia universalidad-relativismo</i> .....	75
ANDRÉS OLLERO, <i>Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos</i> .....	91
JULIO SEOANE PINILLA, <i>La Ley sin mayúsculas. Diez avisos</i>	105
ERNESTO J. VIDAL GIL, <i>De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la Justicia</i> .....	121
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, <i>Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica</i> .....	141
VICENTE BELLVER CAPELLA, <i>La solidaridad ecológica como valor universal</i> .....	159
MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, <i>Justicia y diferencia</i> .....	175
CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, <i>Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán</i> ...	193
 <b>II. ESTUDIOS</b>	
1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA	
JOSÉ GARCÍA AÑÓN, <i>C. S. Nino y los derechos morales</i> ..	209
PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, <i>Notas sobre la igualdad</i> .	229

	<u>Págs.</u>
ROBERTO GARGARELLA, <i>Crisis de representación, deliberación, y «political correctness»</i> .....	243
ENRIQUE BONETE PERALES, <i>Del peso de la libertad al pluralismo político-moral (Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin)</i> .....	251
CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, <i>La moralidad pública como límite a la libertad de expresión</i> .....	285
ÁNGELES LÓPEZ MORENO, <i>Bioética para juristas</i> .....	297
MONTSERRAT FIGUERAS, ANTONIO EZQUERRA y FRANCISCO SARRAGA, <i>Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el Proyecto Genoma Humano</i> .....	313
 2. CIENCIA DEL DERECHO	
HANS-PETER SCHWINTOWSKI, <i>Estructuras básicas de sistemas de regulación optimales. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas</i> .....	331
MARIO RUIZ SANZ, <i>El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy</i> .....	347
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Definiciones en el Derecho</i> .	367
AMEDEO G. CONTE, <i>Forma performativa</i> .....	381
FRANCISCO JOSÉ DíEZ AUSÍN, <i>Conflictos normativos y análisis lógico del derecho</i> .....	393
JOSEP AGUILÓ REGLA, <i>La derogación en pocas palabras</i> .	407
 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO	
ANGELA APARISI MIRALLES, <i>Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución Norteamericana</i> .....	421
FRANCISCO CARPINTERO, <i>Las canas de Kant</i> .....	443
ANA LLANO TORRES, <i>Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: Un filósofo del Derecho español del siglo XIX</i> ..	467
BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, <i>Personalismo, democracia cristiana y filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba</i> .....	497
DAVID SÁNCHEZ RUBIO, <i>Enrique Dussel: El lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica</i> .....	521
 <b>III. DEBATES</b>	
JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, <i>Luhmann para juristas</i> .....	543
PILAR GIMÉNEZ ALCOVER, <i>Respuesta a Jesús Ignacio Martínez García</i> .....	551



	<u>Págs.</u>
MARINA GASCÓN ABELLÁN, <i>A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar</i> .....	553
JOSÉ LUIS GORDILLO, <i>Respuesta a la profesora Marina Gascón</i> .....	567
 <b>IV. INFORMACIONES</b>	
<i>El Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati</i>	581
<i>Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España</i> .....	583
 <b>V. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA</b>	
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Crónica Bibliográfica 1994</i> ....	587
JOSÉ MONTOYA, <i>Perplejidades de un liberal: la obra reciente de J. Gray</i> .....	613
MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, <i>Comunitarismo versus liberalismo. Estado de la cuestión</i> .....	619
 <b>VI. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA</b>	
CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>Normas y Paradojas (Victoria Iturralde)</i> .....	635
MARÍA JOSÉ CANEL, <i>La opinión pública. Estudio del origen de un concepto polémico en la Ilustración Escocesa (Beatriz Susana Tomás Mallen)</i> .....	639
JAVIER DE LUCAS, <i>El Concepto de Solidaridad (Mario Ruiz Sanz)</i> .....	642
LUIS DíEZ-PICAZO, <i>Experiencias jurídicas y teoría del Derecho (Benjamín Rivaya García)</i> .....	646
RONALD DWORKIN, <i>El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual (Ana María Marcos del Cano)</i> .....	650
MARINA GASCÓN ABELLÁN, <i>La técnica del precedente y la argumentación racional (Joaquín Rodríguez-Toubes)</i> ..	654
JÜRGEN HABERMAS, <i>Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats (Fernando Galindo)</i> .....	660
JOSÉ LLOMPART, <i>Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts (Fernando Galindo)</i> .....	665
ANTONIO ENRIQUE PÉREZ-LUÑO, <i>La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho (Emilio Mikunda)</i> .....	672

	<u>Págs.</u>
PEDRO PUY FRAGA (ed.), <i>Análisis económico del derecho y de la política</i> (Nora María Martínez Yáñez) .....	676
DARIO QUAGLIO, <i>Guido Fassò: Della Ragione come Legge</i> (Fernando H. Llano Alonso) .....	680

## Presentación

Este volumen está dedicado, en su sección monográfica, al tema «Universalidad y relativismo de los valores jurídicos». La tendencia cultural que inclina a preocuparse por ese tema no sólo se vive en nuestro ámbito específico, sino más allá de sus estrechos límites. Radicalmente constituye una consecuencia más de la crisis del ideal ilustrado, denunciada y sostenida por los fundamentalismos e integristas de todo tipo, que quisieran reducir o eliminar el protagonismo de la razón del individuo, en aras de su credo que, paradójicamente, al querer ser verdad única, se relativiza ante otras igualmente pretendidas verdades únicas. Pero también es puesto en entredicho ese ideal por la resignación relativista, que se autoimpone la imposibilidad de proclamar valores universales.

Para esta segunda actitud hay que renunciar a las formulaciones universales ya que únicamente tiene sentido lo particular, esto es, la cultura concreta y circunscrita. Sólo grupos delimitados participan de valores y símbolos compartidos, que se relativizan en el espacio y en el tiempo. Se llegará a decir que ser anti-relativista es ser imperialista, en el sentido de creer ciertos valores como jerárquicamente superiores a otros. En términos de historiador, el anti-relativismo es la «postura según la cual, más allá del espacio y el tiempo, la diversidad cultural equivale a una serie de expresiones de una realidad instituida y subyacente, la naturaleza esencial del hombre» (C. Geertz). La solución fácil del ilustrado curado de espanto se reduciría a pensar que una diversidad superficial se superpondría a una homogeneidad básica.

Sin embargo, localizado el callejón sin salida, ¿queda uno justificado simplemente con declararse atrapado en él? Si no se quiere ser universalista, ¿basta con la templada confesión de sentirse anti-relativista? Mantenerse en la paralizante duda no es razonable. «Una duda sin fin no es siquiera una duda», ha señalado L. Wittgenstein. Y por muy iconoclasta de lo absoluto que uno sea, sentirá sublevarse en ocasiones extremas el sentimiento de injusticia que le embarga ante el abuso, la trampa, la explotación. Como ya lo señalara el personaje de L.F. Céline en su viaje al fin de la noche: «Arthur,

el amor es el infinito puesto al alcance de los puercos, ¡y yo tengo mi dignidad!».

Los interrogantes siguen en pie: ¿se identificará el universalismo con el eurocentrismo?; ¿la generalización que supone el uso de la razón llevará consigo la destrucción de «lo otro», de «lo diferente», o una construcción ordenada en términos de superior e inferior? Los peligros de la razón no pueden hacernos abdicar de ella.

Las diversas aportaciones giran en torno a estos extremos con diversidad de criterios. Unas plantean soluciones desde la ética y ponen límites a la disolución de exigencias centrales del individuo en aras de símbolos culturales del aquí y ahora; otras, desde la perspectiva jurídica, que ha de enfrentarse con el ejercicio concreto de derechos, cuya legitimidad se pone en tela de juicio, procuran asentar sobre tierra firme lo que se tambalea.

Los «estudios», a pesar de su diversidad, se han procurado ordenar en apartados básicos. En el primero —«Derecho, Ética y Política»—, se contienen aportaciones que van desde planteamientos teóricos sobre la naturaleza de los derechos humanos, o sobre valores jurídicos como la igualdad o la libertad, hasta otros que arrojan una mirada equilibrada en cuestiones de actualidad, como lo «políticamente correcto» o los roces entre derecho y moral en cuestiones de bioética.

Un segundo apartado —«Ciencia del Derecho»— agrupa artículos de contrastado rigor metodológico, que van desde la lógica deóntica, a los conflictos de normas, las definiciones jurídicas o el nada obvio proceso de derogación de normas.

En el último apartado —«Historia del pensamiento jurídico»— diversas contribuciones se centran sobre autores modernos y contemporáneos, no faltando, como es habitual, las que prestan atención a autores españoles.

Aunque fueran más los intentados, dos «debates» se recogen en el presente volumen, relativos a dos libros recientes escritos por autores de nuestro gremio: una monografía sobre Luhmann, y un libro nada repetitivo, aunque la bibliografía ya sea extensa, sobre la objeción de conciencia.

La «crónica bibliográfica» se amplía: junto a la mención amplia de novedades aparecidas en los últimos meses, se hace balance de la bibliografía sobre un autor: J. Gray; o de una corriente: el comunitarismo.

Tampoco se han omitido, a pesar de las dificultades que la redacción encuentra, las secciones relativas a informar sobre actos o congresos, o a reseñar libros recientes.

J.J.G.C.

I  
UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO  
DE LOS VALORES JURÍDICOS



## Contextualismo ético y relatividad de la justicia

Por ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN

Madrid

### I

El hecho de la «construcción social» de la personalidad individual y el de la construcción histórica de las sociedades parecen implicar que no existe un punto de Arquímedes separado e intemporal sobre el que pueda levantarse una teoría moral y política universal. Abandonando este inútil empeño de la Ilustración, buscando aliento filosófico en Aristóteles, Rousseau, Hume y Hegel y criticando —a veces injustamente— a Kant y a Rawls, los actuales comunitaristas reclaman el reconocimiento de la contextualidad de la verdad y de la justicia rechazando la eficacia racionalizadora de un supuesto sujeto abstracto (el yo cartesiano o kantiano) o de un sujeto colectivo (el espíritu, la especie) que despliegue sus potencialidades en la historia (KYMLICKA, 1988). De este modo se toma conciencia de que la verdad de una proposición o la justicia de una norma sólo pueden establecerse sobre la base de un sistema conceptual y axiológico compartido, existiendo además una pluralidad irreductible de esquemas teóricos que cierra el paso a una metateoría unitaria que superando la diversidad de los contextos permita asentar pautas de conducta universalmente aplicables al margen de la especificidad de las circunstancias histórico-sociales (WOLF, 1992, p. 786). La queja de los comunitaristas arranca también de la fragilidad, desarraigo y desorientación de la identidad del individuo que vive en sociedades culturalmente plurales y sometido por ello a pautas de conducta diversificadas y aun contradictorias (OLDENQUIST, 1982). De ahí que el movimiento comunitarista solicite una mayor homogeneidad cultural y trate de introducir cambios en el discurso público y en nuestras propias organizaciones sociales o al menos de recuperar ciertos bienes colectivos que aún estarían a nuestro alcance (SANDEL, 1982). Sus argumentos suelen basarse en premisas que vinculan determina-

das estructuras sociales con la presencia o la falta de rasgos, disposiciones y bienes individuales. Esto explica que algunos autores comunitaristas se hallen entre las filas de quienes exigen la sustitución de la ética formal que acentúa el deber y la justicia por una ética centrada en las virtudes y en la solicitud (*care*). MacIntyre, por ejemplo, ha defendido que los órdenes sociales contemporáneos obligan a desempeñar excesivos papeles, lo que se traduce en una incapacidad de los agentes morales para adquirir una identidad coherente que les permita identificar la estructura narrativa de sus vidas y desarrollar así aspectos tan esenciales de la madurez moral humana como el autorrespeto, la confianza en uno mismo, la amistad y el conocimiento personal (MACINTYRE, 1988a, p. 108).

Por otra parte, debemos a los psicólogos gestaltistas la insistencia en que el conjunto suele determinar el ser y la naturaleza de las partes: éstas no se combinan sin más para formar un conjunto, sino que el todo se expresa en ellas por entero. Por eso el conjunto es anterior a la suma de sus partes e inmanente a ellas y representa algo más que una simple adición. La traducción de este hecho al campo de la filosofía política requiere el abandono del contractualismo, pues la sociedad no sería el fruto de un pacto entre individuos, sino la fuente que proporciona la identidad a sus miembros. En el ámbito de la filosofía ya Dilthey, criticando a Hegel, había subrayado que cada época constituye un «horizonte cerrado», de forma que los individuos que viven en ella tienen un modo semejante de pensar, sentir y obrar que genera una interacción, una determinada *Gestalt* cuya especificidad le convierte en el único criterio de validez de sus normas. Evans-Prichard y Malinovski sostuvieron una posición parecida respecto a las unidades culturales y Searle con la idea de *background* y Gadamer con la de tradición introdujeron una perspectiva similar en la filosofía del lenguaje de antecedentes analíticos y en la hermenéutica, respectivamente. ¿Cómo no hallar paralelismos con esta idea en los «paradigmas» de Kuhn, en el concepto de *episteme* sostenido por Foucault en sus primeras obras, en la noción de «universos simbólicos» de Berger y Luckmann o en la referencia sociolingüística a una «comunidad de lenguaje»? Sin embargo, la formulación que más directamente influye en las posiciones comunitaristas deriva de las últimas obras de Wittgenstein, donde se nos habla de una multiplicidad de «juegos de lenguaje» estructurados como un conjunto de reglas a quienes son inherentes sus propios criterios de validez y que no pueden aplicarse a órdenes ajenos. Peter Winch prolongó este análisis a las dificultades de comprensión de sociedades ajenas y declaró la imposibilidad de un juego de lenguaje transcultural que sirva de base a la formulación de juicios de valor de alcance universal (WINCH, 1958). Todo este clima intelectual se traducirá en las páginas de los comunitaristas en la necesidad de prescindir de una subjetividad «imparcial», entendiendo por tal la que se basa en un método racional que pretende trascender la sin-



gularidad de los contextos (THOMAS, 1992). Los únicos imperativos que se reconocerían como universales serían los requisitos y exigencias del bienestar de una *identidad* concreta, sea individual o colectiva. Como señala Alessandro Ferrara, parafraseando a Kant, «lo único que es incondicionalmente bueno para nosotros es una buena identidad. Esta es la base sobre la que construir una posición universalista que no sacrifique la individualidad a la universalidad y siga conservando la posibilidad de criticar lo existente en nombre de sus propias potencialidades no desarrolladas en toda su plenitud» (FERRARA en RASMUSSEN, 1990, p. 12).

Por consiguiente, la tesis comunitarista es más fuerte que la mera afirmación del pluralismo moral: trata de defender que los sistemas de valores y creencias (las cosmovisiones) son relativos a sus circunstancias históricas y vitales, y que un sistema de valores es tan «bueno» como cualquier otro, pues tales sistemas son «incommensurables» en el sentido de que no existe un canon mediante el cual puedan compararse y jerarquizarse sus respectivos valores. La línea que demarca una comunidad de lenguaje determina, así, los límites de la razón práctica, incapaz de ir más allá del mundo de significados y de valores compartidos en el que histórica y culturalmente actúa (STOCKER, 1990; SEUNG y BONEVAC, 1992).

Detengámonos en este punto. El problema de la razón práctica —un problema al que no suelen prestar atención los liberales (SPRAGENS, 1981)— es que no reporta verdades evidentes ni una base objetiva y absoluta para emprender determinadas políticas. Todo el que se enfrente a la relatividad insuperable de perspectivas, valores y objetivos descubre que el uso de la razón permite un amplio margen de maniobra en el sentido de que puede aportar más de un contexto y de una interpretación legítimos sin que haya forma de elegir entre ellos (GUTMANN, 1985). En la historia del individualismo moderno, esta postura —como dice el psicólogo W. Perry— refleja un tránsito de la afirmación del individualismo en la certeza a la afirmación del individualismo en la duda (PERRY, 1968). Al margen de esa incertidumbre, el yo liberal entabla compromisos, afirma su posición desde dentro de sí, «autodeterminándose», con pleno conocimiento de que la razón no puede justificar totalmente sus decisiones (CROWLEY, 1987). Críticamente, podría malinterpretarse esta postura liberal diciendo que reduce la moral a meras preferencias subjetivas, arbitrarias y caprichosas y que se ve abocada al emotivismo o a lo que MacIntyre en desafortunada expresión llama «el nihilismo nietzscheano». Sin embargo, el liberal que ha de aceptar —incluso como tolerancia moral— el pluralismo, no tiene por qué comprometerse con un relativismo entendido como nihilismo ni interpretar sus compromisos como cuestiones arbitrarias de gusto. Las obligaciones, valores, modelos y creencias son para él ciertamente relativos, pero relativos a la razón y a la evidencia de los hechos (CRITTENDEN, 1992, p. 166). Por eso juzga que a la luz de la argumentación, esto

es, de la presentación de razones y de pruebas, algunos valores y deberes son mejores que otros (AVINERI y DE-SHALIT, 1992). De este modo, desde la perspectiva liberal, la determinación de si un valor o un conjunto de valores es mejor que otro exige deliberar y analizar las pruebas racionales y experimentales. Cabe suponer que defendemos un valor por alguna razón e incluso que el gusto o la preferencia son una «razón», pues se admite que tener ese gusto u obrar de acuerdo con él es preferible a no tenerlo o a no actuar de acuerdo con él. Por eso tenemos una razón para formular un juicio de valor o para tomar una decisión. Pero ¿hay que concluir entonces que nuestro gusto o nuestra preferencia es una *buen*a razón?

Los comunitaristas de esta última década han hecho mucho hincapié en que tener buenas razones presupone una comunidad lingüística y, en un sentido muy amplio, compartir unos valores, de forma que todos los que participen en el discurso puedan reconocer qué constituye una razón o qué constituye una prueba (MULHALL y SWIFT, 1992). Un liberal añadiría que esto no quiere decir que se consideran válidas o aceptables todas las razones y todas las pruebas, sino que existe un *acuerdo* sobre lo que se toma por una razón o por una prueba. Ronald Beiner recurre a la metáfora del ajedrez al hablar de las «buenas razones». «En el ajedrez sólo en determinados casos se puede demostrar que hay una única jugada *correcta*. Por lo general hay varias jugadas *buenas*, y cada una de estas jugadas potencialmente *buenas* es discutible, esto es, puede defenderse públicamente mediante comparaciones y valoraciones» (BEINER, 1983). La finalidad del diálogo, de la presentación «pública», es mostrar que nuestras demandas se basan en razones que otros pueden aceptar como tales incluso cuando están en desacuerdo. Algunas de estas razones serán *malas*, esto es, podrá demostrarse que lo son mediante la lógica o el recurso a los hechos. Y las consideraciones *buenas* podrán serlo de dos modos: primero, se dice que son persuasivas o coherentes respecto a una cultura o tradición. Las razones son buenas relativamente, esto es, en relación a un contexto que puede cambiar mediante nuevas razones o pruebas, lo cual no quiere decir que quien mantenga una determinada razón pueda estar plenamente seguro de que es buena o correcta. Porque, segundo, para ser *buen*a, una razón ha de ajustarse a pautas de coherencia lógica que tengan un alcance al margen de contextos específicos. Y esto es precisamente lo que los comunitaristas cuestionan, es decir, plantean la posibilidad de que una comunidad no acepte nuestro contexto o no entienda o no respete las leyes de la lógica, habida cuenta de que a su juicio tales leyes no son independientes del contexto, que no pueden funcionar al margen del «juego de lenguaje» en cuyos términos se expresa (WRONG, 1984). ¿Cómo podría, por ejemplo, probar el liberal a los miembros de una cultura que el sacrificio anual de seres humanos no hace salir el sol cada mañana? El liberal no puede aducir pruebas empíricas sobre la falta de relación entre ambos hechos, porque en el contexto

de esa determinada cultura tales evidencias carecen de importancia. Podría presentar sus razones y sus pruebas, pero éstas siempre contarían como tales desde el marco de referencia de quien las aduce sobre el supuesto de que puede y debe convencer a los miembros de esa cultura. Con esta finalidad trataría de entablar un diálogo para establecer primero una comunidad lingüística y cultural a partir de la cual llegase a determinar lo que esa cultura considera que es una *buena* razón y lo que podría valer como prueba. Si no se llega a un acuerdo a este nivel, carece de sentido toda discusión y habrá de concluirse que hay dos sistemas inconmensurables (BUCHANAN, 1989). Ahora bien, a diferencia de los comunitaristas, el liberal no infiere entonces que los sacrificios humanos son moralmente correctos en ese contexto, sino que su sistema es injusto e inmoral. Dicho de otro modo, para el comunitarista el concepto de «buena razón» responde al primero de los sentidos del que antes hablaba (una razón es buena cuando se ajusta a un contexto sociolingüístico determinado), pero no al segundo (una razón es buena cuando se ajusta a pautas independientes del contexto), lo cual plantea tantos problemas teóricos y prácticos que un comunitarista tan paradigmático como MacIntyre se ve forzado a admitir una suerte de «independencia lógica» cuando señala que la prueba de la superioridad de una tradición sobre otra se basa en la capacidad de persuadir racionalmente a los defensores de la tradición moralmente errónea. Ahora bien, agotada la vía de la persuasión racional y de la aportación de pruebas empíricas, el liberal puede emitir un juicio moral sobre una cultura sin que ello le obligue a intervenir en esa cultura para imponerle por la fuerza sus propios valores porque su acción podría comportar una injusticia todavía mayor: no sólo, como diría un comunitarista, por la destrucción de una forma de vida autóctona, sino porque el recurso a la fuerza atentaría contra el concepto de justicia que defiende el liberalismo (LÓPEZ CASTELLÓN, 1984; FISHKIN en WILSON y SCHOCHE, 1984).

Todo lo dicho hasta aquí subraya que el ámbito de la moral no es sólo el de la racionalidad práctica, sino que como fenómeno humano contiene elementos emocionales y creencias difícilmente removibles por basarse en imperiosas necesidades relativas a cuestiones dramáticas y dolorosas, carentes muchas veces de objetividad. Por eso dice Nietzsche en el famoso aforismo 108 de *Jenseits von Gut und Böse* que «no hay fenómenos morales, sino interpretaciones morales de fenómenos». Y el recurso a principios morales de alcance universal podría responder a la urgencia de contar con una pauta sólida e inamovible que permita la toma de decisiones morales con la garantía y la tranquilidad de quien cree seguir el *único* curso de acción correcto (PINCOFFS, 1986).

## II

Esta breve introducción puede ayudarnos a comprender que el rechazo de las posturas de Kant y de Rawls se traduzca en una minusvaloración del papel que la justicia, entendida como equidad o imparcialidad, ha de desempeñar tanto en la teoría ética como en los comportamientos morales de los agentes de carne y hueso. Las tesis comunitaristas y contextualistas no tienen sólo el sentido de destacar que no existe una concepción única y absoluta de la justicia, obteniendo del relativismo subsiguiente las bases morales de la tolerancia a la manera de Kelsen, por ejemplo (KELSEN, 1982, pp. 61-62), sino el de criticar el interés «desproporcionado» por la justicia en los planteamientos de la filosofía política y moral del liberalismo (ROSENBLUM, 1987; BUCHANAN, 1989), interés que se explicaría además por las circunstancias históricas, sociales y económicas de la época y que pondría al descubierto la incoherencia de unas doctrinas con pretensiones de universalidad (LÓPEZ CASTELLÓN, 1993). Este relativismo presenta a veces el tono de un diagnóstico que sirve de base a una terapia: el exagerado interés por la justicia que se denuncia aparece a los ojos de algunos comunitaristas como un resultado de la desintegración de la unidad del mundo feudal y del surgimiento del individualismo moderno. La justicia es entonces una «virtud medicinal» que viene a paliar en lo posible la pérdida del sentido de una comunidad articulada en torno a unos valores compartidos (SANDEL, 1982, pp. 31 y 183). Las tesis que se rechazan son las de que el único objeto propio de una teoría ética es una teoría de la justicia que proporcionaríase supuestamente una filosofía moral completa y acabada, y que la justicia es la virtud primera y principal tanto para las colectividades como para los individuos (FLANAGAN, 1991, p. 110). De ahí la importancia que tiene para la crítica comunitarista la argumentación contra la primacía de la justicia, reflejada en el hecho de que tres de sus autores más representativos hayan dedicado sendos libros a la cuestión (SANDEL, 1982; WALZER, 1983 y MACINTYRE, 1988).

Naturalmente este destronamiento de la justicia había de chocar frontalmente con quienes, como Kohlberg, entre Kant y Rawls, consideran que el proceso de maduración moral es coronado por un estadio donde el individuo plenamente autónomo se orienta según principios éticos universales. Y en la medida en que se interpretan las éticas centradas en la justicia como un modelo característicamente «masculino», la reacción contextualista ha partido en ciertos enfoques de las filas del feminismo, que en su exaltación del valor moral de las relaciones de cariño y de amistad vienen a conectar con la nostalgia de la comunidad basada en la familia extensa, cuyos miembros mantienen relaciones directas y comparten unos mismos valores, que encontramos en el comunitarismo (GILLIGAN, 1982; OKIN, 1989; RHODE, 1989; YOUNG, 1990; BENHABIB, 1992). Gilligan, por ejem-

plo, ha apuntado que durante la madurez los individuos suelen pasar de un idealismo que confía ciegamente en principios formales, universales y aplicables sin excepción, a una sensibilidad creciente a las singularidades de los *contextos*, donde los recursos teóricos —espectadores imparciales, velos de ignorancia y similares— no sólo revelan su inoperancia, sino que falsean actitudes morales que únicamente cabe justificar en términos de honradez y de sinceridad. Este *relativismo contextual* ha sido descrito como «la posición de que aunque ninguna respuesta puede ser objetivamente correcta —pues en tal caso estaría fuera de contexto—, ciertas respuestas y ciertas formas de discurso son mejores que otras» (MURPHY y GILLIGAN, 1980, p. 83).

Sin embargo, con este tipo de afirmaciones los relativistas contextuales no abandonan el nivel metaético, ya que no estaremos hablando de moral hasta que no digamos qué elementos hemos de considerar moralmente importantes. Al llegar a este punto los contextualistas señalan que en nuestro ámbito cultural coexisten dos modelos morales asociados genéricamente al sexo masculino y al sexo femenino: un modelo sustancialmente constituido por derechos y deberes y procedimentalmente articulado en exigencias de imparcialidad, equidad y justicia, y otro modelo que concibe la obligación moral como una respuesta a las demandas específicas de otro en el contexto de relaciones particulares. Mientras que idealmente la justicia, entendida en términos de equidad e imparcialidad, supondría considerar a los demás como dignos de respeto en función de la *humanidad común*, la llamada ética de la solicitud (*care*) reclamaria la visión del otro en cuanto configurado por un rostro singular y ubicado en una relación interpersonal determinada. La ética de la justicia prevalecería en situaciones donde predomina la neutralidad afectiva, la imparcialidad y el universalismo y la ética de la solicitud dominaría en contextos donde priman la afectividad y el particularismo, de acuerdo con una de las bipolares opciones de valores propuestas por Parson. En términos de la conocida *contraposición* de F. Tönnies, la primera es propia de la asociación (*Gesellschaft*) y la segunda de la comunidad (*Gemeinschaft*). La primacía de la justicia se produce en situaciones sociales donde impera el asociacionismo liberal, mientras la ética de la solicitud sería la propia del ideal de comunidad postulado por los comunitaristas (KAMENKA, 1982, p. 62). Quienes reclaman este último modelo consideran que una ética centrada en la justicia, según el esquema de Kohlberg, al basarse sólo en la universalidad de experiencias de conflicto, poder y desigualdad, no aprecia las interrelaciones que tales experiencias mantienen con las igualmente universales de afecto y simpatía. Los contextualistas se apresuran a apuntar que en nuestra época y en nuestra cultura la mayor parte de la vida privada de los individuos se desenvuelve en contextos donde no son centrales ni importantes las consideraciones de justicia, mientras difícilmente podría concebirse a un agente moral

que no hubiera de responder a solicitudes de afecto y de amistad. No es impropio recordar que la propia filosofía liberal, que es el marco teórico donde más se ha destacado la primacía de la justicia, entiende que este principio se aplica en primera instancia al orden de las instituciones sociales básicas y de los debates públicos y duda de que puedan extenderse a la conducta individual las demandas deontológicas que regulan las prácticas jurídicas y políticas (PIPER, 1991); FRIEDMAN, 1991). Sandel explica en pocas palabras este contextualismo de la justicia: «La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales pero no en un sentido absoluto, como la verdad lo es a las teorías, sino de un modo condicional, como lo es la valentía física a la zona de guerra» (SANDEL, 1982, p. 31). Y el psicólogo Jerome Kagan aísla el contexto que hace innecesaria la justicia: «La virtud de la justicia hacia el ajeno a la familia, que ocupa el centro de los argumentos en favor de la igualdad social y económica, es también un ideal más necesario en el mundo occidental de hoy que en las pequeñas aldeas latinoamericanas y africanas, pues los habitantes de estas comunidades, con una economía de subsistencia, están integrados en familias relativamente homogéneas respecto a la ideología y los recursos económicos» (KAGAN, 1984, p. 116). Como los comunitaristas conceden más valor a la comunidad de significados compartidos que a las asociaciones liberales surgidas en virtud de intereses individuales, dan prioridad a una ética de la solicitud sobre una ética de la justicia.

Es significativo que Aristóteles, fiel partidario del mantenimiento de la pequeña ciudad-estado clásica frente al ideal imperialista de Alejandro, sostuviera una idea cercana a ésta cuando en la *Ética Nicomáquea* señalaba: «Mientras los hombres son amigos no hay necesidad alguna de la justicia, mientras que, por el contrario, los justos necesitan la amistad, que es precisamente la forma más genuina de la justicia» (1155 a 28-29).

El problema es que esta comunidad o presenta un tamaño extremadamente reducido, con lo que resulta difícil mantener que se articula en torno a unos valores y significados que la *singularizan*, no equiparables a los de otros agrupamientos humanos más amplios, o representa un ideal utópico. Por otra parte, la salvaguarda de los derechos individuales que requiere la apelación a los principios de la justicia desempeña un valioso papel incluso en sociedades donde existe un acuerdo unánime sobre el bien común y un compromiso general de alcanzarlo, pues incluso en una situación así puede haber desacuerdos graves e incluso violentos respecto a la especificación de ese bien común (un concepto más filosófico que sociológico) o sobre los medios o estrategias más adecuados para realizarlo. De este modo, aunque fuese cierta la tesis comunitarista y la necesidad y la valoración de los principios de la justicia variaran a tenor del pluralismo, la justicia podría seguir siendo extraordinariamente importante y hasta indispensable. Y es que resulta difícil, por no decir imposible,

concebir un grado tan elevado de homogeneidad social de ideas y de sentimientos que no viole derechos básicos individuales. En suma, la hipotética no necesidad de la justicia podría significar de hecho continuos atentados contra ella (BUCHANAN, 1989, pp. 876-877).

### III

Un ejemplo de lo que distingue a la posición comunitarista de una posición de marcada influencia kantiana respecto al tema que nos ocupa podría ser la comparación entre el «enfoque interno» de la teoría moral propuesto por M. Walzer y el «enfoque externo» defendido por R. Hare. Un enfoque *interno* sería aquel en el que el hecho mismo de la aceptación de determinados puntos de vista, opiniones y principios *forma parte* de la argumentación en defensa de una concepción moral específica, mientras que en el enfoque *externo* se ha de prescindir de estos hechos. En este último sentido, Hare rechaza que pueda demostrarse la inaceptabilidad de una teoría moral alegando su no adecuación a la opinión admitida, pues «las opiniones morales vigentes en un grupo social no tienen valor probatorio alguno en una filosofía moral» (HARE, 1971, p. 122) cuya función es establecer cuestiones morales de alcance universal. Por el contrario, la postura del enfoque *interno*, que paso inmediatamente a resumir, parte de la idea de que la justicia es relativa, lo que para Walzer significa que toda forma de vida es justa «si su vida sustantiva es vivida de una determinada manera —esto es, de manera fiel a las concepciones compartidas por los miembros de la comunidad en cuestión» (WALZER, 1983, p. 313), si puede decirse que existe una pauta, un criterio compartido por este grupo. Frente a la objeción de que el relativismo reduce las exigencias y las prácticas morales a preferencias individuales arbitrarias, los comunitaristas establecen o apelan a un marco de referencia que, como dice MacIntyre, no somos libres de aceptar o de rechazar, pues el individuo lo asume como parte integrante de su propia identidad personal. Así, explica Walzer, no atender a los significados compartidos por nuestra comunidad «es siempre obrar injustamente» (WALZER, 1983, p. 314).

Si tenemos en cuenta la fuerza de esta tesis entenderemos fácilmente que no estamos ante una cuestión metodológica, pues el enfoque *interno* se convierte para Walzer en la piedra angular de su filosofía moral y política. Por eso, en su artículo «Filosofía y democracia» (1981), trata de establecer los fundamentos generales de lo que llama «el método interno de descubrir un consenso profundo», mientras que su libro fundamental *Spheres of Justice* (1983) es una puesta en práctica de dicho método, abordando una cuestión tan importante como la justicia distributiva. La primera de estas obras representa un alegato en favor de lo que cabría llamar una fusión de la justificación y la legitimación consideradas como las tareas fun-

damentales e inseparables de la filosofía política. Y es que para Walzer un filósofo puede separarse «heroicamente» de su comunidad «rompiendo los vínculos que le atan a los suyos» (1983, p. 380), como el «espíritu libre» nietzscheano, o bien puede unirse «a una comunidad y depender radicalmente de los recursos que están al alcance de sus miembros» (p. 387). Es importante entender lo que significa realmente esta *dependencia radical*, porque Walzer defiende que esta es la actitud que ha de adoptar el filósofo político. Para el autor, esta opción se basa por una parte en una profunda convicción democrática y por otra parte en la naturaleza misma de las conclusiones de la filosofía política que les hace proclives a plasmarse en un cuerpo de leyes. De ahí que el filósofo haya de huir del abstraccionismo y del formalismo ilustrados para prestar atención a lo que la gente *realmente* necesita y desea. Walzer pide, así, «moderación a la filosofía», lo que para él significa que los ajenos al grupo (como los filósofos que se alejan de su comunidad) «respeten las decisiones que los ciudadanos toman entre sí y para sí» (p. 396). Si el filósofo quiere que su función no sea interpretada con el recelo que despertaban «los regalos de los griegos a sus enemigos cuando veían en estos dones un medio de apoderarse de su ciudad» (p. 393), debe hacer uso del «método interno», defendido por Walzer, pues toda otra empresa filosófica representa a sus ojos un subterfugio autoritario. Esto no supone, naturalmente, que el filósofo como agente moral haya de someterse a las normas de su comunidad, sino que cuando desempeñe un papel político (proponiendo, por ejemplo, un programa de mejoras de dicha comunidad) debe atender a los deseos reales de su pueblo.

Observemos lo que supone esta concepción: Primero, en la tarea filosófica «interna» o «no heroica» existe, como he dicho, una fusión total de la justificación y la legitimación en la medida en que los criterios de valoración son inherentes al propio sistema de valores estudiados. Segundo, este papel se parece claramente al de los jueces, a quienes se exige que tengan en cuenta la moral establecida en su grupo a la hora de tomar decisiones (pp. 387-397 y SADURSKI, 1990, p. 63). Sin embargo, la comprensión de esta teoría y el descubrimiento de sus fragilidades resultan más claros a la luz de su puesta en práctica en el tratamiento que hace Walzer de la justicia distributiva. La preocupación del autor arranca de ciertas críticas sociales muy corrientes en países democráticos avanzados del estilo de «es injusto que los ricos tengan mucho poder político», «el nivel socio-económico de las personas no debe ser el único requisito para tener acceso a una educación de calidad» o «la competencia técnica no debe ser una llave para la adquisición de poder político». Respondiendo a estas críticas, Walzer recurre a dos supuestos importantes del credo comunitarista. Uno es que un principio de distribución *exclusivo* no puede ajustarse a la pluralidad de bienes que son objeto de prácticas distributivas en toda época y cultura. La propia idea de



justicia exige, por el contrario, que diferentes bienes sociales sean distribuidos atendiendo a razones distintas y mediante diversos procedimientos (WALZER, 1983, p. 6). El otro es que, aunque no existe un concepto paradigmático y abstracto de justicia, podemos juzgar la equidad que impera en sociedades e instituciones concretas.

Esta teoría del pluralismo distributivo puede resumirse en cuatro puntos: primero, los bienes que son objeto de prácticas distributivas están *siempre* constituidos socialmente, esto es, su significado, valoración, afinidades y diferencias no son materia de elección individual, sino que se crean socialmente y cambian a lo largo de la historia de los grupos que los sustentan. Aún más, son precisamente esos bienes socialmente constituidos quienes contribuyen a la formación de las *identidades* de los individuos que los reciben. Segundo, no existe un conjunto de bienes primarios fundamentales más allá de toda sociedad y de toda época histórica. Aunque cabe concebir analíticamente un conjunto de tales características, al no darse cabida en el mismo a las variaciones inherentes a los ámbitos objetivos, su naturaleza abstracta le convertiría en una noción inoperante. Tercero, no hay nada intrínseco a un tipo determinado de bienes que haga justa o injusta una u otra forma de distribución de los mismos. Por el contrario, la equidad de una práctica distributiva depende de la concepción de los bienes sociales importantes que impere en una sociedad dada. Y cuarto, todo bien social constituye una *esfera* distributiva con una lógica propia para la que sólo resultan apropiados determinados principios de distribución.

Detengámonos en este punto de la exposición de la teoría de Walzer porque hemos llegado a la idea clave de la que pretende hacer derivar toda la solidez del sistema: las reglas de distribución de los bienes se siguen *directamente* de nuestras concepciones de cada uno de estos bienes. En suma, los bienes sociales se constituyen por las concepciones socialmente compartidas de los mismos. Una vez que estas concepciones queden al descubierto dispondremos de los principios de la distribución justa. De ahí que toda la fuerza de esta afirmación dependa de cómo interpretemos la tesis de que un bien social está constituido por el significado que tiene para las personas. Resulta, por tanto, conveniente a efectos críticos considerar, como comenta Wojciech Sadurski, que esta tesis sólo puede aplicarse literalmente a bienes que son en sí mismos valoraciones sociales, como el prestigio o los honores simbólicos. En el caso del resto de los bienes que pueden ser objeto de distribución y de dramáticas opciones, los significados sociales no entran en el mismo saco que el valor intrínseco del bien (SADURSKI, 1990, p. 66). El dinero es el ejemplo más claro del divorcio existente entre valor intrínseco y significado social, no en el sentido de lo que tiene valor fuera del ámbito de la valoración humana, sino porque su significado no dice relación a un único grupo de valores que determine su distribución social (DWORKIN, 1985, p. 215). Walzer dice que como «pan» tiene signi-

ficados sociales distintos en diferentes sociedades (por ejemplo, puede ser visto *primariamente* como un alimento básico o como un símbolo religioso), genera criterios diferentes de distribución (WALZER, 1983, p. 8). Pero es importante ver el uso que hace Walzer de este ejemplo. No dice que el pan sea un bien que puede significar cosas diferentes para distintas personas, por lo que éstas postularán usos y distribuciones diferentes —lo cual sería cierto aunque trivial—; lo que afirma es que el uso propuesto del pan (su concepción social) forma parte de su significado. Y esto o no es verdad (porque no hay un solo significado de pan, de dinero o de cualquier otra cosa que sea tan específico como para imponer reglas particulares a su distribución) o, como definición estipulante, resulta una tautología (SADURSKI, 1990, p. 66).

Planteada esta objeción, retomemos el hilo argumental de Walzer. Una teoría reduccionista de la justicia consideraría que una distribución es justa si responde a un solo principio, sea el mérito, el libre-cambio o la necesidad de los beneficiarios. Mientras que una teoría pluralista como la que Walzer propone opera según el principio de «bienes diferentes para asociaciones diferentes de hombres y de mujeres por razones diferentes y mediante procedimientos diferentes» (WALZER, 1983, c. I). Esta teoría desecha también una visión «igualitarista simple» que tendería a responder a las críticas sociales antes mencionadas recurriendo a un principio universal de justicia que exigiera que todos los recursos han de distribuirse por igual a menos que el beneficio general permitiese no tener en cuenta la igualdad. A juicio del autor, este criterio resulta demasiado abstracto, pues descuida las formas específicas de entender los bienes en el contexto de sociedades determinadas, tergiversando con ello las auténticas razones por las que la crítica social considera injustas ciertas distribuciones. Por ejemplo, en el caso de la sociedad norteamericana a la que se refiere Walzer, lo que tiene de injusto el que la riqueza determine el poder político de esa sociedad es que viola la forma como los norteamericanos entienden el «poder» —lo que éste representa y lo que tiene de bueno—, y no que contradiga un supuesto *general* a favor de una distribución equitativa de *todos* los bienes. ¿Por qué, entonces, muchos se sienten atraídos por el igualitarismo simple? Porque sus principios abstractos —responde Walzer— prometen separar de las cuestiones de justicia distributiva los prejuicios inherentes a las ideas localmente compartidas. El problema es que precisamente este alejamiento, esta separación, conduce al igualitarismo simple a ofrecer una concepción errónea de nuestros principios políticos que están separados de nuestras motivaciones (COHEN en KYMLICKA, 1990, p. 98). En este aspecto la propuesta de Walzer es que, a diferencia de lo que sucede en un supuesto régimen de igualdad simple donde todo el mundo ha de recibir la misma cantidad de los mismos bienes, la igualdad compleja permite la posesión desigual de determinados bienes, aunque la posesión de un bien no confiere

a su poseedor el privilegio de acceder a otros bienes. Este segundo régimen tiene además la posibilidad de eliminar la intervención de incómodos aparatos políticos para reprimir la restauración espontánea de las desigualdades que venía exigida por el igualitarismo simple, evitando así la tensión entre el valor de la igualdad y el valor de la libertad que caracterizaba a muchas filosofías políticas de la modernidad. Del mismo modo, no sólo se hace innecesaria la supresión del mercado o la politización en masa de la sociedad civil, sino que incluso el monopolio de ciertos grupos sobre determinados bienes resulta compatible con las exigencias de esta concepción relativista de la justicia, siempre y cuando no reporte ventajas injustas en otras esferas distributivas. El principio general sería, pues, el de que «ningún bien social  $X$  debe distribuirse a otros hombres y mujeres que poseen otro bien  $Y$  sólo porque poseen  $Y$  y sin conocer el significado de  $X$  (WALZER, 1983, c. I).

El último punto de este principio resume el contenido de la tarea filosófica de este «particularismo radical»: «Interpretar a nuestros conciudadanos el mundo de significados que compartimos» (WALZER, 1983, p. 14). Por ello, para decidir acerca de la justicia de reglas de distribución, hemos de apelar a la forma compartida de entender el valor de diversos bienes sociales, «pues en cuestiones de moral argumentar es apelar a significados comunes» (p. 29). Los problemas de justicia se resuelven, entonces, detectando los significados compartidos, «las concepciones profundas» y las decisiones sobre el valor de diferentes bienes sociales que una comunidad ya ha ido tomando a lo largo de su vivir cotidiano. Una teoría de la justicia no tendría sino que interpretar para los miembros de una comunidad sus significados compartidos. La tesis general es que una vez que se ponen al descubierto de una forma apropiada los significados que ciertos bienes tienen para los miembros de una comunidad, se habrán establecido los criterios para una distribución justa.

Naturalmente, esta titánica empresa de Walzer se halla expuesta a numerosos riesgos. Ya hace más de tres décadas el conocido estudio de Prothro y Griff (1960, pp. 276 y 281) sobre el nivel de acuerdo y de desacuerdo respecto a principios políticos fundamentales estableció la hipótesis de que los filósofos políticos seguían creyendo en la existencia del consenso como fruto de una falacia muy corriente —inferir proposiciones empíricas de proposiciones lógicas—, consistente en suponer que la gente *acaba* creyendo lo que *debe* creer, y que lo que debe creer es lo que *cree*. Así, Walzer parece no calibrar la insuperabilidad de la diferencias de opinión pese a la dificultad de dar una respuesta a la moralidad de la pena capital, por ejemplo, apelando a las concepciones compartidas respecto al valor de dicho castigo si la mitad de la población está a favor y la mitad en contra (STOCKER, 1992, p. 81). ¿Y qué sucede cuando los significados de una práctica dada no son comunes, cuando no se comparten universalmente las concepciones? Ciertamente Wal-

zer aborda esta cuestión y postula que, en caso de desacuerdo sobre valores, la sociedad «debe atender a los desacuerdos suministrando cauces institucionales a su expresión, así como mecanismos de adjudicación y distribuciones alternativas» (WALZER, 1983, p. 313). Pero no es esta la cuestión que está aquí en juego, porque lo que buscamos son reglas sustantivas y no reglas de procedimiento. Walzer parece indicar que en los casos de desacuerdo sobre valores, la apelación a los «significados compartidos» exige recurrir a los significados «de segundo grado» (los relativos a casos de conflicto). Sin embargo, éstos no pueden desempeñar el papel de reglas sustantivas, y si les forzamos a ello la teoría de la justicia resultante será puramente procedimental, en contra de las intenciones del autor.

Walzer podría alegar, claro está, que la existencia de valores opuestos es una muestra de que no existe realmente una comunidad política por no darse uno de sus más importantes requisitos. El problema es que su teoría de la igualdad compleja exige una comunidad de valores para defender las normas específicas de distribución. Y si no disponemos de tales valores compartidos nada podemos decir sobre lo que exige la justicia. Podría entonces reconocer el autor la existencia de valores opuestos, aunque matizando que sólo algunos de esos valores son correctos, y que son ellos, pues, los que exigen adhesión. Pero tampoco esta respuesta puede hallar acomodo en una teoría que no permite discriminar entre valores correctos e incorrectos, más allá de afirmar que son «los nuestros». Se alza aquí el obstáculo básico de todo sociologismo: la negativa a que se juzgue desde fuera tanto los valores como las prácticas de una comunidad. Si una sociedad capitalista o una sociedad de castas pueden ser justas en sus propios términos, ¿qué cabe pensar de una sociedad nazi justa? Queda abierta una última posibilidad, que parece más asequible a la estrategia de Walzer: pueden hacerse diferentes interpretaciones partiendo de nuestras prácticas, aunque sólo *una* es la correcta en el sentido de que sólo ella capta los valores que *realmente* compartimos. Pero Walzer no establece criterio alguno para decidir entre un conjunto de interpretaciones que vaya más allá del requisito de ajustarse a la forma de vida de nuestra comunidad (COHEN en KYMLICKA, 1992, p. 100).

Ahora bien, ¿por qué se interesa Walzer tan poco por el tema de los desacuerdos hasta el extremo de despacharlo con una simple anotación en las últimas páginas de su libro? Podríamos encontrar una respuesta en sus referencias ocasionales a las «concepciones profundas», en aparente oposición a las opiniones corrientes y observables que se hallarían, por así decirlo, en la superficie de la vida moral de una comunidad. Walzer señala que la finalidad de la reflexión filosófica sobre la vida en común es recoger «esas concepciones más profundas de los bienes sociales que no se reflejan necesariamente en la práctica diaria de la dominación y el monopolio» (p. 26) y sugiere en otro lugar que una teoría de la justicia debe respetar esas

«concepciones más profundas, que no son sino el reflejo de los significados sociales que constituyen nuestra vida en común en las mentes de los individuos» (p. 320). Tampoco estas declaraciones se ven libres de dificultades, pues queda sin aclarar cómo se obtiene lo que está por debajo de los puntos de vista ordinarios y observables. ¿Hasta qué punto puede sumergirse el filósofo político en tales profundidades sin proyectar en su interpretación y «desde fuera» sus propias concepciones con vistas a reconciliar por un lado las exigencias de coherencia que requiere un sistema moral y por otro el respeto a quienes sustentan puntos de vista divergentes, de forma que estos últimos lleguen a reconocer como *propias* esas concepciones «más profundas»? Huelga decir que el interrogante queda abierto en las páginas de Walzer.

Como antes apuntaba, en el desarrollo de *Spheres of Justice* se sostiene que los tipos de bienes «generan» diferentes principios de distribución y que estas diversas «esferas de la justicia» habrán de mantenerse estrictamente aisladas entre sí para evitar que un sistema de distribución se interfiera en otro. Por esta razón, Walzer distingue once esferas de distribución regidas por principios tan diversos como el mérito, la necesidad o al margen del librecambio. Dichas esferas son: 1) la de la condición de miembro y ciudadano, bien que sólo se distribuye en base al acuerdo de quienes la poseen; 2) la de la seguridad social y la atención sanitaria, donde el criterio básico es la necesidad; 3) la de los cargos públicos, regida por el principio del mérito; 4) la del dinero, cuya regla será el librecambio; 5) la del trabajo duro, regulada por una igualdad estricta; 6) la del ocio, regida por una mezcla de librecambio y de necesidad; 7) la de la educación, donde se ha de garantizar una provisión mínima mediante una igualdad estricta y donde las oportunidades educativas adicionales se distribuyan mediante una mezcla de mercado y de mérito; 8) la de la familia y el amor, regida por el «altruismo prescriptivo»; 9) la de la «gracia» religiosa, refractaria a todo principio de distribución que no sea una libre prosecución; 10) la del reconocimiento, regida por el librecambio, y 11) la del poder político propiamente dicho. Como antes anticipaba, para Walzer, la justicia se ha de alcanzar mediante un sistema de intercambios bloqueados entre estas esferas. Algunos bloqueos ya se han efectuado: los cargos públicos, las sentencias judiciales, las decisiones políticas o la exención del servicio militar no pueden ser objeto de compraventa, pero podrían realizarse nuevos bloqueos, como que la educación no siga procurando riqueza y un elevado nivel social o que la posesión de dinero no evite el trabajo duro. Llevado por la lógica interna de su teoría, Walzer apunta que entender la atención sanitaria, por ejemplo, como una necesidad exige una distribución de la asistencia médica acorde con las necesidades de los pacientes o que el concepto estadounidense del poder exige la democratización de fábricas y empresas. Básicamente, la justicia es entendida, pues, por Walzer como la congruencia de todas las

concepciones de los bienes sociales importantes, pues una sociedad es injusta cuando lo que tiene lugar en una esfera distributiva viola concepciones que se dan en alguna otra esfera de la representación colectiva de los bienes en cuestión. La originalidad de esta teoría radica en concebir la justicia reflexivamente: el predicado «justo» es traducido a «justo en sus propios términos». Dicho de otro modo, una sociedad capitalista y una sociedad jerarquizada en castas —como antes apuntábamos aquí— pueden ser justas «a su manera». Por otro lado, las protestas por la injusticia cometida en una provisión específica se fundan siempre en la concepción de otros bienes sociales cuya distribución se ve indeseablemente afectada por la institución o la medida criticada. Esta concepción es abiertamente contextulista, pero, como antes sugería, resulta también paradójicamente universalista. Ferrara apunta que lo es «en la medida en que desafía la autoconcepción de una sociedad dada, emitiendo un juicio crítico sobre sus instituciones, y en que dicho juicio no expresa las opiniones arbitrarias del observador, sino que formula una demanda de consenso que trasciende el aquí y el ahora» (FERRARA en RASMUSSEN, 1990, p. 22).

Con todo, ese consenso universal no puede obtenerse —en los límites teóricos que Walzer se impone— recurriendo a la demostración, a la inferencia deductiva o a la fuerza del mejor argumento. ¿Cuál será, entonces, su fundamento? La postura de Walzer parece inclinarse por la coherencia de los criterios distributivos de una sociedad, aceptando que la eliminación —o al menos la reducción— de las contradicciones exige a un tiempo fuerza normativa e impacto motivacional. El filósofo político, que hace una crítica «interna» —una figura que Ferrara equipara con acierto al «intelectual orgánico» de Gramsci—, interpela a la sociedad en nombre de algo que sus destinatarios comparten. Aunque renunciemos a diseñar la ciudad ideal para todos y sólo dibujemos la mejor ciudad «para nosotros», los juicios que en este sentido formulemos tienen la garantía de que *todo* el que nos conozca lo suficiente aceptará la validez de los mismos. Cabe recordar, sin embargo, que Walzer está hablando del relativismo de la justicia distributiva, que para él es conciliable con una concepción absolutista de la justicia respecto a «una especie de código mínimo y universal» que recogería la prohibición de acciones que toda comunidad consideraría censurables. Y aunque en un primer momento defendió que esta toma de conciencia se realiza en el seno de los procesos históricos de las sociedades (WALZER, 1987, p. 12), posteriormente se vio forzado a admitir, tras las críticas de sus oponentes, que estas prohibiciones son necesarias si los seres humanos han de desarrollar su capacidad de generar cultura (WALZER, 1990, p. 29). Esta concesión abre, no obstante, una brecha en su contextualismo radical e incluso algunos autores que simpatizan abiertamente con el comunitarismo se han preguntado «por qué no ha de haber otros bienes básicos que no sean meras prohibiciones necesari-

rias para generar cultura y que tengan implicaciones para la justicia distributiva» (BELL, 1993, p. 88).

Quedan por aclarar varios matices de la teoría de Walzer, y quizás el más importante consista en señalar que los sujetos de los valores son en primera instancia las comunidades *políticas*, y no los individuos que son miembros de esas comunidades, siendo característico de éstos el actuar de acuerdo con las exigencias del orden social. Aunque se producen los desacuerdos y conflictos a los que antes me refería, éstos no cuestionan el marco institucional existente, excepto en períodos revolucionarios. Por conformarse con las normas sociales, podría decirse que los miembros comparten los valores encarnados en ese marco. Y cabría apuntar además que pueden descubrirse esos valores compartidos examinando la instituciones y las prácticas y no sólo por introspección o analizando instituciones éticas. Según esta tesis, los valores compartidos no existen ni en una mente colectiva marginados de la acción social institucionalizada ni en las mentes separadas de los agentes individuales: existen en una forma de vida que funciona, que sigue su propia dinámica.

Ahora bien, aun suponiendo que los valores encarnados en las instituciones de una sociedad sean claros y definidos, sus miembros pueden cumplir las exigencias institucionales por múltiples razones. El consenso de un orden político puede ser el reflejo de un compromiso por conservar y desarrollar la forma de vida de ese orden. Pero puede deberse también a una mezcla de temor, de desinterés, de falta de conocimiento de otras alternativas o de una habituación mecánica. Y sólo en el caso del compromiso parece correcto decir que los miembros *comparten* los valores encarnados en la sociedad. Pero, como suele suceder en los autores comunitaristas, la interpretación que hace Walzer de las sociedades reales tiende a descuidar la variedad de causas que generan el consenso, optando más bien por identificar los valores encarnados en las instituciones y en las prácticas con los valores de los agentes. Escribe Walzer: «Cada medida particular es impulsada por una coalición de intereses particulares. Pero a lo que en última instancia se apela en tales conflictos no es a los intereses particulares, ni siquiera a un interés público entendido como la suma de éstos, sino a los valores y a las concepciones compartidos respecto a lo que significan la pertenencia al grupo, la salud, la alimentación, la vivienda, el trabajo y el ocio. Los conflictos suelen reducirse a cuestiones de hecho, pero las concepciones se asumen» (WALZER, 1983, p. 82). Existe, sin embargo, el problema de que las múltiples causas del consenso indican que, ciertamente, «las concepciones se asumen» en el sentido de que todos los miembros están comprometidos con un orden que encarna esas concepciones, pero que también hay casos en que ese «asumir» consiste simplemente en someterse al orden en cuestión. Y en estos últimos casos puede haber diversos intereses y aspiraciones que no estén encarnados en el orden político —aspiraciones no feudales en sociedades feudales,

pacifismo en sociedades militaristas, ideales de igualdad en sociedades rígidamente jerarquizadas—. En tales situaciones, aunque estén perfectamente claros los valores que encarna el orden existente, resulta difícil ver por qué los valores encarnados suministran el único punto de partida posible a una filosofía política que pretende estar arraigada en aspiraciones reales. Paradójicamente también, la imagen del agente moral aparece en este tratamiento tan diluida y fantasmal como la que el comunitarista MacIntyre apreciaba en los enfoques éticos de inspiración kantiana.

Walzer mantiene, en suma, que una teoría compleja de la igualdad proporciona una perspectiva crítica por el hecho de que tiene en cuenta los *valores* compartidos sin comprometerse con las prácticas vigentes en esa comunidad. Su estrategia consiste en mostrar que las distribuciones reales e incluso las creencias comunes sobre las distribuciones justas no se acomodan a veces a las normas de distribución que se siguen de las concepciones compartidas. Esta precisión permite al autor eludir la crítica de que las posiciones comunitaristas y el relativismo en algunas de sus versiones tienden a consolidar el estado de cosas existente en una sociedad dada, permitiendo a lo sumo mostrar la distancia existente entre las prácticas reales y los ideales y valores inherentes a las propias concepciones compartidas por el grupo en cuestión. Sin embargo, también en esta cuestión la postura de Walzer se halla abierta a los dardos de la crítica. Joshua Cohen, por ejemplo, la ve abocada a un callejón sin salida que caracteriza como «el dilema comunitarista simple» y que expone de la siguiente manera: «La interpretación del valor, tal y como suele entenderse, tiende a suministrar una descripción coherente y unificada de las prácticas de una sociedad en términos de un conjunto de valores. Pero esto plantea un dilema al teórico que apela a los valores compartidos de la comunidad como perspectiva crítica. Si los valores de una comunidad se identifican a través de sus prácticas de distribución ordinarias, entonces las normas de distribución que *derivan* consiguientemente de esos valores no servirán de crítica de las prácticas existentes. Por ejemplo, si determinamos qué bienes entiende una comunidad como necesidades considerando qué bienes distribuye realmente la comunidad según la necesidad, no estaremos nunca en situación de juzgar que una comunidad debe distribuir un bien según la necesidad, pero no lo hace. Por el contrario, si identificamos los valores al margen de las prácticas con vistas a estimar la conformidad de las prácticas a esos valores, ¿qué prueba habrá de que estamos ante los valores correctos? Por consiguiente, si un bien no se distribuye según la necesidad, ¿en qué sentido es entonces cierto que la comunidad le reconoce como una necesidad?» (COHEN en KYMILICKA, 1990, p. 101).

La universalidad del contexto como referente moral último podría entonces conducir a la autojustificación de los valores establecidos a la que antes me refería, ahogando todo impulso de autosuperación.



Cuando menos, como subraya Thiebaut, «esa eficaz y transformadora vinculación hermenéutica de la crítica social al contexto criticado, que señala Walzer, habrá de suponer, no obstante, que ese contexto no tiene clausuradas sus dimensiones normativas y suponer también que los mecanismos de poder y de autoridad sociales en un momento histórico concreto son permeables a tal crítica. Mas sólo es proclive a aceptar modificaciones tales, sobre todo en la medida que cuestionan las propias posiciones de poder, aquella textura social que comprende sus propios criterios de valor y de legitimación desde categorías que incluyen las ideas de justicia o de bien —trascendente— al contexto» (THIEBAUT, 1992, p. 47).

MacIntyre, que parece especialmente sensible a este tipo de objeciones, trata de explicar el progreso de una comunidad sin abandonar el contextualismo hasta el extremo de calibrar la racionalidad de una «tradición» en función del progreso generado en su historia a la hora de hacer frente a sus «crisis epistemológicas», esto es, a situaciones en que sus métodos de investigación se tornan estériles, sus propias pautas de progreso le impiden avanzar o el sistema no dispone de recursos internos para abordar los nuevos problemas (MACINTYRE, 1988, pp. 361-362). Será «superior», en tales casos, la tradición que es capaz de resolver sus crisis «de la forma más creativa y lograr un mayor grado de coherencia interna». Sin embargo, como apunta Ferrara, esa tradición más racional habrá de proporcionar también «un aumento de la vitalidad, de una autorreflexión más profunda y una autoconciencia más madura» (FERRARA en RASMUSSEN, 1990, p. 32), pero el antiindividualismo de MacIntyre le hace ciego a este tipo de sugerencias. Y es aquí donde los planteamientos contextualistas revelan su principal fragilidad. En un mundo cada vez más interdependiente y plural no parece justificado explicar el progreso de una comunidad en virtud exclusivamente de sus potencialidades internas. Y sin una teoría de la justicia que supere las limitaciones del contextualismo los comunitaristas no disponen de recurso alguno para responder a la crítica de que no hacen sino trasladar a la comunidad internacional el mismo cuadro disgregador, egoísta y conflictivo que denuncian en las sociedades donde prima el individualismo liberal. Con un concepto de justicia relativo al contexto, ¿cómo se solventarían moral y racionalmente los conflictos entre comunidades, máxime en una época como la nuestra en que el fanático y belicoso resurgir de los nacionalismos hace, cuando menos, inoportuno el hincapié comunitarista en el relativismo? La historia muestra además que la cohesión del grupo que los comunitaristas ansían se nutre en buena medida de la hostilidad hacia los ajenos al mismo y que el hincapié en la diferencia suele pagarse al precio de perder de vista las semejanzas y afinidades que podrían servir de puente de unión entre diferentes pueblos. La antropología y la sociología disponen de suficientes datos sobre los efectos disfuncionales del etnocentrismo como para que una teoría ética que pretende enraizarse en hechos

no haga nada por considerarlos (SHERIF y OTROS, 1961; TAJFEL, 1981). Incluso las posiciones universalistas como la kantiana se ven forzadas a aglutinar a la comunidad de todos los seres humanos apelando a la racionalidad-libertad que como posibilidad les singulariza *en oposición* al determinismo de la naturaleza, de forma que ese «nosotros» que caracteriza exclusivamente al «reino de los fines» no se instituye frente a uno de «ellos», sino *frente a todo* «ello», esto es, frente a ese enlace mecánico, ciego e impersonal de causas y efectos que es para Kant la naturaleza. Pero, como ha señalado Rorty, la fuerza de ese «nosotros» que abarca a toda la especie es mucho más pequeña que la de cualquier otro grupo menor por no haber en ese caso un «ellos» constituido también por seres humanos sobre cuya descalificación moral quepa configurar y robustecer la auto-identidad presuntamente superior de ese «nosotros» (RORTY, 1991, pp. 208-209). En este sentido, los comunitaristas, tan humanos en muchas cuestiones, debieran recordar que en la segunda parte del libro tercero del *Treatise* Hume subraya la importancia de la justicia a causa del carácter limitado de la benevolencia y del hecho de que «la simpatía alcanza muy débilmente a los extraños» a la comunidad, que para el autor se circunscribe a la nación. Por último, si el análisis de Nozick sobre los efectos disfuncionales y negativamente hostiles que generan los fenómenos de la autoestima y de la auto-identidad puede trasladarse al ámbito de las relaciones entre comunidades, el dramático vacío que presenta una visión contextualista y relativista de la justicia resulta verdaderamente alarmante (NOZICK, 1988, pp. 234-240).

#### IV

Para terminar, si la justicia es relativa al contexto social, cabría esperar que los comunitaristas nos ofrecieran un significado preciso y unitario de «comunidad». Sin embargo, quien pacientemente rastree en los excesos retóricos de sus obras se llevará una profunda decepción, pues no encontrará una descripción o referencia coherente que permita establecer un denominador común entre los autores más representativos. Irónicamente cabe decir que los comunitaristas no disponen de un significado compartido de «comunidad». Sus esfuerzos se dedican más a criticar las insuficiencias de las asociaciones voluntarias del liberalismo que a elaborar un concepto definido de «comunidad», cuyos ejemplos descubren en la historia: la *polis* ateniense, los monasterios y aldeas medievales o la Inglaterra isabelina, olvidando, naturalmente, las teocracias de Ginebra o de Boston, que reglamentaron minuciosamente las vidas de sus miembros. Y es que lo que los comunitaristas buscan no es una reproducción del pasado, sino su *éthos* en el presente (lo que Marx llamaba *Gemeinwesen*), en el que todos sus miembros participen de una comunidad orgánica que potenciaría al máximo la vida en común y absorbería plenamente

a los individuos sin privarles de su individualidad. Este objetivo recurrente de los comunitaristas trata de combinar la comunidad con la autonomía individual, lo que Charles Taylor ha descrito como el objetivo hegeliano de unir la autonomía radical kantiana con la unidad expresiva de la *polis* griega (1975, pp. 388 y 427), esfuerzo de resultado dudoso ante la imposibilidad de mantener un concepto fuerte de comunidad sin poner en peligro la autonomía, máxime cuando, como se ha dicho, se sitúa el valor en la primera y se diluye el reconocimiento público de los derechos civiles y políticos básicos de los individuos, cuyo reconocimiento y respeto representa la razón de ser del Estado liberal.

Cuando Walzer, por ejemplo, intenta definir la comunidad sostiene que el núcleo de la misma es la esfera política, por ser «probablemente lo más cerca que podemos llegar a un mundo de significados comunes», añadiendo que «el lenguaje, la historia y la cultura coadyuvan para producir una conciencia colectiva», hasta hacer coincidir la comunidad política con el país o la nación (1983, p. 35). Pero, como señala Crittenden (1992, pp. 136-137), esta definición confunde un *vocabulario* común con unos *significados* comunes, confusión que es más de prever precisamente en la política, mientras descuida las subculturas éticas, cuya coincidencia de significados resulta más detectable que el de la política nacional, donde, como el propio Walzer admite, «a veces las comunidades políticas y las históricas no son las mismas», y cuando esto sucede «los significados compartidos se dan en unidades más pequeñas» (1983, p. 29).

Ahora bien, si deseamos estos tratamientos tan genéricos, ambiguos y llenos de matices y de excepciones y recurrimos a la definición de Sandel, el riesgo de aproximarnos a aquella comunidad total que Tocqueville denunciaba en su *Democracia en América* como una «democracia despótica» (IV parte, cap. 7) resulta muy evidente. Y es que Sandel acentúa en su noción de comunidad el sentido fuerte y constitutivo hasta erigirla en el factor determinante del concepto que tienen de sí mismos sus participantes, resaltando su carácter de vínculo y de marco de referencia que los miembros no pueden trascender (1982, pp. 134, 150 y 175). De este modo, aunque los comunitaristas estiman la autonomía liberal parecen atrapados por su insistencia en hacer depender la identidad del individuo de la comunidad a la que pertenece. Y si corrigen esta tendencia indeseable y sugieren, a la manera de Taylor, la necesidad de crear o de recuperar «comunidades parciales (geográficas, culturales o profesionales)» (1975, p. 416), para rellenar el vacío de identidad del individuo actual sin introducir el nacionalismo, el fascismo u otras formas de comunidad total, se esfuma la diferencia entre la propuesta comunitarista y las comunidades parciales que caracterizan a las sociedades liberales. La posición comunitarista queda reducida entonces a criticar el carácter unilateral del liberalismo por su hincapié en las asociaciones donde el individuo ingresa voluntariamente, siendo por ello

fuentes de compromisos y obligaciones, descuidando aquellas «comunidades existenciales» de las que el individuo es «miembro natural», sin que por ello dejen de generar deberes y de configurar su identidad en mayor o menor grado. Pero por encima de estos planteamientos siempre se cernerá la duda de si el precio a pagar por la superación de la fragmentación de la cultura de hoy es necesariamente la perpetuación del *éthos* del *ghetto*, esto es, compartir una forma de vida con exclusión de todas las demás, sacrificando el pluralismo a la homogeneidad particularista y elaborando una torre de marfil frente al mundo (SENNETT, 1977, p. 251).

Ante la imposibilidad de llegar a un resultado fructífero en esta línea, podemos centrar la discusión entre comunitaristas y liberales en un punto concreto que afecta directamente a la cuestión de la justicia. Podríamos decir con Buchanan, como antes sugeríamos aquí, que la tesis política fundamental del liberalismo es que el Estado ha de salvaguardar los derechos civiles y políticos básicos de los individuos (BUCHANAN, 1989, p. 854). Frente a ella, el comunitarismo radical rechazará los derechos civiles y políticos individuales y tratará de sustituir sus referencias a éstos por un discurso teleológico sobre el bien de la comunidad o sobre los derechos del grupo. El comunitarismo moderado, en cambio, reconocerá tales derechos, pero negará que tengan el tipo de prioridad que les conceden los liberales. En este aspecto, Taylor puntualiza que el reconocimiento del valor moral del individuo es previo a la asignación de sus derechos, ya que éstos se conceden en virtud de «las propiedades esenciales» y de «las capacidades humanas» que hacen al sujeto en cuestión digno de tal atribución. De ahí que sólo el reconocimiento de determinadas ideas de bien pueda sustentar una idea de la justicia, que el bien —en sus muchas variedades pero preferentemente el bien de la participación en la vida de la comunidad— tenga prioridad sobre la justicia. Esta concepción choca frontalmente con el planteamiento liberal de la «posición original» donde las partes contratantes, «ocultas por un velo de ignorancia», desconocen las concepciones del bien que se sustentan y «no se preocupan por los intereses de los demás» (RAWLS, 1978, p. 175). Pero para el comunitarismo el que los individuos desencarnados, al margen de toda consideración axiológica, movidos por su sola capacidad racionalizadora, puedan escoger libremente sus fines en un contexto procedimental no sólo atenta contra la psicología moral del empirismo clásico, sino también contra la visión de la personalidad humana configurada por su relación con un marco cultural y unas interrelaciones sociales específicas que ofrecen las ciencias sociales de hoy. Respecto al tema que nos ocupa, este comunitarismo moderado negará que la única justificación para infringir o limitar los derechos individuales sea la salvaguarda de otro derecho individual, pues considera que la protección y el florecimiento de la comunidad exigen también exenciones y restricciones de los derechos individuales.

El liberal podría responder que su tesis política no trata de ser una teoría psicológica ni una lista exhaustiva de los bienes objetivos humanos y —lo que es más importante— que dicha tesis puede justificarse de forma no individualista e incluso conceder la importancia axiológica debida a la comunidad como bien humano. Asimismo podría hacer ver que un diseño institucional que ignorara a la comunidad por centrarse sólo en el valor de la autonomía o del bienestar individuales, según el cual las relaciones sociales tendrían sólo un carácter instrumental, sería una concepción defectuosa. Los comunitaristas, a su vez, podrían haber descuidado la importancia que tiene la salvaguarda de los derechos individuales para el cambio pacífico de las propias comunidades y como fuerte contención a los intentos de aniquilar o someter a las distintas comunidades dentro de los Estados nacionales. Por el contrario, el respeto al derecho a la libre asociación del individuo puede permitir el nacimiento de nuevas comunidades, cosa que resultaría más problemática y difícil si fueran las comunidades existentes los sujetos exclusivos de derechos. Cabe recordar aquí que John Stuart Mill consideraba en las primeras páginas de *On Liberty* que el reconocimiento de los derechos individuales de asociación no generará un cambio ilimitado ni una fragmentación incontrolada de las comunidades habida cuenta de la fuerza que la tradición ejerce en la mayoría de los seres humanos.

Estas consideraciones nos hacen ver que el mayor punto de fricción entre comunitaristas y liberales se circunscribe a la teoría contractualista de los segundos y en particular al individualismo radical que subyace a ella. De ahí que las recientes teorías liberales que tratan de replantear la posición original rawlsiana despojándola de sus supuestos individualistas para acoger la idea de comunidad resulten sugerentes y provechosas pero poco fieles a la postura de Rawls. Tales son los casos de Allen E. Buchanan y de Owen Flanagan. Buchanan, por ejemplo, supone que en el intento rawlsiano de justificar la prioridad de los derechos liberales apelando a su aceptación como el primer principio de la justicia por los firmantes de un contrato ideal que han de escoger dichos principios ocultos por un «velo de ignorancia» que les impide ver quiénes son, qué posiciones ocupan y qué conceptos de bien sustentan, dichas partes no son individuos, sino representantes de comunidades elegidos por sus miembros. Después de todo, señala Buchanan, el propio Rawls sugiere que sean «cabezas de familia» quienes entablen ese supuesto pacto en la posición original (RAWLS, 1979, p. 154). No es incoherente pensar, entonces, que si realmente el respeto a los derechos básicos individuales redundaba en beneficio de la comunidad, tales partes escojan un principio de justicia que establezca dichos derechos. Y, siguiendo esta interpretación *sui generis* de Rawls, Buchanan razona que si las partes desconocen las diferentes concepciones del bien pero conocen los hechos generales de la psicología humana, como presupone también Rawls, no podrán ignorar la importancia

de la participación en una comunidad para la maduración humana y tendrán en cuenta este valor en su elección de los principios de la justicia. El supuesto en que se basa este planteamiento no sería ya un individualismo radical, sino el pluralismo. Dicho de otro modo, para Buchanan, la motivación que Rawls atribuye a las partes en la posición original es el deseo de elegir críticamente fines y de perseguirlos eficazmente, y ese deseo les lleva a escoger los bienes primarios, incluyendo los derechos civiles y políticos individuales básicos, porque esos bienes son medios eficaces de perseguir fines (y por consiguiente de alcanzar el bienestar) y de crear condiciones para la elección y la revisión crítica de fines (facilitando así la autonomía). Por eso este sistema teórico, a los ojos de Buchanan, permite reconocer que el bienestar es en gran medida una cuestión de perseguir eficazmente fines compartidos (BUCHANAN, 1989, p. 864).

Huelga decir que esta interpretación no agradaría ni a Rawls ni a los comunitaristas. Estos últimos alegarían que es la homogeneidad y no el pluralismo lo que debe caracterizar a la comunidad si queremos que sus miembros desarrollen la identidad deseable. El primero, a su vez, recordaría que el desinterés por los intereses de otros que caracteriza a las partes en la posición original impide admitir que la identificación mutua en términos de comunidad y la tendencia generalizada al altruismo se reflejen en su estructura motivacional, a pesar de que estos hechos representen principios generales de la psicología humana y sean conocidos por los firmantes del supuesto pacto primitivo. El conocimiento de un principio general no basta para deducir que dicho conocimiento forma parte de la motivación que lleva a los individuos a elegir los principios generales de la justicia, máxime cuando se nos dice que en esa motivación no interviene el interés por otros.

El otro autor que antes mencionaba, Owen Flanagan, trata igualmente de defender el liberalismo rawlsiano de sus críticos comunitaristas. Pero en su interpretación de *A Theory of Justice* identifica implícitamente a las partes de la posición original con los individuos que ya forman una hipotética «sociedad bien ordenada», mientras que una lectura atenta del texto conduce a hacernos ver que ambos se diferencian precisamente en términos de su estructura motivacional. Al no tener en cuenta esta distinción, Flanagan defiende que en la formulación de los principios de la justicia que llevan a cabo las partes en la posición original, éstas se preocupan por el bienestar de la siguiente generación, recurriendo, como Buchanan, a la posibilidad de que esas partes sean «cabezas de familia». Y concluye: «El supuesto motivacional del interés generacional neutraliza totalmente la crítica de que la descripción rawlsiana presupone que las personas tratan de alcanzar sólo su propio bien» (FLANAGAN, 1991, p. 121). El problema es que este interés por otros que atribuye Rawls a las partes en la posición original no es intrageneracional, sino intergeneracional, y es este último interés por los individuos de la propia

generación el que haría surgir el tipo de comunidad que los comunitaristas postulan (THOMAS, 1992, p. 123). El error de Flanagan es no advertir la tensión existente en la obra de Rawls entre el capítulo tercero de la primera parte del libro, donde el autor describe la posición original, y las secciones 65 y 79 de la tercera parte, donde se interesa primariamente por cuestiones de lo bueno y no de lo justo, aplicándose por ello a esbozar un retrato de la persona que no está ya limitado por el objetivo único de generar principios de justicia y que muestra el interés intrageneracional que se echa en falta en las partes de la posición original.

Ahora bien, una cosa es mostrar que los individuos mutuamente desinteresados y los individuos que viven en una comunidad hipotética comulgarían con la misma serie de principios morales, y otra totalmente distinta aceptar que ese acuerdo se debe a las mismas razones. Supongamos que es cierto que los pueblos cuyos miembros se comprometen a perseguir sus intereses ilustrados y los pueblos cuyos miembros se sienten inclinados por el altruismo prefieren la justicia como equidad al utilitarismo (que son las opciones más importantes que se barajan en la posición original). Ambos grupos lo harían a ciencia cierta por razones totalmente distintas. Es de presumir que los primeros lo harían porque en términos de maximizar sus intereses personales la justicia como equidad contribuye a ello mucho más que las actitudes utilitaristas. Los segundos, en cambio, lo harían porque cada cual disfruta con la maduración de los demás y considera que la justicia como equidad también contribuye a ello mucho más que las actitudes utilitaristas. Podría decirse, entonces, que en la posición original las partes son como estos individuos que persiguen sus intereses personales ilustrados, mientras que cuando llegamos a la tercera parte de *A Theory of Justice*, los miembros de la sociedad se mueven por inclinaciones preferentemente altruistas. Así, en estas páginas finales llega Rawls a escribir: «De este modo, los seres humanos tienen de hecho fines últimos compartidos y valoran sus instituciones y sus actividades comunes como buenas en sí mismas. Necesitamos a los demás como compañeros de formas de vida que se viven por ellas mismas, y los éxitos y satisfacciones de otros son necesarios para nuestro propio bien y lo complementan» (RAWLS, 1978, p. 577).

Esta tensión en el pensamiento de un autor tan emblemático como Rawls es lo que interesa particularmente y con razón a los comunitaristas, aunque parece que hayan olvidado esta tercera parte de *A Theory of Justice*, centrándose exclusivamente en el individualismo que subyace a su contractualismo. Ahora bien, al presentar aquí esta tensión, no he pretendido en modo alguno dar por zanjada la discusión entre las posturas liberales y las comunitaristas, ni mucho menos apuntar hacia una posición ecléctica que las englobe. Unos y otros han resaltado aspectos importantes de los fenómenos sociales humanos sin que pueda llegarse a mi juicio a otra conclusión que no sea

la de constatar la imposibilidad de elaborar una teoría unificada de la justicia (y de la vida moral en general) que recoja los mejores aciertos de una y otra corriente. Hoy por hoy, las teorías éticas siguen padeciendo la esquizofrenia que Michael Stocker diagnosticaba hace casi dos décadas (1976). Y en este sentido, la tensión que encontramos en la propia obra de Rawls, amén de las enmiendas y matizaciones del autor en escritos posteriores a su publicación, no parecen sino confirmar la constatación señalada.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AVINERI, SH. y DE-SHALIT, A., (eds.), *Communitarianism and Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- BEINER, R., *Political Judgment*, Londres, Methuen, 1983.
- BELL, D., *Communitarianism and its Critics*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- BENHABIB, SH., *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Nueva York, Routledge, 1992.
- BUCHANAN, A., «Assesing the communitarian critique of liberalism», *Ethics*, 99, 1989, pp. 70-81.
- COHEN, J., «Review of Spheres of Justice», en KYMLICKA, W. (ed.), *Justice in Political Philosophy*, Aldershot, Edward Elgar Ltd., 1992.
- CRITTENDEN, J., *Beyond Individualism. Reconstituting The liberal Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1992.
- CROWLEY, B. L., *The Shelf, the Individual, the Community: Liberalism in the Political Thought of F. A. Hayek and Sidney and Beatrice Webb*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- DWORKIN, R., «What Justice Ins't» en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 214-220.
- FERRARA, A., «Universalisms: procedural, contextualist and prudential», en D. Rasmussen, (ed.), *Universalism vs. Communitarianism*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1990, pp. 11-37.
- FISHKIN, J., «Relativism and moral Development», en R. Wilson y G. Schochet (eds.), *Moral Development and Politics*, Nueva York, Praeger, 1984.
- FLANAGAN, O., *Varieties of Moral Personality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- FRIEDMAN, M., «The practice of partiality», *Ethics*, 101, 1991, pp. 818-835.
- GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.
- GUTMANN, A., «Communitarian Critics of Liberalism», *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, pp. 100-122.
- HARE, R., *Essays on Philosophical Method*, Londres, MacMillan, 1971.
- KAGAN, J., *The Nature of the Child*, Nueva York, Basic Books, 1984.
- KAMENKA, E. (ed.), *Community as a Social Ideal*, Londres, Arnold, 1982.
- KELSEN, H., *¿Qué es la Justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982.
- KYMLICKA, W., «Liberalism and Communitarianism», *Canadian Journal of Philosophy*, 18, 2, 1988, pp. 181-204.
- KYMLICKA, W., (ed.) *Justice in Political Philosophy*, Aldershot, Edward Elgar, Ltd., 1992.
- LÓPEZ CASTELLÓN, E., «Supuestos teóricos de los relativismos éticos», *Sistema*, 58, 1984, pp. 3-29.



- LÓPEZ CASTELLÓN, E., «Justicia y solicitud, dos paradigmas éticos», *Ágora*, 12-1, 1993, pp. 7-24.
- MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1988a.
- MACINTYRE, A., *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1988b.
- MULHALL, ST. y SWIFT, A., *Liberals and Communitarians*, Oxford, Blackwell.
- MURPHY, J. M. y GILLIGAN, C., «Moral Development in late adolescence and adulthood: a critique and reconstruction of Kohlberg's theory», *Human Development*, 23, 1980, pp. 79-85.
- NOZICK, R., *Anarquía. Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- OKIN, S. M., *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989.
- OLDENQUIST, A., «Loyalties», *The Journal of Philosophy*, 79, 1982, pp. 173-193.
- PERRY, W., *Forms of Intellectual and Ethical Development in the College Years*, Nueva York, Holt, Rinehart y Winston, 1968.
- PINCOFFS, E. L., *Quandaries and Virtues: Against Reductivism in Ethics*, Lawrence, University of Kansas Press, 1986.
- PIPER, A. M. S., «Impartiality and Modal Imagination», *Ethics*, 101, 1991, pp. 726-757.
- PROTHRO, J. W. y GRIGG, C. M., «Fundamental Principles of Democracy: Bases of Agreement and Disagreement», *Journal of Politics*, 22, 1960, pp. 269-281.
- RASMUSSEN, D. (ed.), *Universalism vs. Communitarianism*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1990.
- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RHODE, D., *Justice and Gender*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989.
- RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.
- ROSEMBLUM, N., *Another Liberalism: Romanticism and the Reconstruction of Liberal Thought*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- SADURSKI, W., *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990.
- SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SENNETT, R., «Destructive Gemeinschaft», en N. BIRNBAUM (ed.), *Beyond the Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- SEUNG, T. K. y BONEVAC, D., «Plural values and indeterminate rankings», *Ethics*, 102, 1992, pp. 799-813.
- SHERIF, M. y OTROS, *Intergroup conflict and cooperation*, Norman, University of Oklahoma Press, 1961.
- SPRAEGENS, T. A., *The Irony of Liberal Reason*, Chicago, Chicago University Press, 1981.
- STOCKER, M., «The Schizophrenia of modern ethical Theories», *The Journal of Philosophy*, 73, 1976, pp. 219-227.
- STOCKER, M., *Plural and conflicting Values*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- TAJFEL, H., *Human Groups and social Categories*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- TAYLOR, CH., *Hegel, and the modern society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- THIEBAUT, C., *Los límites de la Comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- THOMAS, L., «Morality and human Diversity», *Ethics*, 103, 1992, pp. 117-134.
- WALZER, M., «Philosophy and Democracy», *Political Theory*, 9, 1981, pp. 117-129.
- WALZER, M., *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983.

- WALZER, M., *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- WALZER, M., «Nation and Universe», *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, Salt Lake City, The University of Utah Press, 1990, pp. 509-556.
- WILSON, R. y SCHOCHET, G. (eds.), *Moral Development and Politics*, Nueva York, Praeger, 1980.
- WINCH, P., *The Idea of a Social Science*, Londres, Routledge, 1958.
- WOLF, S., «Two Levels of Pluralism», *Ethics*, 102, 1992, pp. 785-798.
- WRONG, D., *Moral Relativity*, Berkeley, University of California Press, 1984.
- YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990.

## Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico

Por PEDRO FRANCÉS GÓMEZ

Madrid

### RESUMEN

Defendemos en este artículo la plausibilidad del procedimentalismo como única vía ético-filosófica capaz de justificar racionalmente la validez universal de los valores jurídicos fundamentales. Reconocemos el relativismo de los valores en general como hecho empírico, pero argumentamos, desde las tradiciones socrática (a través del trabajo de Kohlberg) y kantiana (tanto desde el propio Kant como desde la transformación de la filosofía trascendental representada por Apel y Habermas principalmente), que el universalismo es una necesidad de la razón, por lo que ha de poder ser logrado. Sin embargo, las críticas modernas a la metafísica (desde el propio Kant) parecen cerrar todo intento de universalidad que no sea meramente formal. Precisamente en esa línea, afirmamos que el procedimentalismo representa el modelo más acertado de formalismo, capaz de ofrecer un punto de vista racional e imparcial por referencia al cual juzgar sobre la validez universal de los valores jurídicos concretos, sin renunciar por ello al reconocimiento y respeto del pluralismo.

### INTRODUCCIÓN

La pretensión de universalidad parece estar invariablemente asociada al razonamiento moral<sup>1</sup>. Sea lo que sea aquello que queremos

---

1. Y nunca más que ahora, cuando el desarrollo tecnológico demanda mantener normas comunes sobre ciertos aspectos que pueden tener consecuencias globales. A este respecto, ver APEL, 1985 (vol. 2), pp. 342 y ss.

indicar con esas palabras —«universalismo», «universal», «universalizable»— parece ser algo que conviene siempre necesariamente a una regla moral (que pueda considerarse «verdaderamente moral»). Por otro lado, los valores jurídicos fundamentales, o bien se expresan en principios a los que subyace una regla moral, o bien *son* ellos mismos valores morales<sup>2</sup>.

Tenemos la costumbre (veremos si justificada o no) de decir que los valores jurídicos fundamentales<sup>3</sup> son universales —o al menos que *deben* serlo— y con ello hacemos aparentemente dos cosas: primero afirmamos que las normas positivas deben tender a su realización de modo general e imparcial, y a ese efecto ponemos los valores jurídicos esenciales como «principios» del ordenamiento positivo. Segundo —en parte como consecuencia de lo primero—, dotamos a tales valores de una dignidad que antes no tenían, pues nos resulta intuitivamente más noble defender, por ejemplo, un derecho universal a la vida que el derecho a la vida de los miembros de mi familia, mi clan, mi país, etc.<sup>4</sup> Podría pensarse que esta afirmación de la universalidad de ciertos valores es un hábito (o necesidad) propio del modo occidental de razonar sobre la moral y la justicia (peculiaridad que debería estudiar la antropología cultural) o que es una estrategia argumentativo-retórica para legitimar ético-políticamente algunos principios convencionales —carentes, por tanto, de cualquier fundamento racional no decisionista— especialmente importantes para el mantenimiento de una sociedad (en este caso sería pertinente un análisis del lenguaje jurídico o una teoría de las ideologías). Estas dos opiniones, que han sido mantenidas respectivamente por relativistas y convencionalistas, gozan de gran predicamento entre muchos científicos sociales. Sin embargo, hay razones poderosas para pensar que la universalidad de ciertos valores es necesaria (empírica y teóricamente); que puede afirmarse con verdad; y que puede defenderse de modo absoluto<sup>5</sup>. Este artículo intentará aportar algunas de esas

---

2. Sobre esta relación de inclusión entre derecho y moral, Adela Cortina ha escrito: «Desde el punto de vista de la fundamentación, la moral y el derecho postradicionales muestran las mismas características estructurales, porque el núcleo de las ordenaciones jurídicas modernas lo constituyen normas morales fundamentales que han recibido fuerza jurídica» (CORTINA, 1992, p. 169).

3. Nos referimos a valores tales como la paz, la libertad, la igualdad ante la ley, el respeto hacia la vida humana, la independencia de los pueblos, etc.

4. Entiéndase bien que el uso de este ejemplo no significa que abracemos alguna forma de intuicionismo ético, ni siquiera provisionalmente; nos referimos simplemente a lo que nos parece la actitud habitual, ya culturalmente mediada, que el hombre de la calle adopta ante los argumentos morales y los problemas éticos. No descartamos que tal vez padecemos cierto injustificado optimismo al respecto.

5. Una afirmación tan contundente debe ser entendida de modo muy general: no prejuzga el *modo* de validez de los principios universales, su número o su carácter; en especial, no especifica si habrán de ser entendidos como principios jurídicos materiales o, de modo trascendental, como condiciones de posibilidad del razonamiento o la práctica jurídicos.

razones y señalar en qué únicamente puede consistir —desde nuestro punto de vista— el contenido de universalidad de los valores jurídicos.

Procederemos en tres pasos forzosamente incompletos: en primer lugar revisaremos lo que podemos llamar «razones empíricas» en favor de la universalidad de ciertos valores morales, a partir del análisis del desarrollo de la conciencia moral según el modelo de L. Kohlberg; en segundo lugar introduciremos las razones teórico-filosóficas por las que creemos que la universalidad de ciertos valores no sólo es un hecho constatable, sino una necesidad racional (estas razones provienen de una interpretación bastante corriente de la filosofía moderna y en especial de la filosofía de Kant <sup>6</sup>); por último, trataremos de dar nuestra visión sobre la posibilidad y contenido (si alguno) de universalidad de los valores jurídicos <sup>7</sup>, es decir, trataremos de responder a las siguientes preguntas: ¿En qué sentido, si en alguno, *pueden* ser universales los valores jurídicos?; y si tal universalidad es posible, ¿es, además, necesaria?; y si lo es, ¿cuál es su contenido y sus límites?

## I

El relativismo de los valores es un hecho constatado por sociólogos, antropólogos, psicólogos, etc. Los valores morales, políticos o estéticos que prevalecen en las distintas culturas difieren entre sí en mayor o menor medida. Estamos acostumbrados a este hecho y convivimos con él. Para los científicos sociales (entre los que incluimos también al jurista) el relativismo cultural de los valores se impone con tal evidencia que ocasiona un mayoritario deslizamiento hacia el *relativismo ético*. Tal deslizamiento es científicamente ilegítimo, como debería mostrar un análisis de la distinción entre el dato empírico (las diferencias culturales) y la adopción del relativismo ético como credo moral. Apuntaremos algunas ideas para tal análisis, y se nos permitirá, a ese solo efecto, que empecemos por denominar «relativismo cultural» al conjunto de hechos que evidencian las diferencias culturales, para distinguirlo del relativismo ético como filosofía moral. El relativismo cultural, así entendido, es una constatación o proposición empírica: afirma que cada cultura posee su propia escala de valores y que éstos no tienen por qué coincidir con los de otras culturas. El relativismo ético es, por el contrario, una

6. Defendida con especial lucidez, como veremos, por José Luis Villacañas.

7. Anticipamos que nuestra visión estará basada en los conceptos de «transformación de la filosofía» y «ética discursiva» de K. O. Apel y en el concepto rawlsiano de «constructivismo kantiano», desarrollado, a nuestro parecer, por otros neocontractualistas. O, dicho de otra forma, nuestra visión estará basada en lo que podemos denominar, en general, «concepción procedimentalista de la ética».

posición normativa: afirma que es *moralmente correcto* actuar en cada contexto de acuerdo con los valores que en él prevalecen. Veamos un ejemplo: afirmar que *hay* tribus caníbales mientras en otras culturas es tabú el comer carne humana supone reconocer que determinados valores son culturalmente relativos; afirmar que «el canibalismo es moralmente correcto en una sociedad caníbal» puede parecer un mero juicio fáctico —cuyo paralelo sería «es moralmente correcto abstenerse de comer carne humana en una sociedad no caníbal»—, pero no lo es. A tal tipo de juicios subyace la idea de que lo que es bueno para/en una sociedad no lo es para/en otra; la cual pertenece al conjunto de tesis que conforman la teoría ética (normativa) denominada «relativismo». No podemos precisar más en este lugar el concepto de «relativismo ético»<sup>8</sup>; concepto que, por otro lado, tal vez no sea más que una «denominación habitual», porque la posibilidad de mantener consistentemente un relativismo moral absoluto es dudosa. Kohlberg, Levine y Hewer (KOHLBERG, 1983, pp. 72 y ss.) apelan, en contra de tal posibilidad, a los siguientes argumentos:

En primer lugar, está constatado que ningún sistema de valores es explícitamente relativista, en el sentido de reconocer que la validez de sus principios cese en cierta frontera. Las reglas morales fundamentales adoptan culturalmente la forma de enunciados de validez universal. Aquellas reglas que no adoptan esta forma resultan no tener contenido moral<sup>9</sup>. Si hemos de otorgar algún valor a los datos que nos proporciona la antropología cultural, éste debe llevarnos a afirmar, cuando menos, que un relativismo axiológico absoluto es, desde el punto de vista social, poco plausible.

En segundo lugar, Kohlberg y sus colaboradores apelan a la autoridad de Hare y Habermas (y podrían haber citado a otros muchos filósofos morales), quienes han afirmado —desde el análisis y desde la filosofía trascendental, respectivamente— que cualquier juicio moral lleva siempre aparejada una pretensión de universalidad. Así, incluso el relativista radical, al afirmar que lo correcto o lo bueno es aquello que culturalmente es considerado así, es decir, que la rectitud moral de una acción depende del contexto en que se realice, lo hace

---

8. Para una visión muy acertada y pormenorizada del relativismo ético de origen analítico recomiendo los artículos de Carlos S. NINO, «Ética analítica en la actualidad», y de Fernando SALMERÓN, «Intuición y análisis. Los orígenes de la filosofía moral analítica a partir de Moore y Wittgenstein», ambos en CAMPS, 1992, pp. 131-152 y 153-176, respectivamente. En el mismo volumen (pp. 29-52) puede verse también el gran artículo de Carlos THIEBAUT, «Neoaristotelismos contemporáneos», que presenta la nueva cara, especialmente saludable en estos últimos años (y por ello más peligrosa), del relativismo moral.

9. En España, y en casi todos los países europeos, existe una regla popular que reza «Donde fueres, haz lo que vieres». Es evidente que este refrán —cuyo explícito reconocimiento del relativismo cultural resulta aleccionador— se refiere a los usos sociales; pero es dudoso que se refiera también a la moral.

con la pretensión de que esa tesis valga universalmente, pues si hubiera un lugar donde no valiese, o fuera producto de *los propios valores culturales del relativista*, sería falsa. Por otro lado, es imposible hablar de relativismo moral desde una cultura concreta (pues hemos visto que los principios morales aparecen como universales dentro de cada cultura) lo que significa que para poder *juzgar* sobre la relatividad de los valores, el filósofo debe situarse *fuera de* las culturas que juzga o compara, y con ello reconoce que existe un punto que escapa a la reducción relativista. La existencia de ese punto desde donde inevitablemente se habla y se juzga pone en duda la tesis que se enuncia, a saber, que los valores son productos inevitablemente culturales.

El argumento principal de Kohlberg será, sin embargo, el que procede de su conocida investigación empírica sobre el desarrollo ontogenético del razonamiento moral. Así afirma: «Nuestra investigación muestra que el desarrollo individual del razonamiento moral es una constante distinción entre la universalizabilidad moral y los hábitos o creencias más subjetivos o culturalmente específicos. Así como los comportamientos o costumbres morales parecen variar de cultura a cultura, por debajo de esa variedad de las costumbres parecen existir modos universales de juzgar o valorar» (KOHLBERG, 1983, p. 72). Kohlberg encuentra que la uniformidad intercultural de las etapas del desarrollo moral atestigua que poseemos, en cuanto humanos, una estructura racional idéntica, que proporciona una base para postular el universalismo de ciertos modos de razonamiento moral. A su vez, esta universalidad estructural del razonamiento moral permite considerar legítimo el intento (protagonizado por la teoría moral occidental ilustrada) de alcanzar una formulación universal de los valores morales (en su forma o en su contenido). Los estudios de Kohlberg concluyen que aunque el relativismo es un hecho, no es lógicamente necesario, es decir, no hay en el razonamiento moral ningún rasgo específicamente cultural; las diferencias provienen de las contingencias histórico-sociales. La expresión sintética de su conclusión a este respecto es la siguiente: «Nuestra tesis sobre el universalismo es en primer lugar la tesis de que el desarrollo de las estructuras del razonamiento sobre la justicia es un desarrollo universal. En segundo lugar sostenemos que las normas y elementos morales<sup>10</sup> son normas y elementos utilizados por quienes razonan moralmente en todas las culturas que hemos estudiado» (KOHLBERG, 1983, p. 75).

---

10. Kohlberg se refiere a ciertos componentes generales de la justicia, el orden normativo, las consecuencias de las acciones, etc., y a normas generales sobre la vida, la propiedad, la verdad, la autoridad, etc., que se observan en toda sociedad (aunque varíen en sus contenidos específicos). La lista completa de elementos y normas morales puede verse en KOHLBERG, 1983, p. 96.

Estas conclusiones llevan a Kohlberg y sus seguidores a adoptar lo que denomina el punto de vista socrático sobre la moral y la virtud <sup>11</sup>. Este punto de vista incluye diversas tesis sobre la naturaleza de la virtud y la posibilidad de que exista conocimiento práctico. Destacamos sólo las dos primeras, que presentan su radical postura respecto al universalismo moral: «Primero, la virtud es en última instancia una, no muchas, y es siempre idealmente la misma, sin importar el ambiente o la cultura. Segundo, el nombre de esta forma ideal es *justicia*» (KOHLEBERG, 1981, p. XXIX).

Dos puntos son muy destacables en estas tesis de Kohlberg que, lamentablemente, sólo podemos enunciar. Quizá convenga explicitarlos: En primer lugar sobresale la idea de que el universalismo moral puede justificarse a partir de un estudio empírico sobre la *estructura* del razonamiento moral y su desarrollo, no sobre el contenido material de los mandatos u obligaciones morales vigentes, ni tampoco sobre algún rasgo formal de las normas o principios morales. La llave que abre la puerta de la visión socrática de la moral no tiene nada que ver con las reglas morales concretas (ni con su contenido material ni con su forma); tiene que ver con el *modo* de razonamiento acerca de lo moral y con su invariable desarrollo ordenado en etapas sucesivas. En segundo lugar, resulta curioso (y acertado) que a la hora de nombrar el tipo de posición ética que se deriva de sus estudios, Kohlberg adopte la calificación de «visión socrática». En efecto, Sócrates (o al menos el Sócrates platónico) es, frente al convencionalismo de los sofistas, el primer defensor explícito del universalismo moral y de su unión indestructible con la razón de cada hombre.

## II

Con el Sócrates platónico se generaliza en Grecia la idea de que, aunque la virtud tiene un contenido distinto para cada hombre y las leyes y costumbres varían de una ciudad a otra, el bien en que aquélla consiste es uno y susceptible de ser conocido. Sin embargo, no es del todo exacto contraponer Sócrates y Platón a los sofistas (los primeros como representantes del universalismo, los segundos del relativismo). La mayoría de los sofistas advirtieron que, si bien el fun-

---

11. La «visión socrática» de la virtud y la justicia es defendida por Kohlberg especialmente en *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981, Cap. 2 (pp. 29 y ss.). El capítulo mencionado se titula significativamente «Educación para la justicia: una afirmación moderna de la visión socrática» y de él asegura Kohlberg que «afirma que la investigación sobre el desarrollo moral proporciona credibilidad empírica a las asunciones de Sócrates» (KOHLEBERG, 1981, p. XXIX). Tales asunciones están recogidas por Kohlberg en la misma obra (p. XXIX); se refieren no sólo a la naturaleza de la virtud, como veremos más abajo, sino también a la posibilidad de que sea conocida y enseñada.



damento de las leyes de la ciudad era convencional y, por tanto, no había una razón moral para su cumplimiento, existían ciertas leyes que nadie desobedecería (aunque pudiera hacerlo sin ser castigado por ello). Son las leyes de la naturaleza, que recomiendan a cada uno hacer lo mejor y más necesario para sí mismo (lo prudente). Los sofistas, críticos feroces de la cultura, no pudieron negar la existencia de un ámbito normativo irreductible: la naturaleza. Fueron, con todo, revolucionarios porque desligaron la naturaleza de la *polis* y así, haciéndola universal, la desposeyeron de su contenido moral tradicional; quedó reducida a mera *prudencia*. Su mensaje fue inadmisibile para los maestros (recuperadores) de la moral de la *polis*, Sócrates, Platón y Aristóteles, pero contenía una semilla que, con algunas modificaciones, habría de germinar veinte siglos después.

En efecto, podemos entender la modernidad como la recuperación del modelo de crítica ilustrada de los sofistas y como el fin del paradigma ético aristotélico. El triunfo del aristotelismo como paradigma ético había supuesto la vigencia durante siglos de una idea del hombre como «animal naturalmente político», como un ser nacido en y para la *polis*, integrado en una red normativa que le permitía a la vez ser virtuoso, sabio y feliz, al encontrar su lugar natural en la misma. La modernidad supone, como escribe J. L. Villacañas, «la muerte del ser natural orientado a la *polis*» (VILLACAÑAS, 1992, p. 320), la ruina del paradigma aristotélico, que se hace evidente en la antropología hobbesiana. En el *Leviathan*, el hombre ya no aparece como naturalmente político, sino como «un lobo para el hombre», naturalmente enemigo de sus semejantes. El hombre ha perdido su lugar natural en la *polis* y está sumido en una guerra de todos contra todos. En la política, esa pérdida del lugar natural se traduce en la contienda civil (Inglaterra, 1648); en el conocimiento, adopta la forma de una pérdida de la seguridad y de la verdad, de modo que la filosofía deja de ser la tarea de desvelar la verdad para convertirse en la de encontrar algún conocimiento seguro, por modesto que sea (Descartes), que ponga fin a la batalla dogmática de las escuelas. La modernidad se caracteriza porque el hombre se encuentra «fuera de lugar» en política y en filosofía; ha perdido la relación política que le unía a la comunidad y la relación de verdad que le unía al mundo y, a través de la palabra, también a los demás. ¿Qué esperanza le queda en este nuevo y solitario «lugar ya-no-natural»? La única esperanza reside en su capacidad para darse normas que doten de alguna estructura común (comunicable, cognoscible) a la sociedad y al mundo. Expresado con las bellas palabras de J. L. Villacañas, «esta muerte del ser natural orientado a la *polis*, o de la razón orientada al conocer, sólo puede ser contrarrestada por un aumento proporcional de la normatividad. La reconstrucción, a partir de estructuras normativas, de aquello que para la tradición aristotélica simplemente era natural» (VILLACAÑAS, 1992, p. 320). La esperanza de este hombre moderno solitario, que se descubre como sujeto por pri-

mera vez, está en la *autonomía* o independencia que halla necesariamente incorporada a su subjetividad. Ésta servirá de remedio (y de consuelo) para la pérdida del sentido de la comunidad.

La autonomía es necesaria, pues representa, como veremos, el único camino para recuperar la paz teórica y práctica perdida. Pero el incremento de normatividad en el Estado, alcanzado mediante el contrato social entre individuos autónomos y la instauración de un poder absoluto, que pone fin a la guerra civil política, según Hobbes, no tiene parangón en el campo del conocimiento, pues «si partimos de una situación de guerra civil teórica, la normatividad debe reconstruir una estructura válida para *todos* los contendientes. Debe apuntar a ser normatividad universal» (VILLACAÑAS, 1992, pp. 320-321). Éste es el desafío filosófico de la modernidad: la reconstrucción de un lugar firme de la razón ante el conocimiento y del individuo ante la sociedad a través de una *normatividad universalmente válida*, pero de origen obligadamente subjetivo. Kant recoge este desafío, al reconocer que, tanto en la vertiente teórica como en la práctica, la razón está comprometida con un mandato esencial: encontrar lo universal en la diversidad (del fenómeno o de la acción), y mostrar que ese hallazgo permite la reconstrucción de un mundo cognoscible (la experiencia) y con un sentido desde el punto de vista personal y social (a través de la ley de la libertad) que permite su transformación progresiva hacia la felicidad.

El cosmos en el que cada ser poseía su lugar natural y que hablaba con verdad a quien supiera entenderlo, ha dejado paso, en la modernidad, a un conjunto de fenómenos silentes, en espera de una *regla* que los transforme en un orden cognoscible y comunicable. La universalidad no puede entenderse entonces como aquella característica de los valores o principios que se aplican al hombre como género o que tienen validez absoluta en todo tiempo y lugar, sino como una *demanda* o *necesidad* de la razón en tanto que abocada a la acción y al conocimiento. La primera ley de la voluntad, aquella que se confunde con la libertad misma como constituyente esencial del sujeto<sup>12</sup>, es la que ordena buscar lo universal, convertir a la voluntad en hipotética legisladora universal, dando así respuesta al desafío

---

12. Recordemos, a este respecto, las palabras clave de Kant en la observación al párrafo 6 de la *Crítica de la razón práctica*, donde sugiere la imposibilidad de distinguir entre la libertad en sentido positivo (es decir, como espontaneidad —o «capacidad legisladora»— de la razón) y la ley práctica incondicionada, esto es, aquella que ordena obrar de acuerdo con la máxima que pueda valer como principio de una legislación universal: «libertad y ley práctica incondicionada se implican recíprocamente una a otra. Ahora bien, yo no pregunto aquí si ellas son en realidad distintas, y si más bien una ley incondicionada no será tan sólo la propia conciencia (*Sebstbewusstsein*) de una razón pura práctica, y ésta, empero, idéntica con el concepto positivo de la libertad...» (KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1913, trad. de E. MIÑANA Y VILLAGRASA y M. GARCÍA MORENTE, p. 60).

aceptado por Kant. Esa ley incondicionada que desde la espontaneidad impulsa a la razón hacia la universalidad, es identificada normalmente como una «ley práctica», pero su ámbito de aplicación es tanto la acción práctica como la teórica (pues ambas son fruto de la razón<sup>13</sup>). Lo que Villacañas denomina «imperativo categórico de racionalidad» —que debe entenderse como la ley que ordena a la razón actuar de modo que de esa actuación se siga, en la esfera teórica, una estructura universal que forme una naturaleza susceptible de ser conocida y comunicada<sup>14</sup>— es de ejercicio necesario para la confección de la *Crítica de la razón pura* y para su uso como Leviathan del territorio teórico, con la salvedad de que no se trata de una seguridad forzada sobre bases decisionistas de la razón, sino sobre la base incondicionada de la ley de la voluntad en general.

Si entendemos bien la interpretación del imperativo de universalidad, éste aparece en el horizonte kantiano desde antes de iniciar la crítica de la razón pura en su uso teórico; aparece como una necesidad del sujeto cognoscente, que reclama su posibilidad misma (la posibilidad de conocer algo en general). Esta posibilidad, perdida la fuente natural de la verdad, exige del sujeto cognoscente una actividad (espontaneidad) ordenadora de la naturaleza material que se le da como dato bruto. Esa actividad consiste en dotar de una estructura universal a la naturaleza<sup>15</sup> y está exigida y regulada por el imperativo categórico de racionalidad. Si entendemos bien, la razón moderna tiene que conformarse ella misma como razón cognoscente y como razón práctica mediante un proceso constitucional (paralelo al de la nueva constitución de la legitimidad política). El universalismo es necesario en ese proceso, pues de otro modo no se lograría el fin perseguido.

Ahora bien, esa estructura universal puesta en la naturaleza material que permitirá a la razón restituir el conocimiento, y esa estructura (o forma) universal de la ley moral que permitirá justificar racionalmente principios morales concretos por una vía alternativa a la de la comunidad tradicional, podrían haberse basado en una mera decisión subjetiva de la razón. Así ocurre en Hobbes, donde el *plus* de normatividad requerido para la restitución de la paz civil ante la quiebra del paradigma socio-político aristotélico-tomista, es alcanzado mediante una cesión convencional e individual, es decir, mediante la *creación convencional* de una instancia capaz de poner de acuerdo (aunque sea coactivamente) los intereses individuales naturalmente

---

13. Sobre la defensa kantiana de la unidad intrínseca de la razón, así como sobre la correlativa imposibilidad de tematizar esa unidad, puede verse el excepcional texto de Felipe MARTÍNEZ MARZOA, *Desconocida raíz común*, Madrid, Visor, 1987; en especial, sus capítulos tercero y cuarto.

14. Cfr. VILLACAÑAS, 1992, p. 322.

15. Estructura que constituirá aquello a lo que Kant denomina «naturaleza *formaliter spectata*» (Cfr. VILLACAÑAS, 1992, p. 321).

contrapuestos. Esta instancia no elimina la individualidad de sus creadores, ni la contraposición de intereses, pero está dotada de una normatividad mayor e indeleble con la que se impone a ellos. Lo característico es que el fundamento de legitimidad de tal instancia es meramente *decisionista* (aunque, una vez creada, se imponga con tal autoridad que convierte en injusta cualquier amenaza a su poder proveniente de los súbditos <sup>16</sup>). Ese decisionismo de Hobbes parte de su antropología pesimista. Para Hobbes, el único rayo de luz sobre la naturaleza humana es la ley natural que impulsa a cada hombre a llegar a un pacto con todos los demás (y aun así, es una ley secundaria, derivada de la única verdadera ley natural, aquella que obliga a todos a defender su vida por cualquier medio <sup>17</sup>). Una vez suscrito el pacto, establecida la fuente de normatividad que asegura la paz, la naturaleza humana permanece anclada en su «maldad» natural. Si lo natural entre los hombres reales es la guerra <sup>18</sup>, la institución que garantiza la paz no puede ser sino artificial: se funda en una decisión racional interesada, pero no es *necesaria* desde el punto de vista objetivo <sup>19</sup>.

Sin embargo, Kant, en otro frente (el teórico) de la misma guerra, escapa al decisionismo hobbesiano, demostrando que la capacidad legisladora de la voluntad, con ser autónoma, permite la construcción de un auténtico «universo público», pues para Kant «el hombre de carne y hueso puede afirmar dimensiones propias, estructuralmente comunes, y destinadas a crear un universo público que no signifique una retirada a la vida privada, sino colaboración transparente» (VILLACAÑAS, 1992, p. 321).

En definitiva, Kant sostiene como teóricamente demostrado (a partir de la experiencia y del hecho de la razón) algo semejante a lo que en nuestro siglo Kohlberg cree empíricamente probado, esto es, que si bien no le está permitido a la razón (moderna) afirmar contenido material universal alguno para los valores o reglas morales, sí es posible detectar una estructura común universal de la razón. Kohlberg, como psicólogo empírico, no se hace cargo del posible

---

16. Cfr. Thomas HOBBS, *Leviathan* (ed. W. Molesworth, *English Works*, vol. 3, Londres, John Bohn, 1966, 2.<sup>a</sup> reimpresión), Cap. XVIII, pp. 159 y ss.

17. Cfr. Thomas HOBBS, *Op. cit.*, Cap. XIV, pp. 116 y ss.

18. Entre hombres perfectamente racionales no lo es, pues comprenderían inmediatamente que la primera ley de la naturaleza requiere un pacto que funde la sociedad civil y su consecuente respeto. Hombres perfectamente racionales habrían hecho ya el periplo de la razón que Hobbes explica paso a paso en el *Leviathan*, como un acuerdo. Sin embargo, hay que hacer notar que, aun entre seres perfectamente racionales, la guerra de todos contra todos (que no se produciría de hecho, si vale hablar así) sería todavía un presupuesto lógico de la sociedad, que mantendría, por tanto, su fundamento decisionista último.

19. Esta afirmación requeriría matizaciones que nos llevarían lejos de nuestro argumento principal. Acéptese esta visión un tanto tosca de Hobbes en aras de la brevedad y de la mejor comprensión polémica de la parte de la filosofía kantiana que aquí nos interesa.

origen de tal estructura, pero Kant sí, afirmando que es el producto necesario de la espontaneidad del sujeto cognoscente. Y esa universalidad, vista desde el lado de la espontaneidad, es una ley incondicionada de la libertad cuya vertiente práctica se traduce en un mandato moral (precisamente por incondicionado) para la voluntad. Un mandato universal por su forma, pero vacío de contenido. Ésta será la figura canónica del universalismo moral moderno.

### III

La ley incondicionada de la razón (el imperativo categórico) es universal porque procede de la autonomía de un sujeto trascendental, esto es, pensado no como individuo, sino como condición de posibilidad de cualquier experiencia en general. Como sujeto trascendental, el sujeto kantiano constituye tanto la naturaleza *formaliter spectata* como el reino moral, y en esa actividad se revela como legislador que, por un lado, obedece un imperativo anterior a cualquier imperativo moral: el imperativo de la racionalidad (que ordena, en última instancia, formar una comunidad universal de conocimiento y una cosmópolis moral); y, por otro, en la medida en que *debe* cumplir ese mandato de universalidad que procede de la propia razón, se descubre obligado por una estructura del mundo y de la libertad absolutamente inexplicable de modo decisionista. En resumen, el sujeto, que «visto desde dentro» es *verdaderamente* autónomo, está, «visto desde fuera», inevitablemente produciendo una estructura que de algún modo ya estaba prefigurada en el mundo. Diríamos que la naturaleza *materialiter spectata* «sugiere» al sujeto las leyes que, en forma de conceptos, éste ha de darle; y del mismo modo, la libertad «sugiere» (o, mejor, inevitablemente comporta) la ley moral<sup>20</sup>. Con esto, el sujeto cognoscente y volente está seguro de que podría ser legislador universal, pues descubre en sí mismo (en la razón tomada en general) un principio de universalidad. El sujeto puede, desde su soledad moderna, no sólo recuperar el sentido perdido, sino alcanzar un nuevo sentido, en el marco de una comunidad universal. Asegurado tras la crítica de la razón, el sujeto se siente capaz de deducir principios éticos o políticos de validez universal, procedentes de un único imperativo categórico (propriadamente moral) formal.

El universalismo de ciertos valores deviene en la modernidad políticamente necesario por la siguiente razón: en el paradigma tradi-

---

20. Apelamos a la benevolencia del lector para que disculpe la tosquedad, casi alevosía, en esta manera de referirnos a Kant. Sirva como atenuante una nueva remisión al libro de MARTÍNEZ MARZOA *Desconocida raíz común* (Madrid, Visor, 1987), en cuyo capítulo tercero (en especial pp. 33 y ss.) se tematiza magistralmente aquello que nosotros apenas entrevemos: que existe una raíz común de esos dos troncos que son lo concreto (la sensación) y lo universal (el concepto); una raíz de la que ambos proceden lógicamente, pero de la que no es posible hablar con sentido, según demuestra la crítica.

cional, la legalidad (jurídica y política) extraía su legitimidad directamente del contenido de las normas tradicionales sancionadas por referencia a lo sagrado, a la autoridad o a la propia tradición. El criterio de moralidad o de justicia era material; justa era la ley que *contenía* o transmitía la voluntad de Dios (expresada en la naturaleza o revelada). La crisis de este paradigma alumbra, como hemos visto, un nuevo criterio de justicia: la universalidad. No es que los valores tradicionales no se contemplasen como universales, pero eran vistos así precisamente en virtud de su contenido y sólo en la medida en que provenían de la voluntad del único auténtico legislador universal. La modernidad excluye, desde el punto de vista teórico, la legitimidad de estos criterios; por tanto, la universalizabilidad queda, desnuda, como el único criterio de justicia o moralidad de una regla. Por eso es necesario en la modernidad asegurar la universalidad de ciertos valores jurídicos, porque ésta constituirá la única vía de legitimidad moral en un contexto social ilustrado.

Universalidad y formalismo son, por tanto, la tabla de salvación que el sujeto trascendental ha ofrecido al conocimiento y a la moral, y a ella se aferran también política y derecho cuando un déficit en la normatividad decisionista hobbesiana exige una justificación moral última. Parecería entonces que la filosofía kantiana ha servido para evidenciar, mediante la crítica, la necesidad del universalismo (moral, pero también jurídico) y para aportar, mediante el formalismo, la vía por la que éste puede ser alcanzado sin recaer en el paradigma tradicional.

Este paradigma kantiano, apropiado tal vez para justificar los valores jurídicos esenciales de la sociedad liberal occidental y, por otro lado, poseedor de un atractivo teórico que ha arrastrado a ius-filósofos hasta nuestros días, había de mostrarse, sin embargo, inadecuado para solventar las necesidades de legitimación de los sistemas jurídicos de nuestro siglo. En éstos, la universalizabilidad sigue siendo un criterio de validez moral de las reglas jurídicas, la universalidad de los valores fundamentales sigue siendo una afirmación constante, pero el formalismo kantiano ya no logra dar razón de ellas.

La filosofía moral de Kant se mostró desde su comienzo como un gran proyecto filosófico, pero un dudoso proyecto ético. El atractivo teórico del formalismo no se correspondió nunca con su capacidad motivadora de la acción. Se puede decir que el imperativo categórico convence a nuestro intelecto, pero no logra arrastrar a nuestra voluntad. Los principios ético-políticos han seguido extrayendo su contenido y su vigencia en el mundo-de-la-vida de las raíces tradicionales, aunque se aceptara teóricamente su fundamento kantiano. Esto es lo que podríamos llamar «la dificultad de aplicación» de la filosofía moral kantiana <sup>21</sup>. Sin embargo, la clave de la incapa-

---

21. No abundaremos en este problema de la filosofía práctica kantiana. Recor-

cidad del formalismo kantiano ante las demandas crecientes de legitimación de las complejas sociedades actuales no proviene tanto de esta dificultad como del origen y el fundamento teórico de la filosofía trascendental misma.

La filosofía trascendental parte de la concepción de un sujeto portador de «la razón en general»<sup>22</sup>, del que extrae su normatividad. (Digamos, de paso, que esta hipóstasis de la razón permitió que una versión ius-filosófica del kantismo, enfrentada al hecho de la independencia entre derecho y moral, adoptase la forma de un positivismo formalista como el de Kelsen<sup>23</sup>). Sin embargo, la interpretación y el análisis revelaron que tal hipóstasis del sujeto era ilegítima. El sujeto puede ser difícilmente trascendental si está ya siempre situado: en su cultura, en su clase, en sus intereses, en su sexo. Es prueba de ello que la moral siempre tiene su origen histórico (aunque no lógico) en la eticidad concreta, al igual que el derecho positivo moderno (formal) tiene su origen histórico en (y extrae su fundamento de) tradiciones morales como la del contrato social<sup>24</sup>. Lo que ponen de manifiesto estas y otras críticas al formalismo subjetivista kantiano no es que el método trascendental estuviera equivocado, pues la reflexión trascendental es la única vía para alcanzar algún consenso en un mundo esencialmente plural. Lo que ponen de manifiesto es que el punto de partida de esa reflexión no puede ser más el sujeto, desde el momento en que una cosa tal como «El Sujeto» no existe. Así podemos traducir, al menos en parte, la tesis principal de Apel en *La transformación de la filosofía*.

En efecto, Apel percibió claramente que la potencia y virtualidades de la reflexión trascendental no podían perderse por el simple hecho de que el «subjetivismo metodológico» hubiera privado de su «legitimidad filosófica» al proyecto kantiano. Se requería una transformación de la filosofía trascendental que lograra superar ese subjetivismo. El nuevo trascendentalismo debía partir de la asunción del *hecho* de la intersubjetividad. Lo que la reflexión trascendental debe perseguir ahora no es tanto una estructura del mundo, sino la pre-estructura que hace posible la intersubjetividad en la cual (únicamente) cabe buscar aquella estructura universal. Como afirma Apel, «se trata de la «pre-estructura» hermenéutica de una filosofía trascendental, que no parte —como el idealismo trascendental kantiano— de

---

demos que fue tematizado canónicamente por Hegel, al establecer la diferencia entre *Moralität* (moralidad) y *Sittlichkeit* (eticidad). Puede verse, a este respecto, G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a M., Suhrkamp, 1970 (vol. 7 de la edición de la obras completas de Hegel), en especial los párrafos 108 y 109 (pp. 206 y ss.), sobre la relación de la eticidad con la ley formal de la voluntad y el conocido párrafo 141 (p. 286) sobre el tránsito de la moralidad a la eticidad.

22. Permanece, por tanto, anclada en lo que Apel denomina «subjetivismo metodológico», característico de la filosofía moderna.

23. Cfr. HABERMAS, 1988, p. 23.

24. Cfr. HABERMAS, 1988, p. 29.

la hipóstasis de un «sujeto» o «conciencia en general» como garante metafísico de la validez intersubjetiva del conocimiento, sino que parte del siguiente supuesto: dado que «uno solo y una sola vez» no puede seguir una regla, estamos condenados *a priori* al acuerdo intersubjetivo» (APEL, 1985, p. 55).

La pragmática universal, que «tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible» (HABERMAS, 1989, p. 299), mostrará, primero, que tal acuerdo sólo puede ser pensado si se presupone la aceptación mutua de las pretensiones de validez de cada uno de los miembros de la comunidad de diálogo, y, segundo, que tales pretensiones de validez suponen ya siempre la aceptación de una norma moral fundamental<sup>25</sup>, aquella que otorga a todos los participantes los mismos derechos e igual respeto<sup>26</sup>. De otro modo sería contradictorio hablar de racionalidad dialógica, y no se rendiría fidelidad al punto clave de la transformación de la filosofía, que no es otro que la sustitución de la racionalidad monológica moderna por una racionalidad dialógica. Por otro lado, la aceptación de la norma moral fundamental en el marco de una comunidad de diálogo representa ya un indicio de universalidad si, como afirma Apel, «la filosofía trascendental transformada hermenéuticamente parte del *a priori* de una *comunidad real de comunicación* que para nosotros es prácticamente idéntica al *género humano* o a la sociedad» (APEL, 1985, p. 56). De este modo el fundamento dialógico de la ética particular puede generalizarse, convirtiendo la pragmática universal en sentido habermasiano en una vía para la fundamentación moral, ya que la aceptación de la mencionada «norma moral fundamental» es un perfecto apriórico, una regla que la intersubjetividad coimplica del mismo modo que la libertad de la voluntad coimplicaba en Kant el imperativo categórico.

Las condiciones trascendentales de la comunicación dan lugar a una ética paralela a la kantiana, pero muy alejada de aquélla. En primer lugar, la ética comunicativa pretende más legítimamente ser universal, ya que no nace en un «sujeto trascendental», sino en una «intersubjetividad trascendental» (si se acepta el término) que asume la pluralidad de los participantes en el diálogo<sup>27</sup>. En segundo lugar,

25. Cfr., por ejemplo, HABERMAS, 1989, p. 309. y APEL, 1985 (vol. II), p. 376.

26. Cfr. APEL, 1985 (vol. II), p. 380, donde escribe con toda claridad que «en la comunidad de argumentación se presupone que todos los miembros se reconocen recíprocamente como interlocutores con los mismos derechos».

27. Lo que no obsta para que cada individuo pueda reconocer los imperativos morales por sí mismo. En este sentido puede ser aclaratorio el siguiente texto de Apel: «Si cada uno por su cuenta tiene que poder percatarse con evidencia de la necesidad de un acuerdo en la comunidad real de comunicación —y la filosofía no puede renunciar a esta exigencia—, entonces debemos presuponer claramente que, en cierto modo, cada uno debe poder anticipar en la autocomprensión que realiza mediante el pensamiento el punto de vista de una *comunidad ideal de comunicación*, que todavía tiene que construirse en la comunidad real: en cierto modo, cada adulto, cada hombre



la ética comunicativa reconoce, con la kantiana, la imposibilidad de defender un universalismo material de los valores, pero, frente al formalismo de la razón trascendental, presenta el procedimentalismo como criterio de validez universal. El procedimentalismo significa que la «prueba de validez racional» de una norma o principio moral no será la forma de una regla, sino el hecho de que pudiera haber sido aceptada en el seno de una comunidad ideal de diálogo mediante un procedimiento imparcial de argumentación y decisión. Por lo demás, el universalismo de esta «prueba» puede explicarse alternativamente recordando que parte de presupuestos que *no pueden dejar de ser aceptados*, sea cual sea el punto de vista (o los intereses) de cada individuo. Si somos esencialmente intersubjetividad, esto es, comunicación, estamos ya aceptando ciertos presupuestos morales desde el mismo momento en que existimos como adultos (o, por continuar con las pragmatistas palabras de Habermas, desde que adquirimos competencia comunicativa). Tales presupuestos son aceptados incluso por quien disiente o se niega a participar en el diálogo, pues su negativa supone también una pretensión de ser entendido (inteligibilidad), de ser tomado en serio (sinceridad), etc., es decir, su negativa no puede ser nunca tan radical como para no asumir las pretensiones de validez que fundamentan el diálogo.

Las pretensiones de validez en la argumentación, entendidas como el principio constitucional de una comunidad ideal de diálogo, han sido consideradas por los defensores de la ética comunicativa el punto de apoyo desde el que mover el mundo moral, un auténtico fundamento de la ética<sup>28</sup>. Un fundamento que, aunque de origen inmanente, pues está supuesto en cada argumentación real, tiene un carácter trascendental y no-material, con lo que escapa a las conocidas críticas contra las fundamentaciones metafísicas «fuertes». Se constituye así un modelo de ética y de racionalidad práctica al que podremos pedir una nueva solución a la insatisfecha demanda de universalidad moral y política de la modernidad<sup>29</sup>.

---

que a través del proceso de socialización ha adquirido «competencia comunicativa» junto con el aprendizaje del lenguaje, debe *poder estar ya en la verdad* y asegurar también este hecho mediante la reflexión trascendental» (APEL, 1985, p. 57).

28. Así de gráficamente lo expresa Apel: «Mediante la reflexión trascendental sobre las condiciones de posibilidad y validez de la comprensión hemos alcanzado, a mi juicio, algo así como un punto cartesiano de fundamentación última filosófica» (APEL, 1985, pp. 55-58).

29. No es este lugar para un desarrollo mayor del sentido e implicaciones de la llamada ética comunicativa o discursiva, y somos conscientes de que nuestras alusiones serán opacas para quienes no tengan algún conocimiento de este modelo ético. Nos permitimos, por ello, recordar que se puede hallar una muy buena introducción a la ética comunicativa y la racionalidad dialógica en el artículo de A. CORTINA, «Ética comunicativa», en V. CAMPS *et al.* (eds.) *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 177-200.

## IV

La ética discursiva representa el modelo más conocido, si bien no el único, de *ética procedimental*. El procedimentalismo en ética significa dar prioridad a la reflexión sobre el procedimiento mediante el cual puede determinarse racionalmente la corrección moral (esto es, intersubjetiva) de normas y principios, frente al estudio del contenido material de los valores o al análisis del lenguaje moral. Como modelo ético, el procedimentalismo se opone tanto a las éticas materiales tradicionales y la axiología como al formalismo. El procedimentalismo parte, en general, de concepciones débiles de la moralidad y de la racionalidad; de este modo se asegura la máxima plausibilidad, ya que, cuanto más débiles (menos comprometidas ontológicamente) son las premisas de una filosofía moral, más resistentes a la crítica se hacen, al permitir un amplio asentimiento. Estas concepciones son las siguientes<sup>30</sup>: la moral se concibe simplemente como el conjunto de normas no coactivas que permiten la cooperación social. Esta concepción implica la eliminación de prejuicios sobre la moralidad. Se considera moral o justa cualquier norma no jurídica capaz de superar el auto-interés del agente y conducirlo no coactivamente a realizar una acción cooperativa (solidaria o altruista). Por otro lado, implica que en ausencia de intersubjetividad, la moralidad no existe; la moral es un hecho social, explicable en términos puramente utilitarios: cumple un papel útil a la sociedad como conjunto y a cada uno de su miembros. Este concepto «débil» de moralidad no excluye la existencia de sentimientos e intenciones morales en sentido fuerte, pero no los necesita. Por lo que se refiere al concepto de racionalidad, el procedimentalismo abandona cualquier intento de definición sustantiva o teleológica de la misma. La racionalidad se ve simplemente como el mecanismo a través del cual puede alcanzarse el consenso o la cooperación social. En este sentido, aparece no como «razón universal», sino como racionalidad de las partes, es decir, como racionalidad estratégica o comunicativa<sup>31</sup> de cada individuo. Como sucedía en el caso de la moralidad, este concepto débil de racionalidad no excluye la existencia de una razón práctica teleológica, pero tal hipótesis resulta innecesaria.

---

30. Debe notarse que hablamos muy en general; las concepciones a que hacemos referencia no pueden adscribirse a ningún tipo concreto de procedimentalismo, si bien creemos que, con ligeras matizaciones, serían adecuadas a todos ellos.

31. Ésta sea quizá la mayor diferencia aparente entre el procedimentalismo habermasiano y el representado por Rawls. Para éste la racionalidad equivale a la maximización directa de la utilidad de cada actor. Mientras, Habermas y Apel parecen incorporar en la racionalidad un paso más: puesto que la maximización requiere el consenso y éste no puede estar basado en un diálogo puramente estratégico, la racionalidad ha de incorporar cierto contenido teleológico cifrado básicamente en el propósito sincero de llegar a un acuerdo.

El procedimentalismo, debido a la plausibilidad intuitiva de sus premisas, permite asumir con toda naturalidad el más amplio pluralismo y, aun así, mantener el «privilegio» universalista de la razón ilustrada. Desde las débiles premisas expuestas es posible, según los procedimentalistas, alcanzar conclusiones de validez práctica universal. Ello se logra mediante la fidelidad máxima al gran hallazgo de la filosofía práctica moderna: el formalismo. El intento de fundar una ética material requiere la introducción de premisas metafísicas fuertes (prohibidas desde Kant por la crítica de la razón y reiteradamente prohibidas por las sucesivas críticas contemporáneas a la metafísica), en ausencia de las cuales el universalismo requerido por la moralidad sólo puede alcanzarse desde el formalismo. Mas ese formalismo provenía, en su versión kantiana, de un supuesto metafísico no criticado: la razón monológica. La crítica de este supuesto, llevada a cabo desde el mismo marco teórico trascendental, nos aboca a una nueva versión del formalismo, el procedimentalismo. Éste hereda, como decía, los «privilegios» del formalismo kantiano, a la vez que evita las causas por las que aquél fue criticado. Parte del hecho de la eticidad concreta, de la necesidad *real* del consenso y la cooperación, pero se eleva hasta proporcionar un criterio universalmente aceptable de validez.

El reconocimiento de la «debilidad de la razón» conduce a renunciar, en principio, a los contenidos éticos y a centrarse en la posibilidad de un *acuerdo* sobre el procedimiento imparcial (aceptable por todos los miembros de una comunidad) mediante el cual decidir en común qué reglas cooperativas han de ser respetadas. Si se piensa en una comunidad ideal, en la que las partes se hallen en un punto de partida «realmente natural», esto es, carente de las coacciones inherentes a las sociedades reales, el procedimiento que se acordaría en tal comunidad podrá tomarse como punto de referencia normativo. Por contraste con él podrán emitirse juicios sobre la validez o corrección moral de las prácticas sociales concretas.

Con ello, se ha conseguido dotar a los sistemas sociales moralmente relevantes (el jurídico es el principal) de un momento incondicionado, en la medida en que el procedimentalismo arranca de una reflexión trascendental que, por su origen dialógico, no puede tacharse de «situada». Lo cual quiere decir que el estándar crítico que proporciona el procedimentalismo asegura la *universalidad* de los valores jurídicos que sanciona. Esto parece ser lo que Habermas concluye en su artículo «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», cuando afirma que «la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes. [...] Sólo las teorías de la moral y la justicia construidas procedimental-

mente prometen un procedimiento *imparcial* para fundamentar y ponderar principios» (HABERMAS, 1988, p. 37).

## V

Para finalizar, debemos reconsiderar cuál es el origen de la discusión acerca del universalismo de los valores jurídicos. El universalismo es un requerimiento jurídico-político en primer lugar, pues los sistemas jurídico-políticos contemporáneos extraen su legitimidad de la aceptación general de ciertos valores comunes o compartidos (consenso constitucional) en un contexto plural; es decir, los valores jurídicos esenciales han de poder ser aceptados por todos, cualesquiera que sean sus creencias particulares. Por otro lado, el universalismo es un requerimiento jurídico-filosófico desde el momento en que, desde el sistema social y cultural, se exige que la justificación del jurídico no sea sólo política o instrumental, sino también moral, es decir, se requiere que *en* el sistema jurídico mismo exista un «momento incondicionado» (o referencia fundante a una normatividad universal incondicionada). Este momento debería poseer contenido moral y a la vez ser interno al sistema jurídico mismo. Así, el universalismo es una necesidad fáctica y teórica a la que se enfrenta el aparente relativismo de los valores constatado empíricamente y promovido, desde la filosofía moral, por las renovadas apelaciones comunitaristas a la tradición.

La conclusión de nuestro estudio, que parte de la aceptación del procedimentalismo en general como único modelo plausible de fundamentación ético-jurídica<sup>32</sup>, es que, si bien es imposible afirmar *a priori* el contenido de universalidad de los valores jurídicos, cabe la crítica de los valores jurídicos vigentes por referencia a un *procedimiento ideal* de acuerdo o decisión que comporta un punto de vista moral. En la medida en que tal procedimiento es necesariamente universal, pues viene implicado por un concepto mínimo de racionalidad que puede y debe ser asumido por todos<sup>33</sup>, los valores que

---

32. Entre las razones por las que asumimos el procedimentalismo hay una que no hemos explicitado suficientemente. Se trata de una de las ideas principales de David GAUTHIER en *Morals by Agreement*, que hacemos nuestra. Brevemente, la razón es la siguiente: el procedimentalismo asume unos presupuestos tan sencillos que podrían ser aceptados por todos (cualquiera que sea su punto de vista moral particular); si a partir de unas premisas que cuentan con tan amplio asentimiento es posible derivar racionalmente principios morales que, en lo sustancial, coinciden con los asociados al «*moral point of view*». ¿Qué necesidad hay de buscar una fundamentación más problemática? Este argumento no niega que tal fundamento «fuerte» de la moral exista; pero sostiene que, aun en ese caso, sería superfluo a efectos teóricos y pragmáticos, pues la fundamentación procedimental es racionalmente coherente y prácticamente normativa, y por añadidura es filosóficamente más sólida y lógicamente más simple.

33. Puede encontrarse una detallada defensa de esta tesis (sólo aparentemente

superen la crítica serán considerados valores jurídicos de validez universal<sup>34</sup>. En este sentido, el universalismo material ha de ser sustituido por un *universalismo procedimental*; y éste, aunque sólo represente un mínimo necesario de universalidad, alejado del primer iusnaturalismo racional ilustrado, ha de ser afirmado con toda contundencia como el principio de todo derecho legítimo de base racional.

## BIBLIOGRAFÍA

- APEL, K., *La transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985, 2 vols. (trad. Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill).
- CAMPS, V., GUARIGLIA, O. y SALMERÓN, F. (eds.), *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta, 1992.
- CORTINA, A., *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1992 (2.ª ed.).
- GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press., 1988 (2.ª reimpresión).
- HABERMAS, J., «Was heisst Universalpragmatik?», en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986 (2.ª ed.), pp. 353-440. Hay edición española: «¿Qué significa pragmática universal?», en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 299-368 (trad. Manuel Jiménez Redondo).

---

radical) en el Cap. II de GAUTHIER, 1986, titulado «Elección: razón y valor». En lo esencial, aceptamos la visión de Gauthier según la cual existe un concepto suficientemente básico de racionalidad como para gozar de aceptación universal.

34. Coincidimos esencialmente con la tesis de Adela Cortina cuando enfáticamente afirma que «ésta es, a mi juicio, la gran verdad del procedimentalismo: que puede pertrecharnos de los elementos morales necesarios, porque la carencia de contenidos y la opción por el procedimiento alumbran obligatoriedad universal en un contexto pluralista» (CORTINA, 1992, p. 174). Nos permitimos, sin embargo, señalar la diferencia entre su postura y la nuestra: Cortina parte de la necesidad de un «momento moral» en el sistema jurídico y considera que sólo una ética procedimental puede satisfacer esa necesidad en el contexto actual. Nosotros nos hemos centrado, por el contrario, en una demanda muy relacionada con el «momento moral», pero diferente: la demanda de universalidad. Hemos mostrado que la universalidad es una exigencia independiente de la razón moderna, que ha de verse reflejada en *todos* los sistemas que requieren una fundamentación racional (el sistema jurídico es sólo uno de ellos). Y concluimos que el procedimentalismo es la única vía plausible en la actualidad para satisfacer la exigencia de universalidad. En nuestro concepto, el procedimentalismo es la «tabla de salvación» tanto de la ética como del derecho (pues ambos sistemas requieren un fundamento racional). Es decir, mientras Cortina da por sentada una ética que pone al servicio de la legitimación jurídica, nosotros hemos intentado el análisis de uno de los problemas que plantea la racionalidad práctica: un problema común a ética y derecho. No hemos dado por sentada ninguna ética concreta (aunque pueda parecer así por la brevedad de algunas de nuestras explicaciones). Así, aun cuando nuestra reflexión nos lleva a un punto muy cercano a la conclusión de Cortina, tomamos el procedimentalismo de un modo diferente, no como una concepción de la ética, sino como una estrategia de la razón práctica en cumplimiento de su deber esencial: hallar lo universal en lo particular para dotar de sentido y fin al mundo moral.

- HABERMAS, J., «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *DOXA*, 5 (1988), pp. 21-45 (trad. Manuel Jiménez Redondo).
- JIMÉNEZ PERONA, A., *Entre el liberalismo y la socialdemocracia. Popper y la sociedad abierta*, Barcelona, Anthropos, 1993.
- KOHLBERG, L., *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*, San Francisco, Harper & Row, 1981.
- KOHLBERG, L., LEVINE, C. y HEWER, A., *Moral Stages: A Current Formulation and a Response to Critics*, Basilea, Nueva York, Karger, 1983.
- MARTÍNEZ MARZOA, F., *Desconocida raíz común. Estudio sobre la teoría kantiana de lo bello*. Madrid, Visor, 1987 (*La balsa de la medusa*, núm. 5).
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978 (trad. María Dolores González).
- RUBIO CARRACEDO, J., «La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)», en CAMPS, V. (ed.), *Historia de la ética 3. La ética contemporánea*, Barcelona, Crítica, 1989, pp. 481-532.
- RUBIO CARRACEDO, J., *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*, Barcelona, Anthropos, 1990.
- VILLACAÑAS, J. L., «Kant», en CAMPS, V. (ed.), *Historia de la ética 2. La ética moderna*, Barcelona, Crítica, 1992, pp. 315-404.

## Los límites éticos de la democracia

Por ESPERANZA GUISÁN

Santiago de Compostela

Se ha convertido en una verdad indiscutible, hoy en día, el aserto que mantiene que, una vez analizados los pros y los contras, la democracia constituye la mejor forma de gobierno, desde un punto de vista no sólo prudencial, sino moral o ético.

Sin embargo, aunque sólo sea con fines argumentativos, conviene reiniciar el debate en torno a la deseabilidad y/o indeseabilidad de la democracia, y sus posibles límites o limitaciones, desde una perspectiva ética.

Mi punto de vista, que espero no sea excesivamente concluyente pero sí lo suficientemente radical (en el sentido etimológico de ir a las raíces del asunto), se resume en la proclamación de unos determinados límites éticos con respecto a las democracias tal como vienen funcionando en nuestro entorno occidental.

Por supuesto que todo lo que aquí se argumenta no quiere suponer un paso atrás respecto a las formas actualmente aceptadas de gobierno, sino un paso adelante, con vistas a profundizar en los propios fundamentos de la democracia, y con el objetivo de soslayar sus limitaciones y asentar su legitimación moral.

### 1. OBSERVACIONES GENERALES

Aunque, a nivel oficial y formal, todos parecen o parecemos rendir culto a la democracia, a poco que se observe con detenimiento se observará que nadie parece creer excesivamente en ella, al menos en su forma pura de gobierno directo del pueblo, para el pueblo, por el pueblo e incluso, si se me apura, en sus formas más atenuadas de democracia semidirecta o gobierno representativo. (Por ejemplo, casi todo el mundo asume que ciertas formas de «despotismo ilustrado» son en casos determinados preferibles a la consulta popular.)

El posicionamiento de Shumpeter, que puede resultar excesivamente rudo, cínico o descarnado, sin embargo constituye un reflejo bastante fiel del modo en que la democracia opera en nuestro entorno. Como se recordará, Shumpeter mantiene que la democracia funciona de acuerdo con un modelo de mercado, en el cual la ganancia en votos contabilizables no va a parar a las manos de los mercaderes más sabios o más honrados, sino a los más hábiles o sagaces. Personalmente considero que esta «tenue» noción de democracia es la que manejan habitualmente tanto los «padres» de la democracia, como el pueblo soberano (al menos en esta parte del mundo que llamamos Europa, e incluso en el más amplio mundo occidental).

Si nos mantenemos fieles al relativismo axiológico imperante (que rechaza cualquier posible fundamentación empírica de la ética como sospechosa en cuanto aparecen en escena valores intersubjetivamente asumibles, o en cierto modo objetivamente o «naturalmente» dados), cada voto vale tanto como otro, cada votante está tan legitimado moralmente como los demás, y los compradores de votos, los que trafican con las voluntades de las mayorías, induciéndolas a desear cosas de una índole u otra, están todos igualmente legitimados desde una perspectiva ética.

Sin embargo, a pesar de las manifestaciones en contra de una mínima fundamentación empírica de la democracia, en base a ciertos valores más o menos objetivos asumibles intersubjetivamente, las actitudes habituales desdichan el acendrado relativismo axiológico que se supone a la base de una democracia basada en las preferencias coyunturales de los votantes.

Desde un punto de vista, se podría afirmar que todo vale por igual, siempre que se dé dentro de un marco de valores socialmente admitidos, o lo que viene a ser lo mismo que todo vale igual, siempre que sea asumido por una sociedad determinada. En los Estados Unidos de América los compradores de votos pueden variar de corbata, o peinarse de acuerdo con diferentes estilos, pero deben ser respetuosos con alguna forma de religión, fieles a su cónyuge, y, de ser posible, rezar con sus hijos menores antes de acostarse. En España, por el contrario, los rezos resultan irrelevantes, a pesar, o tal vez a causa de nuestra secular tradición nacional católica, pero es aconsejable que el mercader de voluntades populares no haga ostentación de su riqueza, para no ofender a la inmensa mayoría de clase media —su principal proveedora de votos— y se rodee de parientes y amigos que lleven una vida relativamente austera (es más rentable electoralmente, por ejemplo, vivir y tener amigos y familiares que vivan en un piso que en una casa o chalé, ser hijo de emigrantes que de banqueros, etc.).

Dejando la ironía aparte, y tomando la democracia tan en serio como Dworkin ha querido tomarse a los derechos, debe quedar claro que incluso de acuerdo con el modelo de democracia de mercado, que es en rigor el que funciona en nuestro tiempo, existen ciertos



límites éticos que deben ser respetados para que exista juego limpio. Con hipocresía digna de mejor causa, por ejemplo, en España la derecha se empecina en que los partidos de centro izquierda exhiban sus cuentas, ya que la honestidad, como tantas otras cosas, estriba para muchos más en la forma que en el fondo. Los que nacen en cuna rica no tienen por qué justificar su riqueza (por ilegítima que su procedencia sea), al tiempo que los partidos que obtienen financiación indirecta del poder económico no tienen que sonrojarse, pero sí caen en desgracia inmediatamente los «descamisados» de origen que utilizan corruptelas para competir con fuerza en un mercado originariamente corrupto y con desigualdad inicial de oportunidades.

La democracia de mercado es especialmente proclive a los valores formales —no engañar (excesivamente) al electorado a la hora de realizar promesas, no derivar ventajas personales de su posición y cargo, etc.—. Por razones estrictamente prudenciales no pueden realizarse ciertas acciones, y es preferible no subir los impuestos, si se ha prometido que así sería, o no reducir la cobertura de la seguridad social, si así se ha asegurado que iba a ocurrir, so pena de que los compradores acudan a un traficante o comprador de votos diferente en las próximas elecciones.

Sin embargo, si la democracia no es más que esta especie de juego de persuasiones y contra-persuasiones, como Stevenson venía más o menos a defender en su obra *Ética y lenguaje*, y como parece que viene a ser defendido por los que proclaman la democracia como último o primer valor, nos encontramos con una serie importante de cuestiones éticas relevantes que exigen algún tipo de respuesta o atención.

Por ejemplo, todos los problemas del relativismo metodológico y no metodológico, por utilizar la fraseología de Brandt, se nos ponen enfrente. Sólo un relativista craso podría sostener, parece evidente, que un Estado es automáticamente un Estado democrático, con tal de que todos los ciudadanos a partir de los dieciocho años (o cualquier otra edad convencional) puedan acudir a las urnas para elegir al Presidente o al partido que haya de gobernarles.

La falta de confianza en la «voluntad popular» y el antirrelativismo inherente a las democracias actuales se evidencia en alguna forma cautelar de protección de valores recogida en las Constituciones en los llamados Estados de Derecho (valores que precisan de una adecuada justificación moral, por más que la inmensa mayoría de los iusfilósofos escamoteen el problema, o reduzcan la legitimidad de los «valores superiores» al consenso y el decurso histórico, como en el caso del muy respetado y querido profesor Gregorio Peces-Barba).

En mi caso particular, cuando denuncié los límites de la democracia, no me refiero únicamente a la necesidad de salvaguardar valores superiores, más o menos consensuados o desarrollados históricamente, sino que quiero dar un pequeño, pero significativo, paso

adelante. Tampoco mis críticas al modelo democrático de mercado se dirigen hacia su sustitución por formas «puras» de democracia directa, sino más bien por formas ilustradas de democracia, donde, como desarrollaré más adelante, el voto sea informado y solidario (ilustrado y ético).

Sería excesivamente ingenuo pretender defender un modelo de democracia directa que sustituya con éxito ético al modelo actual de democracia de mercado. Aparte de las dificultades reales de funcionamiento en las democracias directas (con excepción de comunidades o grupos de tamaño reducido), la propia democracia directa —no ilustrada— lleva en sí el germen de la demagogia y la destrucción de valores importantes, pudiendo resultar, en numerosas ocasiones un grave impedimento para el desarrollo de valores «democráticos» importantes (como la igualdad, el respeto mutuo, etc.). Para abreviar, aunque resulte paradójico, la democracia directa puede fortalecer valores antidemocráticos, e incluso destruir la propia democracia. (La mayoría de los votantes puede decidir una forma de gobierno dictatorial, como históricamente es constatable.) En casos, menos dramáticos, como es el que se refiere a diversos referendos en Suiza, el recurso a la democracia directa ha lesionado gravemente los derechos de las mujeres o de los inmigrantes en ocasiones diversas y bien conocidas, o ha obstaculizado la defensa de los intereses de la economía nacional de Estados extranjeros, al amparar y defender el secreto bancario.

La democracia directa, sin embargo, desde mi punto de vista, no es sólo defendible, sino, sin duda, prácticamente en casi todas las ocasiones, deseable, siempre que determinadas condiciones preliminares sean cumplidas, condiciones que vienen determinadas por una ética que no deriva de la democracia, sino que, al revés, la fundamenta y la justifica.

Por ejemplo, parece ser un requisito ético imprescindible para el funcionamiento de la democracia el que los ciudadanos se encuentren en el denominado por Kohlberg nivel posconvencional, que supone la superación del nivel convencional donde los valores son asumidos gregariamente, consensuadamente, sin acudir a ningún tipo de *metron* que opere de catalizador crítico. Para empezar, y posiblemente para acabar (y este será uno de mis principales alegatos en este breve trabajo), los deseos de las mayorías deben ser crítica, reflexiva e ilustradamente deseados por las mismas.

De modo más sencillo, todo lo que vengo a defender es en cierta medida (y con el distanciamiento que he manifestado en trabajos previos) lo que G. E. Moore defendió en sus célebres *Principia Ethica* de 1903, a saber, que contrariando especialmente a Moritz Schlick, lo *deseado* no puede, en diversos sentidos, significar lo mismo que lo *deseable*, a menos que por deseo entendamos aquello que toma en consideración el deseo *cualificado*, como en la *Teoría Ética* de Brandt.

Lo antedicho no significa, desde luego, como he argumentado en numerosos lugares, que la prueba del principio del utilitarismo de Mill, que va de lo deseado a lo deseable, sea totalmente inadecuada (excepto en la no explicitación de sus premisas). Por el contrario, una comprensión debida de Mill, nos daría la pista para el fundamento ético adecuado de la democracia.

Para empezar, como es mérito innegable de Mill, se hace preciso hacer hincapié en que *los deseos hayan de ser deseados*. Esta aparente verdad de perogrullo constituye sin embargo uno de los más intrincados puntos de debate psicológico, sociológico y filosófico.

No se precisa excesiva sutileza para distinguir entre tipos muy diversos de deseos: fuertes y débiles, espontáneos, fruto de la reflexión y la madurez, originados por las llamadas por Hume pasiones tranquilas (*calm passions*) o deseos compulsivos, impuestos por urgencias o «instintos».

Tampoco se precisa demasiado conocimiento del proceso de socialización para comprender cómo autores tales como Simone de Beauvoir, Berger, Darendorf, etc., han señalado, que nos semejamos bastante a marionetas, para las cuales las instituciones sociales tejen deseos, afectos y desafectos, apetencias y rechazos. No hace falta ser excesivamente freudianos para saber que cuando deseamos son nuestros «padres» los que desean por nosotros (nuestro padre biológico, nuestra iglesia o grupo ideológico de procedencia, nuestra clase social, etc.).

Este parece ser un *factum* irreductible e insoslayable, en buena medida, respecto al cual, sin embargo algunas medidas pueden ser tomadas, a fin de amortiguar sus efectos y conseguir, en la medida de lo posible, que los seres humanos se emancipen de lo consuetudinario y logren su mayoría de edad, desde la cual, con Sócrates y Kohlberg, puedan oír nítidamente la voz de su *daimon* no totalmente manipulado.

Por supuesto que el proceso de socialización implica un cierto determinismo social que destruye nuestros sueños de autodeterminación y emancipación humana. Para empezar, somos lo que somos como resultado de nuestra pertenencia a una determinada tradición (aspecto enfatizado y glorificado por las teorías comunitaristas contemporáneas). Incluso nuestro deseo del deseo de desear nuestros deseos ha sido sin duda socialmente inducido, con lo cual parecemos presa de una red socializadora que impide cualquier elección técnicamente libre. Posiblemente es a causa de nuestra tradición ilustrada por lo que deseamos desear nuestros deseos, y elegir nuestras elecciones. Ese es el límite de la filosofía y de todo nuestro razonamiento. El límite de la filosofía, sin embargo, no significa defecto o fallo de la misma, sino su naturaleza simplemente humana. Comoquiera que la discusión acerca de los valores, su relatividad, los deseos y su deseabilidad, se desarrollan dentro de un marco filosófico (relativamente válido respecto a marcos no filosóficos, por supuesto), algunas

verdades universales e ineludibles se siguen. Como autores como Hare y otros han destacado, uno es «libre» para decidir o pensar cualquier cosa, sólo que al precio de salirse del marco filosófico, donde sólo determinados planteamientos, formas y conclusiones están permitidos.

Retornado al tema crucial de los deseos deseados y no deseados, si lo que sospecho es correcto y la mayoría de las veces *no* deseamos nuestros (aparentemente) propios deseos, se sigue inmediatamente que nuestros deseos no pueden sustentar un modelo de democracia, y que algunas restricciones deben ser severamente impuestas al modelo de democracia de mercado, así como al utilitarismo de la preferencia defendido por Hare, entre otros, que llega a mantener que del hecho de que los miembros de una determinada comunidad sean totalmente felices con las desigualdades imperantes, se sigue que es preferible mantener tales principios, hasta que se opere un cambio en tales actitudes sociales (Hare: *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 159).

Aunque el propio Hare se esfuerza en demostrar que el utilitarismo de la preferencia implica preferencias críticas e ilustres y una actitud «cualificada» como la propuesta por Brandt (*Ethical Theory*, Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N. J., pp. 244-253), tengo la impresión de que en su caso, como el de tantos otros, el temor a un posible dogmatismo derivado del mantenimiento de una «naturaleza o condición humana» le impide aclarar debidamente una posición que realmente precisa de un contrapunto «empírico» a fin de no caer en el subjetivismo o sociologismo más atroz.

Si de hecho he llamado la atención sobre el posicionamiento de Hare es a causa de que su prejuicio kantiano en contra de cualquier aproximación o fundamentación empírica de la ética es compartido de forma sorprendente y llamativa tanto por las teorías neokantianas, como también, aunque parezca haber pasado inadvertido, por las neoutilitaristas aparentemente en liza.

Desde mi punto de vista, esta confabulación «kantiana», que viene de Moore y se consolida en Rawls, Kohlberg o Hare en el mundo anglosajón, y que abarca por igual, como acabo de observar, a neoutilitaristas, neokantianos, e incluso, habría que añadir a intuitivistas, ha oscurecido los aspectos humanos y amables de la ética, relegando las pasiones tranquilas, imprescindibles, al mundo de la pura «emotividad», de modo que, a modo de contrapeso debido, parece que una vuelta a Hume y Mill resulta sobradamente necesitada y justificada a fin de evitar tanto los *peligros* del dogmatismo platónico (donde el Rey-filósofo contempla el bien y obliga de algún modo a la voluntad popular a conformarse de acuerdo con su voluntad), al tiempo que contrarrestar los *temores* al dogmatismo platónico, que conducen muy frecuentemente a la demagogia, haciendo que lo que la gente de hecho desee, como fruto del proceso de socialización, sea no sólo bueno, sino lo *único* bueno.

Lo que sigue, por consiguiente, lejos de ser novedoso, es tan sólo una actualización de importantes supuestos subyacentes a la filosofía de Hume y de Mill, que forman parte, por otro lado, del sustrato fundamentante de las democracias constitucionales.

## 2. EL MODELO NATURALISTA CUALIFICADO V. EL MODELO DE MERCADO

Deseo mantener la propuesta de que debemos contar con algún *mínimo natural en ética*, análogo al mínimo natural en Derecho defendido por Hart, de modo que cualquier resultado derivado de las urnas no resulte *ipso facto* moralmente legitimado. Al igual que en la democracia constitucional, pero por motivos ligeramente diversos, no todas las cuestiones vitales ni todos los problemas humanos pueden ser sometidos a votación popular, ni a ningún tipo de votación, éticamente hablando.

Por ejemplo, una serie de valores fundamentantes deben darse por sentados: algunas formas de libertad, igualdad, y bienestar, la protección de la salud, la provisión de bienes culturales y materiales, el derecho a la vivienda y a la persecución de las metas propias, etc. Valores que, no será malo insistir, no se derivan de la propia aceptación de la democracia, sino que legitiman y fundamentan el propio talante democrático y los valores a él adheridos. Va de suyo que no es a causa de que constituyan valores inherentes a las preferencias actuales explícitas de la gente, sino porque se refieren a las supuestas e implícitas preferencias *reales* (informadas) de la gente por lo que han de ser respetados.

Ahora bien, para poder hablar de las supuestas e implícitas preferencias reales e informadas de la gente tenemos que ir más allá de la Carta Magna y el Derecho Constitucional. Como Scanlon señala, las «preferencias prevalecientes no son una base adecuada para la justificación de los derechos», al menos cuando se enfrentan a la autonomía individual («Rights, Goals and Fairness» en Samuel Scheffler: *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, 1988, p. 78).

Pero tampoco es a causa de los derechos fundamentales por lo que lo deseado no puede ser equivalente a lo deseable, sino más bien al revés. Es a causa de que somos seres humanos que compartimos una condición humana por lo que de hecho tenemos determinadas carencias y necesidades, e incluso deseos profundos pero ocultos —incluso desconocidos por nosotros la mayor parte del tiempo— que, sin embargo, una vez descubiertos por la reflexión, constituyen nuestros más profundos deseos y la fuente de todos nuestros derechos individuales que las constituciones y las teorías de la justicia protegen y garantizan. En este sentido, también Scanlon afirma que «en contra de los defensores de las teorías basadas en los derechos, los propios

derechos precisan justificación de algún tipo, y ¿qué otra que mediante la apelación a los intereses humanos cuyo reconocimiento promueven y protegen?... a no ser que los derechos se consideren definidos por rígidas fórmulas implausibles, parece que debemos recurrir a lo que se asemeja mucho a la consideración de las consecuencias a fin de determinar lo que descartan y lo que permiten» (*op. cit.*, p. 74).

Una de las grandes penetraciones filosóficas de Mill, tan criticada como mal entendida, fue la de comprender que no todos los tipos de deseo y placer valen lo mismo. Por ejemplo, como Mill destacó, no somos cerdos y sólo por ello pensamos que es mejor ser un Sócrates insatisfecho que un cerdo satisfecho.

Cualquier persona mínimamente perspicaz estará de acuerdo en que es preferible ser culto que ignorante, disfrutar de salud que padecer enfermedades, o que, en igualdad de condiciones, es preferible vivir que no vivir, ser igual que desigual o libre mejor que esclavo, como fue destacado por José Ferrater Mora en su obra madura *De la materia a la razón*. Del mismo modo, también resulta palmario que es mejor ser feliz haciendo felices a los demás, como Mill pensaba, que infeliz haciendo felices a los demás (como en Kant) o feliz haciendo a los demás infelices.

Y por «mejor» en este contexto quiero significar tanto mejor en términos prudenciales como mejor en términos éticos. Como cuestión fáctica no es necesario ser excesivamente altruistas para admitir que, en conjunto, se disfruta más haciendo disfrutar a los demás que siendo un ser envidioso y cruel que disfruta con el sufrimiento ajeno. La reflexión más elemental mostrará que, en cuanto seres sociales, con determinados sentimientos de empatía, nos sentimos mejor y disfrutamos más cuando amamos y nos ocupamos de otros que cuando los odiamos y los descuidamos. Por consiguiente, sólo es preciso comprender la condición humana para evitar tanto el dogmatismo, ya sea de tipo religioso o filosófico, como el relativismo ético o el escepticismo.

Ciertamente lo deseable no coincide siempre con lo deseado (Schlick erró burdamente cuando en sus *Fragen der Ethik* redujo lo primero a lo segundo, y por consiguiente la ética a la psicología). Por añadidura, la ecuación deseable = deseado es sólo un *desideratum*, algo que podemos intentar alcanzar más que un logro previsible.

Habrà que reconocer, sin embargo, que el conocimiento y comprensión de la «condición humana» no es una tarea sencilla. Para empezar, tendemos a construir nuestra noción de «naturaleza humana» a partir de nuestras creencias religiosas o morales, en lugar de apelar a hechos brutos, si es que existe hecho bruto alguno.

Rubert de Ventós ha mantenido con ingenio que la «falacia moralista» es una falacia mucho más frecuente en ética que la celebrada «falacia naturalista», denunciada por G. E. Moore. De acuerdo con esta «falacia moralista» nuestro presunto razonamiento crítico es

mucho más complejo de lo que pudiera parecer a primera vista. Normalmente no pasamos del «es» al «debe», sino que operamos en sentido contrario. Habitualmente ponemos como primera premisa de nuestro razonamiento la propia conclusión que deseamos alcanzar. Así pues cuando trabajamos en Filosofía Moral o Política, en Ciencias Sociales, en Teoría Política o Jurídica, construimos una noción de «naturaleza humana» o «condición humana» que se ajuste al tipo de conducta que *a priori*, consciente o inconscientemente consideramos mejor. Es decir, partimos de lo que consideramos que *debe* ser la conducta humana para concluir lo que los seres humanos son o cómo se comportan, como cuestión presuntamente fáctica, de acuerdo siempre con nuestros presupuestos y *desiderata* morales.

Ejemplos de este tipo de razonamiento pueden encontrarse fácilmente, por ejemplo, en el sociobiólogo Wilson en el siglo XX, en el existencialista Sartre o el utilitarista matizado Mill, que construyó su noción de «deseado» a partir del objeto de deseo de las personas cultas e ilustradas.

La «naturaleza humana» y la «condición humana» son en realidad en muchos sentidos constructos morales. Fue un acierto de Austin el captar en *How to do Things with Words* que no existe un lenguaje puramente descriptivo, ni un lenguaje puramente prescriptivo, sino distintas fuerzas (locucionaria, ilocucionaria y perlocucionaria) funcionando a través de distintos lenguajes y en grados diversos. Filósofos y sociólogos de tendencia fenomenológica, como es el caso de Peter Beger, han puesto énfasis en la misma idea relativa a la no existencia de hechos desnudos, así como a la construcción social de la realidad, como es sobradamente conocido.

Tanto los *insights* de Austin como del pensamiento fenomenológico nos ayudan a evitar el relativismo y el escepticismo. No existen hechos puros y tampoco valores puros. No hay lugar para un subjetivismo extremo, como tampoco para un extremo objetivismo, sino que se trata de una suerte de sistema de retroalimentación que nos lleva de los «hechos» a los «valores» y de los «valores» a los «hechos».

Por supuesto que subyaciendo al constructo social se encuentra alguna materia prima, como Ferrater Mora (1912-1991) ha argumentado en su obra más madura *De la materia a la razón* de 1979. Por ejemplo, de hecho tenemos cabeza y sufrimos verdaderos dolores de cabeza, lo cual no es bueno en términos puramente prudenciales. De dichos valores prudenciales, pasamos como Warnock ha insinuado, o James Griffin ha mantenido en su obra de 1986 *Well-Being*, a los valores morales, que no son más que los propios valores prudenciales refinados e ilustrados.

Así ocurrió en la filosofía moral griega, y así ha sido a lo largo de toda la historia de la ética, prácticamente con la única excepción relevante del pietista Kant, que no pudo liberar su *Crítica de la Razón Práctica* del influjo de sus prejuicios religiosos, que le llevaron a

proclamar un hiato entre el es y el debe, el fenómeno y el noúmeno, la antropología y la ética, el deseo y la razón.

Hume, por el contrario —y en contra de la percepción estándar—, sí superó el hiato entre el deseo humano, la empatía humana y la capacidad humana para crear las virtudes artificiales. Es cierto que el pasaje conocido como *Is/Ought passage* puede desorientar, sacado de contexto, a muchos lectores, aunque como MacIntyre ha demostrado hay «puentes» en la filosofía de Hume que van del «es» al «debe», y esos «puentes» son, precisamente, los deseos y los intereses humanos.

La moralidad es para Hume, por tanto, una criatura humana, un constructo humano que no se debe a un capricho o sentimiento arbitrario, sino que es fruto de nuestras más profundas necesidades y nuestros más profundos deseos. Cuando colocamos todos los deseos a la misma distancia todas sus aparentes desemejanzas desaparecen y somos capaces de decidir lo que valen las cosas realmente en sí mismas.

La moralidad, pues, tanto desde un punto de vista humeano como milliano, es a la vez criatura y creación humana, en el sentido en que no es un deseo arbitrario subjetivo cualquiera lo que le hace ser bueno, sino que la bondad se deriva de la configuración del deseo reflexivo dentro de un marco intersubjetivo, que toma en cuenta nuestra condición humana, nuestras capacidades de desarrollo, nuestros anhelos. Por consiguiente, por ejemplo el «derecho a la vida» o la «santidad de la vida» son simples etiquetas con las que nos referimos a disposiciones más o menos permanentes en los seres humanos. Dado que generalmente amamos la vida, ésta presenta un halo de «santidad». Tan pronto como, sin embargo, cesamos de desear vivir, dicho halo desaparece inmediatamente y no existe ninguna posible proclamación del valor de la vida en contra de la voluntad humana.

Nos encontramos así, volviendo al problema nuclear de los límites éticos de la democracia, con que las mayorías no pueden decidir en contra de valores «naturalmente» o «empíricamente» contrastados. Por ejemplo, aunque la mayoría de los votantes se negase a autorizar la ayuda que el tetrapléjico requiere para suprimir su vida, el ayudar al tetrapléjico deseoso de poner fin a su existencia constituye un deber moral, y por consiguiente debiera de estar protegido por la moral positiva recogida en las leyes positivas, o el Derecho.

Este ejemplo sencillo, y todo el razonamiento precedente, nos lleva a mi última argumentación acerca de la necesidad de poner límites morales a la democracia.

Aunque es realmente difícil diseñar una forma de gobierno que supere a la democracia, ésta no puede ser legitimada con fundamento moral, al menos tal como se nos presenta habitualmente en el modelo de mercado. Para empezar, la democracia no puede seguir siendo un mercado de votos, sino que las personas humanas tienen que implicarse y comprometerse en la cosa pública, de forma que se



perfeccionen al desarrollar sus capacidades de autonomía, y autodefinición y desarrollen su sentido de responsabilidad social, como Mill ha recomendado en su obra *Considerations on Representative Government*. Y también, siguiendo nuevamente a Mill, la democracia exige unos requisitos previos sin cuyo cumplimiento se convierte en una máscara de sí misma. Por ejemplo, las personas deben recibir una educación moral y de todo tipo adecuada, con objeto de alcanzar el nivel posconvencional de Kohlberg y ser capaces de elegir sus elecciones y desear sus deseos, expandiendo sus simpatías limitadas, como Peters aconsejó en su trabajo *Moral Education y Moral Development*, corrigiendo la aportación más «racionalista» de Kohlberg.

Deseo hacer énfasis, sin embargo, en que, una vez más, aunque la democracia directa es la forma más pura de democracia, y, por consiguiente la mejor de ellas, sólo funciona relativamente bien en grupos pequeños, y aún allí, pensemos en un Departamento universitario por ejemplo, no siempre funciona correctamente, desde una perspectiva ética o moral. El egoísmo, la envidia, la estrechez de miras, etc., pueden unir a los muchos en contra de los pocos ilustrados. La búsqueda de ventajas particulares puede conseguir más votos que la búsqueda de algún tipo de bien general. De ello se sigue que a menos que las personas, incluso en grupos pequeños, sean seres ilustrados con capacidad de empatía ampliada, capaces de considerar los bienes públicos como sus propios bienes, no se puede esperar mucho de la democracia, ni siquiera en su forma más pura. Incluso me atrevería a afirmar que cuanto menos informada, ilustrada y menos capacitada para la empatía sea la gente, más dañosa y peligrosa resulta una democracia directa, exigiendo la prudencia que en casos tales nos conformemos con la democracia simplemente indirecta.

Como ya he insinuado, y es un dato constatable, cuando la democracia directa opera en buena medida, como es el caso de Suiza, las personas tienden habitualmente a privilegiar al grupo interno (el *in-group*), con olvido, menosprecio o perjuicio respecto al grupo externo (*out-group*), que bien pudiera constituir el conjunto formado por los restantes seres humanos.

Algunos pensadores anticonsecuencialistas contemporáneos, tal como es el caso de Williams, e incluso pensadores que solían considerarse consecuencialistas, como es el caso de Griffin, parecen considerar que un enfoque utilitarista de las obligaciones respecto a los demás individuos situados fuera de nuestro círculo más próximo, resulta excesivamente exigente, ya que, de acuerdo con sus apreciaciones, tenemos que respetar en primer lugar nuestras obligaciones particulares y nuestros compromisos tanto para con nosotros mismos, como con nuestros allegados, nuestros compatriotas, etc.

Mill, sin embargo, fue extremadamente cauto y sensato a la hora de exigir responsabilidades respecto a terceros, admitiendo que como

individuos particulares tenemos en efecto el derecho a privilegiar con nuestro afecto y cuidado a nuestros amigos, parientes, conocidos, etc. El amor patológico, por decirlo en términos kantianos, funciona perfectamente tanto en ética como en la vida ordinaria (a no ser que seamos pietistas kantianos empeñados en contrariar los afectos espontáneos). No obstante, estos afectos espontáneos deben ser controlados, dirigidos, y sobre todo complementados por un punto de vista imparcial cuando estamos actuando ya no en el nivel puramente privado y doméstico, sino en el nivel político, donde se toman decisiones que afectan gravemente a los intereses de los demás. Cuando esto es así, entonces, nos urge Mill, debemos considerar a todo el mundo por igual, como ha expresado en su obra *El utilitarismo*. Así no sólo cuando actuamos como legisladores o como gobernantes, sino incluso como simples votantes o electores, tenemos obligación de respetar por igual los intereses de los demás, yendo más allá de una democracia prudencial donde cada quien defiende sus solos y personales intereses o los intereses de los «suyos».

Es parte precisamente de nuestra tradición filosófica occidental el que nos consideremos ciudadanos del mundo. Dentro de esta tradición filosófica sólo puede ser defendido un concepto nuevo de democracia que vaya mucho más allá del modelo de mercado de Schumpeter para comprometernos en la defensa de los intereses de todos los seres humanos, e incluso de todos de los seres sintientes, intentando compensar los fallos de la naturaleza, a la que no tenemos, por cierto, ninguna obligación moral de obedecer (como también Mill ha observado).

Como Platón ya explicó, los mecanismos ético-políticos mediante los cuales articulamos debidamente la convivencia humana son artificios que algún «dios» generoso diseñó para contrarrestar los errores iniciales que produjeron una escasa dotación de sentimientos de empatía en la raza humana. O, como en Hume, se trata de virtudes artificiales con las que pretendemos subsanar las deficiencias de una empatía espontáneamente restringida.

A diferencia de lo que sería asumible por una ética dialógica, los supuestos utilitaristas en los que me baso me llevan a proclamar una democracia en la que sean respetados no sólo los participantes en el diálogo racional, sino los «sin voz», los físicamente y psicológicamente mudos, los niños menores, los dementes seniles, los analfabetos, etc.

Los límites morales de los modelos habituales de democracia en este momento histórico se derivan de los límites morales del modelo de mercado en el que los individuos con una fuerte personalidad, como Stevenson indicaba en *Ethics and Language*, son los que mejor persuaden. Sólo el poder de algún tipo proporciona poder político. Los individuos con fuerza (psicológica, económica o de otro tipo) o los países económicamente fuertes son los líderes mundiales, sin duda alguna. *Might es right*, como reza el proverbio anglosajón, es

decir, el poder decide lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto (contrariando las más elementales reglas del juego moral).

Sin embargo, parece también evidente que la moralidad crítica se sitúa más allá de la «lotería natural» o la «lotería social», es decir, más allá de los hechos desnudos (si en alguna parte los hay) y de la «naturaleza». Como la Diké en el *Protágoras* de Platón la moralidad tiene el cometido de deshacer los entuertos producidos por la inhábil y descuidada «naturaleza».

La moralidad crítica, también, exige sustituir el modelo democrático de mercado por un modelo «humanizado» y «moralizado», donde todos los seres *sintientes* cuenten por igual, y sean igualmente respetados.



## Sobre la antinomia universalidad-relativismo

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

«El ideal de universalidad de valores como justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral... parece ser objeto de una crítica relativizadora que rebaja la pretensión ideal a un reflejo de la “ilustración”, o bien lo tilda de “eurocéntrico”, “cristiano”, “burgués”, “machista”, etc.». En estos «términos» de «hoy», o sea de actualidad, ha replanteado el *Anuario de Filosofía del Derecho* —continuando la buena costumbre de proponer el tratamiento de un tema monográfico para cada uno de sus volúmenes— el intemporal, o sea eterno, «debate ideológico» sobre el tema «universalidad y relativismo de los valores jurídicos», y proponiendo la participación de quienes lo deseen en una «discusión» que verse «sobre la validez de este planteamiento». Bien, pues echo mi cuarto a espadas en el asunto y examino primero la pertinencia de la contraposición universalidad-relativismo respecto a los valores jurídicos y a las normas que los declaran: lo que entiendo que es una excepción de inadmisibilidad del debate; y después de resuelta positivamente la admisibilidad, es decir, una vez aceptado el dilema en un sentido cualquiera, procederé a razonar mi posición respecto a lo que significa la presunta antinomia y a lo que se puede hacer para escapar a la inevitable cornada que da siempre el silogismo cornudo.

### 1. UNIVERSALIDAD-RELATIVISMO, ¿ANTONIMIA TEÓRICA?

La antinomia universalidad-relativismo manifiesta en su misma proposición tanta doblez y ambigüedad que la primera reacción que produce su planteamiento es la de negar que exista o, lo que equivale, declararla incoherente. Por tanto, hay que tratar de averiguar el sen-

tido exacto que puede tener el dilema universalidad-relativismo<sup>1</sup> respecto de la expresión doble «valor jurídico» o «valor-derecho» o «valor-norma».

Y permítaseme, antes de proseguir, hacer un paréntesis para aclarar ese paso lógico que acabo de dar, desde el «derecho» o lo «jurídico» hasta la «norma». Ya sé que la experiencia del «derecho» o experiencia «jurídica» es más amplia que la experiencia «normativa», pues la primera comprende a la segunda y, además, al menos otras dos: la experiencia «jurisdiccional» (sentencia) y la experiencia «jurisprudencial» (doctrina). Pero como todos convienen en que el derecho es, al menos, norma o conjunto de normas u ordenamiento normativo positivo, me refiero en adelante a las normas, para razonar desde la posición más económica, suponiendo que en todo lo relativo a la asunción o rechazo de valores, lo que valga para el derecho norma valdrá también, con mayor razón, para el derecho contenido en la sentencia, la doctrina o cualquier otra manifestación empírica. Cierro este paréntesis y prosigo.

El dilema teórico universalidad-relativismo puede ser acusado de cierta incoherencia, no sólo prealablemente, en el sujeto de la predicación que establece, o sea en los valores jurídicos<sup>2</sup>, sino también en su núcleo propio, o sea, en el predicado que construye, es decir, en la aceptación de la antonimia universalidad-relativismo. Ésta es tanto más chocante cuanto que parece cruzar antónimos heterogéneos como universalidad-particularidad o relativo-absoluto. Pero vayamos por partes, hablando primero de los valores jurídicos y luego de la antonimia que parece que les afecta.

### 1.1. ¿Valores jurídicos?

Los valores son, me parece, la primera palabra que suscita dudas inquietantes acerca de lo que se quiere colacionar en la disputación. Destaco dos.

Primera duda. ¿Al hablar de valores jurídicos se los entiende como un género universal, o se los considera uno a uno en sus casos particulares?

Voy a entender que se trata del caso universal, que es el supuesto que permite el tratamiento global; pero dejando abierta la puerta a la aparición de excepciones o habilitaciones para casos concretos. Así que desvanezco provisionalmente esta duda, considerando que sustancialmente no cambia la naturaleza ni la dificultad del problema

---

1. Naturalmente, buscando salvar el dilema: pues no pretendo agraviar a quienes lo proponen achacándoles una manifestación carente de sentido, antes de haber intentado atribuirle por todos los medios un sentido razonable, o varios.

2. Cfr. RECASÉNS SICHES 1978: 404 y ss. y LLAMAS CASCÓN, 1993: 111 y ss. & 157 y ss.

la aceptación de la hipótesis más gravosa, a saber: la que incluye todos los valores jurídicamente tutelables, uno a uno y todos juntos.

Segunda duda. ¿Lo que digamos de los valores jurídicos afecta también a las normas, que les preceden —proporcionando obligatoriedad y sanción coactiva a los valores tutelados— y que les siguen —recibiendo legitimación y justificación del valor o valores tutelados?

Desvanezco provisionalmente esta duda, igual que antes, considerando que sustancialmente no cambia la naturaleza ni la dificultad del problema la aceptación de la hipótesis más gravosa, a saber: la que incluye valores y normas, y también la justificación de las normas por los valores, y también la imposición de los valores por las normas.

Lo que acabamos de decir oculta otra doblez emboscada en la expresión «valores jurídicos» que conviene iluminar. Los «valores» son una cosa y lo «jurídico» o el «derecho» es otra. Y por lo mismo, preguntar por la universalidad o el relativismo de los valores es una cosa; y otra cosa es preguntar por la universalidad o el relativismo del derecho. Obvio, se dirá. Obvio, asiento yo: pero añadido que esa obviedad produce aquí de rebote una molestísima ambigüedad, en cuanto a la relación «valor jurídico» o «valor-derecho» o «valor-norma». Hela aquí, vista por el haz: ¿Es la universalidad del valor recogido en una norma la que convierte en universal a la norma y al ordenamiento que lo recoge o es la universalidad de la norma la que eleva a universal al valor que ella misma impone? Y hela aquí, vista por el envés: ¿Es la relatividad del valor recogido en una norma la que degrada a relativa la norma y al ordenamiento que lo recoge o es la relatividad de la norma la que convierte en relativo al valor que ella misma impone?

De esa duda quiero salir aplicando de nuevo el criterio de la máxima comprensión, que es el que permite salvar el juego y su limpieza en toda su amplitud. Por tanto, creo que el problema de la universalidad o relatividad del valor jurídico debe plantearse a la vez en términos de valor prejuridificado y de norma juridificante. Y, por ende, mi razonamiento subsiguiente procede aceptando ese postulado. No porque quiera cambiar los términos del problema, ampliándolos; sino porque la ambigüedad del planteamiento inicial permite llegar hasta ahí sin desbordar sus linderos.

## 1.2. ¿Universal-relativo?

Pero pasemos ya a examinar las ambigüedades escondidas en la propia antonimia. La primera cosa que desazona ahora es la vaga pero punzante sensación de que el planteamiento dado parece implicar que el *ideal* o la *tesis* sea la universalidad de los valores y los principios jurídicos —y que, por tanto, el relativismo quede conver-

tido así de entrada en el *no-ideal* o *antítesis*—. Me inquieta que el planteamiento sugiera que es *mejor* la tesis de la universalidad de los valores y mandatos jurídicos —o que es *peor* la antítesis del relativismo de los valores y mandatos jurídicos— porque eso parece predeterminar justo lo que se quiere debatir. La duda que se ofrece es la de si el debate está ya decidido de antemano, o si está abierto y vale la pena tomar parte en él. Para superar esta duda acudo de nuevo al criterio de que conviene hacer lo necesario para salvar el juego y mantenerlo limpio. Por tanto, descarto cualquier posible interpretación del planteamiento del debate que lo haga inútil de entrada. Si se trata precisamente de debatir «la validez de ese planteamiento», va de suyo que —cualquiera que sea la opinión de quienes plantean el debate— los que participan en él permanecen libres: para defender la *tesis* de que los valores y las normas que los tutelan tienen una validez universal; o para mantener la *antítesis* de que los valores y las normas que los tutelan sólo tienen una validez relativa; o para establecer otra respuesta distinta, p. e., una *síntesis* de ambas cosas... si ello es posible. Y atención, porque esta última posibilidad abre un nuevo foco de inquietud en el razonamiento.

El desasosiego nace ahora de otra doblez que se percibe en el planteamiento que estoy analizando. Esta vez deriva de que, en sus propios términos, la propuesta discusión se puede interpretar: en el sentido de que se pide a los intervinientes que *razonen una opción* a favor de la tesis o de la antítesis establecidas; y también en el sentido de que *razonen la pertinencia de la propia opción*. Si es que no son dos cuestiones distintas, se trata al menos de dos distintos tiempos de la misma cuestión: ya que una cosa es pronunciarse directamente sobre el dilema universalidad-relativismo de los valores jurídicos, aceptando que realmente exista esa disyuntiva; y otra cosa, diversa y anterior, es cuestionar esa misma suposición, o sea, la naturaleza dilemática de la propuesta. Dado que cabe rechazar el planteamiento dilemático, por considerar heterogéneos sus componentes, sea en la expresión, sea en el significado.

Pues bien, salgo de esta duda empleando el mismo criterio utilizado antes: se debe salvar el juego y su limpieza. Por tanto, presumo que están abiertas al debate ambas cuestiones... y cualesquiera otras que la dinámica argumental pueda suscitar. En consecuencia presumo que los jugadores tenemos libertad para optar por uno de los cuernos del dilema o para rechazar el dilema y proponer otra respuesta a la *pregunta de fondo*, que lo que trata de establecer es el *cómo, cuándo y por qué de los cambios y de las persistencias que la experiencia jurídica muestra en la realidad histórica y presente que se producen de hecho en el enunciado teórico de los valores jurídicos, así como en la traducción del mismo a mandatos o normas o principios prácticos*.

Pero todo lo anterior es prealable y conviene tocar ya fondo. ¿Aceptamos la antonimia universalidad-relativismo a pesar de su rareza? Porque se trata, en efecto, de un dilema raro y problemático,



en sí mismo considerado. La antinomia universalidad-relativismo es problemática, ante todo, porque sus dos términos dicotómicos se combinan con otros terceros próximos, y no tan próximos, más frecuentemente que entre sí, y eso en el lenguaje usual y en el técnico. Así, en el lenguaje usual se observa que «universal» toma frecuentemente como antónimos a «parcial», «limitado» o «nacional»<sup>3</sup>; y que «relativo» atrae con facilidad como antónimos a «independiente», «aislado»<sup>4</sup>, «distinto» y «contrario»<sup>5</sup>. Análogamente, en el lenguaje técnico se constata la existencia de dicotomías jurídicas distintas, tanto para el término «universal», como, p. e., en «fideicomisos universales» *versus* «fideicomisos sobre cosas singulares»<sup>6</sup>, cuanto para el término «relativo», como p. e. en «relatividad del contrato» *versus* «oponibilidad del contrato»<sup>7</sup>.

Pero el perturbador fenómeno ocurre especialmente en otros dos casos que son los que forman las antinomias «universalidad-particularidad» y «relativo-absoluto». Estas dos dicotomías combinan uno de nuestros dos términos en bifurcaciones distintas a la aquí establecida y además con la circunstancia agravante de la superior frecuencia de uso, tanto en el lenguaje vulgar como en el técnico jurídico. En este último campo basta recordar, para advertirlo, especímenes de la dicotomía «universal-particular» como «sociedad universal» *versus* «sociedad particular»<sup>8</sup> o «razones particulares» *versus* «reglas universales»<sup>9</sup>... etc. Y también éstos otros de la dicotomía «relativo-absoluto»: «nulidad relativa, o reparable o curable» *versus* «nulidad absoluta o irreparable o incurable»<sup>10</sup>; «derechos subjetivos relativos» *versus* «derechos subjetivos absolutos»<sup>11</sup>; «nulidad relativa» *versus* «nulidad absoluta»<sup>12</sup>; «anulabilidad relativa» *versus* «anulabilidad absoluta»<sup>13</sup>, etc.

La verdad es que el dilema «universalidad-relativismo» o «universal-relativo» no suena del todo bien<sup>14</sup>. Parece que sonaría mejor,

3. VOX, 1985: 359.

4. EVEREST, 1980: 538.

5. VOX, 1985: 313.

6. D'ORS, 1992: pfo. 7.14.

7. RIBO, 1987: 536.

8. LALINDE, 1970: pfo. 999.

9. MACCORMICK, 1987: pfo. 1.

10. CARNELUTTI, 1940: pfo. 164.

11. VERNENGO, 1972: pfo. 6.2.9.

12. VERNENGO, 1972: pfo. 11.4.5.

13. VERNENGO, 1972: pfo. 11.4.5.

14. Un síntoma añadido de la rareza de la antinomia aparece aquí en forma de problema expresivo porque, aunque se podría postular el dilema denominándolo «relativismo-absolutismo» o «relativismo-absolutez», es poco recomendable hacerlo, ya que «absolutismo» significa en derecho público otra cosa que apenas tiene que ver con lo que ahora queremos decir, lo que conduciría a indeseables confusiones; y «absolutez» es un neologismo contranormativo y, para más inri, cacofónico, lo que, lo devalúa sin remedio.

p. e., el dilema «universalidad-particularidad». O bien el dilema «relativo-absoluto». ¿Sustituimos entonces el dilema universalidad-relativismo por uno cualquiera de esos otros dos, ya que suenan más coherentes? Podríamos estipularlo así. Pero ¿se preguntaría y se respondería, entonces, exactamente por lo mismo? Creo que no. Por tanto, mejor es hacerse cargo del problema en sus propios términos, aceptándolo como viene por coherencia pragmática y a despecho de su coherencia estricta; aunque, eso sí, quedando avisados de los baches que en el camino del discurso quedan atrás sin reparar y amenazando de accidente de tráfico argumentativo a posibles transeúntes inadvertidos.

¿Qué hacemos entonces con el dilema que establece la opción teórica *universalidad de los valores y las normas jurídicas* «o bien» *relatividad de los valores y las normas jurídicas*? ¿Lo aceptamos y continuamos reflexionando? ¿O lo rechazamos y acabamos aquí la diatriba? Prefiero concederle el beneficio de la duda y tratar de establecer su exacta dimensión. ¿Es que lo estimo correcto? No, pero sí aceptable. ¿Es que no le afectan las dificultades que acabamos de examinar? Sí le afectan. Sólo que, a mi modo de ver, todos esos hechos no quitan para que también sea posible entender la antinomia «universalidad-relativismo» como un auténtico dilema, dotado de significado propio.

### 1.3. Formulación de la tesis y la antítesis

¿Qué significa la antinomia universalidad-relativismo de los valores jurídicos? Pues la verdad es que, a primera vista, no está clara la bifurcación que sugiere. Aún así me atrevo a establecerla en los términos que expresan una de estas dos hipótesis, que quieren decir aproximadamente lo mismo:

a) *Universalidad de los valores jurídicos (Tesis)*: Los valores jurídicos justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral y semejantes —y las normas que convierten su prosecución en obligatoria bajo apercibimiento de sanción colectiva— son universales y valen para todos los seres humanos de todos los grupos de todos los tiempos.

b) *Relatividad de los valores jurídicos (antítesis)*: Los valores jurídicos justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral y semejantes —y las normas que convierten su prosecución en obligatoria bajo apercibimiento de sanción jurídica— son relativos para los diversos grupos humanos de los diversos tiempos y lugares.

O bien:

a) *Universalidad de los valores jurídicos (tesis)*: Los valores jurídicos fundamentales (justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral o semejantes) y las normas (reglas, leyes o principios) que los imponen son indiferentes al contexto sociocultural (ilustrado, eu-

rocéntrico, cristiano, burgués, machista, etc.) en que se proponen, están absueltos de sumisión a las circunstancias tempo-espaciales y valen universalmente en cualquier contexto.

b) *Relatividad de los valores jurídicos (antítesis)*: Los valores jurídicos fundamentales (justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral o semejantes) y las normas (reglas, leyes o principios) que los imponen son relativos al contexto sociocultural (ilustrado, eurocéntrico, cristiano, burgués, machista, etc.) en que se proponen y sólo valen dentro de él.

Así entendido, no cabe duda de que el dilema universalidad-relativismo tiene contenido propio, pues establece una contraposición neta. Si se afirma que los valores jurídicos o las normas jurídicas valen sólo en relación a un grupo humano en un tiempo y en un lugar, se está negando que valgan por doquier y no se puede decir a la vez que valen para cualquier grupo y en cualquier tiempo o lugar. Y si se defiende lo segundo, no se puede afirmar lo primero. O lo uno, o lo otro. El dilema teórico tiene consistencia, pues, aunque se le puedan poner reparos.

## 2. UNIVERSALIDAD-RELATIVISMO, ¿ANTINOMIA PRÁCTICA?

Los reparos de carácter teórico que se pueden poner al dilema universalidad-relativismo ya los hemos considerado. No es necesario insistir sobre ellos. Pero podemos seguir analizando el dilema con algún fruto a condición de abandonar el plano del lenguaje descriptivo-teórico y pasar al terreno del lenguaje normativo o práctico, para intentar establecer si la opción universalidad-relativismo, además de una *antonimia*, es también una *antinomia*<sup>15</sup>.

Ese salto de la *razón especulativa* a la *razón práctica*, además de necesario, es legítimo porque la praxis jurídica se asienta, además de en conceptos, en principios: y unos y otros tienen una lógica diferente; analógica, pero distinta: *sicut in speculativis, ita in operativis*, como decía Tomás Aquinas...

### 2.1. *Sicut in speculativis, ita in operativis*

Y de eso se sigue algo importante que ha expuesto muy bien Antonio Poch en estos términos:

«No es solamente que todo principio o regla sufra excepciones más o menos numerosas, ya que esto es común a todo sistema de leyes; sino que *lo característico de un sistema preceptual-social será el que a cada principio*

15. Especialmente una antinomia pragmática. Cfr. SAMPAIO, 1988: 187 y ss.

*o regla se opondrá, muy frecuentemente al menos, otro principio o regla aparentemente contradictorio, antinómico; y aparentemente también negador del primero...* Cada principio, cada regla, arrastra a menudo y supone otra, que es a la par, su oposición, su moderación y su complemento. Esta antítesis completiva y moderadora, que mutuamente se supone, se ofrece en apariencia cuasi-dialéctica y es carácter propio del mundo de las reglas y de los preceptos»<sup>16</sup>.

Por eso es perfectamente concebible el que la experiencia jurídica se organice sin contradicción sobre los principios de universalidad y relativismo, porque no sean contradictorios, aunque lo sean sus respectivos conceptos teóricos. Es que lo que acabo de decir no es un postulado, sino un dato empírico. La antigüedad, recurrencia y continuidad de esta discusión teórica prueba que siempre han coexistido los dos principios, independientemente de que uno haya tenido más partidarios que el otro según grupo, lugar y momento. La historia de las instituciones confirma, por añadidura, que han existido organizaciones jurídicas que han funcionado bien durante mucho tiempo y cuya lógica ponía como axioma inicial, ora la tesis de la universalidad, ora la antítesis del relativismo de los valores y las normas jurídicas, conservando siempre al otro como alternativa. Es más, la misma historia enseña que eso ha ocurrido en un régimen de alternancia, o según Vico de *corsi e ricorsi*, el cual se ha experimentado tanto en pequeños círculos políticos, como en grandes ciclos culturales<sup>17</sup>.

Así es que tales son los datos: teóricamente, universalidad y relativismo son contradictorios. Prácticamente, en cambio, son complementarios. Por tanto, mejor es aceptar que el dilema tiene un contenido teórico discretamente fuerte y mantenerlo, pero que en cuanto a la praxis no se da antinomicidad entre los principios correlativos de universalidad y relatividad. Por tanto, conviene analizar los límites de tal relación práctica. Lo cual significa que es imprescindible traducirlo de *dilema o antinomia teórica* en *dilema o antinomia práctica*. Es decir, que hay que convertir las dos *proposiciones descriptivas* que lo constituyen —las cuales ya hemos enunciado, comprobando que, con todos los reparos que se quieran, son teóricamente contradictorias— en dos *proposiciones normativas*, en dos normas generales, en dos *principios*: porque eso permite comprobar en el acto que *no se trata de normas contradictorias*; es decir, que *no dan lugar a una antinomia* propiamente dicha.

16. POCH, 1970: pfo. 5. Subrayado mío.

17. P. e., la *prehistoria* adelantó el principio de universalidad de los valores y normas; la *antigüedad* (helenística), en cambio, aceptó globalmente la antítesis del relativismo; el *medievo* postuló, de nuevo, la tesis de la universalidad; la *modernidad* repuso la antítesis del relativismo; y todo hace suponer que la cultura del *pluralismo* que ahora comienza repondrá el postulado de la tesis universalista para los próximos siglos.

## 2.2. Formulación de los principios

Bien, ¿en qué terminos se pueden formular ambos principios? No es fácil encontrarlos. Aun así lo intento y, tratando de hallar las expresiones menos contrafácticas y más adecuadas en ambos casos, propongo estas dos fórmulas:

a) *Principio de universalidad de los valores jurídicos*: Promueve con casi todos tus actos casi todos los valores que aceptan casi todos los seres humanos de casi todos los tiempos y casi todos los lugares y sólo esos.

b) *Principio de relativismo de los valores jurídicos*: Promueve en cada uno de tus actos los valores que en el momento de actuar aprueban la mayoría de los seres humanos que componen el grupo al que afectará tu actividad.

O bien:

a) *Principio de universalidad de las normas jurídicas*: Obra de acuerdo con la ley que promueva los valores que aceptan casi todos los seres humanos de casi todos los tiempos y casi todos los lugares y sólo con ella.

b) *Principio de relativismo de las normas jurídicas*: Obra preferentemente de acuerdo con la regla que mejor promueva los valores que al tiempo de aplicarla y en el lugar de aplicación aprueben la mayoría de los seres humanos que componen el grupo al que afectará tu actividad.

Vamos a comparar estos principios de universalidad y de relativismo de los valores y las normas jurídicas.

## 2.3. ¿Principios antinómicos?

¿Son contradictorios ambos imperativos? ¿Constituirán una antinomia de estar puestos dentro del mismo sistema? Para poder responder a esa pregunta conviene confrontarlos y establecer la diferencia que hay entre ambos imperativos.

¿La hay? La hay y, aparentemente, grande. Mas, en realidad, es pequeña. Adviértase que en ambos casos se dice una cosa igual y otra diferente. La parte igual es que se observe la regla que promueve unos valores —o directamente los valores mismos— que se determinan por el mismo criterio: el asentimiento a ellos de un grupo al que pertenece el agente. Y la parte diferente estriba en el criterio de identificación del grupo consintiente del valor —o legitimante de la norma que incorpora el valor—. En efecto, para el caso del principio universalista, se pretende que el grupo consintiente sea el simple género humano. Y para el caso del principio relativista se pretende que el grupo consintiente sea solamente la pequeña porción del género humano formada por el grupo inmediato en tiempo, espacio y proximidad al individuo actor o decisor. Como puede verse, la misma

descripción de la diferencia hace resaltar, sin más subrayados, la proximidad que hay entre los dos principios; o sea, lo cerca que están ambos criterios entre sí, sobre todo, cuando en vez de considerarlos desde el reposo del estudio se los contempla desde el fragor de la acción...

La diferencia, pues, parece grande si se subraya el dato teórico, tan deshumanizado y asocial como intemporal y utópico, de que en el primer caso se buscan valores (o mandatos) aceptados por casi todos los seres humanos en casi todos los lugares del planeta y en casi todos los instantes de la historia. Lo cual da la impresión de que se busca —y se consigue— un conjunto de valores (o de principios) pequeño, manejable, invulnerable y reconocido tan sólido, firme y estable como el sol o las estrellas. Mientras que en el segundo caso parece que se buscan valores aceptados por sólo una minoría mayoritaria de los componentes de un grupo acotado en un pequeño territorio y en un corto lapso de tiempo. Y eso da la impresión de que lo que se busca —y se encuentra— es un cajón de sastre enorme e inmanejable lleno de valores —o mandatos— contradictorios, etéreos, inestables, vulnerables e inaceptables, quizá, por la mayoría real que suman los que se oponen más los que no saben o no contestan...

Ahora bien, esas diferencias son irreales y los dos cuadros que acabo de dibujar son falsos de toda falsedad. Ni la meta es ésa, ni el camino para alcanzarla sería practicable.

La pretensión universalista es inviable en sus propios términos, pues es contrafáctica la posibilidad para ningún ser humano de computar la experiencia sobre el tema (ni sobre ningún otro) de casi todos los seres humanos de casi todos los siglos de la historia. Y no digamos si probamos a quitar ese precautorio *casi* que nunca olvidan los grandes juristas en sus definiciones. Y no digamos si en lugar de entender el verbo *computar*, como lo entiendo, en sentido débil, se lo quiere interpretar en sentido fuerte, no digamos. La idea es inverosímil aún con el significado más suave. No tenemos, ni hemos tenido nunca, ni podremos tener en el futuro —mientras seamos humanos limitados y mortales— una idea de lo que ha sido la evaluación global de nuestros antepasados, ni la de nuestros coetáneos, ni la de nuestros sucesores. Carecemos de la necesaria capacidad de verificación y cálculo y aún de la imaginación suficiente para hacer algo así.

¿Entonces? Entonces los jurisprudentes actuamos *como si* fuéramos capaces de hacer eso. Es decir, que extrapolamos a constelación universal lo que sólo es un plexo axiológico personal, particular e intransferible, tejido a golpe de corazónada para cada circunstancia reflexiva o decisoria; destejido apenas pasa la ocasión que lo exigió; y vuelto a tejer en el momento de tomar la decisión siguiente —con los restos de ovillos utilizados en la anterior, guardados en la memoria de la conciencia, para poder volver a calcetar con algunos de ellos otro «sistema» igualmente provisional—. Eso es lo que hacemos

en la actuación nuestra de cada día los operadores jurídicos —olvidándonos de cualquier exigencia de rigor científico racional—. A los operadores jurídicos, en definitiva, el criterio lógico de la universalidad nos parece de perlas como tópico retórico, pero al correspondiente principio práctico sólo le hacemos el caso que se merece en casa caso.

Ahora bien, esa constatación que parece dejar en fuera de juego al principio de universalidad, ¿no deja dueño del campo, quizá, al otro, al principio de relativismo? Pues no, porque la hipótesis del consenso grupal verificado es tan ineficiente como la hipótesis del consenso universal verificado, aunque la diferencia de dimensiones parece que torna verosímilmente posible en lo pequeño lo que es paladinamente imposible en lo grande. Pero no hay tal. Las ya cotidianas encuestas sociológicas y cuantificaciones estadísticas nos han desengañado de toda ilusión al respecto. En realidad, el consenso mayoritario sobre los valores en los diversos grupos apenas se produce durante más allá de un año o un lustro, es fragmentario y adolece de una provisionalidad, inestabilidad y debilidad absolutamente incurables. Y nuestros conocimientos de las evoluciones de dicho consenso no son apenas fiables <sup>18</sup>...

¿Entonces? Entonces lo ya dicho. Que procedemos *como si* conociéramos perfectamente los valores que suscribe y rechaza nuestro grupo social; pero que, en realidad, tal hipótesis es contrafáctica, pues el cambio de los consensos estimativos es permanente, irregular e impredecible... O sea, que hacemos lo mismo que antes: simular que *es* algo que *no es*.

### 3. INDIVIDUACIÓN-RELATIVISMO-UNIVERSALIDAD

¿Eso quiere decir que al justificar nuestras decisiones o normas en valores nunca acatamos ni el principio de universalidad ni el principio de relativismo y que mentimos al alegarlos? Pues no exactamente.

#### 3.1. La superación de la antinomia

Lo que quiere decir es que los utilizamos acoplándolos e integrándolos en una operación más compleja. ¿En qué consiste? Pues consiste en operar con los dos principios a la vez y con otro más, que es como su síntesis y es, por llamarle de algún modo, el *principio de individuación*. He aquí el correspondiente par teórico-conceptual

---

18. El punto de vista contrario puede verse en SÁNCHEZ AGESTA, 1967: pfo. 1.4.2.

del principio y el propio principio práctico, en fórmulas que intento enunciar sobre la marcha:

a) *Concepto (síntesis) de individuación*: Los valores jurídicos fundamentales justicia, igualdad, tolerancia, regla general neutral y semejantes —y las normas que convierten su prosecución en obligatoria bajo apercibimiento de sanción coactiva— valen para los individuos que se los proponen y sólo para ellos.

b) *Principio (síntesis) de individuación*: Promueve en cada uno de tus actos el valor y la norma jurídica que en ese momento apruebe tu conciencia procurando que coincida con lo que tú piensas que aprueba la mayoría de tu grupo y toda la humanidad.

¿Qué nos dice esta invención? Pues nos dice que para juzgar y decidir nos apoyamos en cada caso en valores que *suponemos* inadvertidamente o *fingimos* calculadamente que son los valores dominantes en el grupo en que actuamos y también los valores permanentes de la humanidad entera, pero que, en realidad, sólo *son* nuestros propios valores personales; o sea, los valores dominantes en la insegura y oscilante visión del mundo y de la vida que poseemos en cada momento o en cada ciclo vital de nuestra existencia.

Nuestros valores personales o individuales son, en definitiva, los que usamos para decidir. Sólo ellos nos convencen. Sólo ellos nos satisfacen en el fuero interno. Sólo ellos nos justifican en conciencia. Sólo ellos nos motivan por dentro a la acción o a la decisión. Y cuando cada uno de nosotros hablamos con nosotros mismos, en ese soliloquio de la pura intimidad sólo nos autoinvocamos esos valores personalmente adquiridos por invención o asimilados por educación o por ósmosis... Y el que dice que procede de otra manera o que hace otra cosa, o no se ha percatado de lo que pasa, o habla a la ligera y por poco tiempo, o se hace trampas jugando al solitario, o es un enfermo de esquizofrenia.

Eso es lo que hay, digo, para cuando hacemos soliloquio. Pero no para cuando hacemos diálogo, o sea, para cuando nos comunicamos con otros que nos piden cuentas de nuestros valores, o a quienes se las rendimos porque nos interesa. En esta otra tesitura, tan distinta, hacemos algo más complicado. En efecto, a los demás con quienes entramos en acción en el teatro del mundo calderoniano, a esos, les decimos unas veces que actuamos en nombre de unos valores personales que, por serlo, nos convencen y motivan. Otras veces les decimos que actuamos en nombre de unos valores consensuados por el grupo a que pertenecemos ellos —nuestros interlocutores— y nosotros. Otras veces les decimos que actuamos en favor de valores comunes a todo el género humano de todos los tiempos y lugares. Y otras veces sumamos todos esos criterios o empleamos combinaciones hábiles de los mismos, intercambiadas incluso sobre la marcha, según vemos que nuestro argumento será mejor recibido por aquellos a quienes queremos o necesitamos motivar a actuar en el sentido más favorable a nuestro propio interés.



La exclusión del discurso —o la alternativa inserción en el discurso— de los dos principios prácticos y de los dos criterios teóricos justificativos propuestos —el universalista y el relativista—, así como del tercero en discordia que he añadido yo ahora —el de individuación—, tiene que ver siempre con la estrategia de la propia discusión. O sea, con necesidades tópicas, dialécticas o retóricas. Y no hay más.

### 3.2. La individuación de los valores y las normas

Podríamos decir, por tanto, que los valores —y los principios— jurídicos son *individuales*, antes que relativos a un grupo en un momento y lugar dados, y antes que universales o propios de todos los hombres de todos los tiempos. Pero también podríamos decir que los valores —y los principios— jurídicos son individuales porque son siempre propios de una persona que a veces se ensimisma y a veces se altera en la comunión con uno o varios grupos menores o en la fraternidad universal de todos los humanos. Y también podríamos decir que los valores —y los principios— jurídicos son *relativos*: relativos primero a una persona; y por eso relativos a cada una de las personas miembros de los grupos de que forma parte; y por eso relativos también en algo a todas las personas, socios del grupo universal mayor, o del conjunto de todos los miembros del género humano. Podríamos decir, en fin, que los valores —y los principios— jurídicos son *universales*, porque la persona individual que los actúa siempre hace de universo para ellos porque inevitablemente apunta, orienta, vuelca, vira o gira hacia su propia unidad consciente actual la pluralidad de sus momentos existenciales; y la pluralidad de las experiencias existenciales que conoce de los grupos en que participa; y la pluralidad de las experiencias que recuerda de la peripecia del género humano sobre la tierra...

Y la verdad es que no hace falta decir todo eso, porque a la postre estamos diciendo siempre lo mismo. Porque los valores —y los principios— jurídicos, en realidad, son las tres cosas a la vez: individuales, relativos a un colectivo y universales. Así lo creo, por dos motivos.

El motivo más superficial, aunque efficacísimo en su funcionamiento, que obliga a admitir que los valores jurídicos son individuales, relativos a colectivos y universales, simultáneamente, es el ya aludido, me parece, derivado de que necesitamos saber que nuestros valores son condivididos por los demás. Quiero decir que la conciencia de la unidad del yo nos exige con una imperiosidad ineludible que nos representemos a nosotros mismos los valores y los principios jurídicos como condivididos por los demás y como aceptados por ellos. Por eso nos los representamos a nosotros mismos como universales de todo el género humano, que es lo que más nos sosiega, al autorretratarnos como individuos típicos, en lugar de como bichos

raros, respecto a los otros representantes del género humano. Y por lo mismo nos los representamos a nosotros mismos también, otras veces, como valores y principios comunes sólo a los grupos en que nos insertamos y en los que también están nuestros amigos y nuestros enemigos, nuestros coadyuvantes y nuestros contrincantes. Y, en fin, a veces, nos los representamos como estrictamente personales: porque necesitamos creer que gozamos de alguna autoridad, o sea del poder que da el reconocimiento social de la posesión de un determinado saber. Y eso mismo que hacemos en la representación personal, no tiene más remedio que manifestarse en la comunicación con los otros, reduplicando el efecto imitación.

Y el segundo motivo, más profundo, pero de no menor eficiencia, que obliga a admitir que los valores jurídicos son individuales, relativos a colectivos y universales, simultáneamente, es que nosotros también necesitamos compartir los valores que identifican a nuestros grupos de pertenencia, así como los que nos identifican como seres humanos, o sea, miembros de la humanidad entera. Al fin y al cabo, es cierto que nosotros fabricamos nuestros propios valores: pero no es menos cierto que la materia prima con que trabajamos son los valores que nos proporcionan los demás, los otros: esos otros a los que se ama, incluso a veces porque no nos gustan; esos otros con quienes se está, con razón o sin ella; esos otros que a veces son tan insoportables como lo son los ilustrados, los eurocentristas, los cristianos, los burgueses, los machistas, los intelectuales, los profesores... y demás tribus de nuestra increíble especie, con los que, a pesar de todo, nos identificamos por adhesión, y también por rechazo...

### 3.3. Conclusiones

Como ya apunté más arriba en claves tomistas y vichianas, la justificación última de todo este embrollo está en la diferencia existente entre la razón especulativa y la razón práctica. La *razón especulativa* puede establecer *antonimias* a placer. La que aquí hemos analizado lo es, al menos en sentido débil y, si se quiere, muy débil, según acabamos de ver... La *razón práctica*, en cambio, tiene que trabajar a fondo para establecer una auténtica *antinomia*. La que hemos contemplado hasta aquí, p.e., no lo es. En alguna ocasión puede funcionar como tal. De ordinario, nunca. Pues siempre tendemos a pensar que nuestros valores personales son los de nuestro grupo y los de la mayor y mejor parte del género humano...

Y sobre esa condicionante se apoya, en definitiva, el resultado de esta reflexión que se resume en tres asertos:

1.º Las dos proposiciones descriptivas de la universalidad y el relativismo de los valores jurídicos son razonablemente antitéticas y por ende son unas aceptablemente perfectas antonimias.

2.º En cambio, las dos fórmulas con que he enunciado el principio de universalidad y el principio de relativismo son integrables casi sin excepción, no son contradictorias casi nunca y, en definitiva, son muy poco o casi nada antinómicas.

3.º Y con la descripción de individuación, así como con el principio correspondiente, se repite el juego: la proposición es buena-mente contradictoria con las otras dos; en cambio, el principio es compatible con los otros dos y, en consecuencia, al par que reduce la presunta antinomia que resultó no serlo, demuestra que no lo era.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1941 (1940).
- D'ORS, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- EVEREST, *Diccionario Temático de Sinónimos y Antónimos*, León, Ed. Everest, 1980.
- FARELLI (Ed.), C., *Reason in Law*, Giuffrè, Milano, 1987.
- LALINDE, J., *Iniciación Histórica al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1970.
- LLAMAS CASCIÓN A., *Los Valores Jurídicos como Ordenamiento Material*, Madrid, Universidad Carlos III, 1993.
- MACCORMICK, N., *Universalization and Induction in Law*, en FARELLI, 1987: 91 y ss.
- POCH GUTIÉRREZ DE CABIEDES, A., «Nota para un Esquema Caracteriológico de la Realidad Preceptual», *Homenaje a Zubiri*, Madrid, 1970, t. 2, pp. 505 y ss.
- RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 6.ª ed., 1978.
- RIBO DURÁN, L., *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1987.
- SAMPAIO FERRAZ, T., *Introdução ao Estudo do Direito*, Sao Paulo, Atlas, 1988.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editora Nacional, 1967.
- VERNENGO, R. J., *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Cooperadora, 1972.
- VOX, *Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos*, Barcelona, Ed. Biblograf, 7.ª ed., 1985.



## Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos

Por ANDRÉS OLLERO

Granada

### 1. EXIGENCIAS INELUDIBLES SIN FUNDAMENTO CONOCIDO

La vigencia actual de la apelación a los «derechos humanos» en el ámbito europeo aparece marcada por dos factores contradictorios. Por una parte, desde un punto de vista *político*, se ha consolidado como exigencia ética indiscutible que la legalidad positiva y la actuación de los poderes públicos los respeten del modo más exquisito. Por otra, desde un punto de vista *filosófico*, se regatea toda validez a cualquier línea doctrinal capaz de brindarles un fundamento mínimamente consistente<sup>1</sup>. Se pretende, pues, que la práctica jurídico-política gire en torno a una realidad que la teoría se resiste a tomarse en serio.

En la *reconstrucción jurídico-constitucional* de la *postguerra* arraigó la convicción de que era ineludible un cambio decisivo: de la idea de que no hay otros derechos que los (subjetivos) que resulten del contenido de unas leyes previas había que pasar a subordinar las leyes a las exigencias de unos derechos (fundamentales) anteriores a ellas. Si todo ordenamiento jurídico se venía concibiendo como expresión del «mínimo ético» indispensable para hacer posible en cada caso la convivencia, dejando a la libre iniciativa la aceptación de exigencias más generosas, el respeto a los derechos humanos se

---

1. De ello nos hemos ocupado en nuestros trabajos *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía* y *Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos* incluidos luego en el volumen *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 127-168.

convierte ahora en su núcleo indiscutible. Sin él, una sociedad se encontraría bajo mínimos, al hacerse imposible una convivencia propiamente «humana».

Decenios después esta convicción práctica rebrota, cuando el agotamiento histórico de los regímenes autoritarios de Portugal y España da paso a *transiciones democráticas* insólitamente marcadas por la reconciliación y ajenas a los traumas del conflicto bélico. Aparte de servir de punto de referencia para la reconversión de regímenes autoritarios de la América Latina, se convierten en precedente —siquiera cronológico— de los actuales intentos de reconstrucción de los desmoronados regímenes socialistas del Este.

Esta continuidad de la exigencia práctica de los «derechos humanos» se ha ido viendo, paradójicamente, acompañada por una quejencia hacia un *pensamiento* demasiado *débil* para asumir una objetividad ética capaz de brindarles apoyo. Mientras que en la inmediata postguerra se constataba un «eterno retorno del derecho natural», y un decenio después se intenta —oscilando entre la fenomenología o una mera metafísica inconfesada— mantener dosis más livianas de fundamento ético objetivo, por la vía de la «naturaleza de la cosa», en los 70 teoría y práctica parecen ya resignadas a ir cada una por su lado sin mayor sofoco.

Todo ello ha ido consolidando una curiosa cultura de *doble lenguaje*, que —si no se renuncia a pensar— parece abocar a un ingrato dilema: o el silencio cínico o la esquizofrenia militante. No nos está filosóficamente permitido hablar en serio de los derechos humanos, pero a nadie seduce la posibilidad de vivir sin ellos ni podrá políticamente atreverse siquiera a proponerlo. Negarlos en la práctica resultará tan impresentable como empeñarse teóricamente en precisar su fundamento.

Ni positivismo ni marxismo, que han venido dominando durante estos decenios la teoría del conocimiento, dieron nunca su *nihil obstat* a tan preciados derechos. Por una vez se mostraron acordes, al tacharlos —por bien distintas razones, como es obvio— de falseadores «ideológicos» de la realidad, al servicio de intereses más o menos aceptables. O bien optaron por criticarlos —planteando supuestas «libertades reales» como alternativa obligada de las bien conocidas «libertades formales»— o bien los condenaron a flotar ingravidamente sobre las nubes del benévolo relativismo tolerable por el pensamiento débil.

A la *contradicción entre vacío teórico y aceptación práctica* se añade la de las razones que justifican ese indulto paralelo. No tardarán en aflorar las secuelas. Aunque intentaran camuflar terminológicamente este añadido *doble lenguaje práctico*, los cuerpos jurídicos meta-constitucionales (los Pactos que desarrollan la Declaración Universal propiciada por las Naciones Unidas, por ejemplo) no pudieron disimular la coexistencia de dos almas bien diversas.

Lo mismo ocurrirá en textos constitucionales posteriores. Como si de suaves matices se tratara, habrá quien —suscribiendo un radicalismo garantista, inflexible ante cualquier asomo de opresiva intervención estatal— acabe proponiendo que cualquier restricción de la libertad haya de ser específicamente justificada; no faltará campo de juego para dar paso a la «discriminación inversa» imprescindible para que la igualdad sea algo más que mera coartada; cabrá incluso considerar de obligado cumplimiento la opción por un Estado Social y «Democrático» de Derecho<sup>2</sup> que desbordaría a la socialdemocracia.

Resulta especialmente llamativo que —ante este panorama— se nos anime a seguir la táctica del avestruz, recurriendo a un curioso enroque jurídico: puesto que todos estamos de acuerdo en que no cabe prescindir de los derechos humanos, marginemos ociosos debates sobre su fundamento real —sólo útiles para dividir a tanto bienpensante comprometido a no pensar— y atendamos a las fórmulas jurídicas eficaces para protegerlos en la práctica<sup>3</sup>. ¿Es realmente inocua esta heroica decisión? Sería grave que tras conseguir —con tan costosa abstemia intelectual— plasmar en una fórmula textual el decidido propósito de proteger un derecho humano básico, hubiera que acabar reconociendo resignadamente que su valor práctico dependerá en cada circunstancia de la fuerza utilizable en su respaldo<sup>4</sup>.

---

2. En el ámbito español, la primera postura la defiende A. RUIZ MIGUEL —«Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)» *Revista Centro Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993 (14) pp. 135-165, especialmente pp. 148, 161 y 150—, para el que el artículo 17.1 de la Constitución no tendría el alcance meramente formal de una norma de clausura del ordenamiento, sino el de «un criterio material que afirma que la ley no debe prohibir ciertas actividades que, por formar parte esencial de la libertad personal, deben estar permitidas»; en consecuencia, habría que revisar la «razonabilidad» de cualquier limitación a la libertad y la «necesidad perentoria» de las más graves. La segunda encuentra apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución, de inequívoca factura italiana, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social». La tercera la propone E. DÍAZ, para quien, un año antes de que la expresión «Estado social y democrático de Derecho» se recoja en el artículo 1.1 de la Constitución, el Estado democrático de Derecho «se propone como base la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista» —«El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», incluido luego en *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 149-186, en concreto p. 157.

3. Al respecto, N. BOBBIO, «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo», incluido en la primera edición de *Il Problema della guerra e le vie della Pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 131-157. Hay posterior versión española en «Anuario de Derechos Humanos» 1981 (1) pp. 7-28, especialmente pp. 9-12.

4. «Desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, “todos” permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la “perso-

Por si fuera poco, aunque aceptáramos que fuera el *consenso social* fácticamente en vigor —y no la fuerza pura y dura— lo que nos sirva de punto de apoyo, va emergiendo en nuestros días un problema adicional. ¿Durante cuánto tiempo podremos seguir imaginando ordenamientos jurídicos que remiten a un consenso social homogéneo? Nuestras sociedades europeas comienzan con indisimulada dificultad a estrenar, decenios después, la experiencia norteamericana de convivencia multicultural, multirracial, multirreligiosa... Dejando al margen los poco disimulados intentos de frenar este proceso, ¿acabaremos también en Europa identificando en la práctica el «consenso» indiscutido con las posturas tradicionales de los «WASP»s de turno, destinados quizá a quedar algún día en minoría?

Sumidos en el doble lenguaje —aun sin perder la esperanza en que algún día se levante el vigente anatema contra cualquier propuesta de ética objetiva— sólo nos quedan los mecanismos de control constitucional para intentar que los derechos humanos acaben siendo algo más que comfortable palabrería. Su funcionamiento real no dejará, sin embargo, de aportar —junto a indudables avances prácticos— algunas contradicciones adicionales.

## 2. DIMENSIÓN ÉTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si, en el ámbito filosófico, los derechos humanos sufren las consecuencias del destierro de la ética objetiva —a la que no se deja de acudir, siquiera retórica o ambiguamente, en los textos para poderles conferir alguna identidad—, en el ámbito teórico-jurídico entrarán de modo inevitable en *conflicto con* la rutinaria pervivencia<sup>5</sup> del *normativismo positivista*.

Kelsen, su más riguroso exponente, se niega a conceder a los derechos —cualquiera que sea el calificativo que los acompañe— más consistencia real que la de mero reflejo de la única realidad jurídica: las normas<sup>6</sup>. Las Constituciones harían bien, de concebirse rigurosamente, en prescindir de alusiones a derechos humanos o demás imagería retórica<sup>7</sup>. Una Constitución no es, al fin y al cabo,

---

na” impide una ley de aborto» afirmó, en funciones de portavoz del Grupo Socialista durante el debate del artículo 15 de la Constitución el Profesor G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, ante el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de julio de 1978 —en *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1989 (2.ª edición), t. II, p. 2038.

5. Al respecto nuestro trabajo «La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una “routine” pratica», *Iustitia*, 1991 (4), pp. 333-375.

6. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1967, p. 132.

7. H. KELSEN rechaza toda posible aplicación de normas «suprapositivas», de derecho natural o de «principios no traducidos en normas de derecho positivo», que consistirían en «postulados no jurídicamente obligatorios, que expresan en realidad



sino una norma positiva más; eso sí, la primera. No habríamos salido, por tanto, del viejo encuadre de los derechos en las leyes.

Dentro del concepto kelseniano del derecho como sistema «dinámico»<sup>8</sup>, no cabe imaginar a la Constitución como un depósito de primeras exigencias éticas y valorativas, destinado a encontrar desarrollo y relevancia práctica a través de las leyes. Por más que sea eso precisamente lo que en buena parte sugieran los recientes textos constitucionales, tal género literario sería —para él— más propio de un metajurídico «derecho natural», positivado contra natura, que de una norma jurídica que se precie.

La *Constitución* no parece, pues, sino la primera y suprema Ley. Encarna, sin embargo, una realidad jurídica dudosamente «positiva». Más que proponer el modo concreto de regular relaciones sociales —que será lo propio de las leyes positivas—, contiene una panoplia de fórmulas que permitirán en su momento vetar determinadas leyes. La Constitución es, en realidad, *legislación negativa*; y como tal se configurará su capacidad de control de las leyes en el sistema «concentrado» de diseño kelseniano, que será —introduciendo una nueva fuente de contradicciones...— al que se acabe recurriendo en la Europa continental.

Declarar inconstitucional una ley positiva no iría más allá de sustraer negativamente del ordenamiento jurídico lo que aquélla había puesto; si un Tribunal Constitucional se permitiera realizar por su cuenta alguna aportación positiva estaría suplantando al Parlamento, al invadir competencias propias de los órganos depositarios de la soberanía popular.

Los primeros problemas surgen porque las mismas Constituciones que han asumido el sistema kelseniano de *control concentrado de constitucionalidad* (atribuido a un Tribunal específico, en vez de dejar que lo ejerza —de modo «difuso», a través de sus órganos jerárquicamente escalonados— el Poder Judicial...) no han dudado en incluir generosamente preceptos para la protección de buen número de derechos humanos, reconociéndolos incluso como normas de aplicación directa<sup>9</sup>, sin perjuicio de un posible ulterior desarrollo legislativo.

---

sólo los intereses de algunos grupos». Dado que no es posible darles «un contenido unívoco», sólo sirven para «cubrir la ideología corriente con la que cada ordenamiento jurídico intenta revestirse», todo lo cual aconseja que la Constitución deba «abstenerse de esta fraseología» —«La garanzia costituzionale» en *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 143-206, en concreto pp. 188-190.

8. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (cit. en nota 6), p. 198.

9. Así, por ejemplo, la STC 80/1982, de 20 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código Civil, que establecía diversos modos de reconocimiento de la filiación, según se tratase de «legítima» o «natural», con inevitables efectos sucesorios. Mientras el órgano judicial no había concedido al artículo 14 de la Constitución (no discriminación) más valor que el de «meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin

Con ello se ha procedido a positivar lo que Kelsen se sentiría tentado a considerar como un sistema «estático», más propio de la moral que del derecho. Se ha hecho, sin duda, de modo flexible, porque la Constitución no impondrá unívocamente un determinado desarrollo legislativo —en línea con el sistema «more geometrico» propio del iusnaturalismo racionalista—, sino que admitirá una pluralidad de alternativas legislativas, todas ellas constitucionales. Tampoco, sin embargo, esto nos acerca a Kelsen, cuyo sistema —inseparable de un «no cognitivismo» ético— se apoya en meras conexiones formales y no en *contenidos «materiales» vinculantes*, por muy flexiblemente que se diseñe su práctica operatividad.

Una primera consecuencia será la entrada en juego de las llamadas *sentencias interpretativas*, especialmente frecuentes cuando de la protección de los derechos humanos se trata. Para Kelsen —fiel a su irracionalismo ético, que le lleva a dejar claro que una sentencia no es un juicio, sino una decisión<sup>10</sup>— cada una de las alternativas abiertas por una norma no tendría ni más ni menos validez formal que cualquier otra; una sentencia interpretativa<sup>11</sup>, por el contrario, establece —de acuerdo con un juicio emitido sobre su contenido material— qué alternativa o alternativas cabrá asumir y cuáles no, para que la norma pueda seguir siendo considerada constitucional.

Esta primera dislocación del sistema se agudizará aún más cuando se responsabiliza al Tribunal, aparte del control de constitucionalidad de las leyes, del *amparo* de determinados *derechos fundamentales*. El intento de compaginar la efectividad de tal protección con el respeto a los estrictos márgenes de una rigurosa legislación negativa se ve pronto condenado al fracaso. Para no exponerse a dejar en la práctica desprotegido a un derecho, el Tribunal habrá de acabar adentrándose —quiera o no— en escauceos «positivos»<sup>12</sup>.

---

eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles», equiparándolo incluso a las «Leyes Fundamentales» del régimen franquista, el Tribunal Constitucional establece su «vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación de legislador ordinario)» —F.1; «Boletín de Jurisprudencia Constitucional» (en adelante, *BJC*) 1983 (21) p. 64.

10. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (cit. en nota 6), p. 349.

11. La STC 5/1981, de 13 de febrero (la quinta, por tanto, dictada por el Tribunal a lo largo de su historia), que analizó la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, se refiere a dichas sentencias como las que «declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados», apuntando que es para el Tribunal «un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso» —F. 6; *BJC*, 1981 (1), p. 32.

12. Así se denuncia en los votos particulares a la polémica STC 53/1985, de 11 de abril —*BJC*, 1985 (49), pp. 515-542—, que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de despenalización del aborto en determinados supuestos, tras producirse entre los doce Magistrados del Tribunal Constitucional un empate, resuelto por el voto de calidad de su Presidente. El Magistrado F. TOMÁS VALIENTE recuerda que «la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos

Similar búsqueda de eficacia explica la constante querencia expansiva que la protección constitucional de los derechos lleva consigo. Aunque los recursos de amparo tengan como objetivo exclusivo la reparación de la lesión inflingida a un derecho por un acto emanado de un poder público en una concreta circunstancia, la sentencia que de él se ocupa acaba repercutiendo —de modo directo o indirecto— sobre la norma que sirvió de cobertura al acto.

Cuando el acto anulado era una sentencia judicial, la misma jerarquía de las fuentes del ordenamiento se verá afectada; no sólo porque el Tribunal Constitucional parece erigirse en nueva instancia jurisdiccional —los jueces de la ley se convierten también en jueces de la «cosa juzgada»<sup>13</sup>—, sino que, al exigir que los tribunales respeten la igualdad a la hora de aplicar una misma norma eligiendo entre sus alternativas, el precedente judicial —teóricamente extraño a la cultura jurídica continental— tiende a adquirir capacidad vinculante<sup>14</sup>.

No son, por último, escasos los supuestos en que la efectividad de un derecho acaba reclamando en la práctica amparo respecto a actos de terceros<sup>15</sup> ajenos al ejercicio de cualquier poder público.

A estas alturas, los esquemas aplicativos propios del normativismo positivista resultan ya inviables. Si la misma norma —según cómo se interprete— puede en unos casos considerarse inconstitucional y en otros no, parece claro que el ordenamiento jurídico no puede seguir considerándose como un mero entramado de normas, sino que ha de incluir otros elementos —no menos jurídicos— capaces de justificar tal pluralismo interpretativo. La, presuntamente lógica, *aplicación de normas* da así paso a una *ponderación*, indisolublemente valorativa, de *principios*. En efecto, la protección de los derechos humanos circula menos a través de la aplicación de

---

sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en legislador positivo», para añadir: «El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar como si fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar “la tercera Cámara”, ha caído por esta vez en la tentación» —voto particular, 6.º b) y c); *ibídem*, p. 539. En argumentos similares insisten los Magistrados A. LATORRE SEGURA y M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO —voto particular, 2.º y 3.º; *ibídem*, p. 540— y F. RUBIO LLORENTE —voto particular; *ibídem*, p. 541.

13. La STC 190/1988, de 17 de octubre, tras denegar amparo a un recurrente por presunta lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, señala que atribuir al Tribunal Constitucional el control de la desigualdad entre resoluciones de órganos judiciales diversos daría paso a un recurso de amparo entendido «a modo de casación universal» —F.3; *BJC*, 1988 (91), p. 1277.

14. Al respecto, nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

15. Al respecto, J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.

normas que mediante la laboriosa ponderación de principios; no en vano los mismos derechos tienden a confluir en un juego no rara vez conflictivo o, al menos, necesitado de dosificación mutua.

Por más que se haya recurrido a su diseño de *control concentrado de constitucionalidad*, el *decisionismo formalista* kelseniano ha quedado claramente abandonado, para dar paso a un continuo esfuerzo por establecer, lo más juiciosamente que sea posible, la jerarquía valorativa a reconocer en un caso concreto. La validez de las leyes, así como su interpretación más ajustada<sup>16</sup>, habrá de ser confirmada en contraste con las exigencias de los derechos, en una operación que rezuma implicaciones éticas.

### 3. LA RUPTURA DE LA INMANENCIA LEGALISTA

Paradójicamente, el repliegue hacia los cauces de garantía práctica de los derechos humanos no ha hecho sino agudizar la necesidad de contar con alguna noticia sobre su fundamento. Resulta indisimulable que el *control* de la *constitucionalidad* de un acto o norma exige emitir juicios de valor. ¿Son estos meras manifestaciones arbitrarias de voluntad o cabe reconducirlos a un ámbito de razonabilidad práctica? Los intentos de inmanentismo legal fracasan. Ha quedado fuera de toda duda la opción por el más allá, reflejada en la sumisión de la ley al derecho<sup>17</sup>, y a los derechos en que se ve reflejado... Lo que no queda tan claro es cuál será la ubicación de esa trascendencia jurídica. El honesto Magistrado constitucional se ve emplazado a manejarse con «criterios estrictamente jurídicos», a los que debe acceder a través de unas peculiares normas, que más parecen aludir a genéricos contenidos éticos que precisar específicas regulaciones de hechos concretos.

Para Kelsen, la entrada en juego del Tribunal Constitucional no hacía sino prolongar la cadena de decisiones arbitrarias en que consiste la actividad jurídica, aumentando con ello oportunidades procesales de controlar, invalidándolas, decisiones anteriores. Nos encontrábamos ante un mero aplazamiento del final del proceso de consolidación de la decisión jurídica, que (más «cosa querida» que «cosa juzgada»...) no perdería nunca su inevitable carácter: *arbitrariedad sometida a control arbitrario*.

16. El Tribunal Constitucional no pierde ocasión de resaltar cómo ha reiterado que «en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos»; por ejemplo, en la STC 34/1983, de 6 de mayo, F.3 —BJC, 1983 (26), p. 650—, que equipara, en aras de la presunción de inocencia, sobreseimiento provisional y libre.

17. Al respecto, el interesante estudio de A. Kaufmann sobre el artículo 20.III de la Ley Fundamental alemana —«Gesetz und Recht» en *Rechtsphilosophie in Wandel*, Frankfurt, Athäneum, 1972, pp. 135-171.

Si pretendemos ir más allá del disfraz decorativo de la mera arbitrariedad, no podremos prescindir de algún punto de referencia. Por supuesto, los textos constitucionales entienden que los derechos a los que apelan tienen «contenido»; no faltan incluso, como veremos, los que remiten a un *contenido esencial*. ¿De qué nos hablan cuando a ello se refieren?; ¿nos invitan a conocer una realidad dada?; ¿a ponderar prudencialmente, mediante un decidir racionante o una razón decidida a encontrar solución, la incidencia real de unos principios en una determinada conducta?; ¿nos animan sólo a decorar «ideológicamente» cualquier decisión, logrando que —aun siendo arbitraria u oportunista— goce de la más elevada legitimación? Si no se opta por esta última alternativa, todo intento de evitar adentrarse en la metafísica jurídica experimenta notables dificultades.

Se propone, en ocasiones, que se entienda el «contenido esencial» como el que emana de la misma *naturaleza jurídica* del precepto<sup>18</sup>, con el voluntarioso propósito de situarnos en un ámbito distinto del de un polémico *derecho natural* o de una no menos sospechosa «naturaleza de las cosas»; no resulta, sin embargo, claro que baste para ello con invertir el juego de sustantivo y adjetivo... No parece tampoco que la delimitación del alcance concreto de un derecho —menos aún el diagnóstico de lo que en él ha de considerarse como «contenido esencial»...— sean operaciones precisamente técnicas, ni realizables sin una —confesada o no— teoría de la justicia que le sirva de fundamento.

No mejora la situación cuando se nos remite a la *realidad social*. Puede que se nos esté animando a descubrir en la realidad circundante la emergencia de propuestas normativas; en tal caso, no estaríamos de nuevo sino reconociendo exigencias éticas derivadas de la «naturaleza de las cosas». Quizá se nos aconseja que renunciemos a optar arbitrariamente entre las varias alternativas abiertas por una norma, para elegir razonadamente la más adecuada a dicho contexto

---

18. Para el Tribunal Constitucional, dilucidar el alcance del «contenido esencial» de los derechos y libertades, al que se refiere el artículo 53.1, supondría «establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en derecho» —STC 11/1981, de 8 de abril, F.8; «BJC» 1981 (2), pp. 93. Con ello no se hace sino reenviar el problema, ya que o tal gremio se comporta arbitrariamente o apoya sus juicios en fundamentos objetivos. «El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo» y, en consecuencia, habrá que entender como contenido esencial de un derecho «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito» —ibídem—. Por más que se acuda a una fraseología logicista, la dimensión ética de tan laboriosa operación es tan obvia como cuando se recurre a la alternativa de revestirla sociológicamente: sería esencial «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» —ibídem, p. 94.

social; se nos confesaría entonces que en él podemos auscultar el juego práctico de principios objetivos capaces de vincular la interpretación de la norma.

Excluiremos, por el contrario, que se nos pretenda remitir a una realidad tan obvia —sólo en el ignorante o en el cómplice resultaría concebible la duda...— como para hacer superfluo todo debate. Nos situaríamos en tal caso en peligrosa vecindad con un *despotismo ilustrado*, amigo de manifestar una invencible querencia hacia la *democracia aplazada*; sólo cuando se haya emancipado a los ciudadanos de esa radical indigencia —intelectual o económica— que les oculta lo obvio, tendría sentido suspender su obligada tutela por parte de los videntes de una realidad, por lo demás, siempre futura.

Nos quedaría, por fin, convertir a la *opinión pública* en instancia última del alcance de los derechos. No faltaría fundamento para ello, dado el peculiar rango que la jurisprudencia constitucional suele conceder a determinados derechos —libre expresión o información<sup>19</sup>— precisamente porque, al contribuir a conformarla, brindan un imprescindible punto de apoyo para el pluralismo democrático expresivo de la soberanía popular. Pero, en realidad, tal primacía se les confiere por su contribución a la legitimación de las leyes, mientras que se les niega capacidad similar para legitimar a la Constitución o a sus contenidos, entre los que esos y otros derechos ocupan preferente lugar.

Buena prueba de ello serán disposiciones como las que plantean exigencias adicionales para dar vía libre a una reforma de la Constitución que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas o excluyen su regulación del ámbito de la iniciativa legislativa popular<sup>20</sup>. No falta tampoco jurisprudencia constitucional en la que se descarta expresamente la posibilidad de remitir a las opiniones de actualidad en una determinada coyuntura histórica<sup>21</sup> el alcance real de unos derechos de indiscutida permanencia.

---

19. Ya la STC 6/1981, de 16 de marzo, señalaba que «el artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática»; sin ella «no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular», por lo que resulta exigible una «especial consideración» —F.3; *BJC*, 1981 (2), p. 132.

20. El artículo 168.1 de la Constitución española prevé que cuando se propusiere una revisión de su texto que afecte —entre otros— al Capítulo Segundo, Sección Primera, que se ocupa «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», la iniciativa exigirá «mayoría de dos tercios de cada Cámara», procediéndose «a la disolución inmediata de las Cortes». El artículo 87.3, tras exigir un mínimo de 500.000 firmas acreditadas para dar paso a una iniciativa legislativa popular, señala que «no procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica», entre las que el artículo 81.1 incluye en primer lugar «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

21. Así ante la opinión de una Magistratura de Trabajo, que estimaba que de-

Todo ello resulta, sin duda, particularmente razonable, si no se olvida una doble lección de la historia. Por una parte, el atropello masivo de los derechos humanos ha contado con frecuencia —si no con el apoyo explícito de una mayoría social— con un silencio cómplice; se estimaba inviable su superación, se los consideraba precio obligado de imperativos de seguridad o razón de Estado, o simplemente el ciudadano medio se sentía inclinado a optar ambiguamente por no sentirse particularmente responsable de la situación. Por otra, los avances en la propuesta y garantía de los derechos humanos han sido el fruto de *propuestas* sociales *utópicas*, obligadamente acompañadas por una dura lucha contra tópicos<sup>22</sup> socialmente arraigados, en la que debieron buscar apoyo en exigencias éticas de tan sólida objetividad como para empujar a doblegarlos.

La protección *jurídica efectiva* de los derechos humanos obliga, por tanto, a archivar todos los planteamientos que intentan dar paso a una *dimensión* asépticamente *técnica del derecho*, desligándolo escrupulosamente de toda vinculación ética o moral en sentido lato. De ahí que resulte especialmente aparatoso cualquier intento de refugiarse, a la hora de abordarla, en esa técnica, convertida en «ideología».

Todo *texto constitucional* alude implícitamente a una *teoría de la justicia*, más o menos definida, que invita a plasmar en la práctica. No habrá, pues, auténtica protección jurídica de los derechos humanos sin un esclarecimiento nítido a la teoría de la justicia que le está sirviendo de fundamento. La dificultad para pisar terreno firme en tan delicada operación debe llevar a realizarla con especial *transparencia*, abriéndola así a la crítica y al debate, y no a camuflarla irresponsablemente con circunloquios o reenvíos procedimentales. Siempre será más necesario abrir a la opinión pública las valoraciones básicas que animan la interpretación constitucional que rendirse a quienes dominan la comunicación social, asumiendo tácitamente los tópicos vigentes. El valor de la *doctrina jurisprudencial* consolidada, como paradigma de resoluciones futuras, puede aportar en todo caso el papel atemperador propio de la tradición como saber acumulado, al delimitar realidades tan decisivas.

---

terminadas medidas discriminatorias proteccionistas de la mujer podrían ser derogadas «si es que carecen de actualidad», el Tribunal Constitucional enfatiza que «el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse “actualidad”, sino su conformidad con la Constitución» —STC 81/1982, de 21 de diciembre, F.2; *BJC*, 1983 (21), p. 71.

22. De ello hemos tratado en «Los derechos humanos entre el tópico y la utopía», *Persona y Derecho*, 1990 (22), pp. 159-179.

#### 4. FRONTERAS ACTUALES DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS HUMANOS

Después de lo expuesto, no parece aventurado apuntar que la contribución más efectiva a la protección de los derechos humanos consistiría en ahondar en la *búsqueda filosófica* capaz de proporcionarles el indispensable fundamento. El lacerante desfase entre exigencias éticas indiscutidas y la incapacidad del pensamiento para brindarles respaldo constituye, sin duda, uno de los aspectos más empobrecedores de nuestra circunstancia histórica.

Si a la filosofía del derecho se le ha venido atribuyendo —al interrogarse sobre su sentido actual— la función de instancia crítica del proceso de positivación del derecho, debería prestar una atención particular a desvelar las claves éticas que están realmente presidiendo el desarrollo de los textos constitucionales, especialmente por parte de su máximo intérprete. Transparentar el modelo de hombre y de sociedad que en realidad la preside y denunciar los intentos «ideológicos» de justificar la negación de lo humano, sometiéndolo al tópico manufacturado o a supuestos imperativos de razón de Estado han de formar parte esencial de su tarea.

Inevitablemente, la ausencia de una filosofía capaz de tomarse en serio los derechos humanos priva de un decisivo factor de ilustración ciudadana, a la vez que sitúa —paradójicamente— en una *opinión pública* así depauperada el *centro de gravedad* de su posible protección. La efectiva gravitación sobre la propia jurisprudencia constitucional de las actitudes mayoritarias en los medios de comunicación no escaparía al más elemental análisis sociológico. Ello no hace sino estimular a los preocupados por la defensa de los derechos humanos a una decidida participación en sus cotidianas tareas; nunca sería más cívicamente rechazable un silencio conformista que en un momento de vacío filosófico.

Contribuir a la conformación de la opinión pública en torno a los valores humanos básicos sería la mejor aportación para evitar una quiebra práctica de esta clave fundamental del modelo democrático moderno.

En este contexto, la apelación a *consensos fácticos* inmediatos —inevitablemente instalados sobre los tópicos en vigor— aportaría una gravitación socialmente reaccionaria. Inmersos en sociedades que —si no renuncian a ser humanas— habrán de ser crecientemente plurales, el recurso a tópicos particularistas vinculados a una unidad social crecientemente ficticia habrá de verse sustituido por un esfuerzo por *desentrañar lo universal*. Si hace siglos resultó aportación decisiva para la convivencia internacional ahondar en un derecho de gentes, capaz de salvar fronteras, hoy parece ineludible aprestarse a una tarea similar sin salir de ellas; sólo así se podría evitar un enquistamiento que fraccione comunidades políticas de consistencia real menos sólida de lo que el tópico invita a pensar. Paradójicamen-



te, sólo el afán por desvelar el fundamento de lo humano podrá defendernos de particularismos fundamentalistas <sup>23</sup>.

Ante la insuficiencia de una actividad jurídica entendida como mero sometimiento del decisionismo arbitrario a un formal control procedimental, es preciso *recuperar la dimensión judicial* más allá incluso del ámbito jurídico. En un contexto filosófico que invita a la perplejidad, se hace inaplazable el esfuerzo por lograr que la sociedad recupere el juicio. El diseño de la perfecta teoría de la justicia podrá quizá esperar, pero no la lucha cotidiana contra la injusticia. Mantener despierto el ánimo ante todo lo que signifique un atropello de lo humano sería hoy el cometido de una filosofía práctica por excelencia.

---

23. Al respecto, nuestro trabajo «Verdad y consenso democrático» en *Estudios sobre la encíclica «Centesimus annus»*, Madrid, Unión Editorial, 1993, pp. 295-321, especialmente pp. 303-306.



## La Ley sin mayúsculas. Diez avisos

Por JULIO SEOANE PINILLA

Madrid

Mi interés en lo que sigue es exponer, de una manera tentativa, qué campo de estudio se le presenta al teórico del Derecho cuando nociones como las de fundamentación, realidad u objetividad son puestas en cuarentena. Creo que en la actualidad el desfase existente entre las reclamaciones modernas —que comienzan con la Ilustración— y su consecución (entre expectativas y realidades) ha llegado a un punto en el cual cada vez es más difícil sostener los sistemas jurídicos, simbólicos, expresivos, etc., que, se supone, cumplimentan las aspiraciones modernas (*i.e.*: nuestras democracias cada vez tienen menos «calado»).

Para ello es preciso repensar nuestro presente y replantearnos desde el principio el modo en que hemos dado en establecer las distintas juridicidades que regulan nuestros conflictos —y establecen la libertad moderna—. Los diez avisos que siguen son diez puntos a considerar en cualquier proyecto que se embarque en la no sencilla tarea de explicar, *de nuevo*, qué ley es la adecuada al hombre moderno y cómo ha de establecerse en nuestras comunidades. Son diez avisos que parten del intento de fundamentar la Ley que nos dirige y que al final terminan hablando de la democracia que aún no hemos puesto en marcha.

### PRIMER AVISO

Después de Rorty y Foucault hablar de fundamentación puede resultar una cuestión algo anticuada. Con estos autores y junto al tremendo auge en los años 80 de los llamados pensadores posmodernos, lo que ha quedado bien claro es que nociones como objetividad, verdad o fundamentación son herencias de un sistema de pensamiento que buscaba una verdad externa a la cual referirse. Obviamente esa verdad externa no existe, puesto que, como también se

nos ha enseñado, no está muy lejana a la realidad que cotidianamente se fabrica entre nuestros discursos y nuestras acciones.

Es evidente que el debate posmoderno ha quedado convenientemente olvidado y que más de una duda se podría dirigir hacia estos pensadores, pero es menester reconocer que hoy no podemos comenzar a pensar con nociones de objetividad o realidad inocentes. Hoy no podemos hablar de fundamentación si no estamos dispuestos a aceptar una objetividad no dura en la que el error sea posible y donde la contingencia y la variación puedan aparecer en cualquier momento<sup>1</sup>. Por ello es mucho mejor olvidarse de dar con la segura y firme fundamentación de la Ley (sea ésta jurídica o científica, moral o filosófica) y conformarse con buscar un cierto modo de coherencia y de intersubjetividad por las cuales todos estemos dispuestos *en un momento dado y en una situación determinada* a aceptar esa ley.

La argumentación que subyace a la diversidad de las posiciones antifundamentalistas pudiera resumirse como sigue: el discurso filosófico de la modernidad, como discurso de fundamentación, descansa sobre supuestos teóricamente insostenibles o agotados (como las nociones ilustradas y románticas de naturaleza, historia o progreso). Esos supuestos implican un conjunto de categorías filosóficas (racional-irracional, realidad-apariencia, etc.) que si bien tuvieron un lugar central en la constitución del proyecto moderno, hoy se convierten en obstáculos de su cumplimiento (bien por reproducir la dialéctica que conlleva la negación del proyecto ilustrado, bien porque, agotados ya, hacen paralizante su reiteración): el proyecto normativo moderno no puede alojarse en las estrategias de fundamentación porque éstas acaban por provocar unas interferencias, un alejamiento de la práctica cotidiana que confunden más que solventan<sup>2</sup>.

---

1. Un tipo de «objetividad no dura» es el que T. NAGEL propone en *The View from Nowhere*, Oxford University Press, 1986. Según su idea, existe una objetividad a la que cada individuo se aproxima desde un interés propio y con una interpretación personal o colectiva que basa su intersubjetividad en que refiere a unos valores «objetivos». De este modo, podemos ver nuestras acciones y valores desde «una perspectiva objetiva esencialmente incompleta» (pp. 126-137), puesto que son el reflejo de una antigua imagen que ahora cae dentro de la interpretación a la que la somete cada contexto discursivo y de acción (que se supone regula). Es por ello que, aunque los valores son «objetivos» en este sentido, no son independientes de la preferencia-satisfacción individual. Cobran fuerza de ser principio común de las preferencias personales y no de su *status* impersonal.

2. Sin que por ello debamos pensar que la aceptación de estrategias antifundamentalistas lleva al acriticismo. Esto lo muestran bien las obras del último Roucault y de Rorty y un buen planteamiento de la cuestión se puede hallar en el artículo publicado por A. RIVERO, J. SEOANE y C. THIEBAUT titulado «La modernidad sin fundamento», incluido en *El fundamento de los derechos humanos*, G. Peces-Barba (ed.), Madrid, Debate, 1989. Lo interesante no es que podamos plantear estrategias antifundamentalistas —lo cual siempre ha sido sencillo—, sino que seamos capaces de elaborar discursos críticos y constructivos desde una perspectiva donde la fundamentación sea tan relevante como pudiera serlo el color de los ojos de quien tales estrategias presentara.

## SEGUNDO AVISO

Desde el comienzo de la historia occidental, la palabra Ley se ha adscrito a alguna realidad externa inmutable que era la que le daba fuerza y poder. En un principio tenía un referente religioso que, con la modernidad, cambiaría por lo que se podría llamar un referente racional. Con la caída de los dioses pareció conveniente acudir a lo más noble de los hombres para sustituir a aquéllos; la razón fue la criatura objetiva e invariante que era capaz de acordar con la realidad. El concepto de naturaleza también acudió a esta llamada de auxilio y llegó a presentarse como la gran realidad a la cual, mediante la razón, podríamos acceder. Todo quedaba, de nuevo, atado para que las nuevas legalidades siguieran teniendo fuerza.

Pero, poco a poco, hemos ido aprendiendo que la razón no es un ente autónomo que actúa desde sí, sino que es más bien una serie de herramientas para adaptarnos a una realidad que, por el contrario a la idea que se tenía de naturaleza, es cambiante. Han aparecido, dentro del universo humano, intereses, modos de argumentación, formas expresivas de narrar, etc., que se han adscrito al comportamiento racional del hombre, haciendo de aquella razón cuyo lenguaje era isomorfo con la realidad un conglomerado de racionalidad, realidad, discursos, relaciones de fuerza, intereses ... en el cual ningún término tiene más fuerza que otro y donde todos se establecen con una voluntad de dominio. Desde la Ilustración a nuestros días, nuestra historia es, en buena medida, una historia de la progresiva complejización —que no complicación— de la razón humana.

Lo que hoy sacamos en claro es que la persecución de la objetividad, o de la verdad, es un empeño vano dentro de un mundo que se rige por multitud de verdades sin que ninguna refiera a una realidad última. De hecho, la búsqueda de una realidad última, de una Naturaleza, se ha abandonado en los estudios teóricos más relevantes que han desplazado las mayúsculas adscribiendo el plural a las palabras tabú; de esta forma, no existe concepto por bien fundado que se tenga que no deba de considerarse en plural y sujeto a la contingencia de la convivencia con otros conceptos. Esto es, con otras realidades.

En lo que respecta a las normas jurídicas, el caso es idéntico. Los debates iusnaturalistas y positivistas lo que han dejado bien claro es que ni una ni otra postura son hoy defendibles. Primero porque no es posible hablar de una Naturaleza de nada (una suerte de último respecto inmutable sería, como lo ha sido, en cualquier momento contestado con más de un reparo y, sobre todo, con la no posibilidad del hombre de hoy de acordar con algo tan extraño a su modo de pensar como sería la inmutabilidad —religiosa—<sup>3</sup>), y segundo por-

---

3. La tan proclamada crisis de valores, realmente no es otra cosa que un olvido

que se tome la Ley desde una postura contextual o heurística, lo que resulta evidente es que no existe una verdad última si no es el mismo sistema legal que se autosostiene intentando que sus interpretaciones no se alejen en mucho de lo que podríamos llamar su espíritu (que al final se forja en la continua puesta en práctica del mismo sistema legal). La misma actuación da cuenta ya de un orden jurídico sin que debamos buscar detrás o debajo de lo que todos en cualquier momento podemos observar, interpretar y actuar.

Por este motivo poco más que una coherencia podemos pedir a las leyes. Cada ley es un concepto interpretativo —en su aplicación concreta— en donde la relación con el intérprete es básica. No existe, obviamente, objetividad, tan sólo una intersubjetividad que se da a través de la comunicación. Por eso, en cierto modo, podemos acordar, con Luhman, que la comunicación es básica para el sistema legal<sup>4</sup>. Desde ella la interpretación no aboca al nihilismo deconstructivo de Derrida, sino que, olvidando la objetividad, se acerca a lo contingente del mundo de la vida cotidiana<sup>5</sup> haciéndose pública e intercalándose dentro de la vida de los afectados. Creo que no sería muy inconveniente tomar la idea de Luhman, prudentemente tergiversada, para decir que el sistema legal es un sistema que tan sólo depende de sí para su establecimiento como sistema. Desde este punto de vista el sistema legal organiza la validez legal de las normas que no son sino un símbolo que circula entre la legislación y el «contrato» y que puede tener un cambio continuo de contenido. La justicia, de este modo, sería la coherencia del sistema. Un sistema que, por supuesto, no es separable del sistema social, puesto que, en último término, lo reproduce (no porque dependa de principios externos que el sistema social le proporciona, sino porque resuelve problemas de aquél). De

---

de valores que no se sostenían dentro de nuestro mundo. Desde la pérdida del monopolio revolucionario por parte de ideologías demasiado próximas al platonismo, hasta el desalojo de una solidaridad que se basaba en creencias cuasi religiosas, se han orillado valores inmutables a los que había que acudir desde un espíritu nada moderno. Intentaré razonar esto algo más al final de este trabajo, pero quede ahora dicho que los valores impuestos desde las mayúsculas son difíciles de aceptar por muy nobles y profundos que resulten ser.

4. En lo que sigue seguiré una conferencia que bajo el título «Operational closure and structural coupling. The differentiation of the legal system» ofreció N. Luhman en el curso de verano de la Universidad del País Vasco, *Derecho y Posmodernidad* (junio de 1990).

5. Estoy hablando del mundo de la vida cotidiana de forma recurrente, puesto que es en ese lugar donde se especifican los acuerdos y donde toman sentido las reglamentaciones legales. Hasta no hace mucho, ha existido un prejuicio considerable dentro de los quehaceres teóricos a considerar la realidad de forma «micro», esto es, a preocuparse por las actividades menos conceptualizables de los hombres y mujeres que, se supone, son objeto último de estudio. Hoy esto ha cambiado en mucho y existe una considerable literatura en torno a los mundos de vida, a la vida cotidiana y a las relaciones cara a cara; un buen resumen es posible encontrarlo en el número monográfico que a la cuestión dedica la revista *Current Sociology* (vol. 37, núm. 1, primavera de 1989).

este modo, el cierre del sistema legal sobre sí, el hecho de que se «autosostenga», no significa aislamiento, por el contrario influye junto con otros sistemas en el establecimiento total de una comunidad. Lo que es importante destacar es que si hemos olvidado la fundamentación es porque resulta que nuestro interés ha de dirigirse al modo en que un sistema legal cumple con su función, esto es, la manera en que resuelve conflictos de la comunidad.

Intentar buscar una fundamentación, una base última a esta resolución de conflictos es tarea típica de filósofos que quedan algo alejados de la realidad. En verdad, con su aplicación el derecho se muestra sin que sea preciso demostrarle. Es por este motivo que la cuestión de la coherencia tiene su importancia estemos de acuerdo con una justificación de la ley de este tipo o no. De hecho alguien podría pensar que la coherencia no es ningún valor y que resulta absurdo tenerlo como fin último del Derecho. La cuestión estriba en que no teniendo mayor importancia que otros conceptos que podríamos inventar, la coherencia es básica a la hora de aceptar un sistema que resuelva nuestros conflictos y al cual estemos dispuestos a acatar. Precisamente un sistema judicial cobra su fuerza cuando podemos esbozar un *dictum* parecido al «y siempre será así»; si estamos dispuestos a aceptar las resoluciones legales es porque sabemos que son aplicables en el orden en el cual estamos en todo momento y a toda persona. Y aquí poca importancia puede tener que sean todas correspondientes a un cuerpo bien fundamentado, lo importante es que constituyen un cuerpo al que, de alguna manera, hemos mostrado nuestro asentimiento y al cual estamos dispuestos a llevar nuestros conflictos para que sean dirimidos. Ya el filósofo se ocupará de poner en duda sus bases, pero siempre existe una instancia última de asentimiento que es capaz de crear una intersubjetividad legal que es la que, a la postre, implanta su autoridad (pudiendo concluir que «todos, al cabo, estábamos de acuerdo»).

El hecho de que un sistema sea incoherente puede llegar a poner en prevención a los usuarios de semejante sistema y, desde aquí, aparecerían fallas de legitimación del sistema en cuestión. Esto es algo evidente cuando la comunidad llega a ver que la Administración de Justicia no llega de igual forma a todos sus componentes o se advierte que distintas sanciones son aplicadas a problemas semejantes en calidad. Estas fallas de legitimación son, sobre todo, fallas de credibilidad, lo cual hace mella en el acuerdo intersubjetivo que todo sistema social, sea legal, comercial o de cualquier tipo, precisa<sup>6</sup>.

---

6. Efectivamente, la base principal de una agrupación humana es el poder formar un «nosotros» con el cual estamos dispuestos a identificarnos en más o en menos. Recojo esta idea de R. Rorty y en pocas palabras se podría exponer como sigue. Las sociedades modernas no pueden poner su sentido en algo externo a ellas mismas (tal y como podría ser el esclarecimiento de ciertas «verdades» o de las leyes «racionales»), es preferible que se opte por reconocer en la misma comunidad su propio

Pero tampoco hemos de ser muy tajantes. Es posible convivir con la incoherencia sin que un sistema legal sea impugnado. Aquí la diferencia con la cuestión de la fundamentación es clara. En buena medida, la búsqueda de legitimación tiene a su favor que establece un sistema donde, al igual que ocurría con la tarea científica, falsando su base se deja ver la falsedad de todo el entramado que, de tal modo, debiera abandonarse por otro. Con esto se evitaba la superstición y la irracionalidad de manera tan efectiva que jamás en la práctica se llevó a cabo; por ello resulta más real pensar que la incoherencia no lleva sino a problemas de credibilidad y, si acaso, a impugnar actuaciones puntuales. Mas los problemas de credibilidad no llevan al abandono. Al igual que ocurre en la vida cotidiana, es posible vivir con la contradicción, olvidarla, impugnarla, resignarse o procurar mejorarla. En esto se basa, entre otras cosas, el constante afán de mejoramiento del sistema legal <sup>7</sup>.

### TERCER AVISO

Obviamente, la idea de estructurar el sistema normativo jurídico en torno a la coherencia tiene mejores defensores que yo. Lo que me importa es que se llega a este fin después de recorrer el camino que nos sitúa dentro de un mundo bastante diferente al que nuestra modernidad nos había legado (y que era efectivo hasta hace apenas veinte años). Lo que sigue ahora es el razonamiento que lleva a la idea de la coherencia del sistema legal, por eso creo que, aun no estando de acuerdo con lo dicho, ni siquiera con la idea de la ley integrada dentro de un sistema, se puede leer con fruto lo que sigue.

La modernidad redujo la cuestión de la virtud de los hombres a una cuestión técnico-administrativa. Poco a poco se impuso la tarea de llegar al Bienestar Social en lugar del ilustrado deseo por la Felicidad <sup>8</sup>. Las normas y leyes fueron adaptándose a las distintas ver-

---

sentido y esto significa que ya no caben más nociones objetivas y tan sólo hemos de procurar que el acuerdo social sea lo más amplio posible: una sociedad no es sino la autoimagen compartida por quienes son capaces en un momento dado de entablar una conversación, esto es, de formar un nosotros más o menos homogéneo. Al respecto se puede consultar R. RORTY, «On Ethnocentrism: A reply to Clifford Geertz», incluido en sus *Philosophical Papers*, Cambridge University Press, 1991. Vol. I (202-210).

7. Sin contar con los mecanismos que, para evitar la incoherencia, el mismo sistema legal desarrolla a través de diversas instancias que en un momento dado pueden revocar una sentencia o, cuando menos, solicitar que tal sentencia sea repensada.

8. La felicidad depende de afecciones singulares al igual que todo sentimiento moral, y por ello se tendió a sustituirla por un sentimiento más universalizable, como fue el de bienestar social. Por ser sentimiento moral era una afección individual, cada particular lo sentía en sí mismo y no había más modo de universalizarlo que proclamarlo como *efectivo* en todos los hombres (tal sentimiento tenía como condición de



tientes que la virtud presentaba y de este modo se fueron creando esferas sociales que implicaban diferentes legalidades. No es que aparecieran distintos sistemas legales, sino que las leyes se amoldaban y presentaban nuevas caras, se diversificaban en campos que les eran nuevos y, de este modo, creaban esferas de justicia allí donde nunca antes habían tocado. La actividad desmesurada que el hombre moderno emprende sobre el mundo le lleva a solicitar una normativa que se adecue a las variadas realidades que comienza a considerar. Es necesaria una legislación comercial cada vez más detallada, una legislación industrial, las cuestiones políticas y sociales se complican y poco a poco aparecen órdenes jurídicos donde antes ni siquiera existían realidades. Y es más adecuado presentar la cuestión como la aparición de esferas legales que como la creación de códigos que amoldaban la Ley —infinitamente previsora, habría que decir— a las nuevas realidades. Es cierto que la ley tiende a la exclusividad, pero eso no quita que sobre un mismo sujeto puedan operar dos órdenes jurídicos, creando, de este modo, dos sujetos jurídicos diferenciados. Así, es posible establecer esferas u órdenes bien definidos, con sus propios objetos y límites incluso dentro de un mismo código. De lo que se trata es de que todo contexto produce derecho. Y cuando hablo del contexto, estoy hablando de las distintas realidades que son creadas por la coparticipación de hombres y mujeres dentro de un campo acordado<sup>9</sup>.

Existen diferentes jurisdicciones en la sociedad civil porque cada contexto de relación reclama —e incluso produce— una forma propia de legalidad. En una sociedad compleja las relaciones sociales son muchas y muy diversas (familiares, laborales, asistenciales, etc.); una concepción totalizante del Estado como generador de todas las normas llevaría a una inflación enorme que al final nunca podría regular todos los casos y se perdería en un formalismo jurídico. Lo que resulta evidente es que hay esferas de actividad tan dispares que las ordenaciones normativas que usan tienen poco en común. Por ello, es preciso reconocer que la producción legal no parte de un único punto; cada mundo de vida puede considerar su propio ordenamiento

---

existencia el estar fácticamente realizado). Por el contrario, el bienestar social es concepto más amplio y del cual se puede hablar en un discurso teórico como objetivo a cumplir. Como rápidamente el desarrollo de la Ilustración mostró, una sociedad puede proveer para el bienestar *social*, pero, por el contrario, ha de estar proveyendo para la felicidad *de todos*. Por este motivo, la felicidad se hundió dentro de las afectaciones particulares para las que la teoría —y el gobierno— poco tenía que decir.

9. No hay que pensar mucho para advertir que aquí se están proponiendo nuevas formas de subjetivación en las cuales el individuo ya no es único e invariable, sino que cambia y se adecua a los distintos momentos en que actúa. Si atendemos a Foucault, podríamos decir que el sujeto ya no es sino el establecimiento de una individualidad dentro de un complejo entramado de saberes y discursos que parcelan la actuación y la definición del individuo. Cfr. M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980 (p. 45 y ss.)

—sin olvidar, claro está, que se encuentra en un mundo estratificado, pero tremendamente poroso— y es posible pensar acuerdos no institucionales que son los que dentro de un mismo territorio jurídico (que sería la común aceptación de un estado democrático) regulan los diferentes contextos de actuación.

#### CUARTO AVISO

¿Qué entiendo por acuerdos no institucionales? Son las leyes y normas regulativas que se proponen y elaboran fuera del Estado como institución. El ejemplo claro son los acuerdos —cuando se dan— entre empresarios y ciertos sectores de los sindicatos que son capaces de, aprovechando un marco institucional, llegar a acuerdos que a veces desafían y se enfrentan a los recomendados por el gobierno. Me da la impresión que no es poco relevante el estudio de este modo de proceder en las sociedades modernas, el análisis del hecho de que desde las relaciones escolares, familiares, asistenciales o corporativas se trabaja con normativas cada vez más específicas (y *pregnantes*). Se habla de crisis cuando lo que todavía podríamos llamar un Estado de Bienestar no es capaz de dar respuestas a todas las expectativas que en la sociedad civil se han generado, cuando no puede regular todos los ámbitos de ésta. Es un problema económico, pero también lo es de legalidades e imágenes que actúan de tal modo que obligan a un Estado a dar respuestas y soluciones a ámbitos que muy posiblemente se regularían mejor solos <sup>10</sup>. Quizá sea el establecimiento de estos diferentes contextos, independientes entre sí a la vez que entrelazados por la misma sociedad democrática que les cobija, la forma más característica de los estados democráticos del fin de este siglo: la sociedad civil resulta una institución que se forma a través de acuerdos e interpretaciones cuyos protagonistas son individuos o instituciones de cualquier tipo con un carácter contingente y adecuado al momento <sup>11</sup>. Lo importante aquí es que las interpretaciones y consensos a los que me refiero finalizan cuando los intereses que las motivan o son satisfechos, o se acaban, o se ve claramente que son mejor servidos por nuevos consensos; de forma que han de

---

10. Para esto se puede ver de forma muy fructífera el artículo de Elías DÍAZ, «The new social contract. Political institutions and social movements», incluido en *Legal Culture and everyday life*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1989 (pp. 85-99).

11. Como se puede apreciar, el Leviatán legal ha de quedar olvidado en favor de un serie de esferas legales que cada contexto de acción presenta (al fin y al cabo, es creando esferas diferentes de actuación como la vida moderna se desarrolla), que si bien tienen una relación unas con otras (todas, al cabo, presentan el sistema social), ésta no es de interdependencia causal, sino de estructura sistémica (cada una forma parte de un nivel y se refiere a otra aunque no por ello está intrínsecamente relacionada).

poseer una flexibilidad mayor a las tradicionales «sanciones por ley»<sup>12</sup>.

Debiera dirigirse algún interés teórico a señalar dónde deben estar los márgenes de cada juridicidad, de cada legalidad. Y también a explicar cómo se relacionan, puesto que resulta evidente que aunque compartimentada, nuestra realidad social no está fraccionada —aunque sí quizá fragmentada—. Cada mundo de vida se sirve de un saber y normativiza unas relaciones específicas. Por ello en nuestras sociedades hay una pluralidad de juridicidades (ocultar esto no es ni democrático ni rentable). Pero esto no significa que las distintas esferas de normatividad estén incomunicadas. Aunque sólo sea por el hecho de que debemos de vivir y pertenecer a múltiples contextos, hemos de negociar y llegar a acuerdos. Considero que aquí la negociación es la que acuerda los distintos contextos. Tal vez más que en ninguna otra época, vivimos dentro de unos Estados constituidos por múltiples redes de juridicidad que fuerzan a constantes transacciones —y transgresiones—. Estas intersecciones son posibles merced a las negociaciones y acuerdos que, de este modo, forman la base de la vida en sociedad. Contra la idea romántica e ilustrada en la que parece que una sola idea de Libertad, Solidaridad y Justicia podía dar cobijo a toda la sociedad civil, ahora me parece más apropiado poner la contingencia y la negociación como base de la vida en común. Y esto es lo que realmente promocionaría a una democracia fin de siglo<sup>13</sup>.

## QUINTO AVISO

La racionalidad global se desintegra hoy en racionalidades. Racionalidades que no son partes de un todo, sino totalidades que están en todas partes. El localismo que existe implícito en todo lo dicho hasta el momento no es el localismo de los espacios estáticos y com-

---

12. Son los mismos individuos quienes soliciten una educación, una sanidad y una justicia adecuada a su particular posición social. Obviamente la misma demanda puede «crearse» o fomentarse desde los órganos institucionales, pero se hace evidente de que no es ni económicamente rentable ni socialmente recomendable el imponer o pensar en grandes proyectos sociales. Es preferible recapacitar en la posibilidad de una imposición a pequeña escala y no uniformemente en todo el país de las políticas sociales y teniendo siempre como principal motivo la reclamación por parte de los ciudadanos.

13. El gran cambio que propone la época moderna, y de cuyas consecuencias es ahora cuando empezamos a hablar, es el de un Estado donde no existe una «solidaridad universal» y en el cual el individuo establece relaciones no por recurso a una imagen de humanidad —de la que se deriven unos Derechos, una racionalidad o un sistema democrático—, sino en relación a los intereses por los cuales luchar y los objetivos a buscar. Este nuevo tipo de solidaridad (que, por otro lado, me parece obvio en nuestra realidad social), no implica insolidaridad nacional, sino, tan sólo, una fragmentación y localización de las políticas sociales.

partimentados, sino el del contexto. Se trata más bien de pensar que no existe nada que pueda ser ajeno al momento en que aparece dentro del discurso y de las actividades de los hombres y mujeres que lo comparten. De este modo, cada contexto, aun leyendo a los contextos precedentes, es capaz de crear un orden jurídico que, de este modo, solicita una comunidad interpretativa.

Por este motivo no es posible dar con monopolios interpretativos de la ley; en cada esfera se reclama una comunidad de interpretación. Como dije al principio, la modernidad es la distinta presentación de un «nosotros» al cual deseamos adscribirnos, pero no es un «nosotros» que uniforme todas nuestras vidas, sino que es un «nosotros» que accede *a cada faceta de la actividad social*: con la modernidad hemos adquirido un nuevo tipo de individualidad merced al cual no necesitamos un sujeto que uniforme cada acción, sino tan sólo una biografía que sea capaz de dar cuenta de las distintas perspectivas que a cada individualidad acaecen. Sería muy largo explicar todo esto, pero quede para retener que si estamos hablando de distintos espacios de legalidad es porque podemos pensar un sujeto que sin perder parte de sí es capaz de introducirse en distintas tramas de relación que solicitan jurisdicciones (mecanismos de resolución de conflictos con otros individuos) diferentes <sup>14</sup>.

Es lógico que cuando hemos quitado al sujeto toda trascendencia, éste ha de configurarse a través de los acuerdos negociados mediante los cuales persigue sus mundanos intereses. Al igual que ocurre con los procesos de acuerdo no institucionales, la negociación resulta ser el punto en el que los sujetos toman forma, adquieren un mundo que pasará a formar parte del que se tiene como propio y elaboran procesos de socialización por los cuales forman una comunidad. De nuevo, cada contexto social, cada «nosotros» formado, tomará una legalidad propia que se vinculará originariamente a un fáctico acuerdo negociado. Y no por provenir de una negociación contingente, la norma perderá su impronta, ni el sujeto tendrá menos calidad por tener que ceder parte de sí en las negociaciones. En verdad este es el proceso normal al que nuestra modernidad nos ha abocado: el

---

14. No es que se opongan, es que tienen distintos campos de acción. Creo que es explicativo establecer un paralelo con la cuestión de la inconmensurabilidad de las teorías científicas. En último término, nunca una teoría da respuesta a otra, simplemente establece un campo de aplicación que no siempre coincide con el que estaba ya establecido; de este modo, siempre quedan respuestas por contestar y aplicaciones que se desechan no porque estén faltas de verdad, simplemente porque no interesan al no entrar dentro del campo de realidad acotado.

Con respecto a este nuevo tipo de individualidad y al tipo de sociedad que reclama se puede consultar el libro de R. H. BROWN, *Society as text* (The University of Chicago Press, 1987) y el artículo de C. Thiebaut titulado «Sujeto complejo, identidad narrativa y modernidad del sur» (incluido en *Teoría del Personaje*, C. Castilla del Pino (ed.), Madrid, Alianza Editorial, 1990).

sujeto moderno vive dentro de la contingencia y se configura dentro de una identidad atenta a las diferentes contextualizaciones.

## SEXTO AVISO

Mi idea es que la Modernidad en su establecimiento se caracterizó por una «declaración de derechos», pero, en su discurrir, consideró que las leyes hacían buenos éstos, i. e., los establecían. La Modernidad temerosa recurrió a antiguos esquemas y pensó que nada mejor para su promoción que hacerse obligatoria: se la idearía y se harían leyes para que todo el mundo las cumpliera.

Como resulta que no es posible *idear* la vida de hombres y mujeres, que no hay camino de la razón *ideal* al mundo, y que la objetividad poco tiene que ver con los sujetos que la contemplan, este modo de establecimiento de las que han sido nuestras sociedades actuales lleva a sistemas sociales contradictorios que en su base no saben promover la Ilustración (puesto que tienden a imponerla en lugar de hacerla vivir). Realmente este es uno de los grandes problemas de nuestras democracias, que acuerdan más con este modelo impositivo que con un otro que intente recrear la sociedad moderna en cada momento y lugar adscribiéndose, de este modo, a una realidad contingente que, sea dicho ahora, entra dentro de las primeras reclamaciones ilustradas.

Mi idea es que resulta más adecuado a nuestra modernidad social y política el establecer el Derecho en torno a la reclamación de derechos antes que como aplicación de leyes. Como cabe imaginar, los derechos solicitados son aquellos que pueden dar cuenta del nuevo sujeto que hoy hemos de considerar; por el contrario, el hecho de tener una ley inamovible, una Ley referencia que solicita ser fundamentada, tan sólo nos plantea en un campo que poco tiene que ver con el de la legalidad cotidiana. Cuando tomamos el cuerpo legal como una serie de leyes cuya última referencia es la proclamación —o la reclamación— de derechos, estamos aceptando una doble vertiente de la vida moderna. En primer lugar, son derechos que no se proclaman universales; son derechos contingentes que pueden ser ampliados, cambiados u olvidados<sup>15</sup>. Por otra parte, son derechos que se solicitan desde la actividad y el enfrentamiento de actividades particulares, derechos que por no tener una referencia última más allá de las imágenes simbólicas que una sociedad moderna provee,

---

15. Como ocurre, por ejemplo, en la cuestión de los derechos humanos que se van implantando y, al tiempo, ampliando y desarrollándose (así es, como resulta evidente, el añadido de los derechos del niño, la petición de revisiones en cuanto a la protección de la información, etc.). Al respecto se puede consultar el artículo de N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», incluido en su libro *Il problema della guerra e la vie della pace*, Bolonia, Il Mulino, 1979 (131-157).

han de contrastarse y negociar. Las leyes resultantes tan sólo buscan establecer un sistema de derechos que den cuenta de lo que podríamos llamar las peticiones sociales. Estamos hablando aquí de democracia.

En efecto, si entendemos la democracia como la posible adscripción de todos los ciudadanos al gobierno de sus asuntos, estamos diciendo que sus reclamaciones —sus derechos— han de hacerse oír a la hora de establecer un sistema legal. Pero ¿cómo es el Derecho basado en derechos más que en Leyes?

### SÉPTIMO AVISO

De una forma visual se podría decir que la Ley actúa desde arriba, es vertical y platónica; unos delegados instituyen el modelo social y *a partir de ahí* (desde algo impuesto se supone que racionalmente) se regula la comunidad para que se parezca a esa construcción ideal (i. e., mental) que edifica la Ley. Por el contrario, los derechos constituirían un sistema legal más horizontal que entraría dentro del diálogo y la negociación. Son los ciudadanos quienes reclaman haberes, quienes luchan por ellos, quienes los negocian y llegan a reglamentaciones. Son los distintos movimientos sociales los que «fuerzan» el establecimiento de legalidades que después aparecerán como reguladores de esos mismos movimientos creando un símbolo legal que «legitima» las nuevas adquisiciones. Pero este cuerpo jurídico no deja de tener un carácter simbólico que se demuestra, por ejemplo, a poco que queramos fundamentarlo. Porque, de hecho, no es posible una última Ley que da cuenta de todas y cada una de las aspiraciones que pudieran surgir en una sociedad dinámica y multiforme.

Por esto las leyes que se basan en la reclamación de derechos son precisamente eso, reclamaciones y no aclamaciones de lo evidente que un proceso racional muestra a quien no lo pudiera ver. Quizá sea este el motivo de que no sea posible una justicia universal, puesto que los derechos acordados pueden ser momentáneos y para reglamentarlos no hace falta que sean justos, tan sólo que convengan a quienes los firman. La pregunta a quien añore una Justicia universal sería la siguiente: ¿existe algún otro tipo de justicia que el acuerdo fáctico? <sup>16</sup>

---

16. A poco que eliminemos las mayúsculas nos quedamos sin Justicia. La Verdad, la Ley, la Naturaleza, no eran conceptos grandilocuentes gratuitos, por el contrario acordaban con un deseo de establecer un mundo nuevo más justo. De ahí la vocación trascendental. Pero la Justicia no deja de ser un concepto del Antiguo Régimen que una sociedad moderna no puede menos que impugnar. La obediencia que se supone debería de lograr un sistema justo, se basa menos en leyes precisas y fundamentadas que en contextualizaciones comprometidas en un consenso-negociación que declina al sujeto y le modifica. Aunque no estoy muy de acuerdo con el tono liberal-reformista que invade el libro de P. SINGER titulado *Democracia y desobediencia*.

En un mundo moderno la respuesta es negativa. Al ser hijas de reclamaciones, las reglamentaciones de acuerdo a derechos pueden quedar obsoletas, pueden llegar a ser inoperantes o contraproducentes con nuevas realidades. Por eso mismo son acuerdos siempre renovables. Y las más de las veces pecan de etnocéntricos a un nivel muy básico. No es sólo que no es posible extrapolar a otras culturas nuestras formas legales, es que incluso dentro de un mismo sistema social es difícil encontrar un principio que aglutine todas las normas (si no es el principio trivial de su creación a partir de derechos). No es preciso, como ya he dicho con anterioridad, que una reglamentación regule todo el conjunto social, cada esfera solicita sus particulares reglamentaciones y, si bien existe una porosidad simbólica de una a otra que crea unas determinadas imágenes de justicia que sirven como referencia (pero no constituyen ley), una sociedad moderna resulta tan compartimentada que buscar ligazones es tan absurdo como buscar unidades entre la reglamentación que dirige un partido de fútbol y la que guía las transacciones comerciales con los países iberoamericanos.

#### OCTAVO AVISO

Lo dicho resulta constatación de un hecho práctico cotidiano, este es, la evidencia de que las leyes se debaten, se negocian y se quitan o ponen. La novedad de mi planteamiento es de procedimiento (son los ciudadanos quienes directamente han de proponer los derechos), de justificación (filosóficamente la Ley sigue siendo universal y justa) y de implantación (la Ley tiene un carácter uniformador, de importancia y realidad *en todo tiempo y sociedad* que es imposible hoy admitir). Por estas tres diferencias —que como se ve no dejan de ser puro análisis teórico—, cualquiera puede sospechar que el olvido de la pregunta por la fundamentación de las normas jurídicas es, a su vez, un recuerdo sobre el modo democrático de su establecimiento y un aviso acerca de la implementación de tan antiguo y olvidado modo de vivir en sociedad.

#### NOVENO AVISO

Al imponerse en la acción cotidiana, los derechos —para desarrollarse— necesitan que el diálogo «todo tiempo» esté garantizado

---

cia (Barcelona, Ariel, 1985), reconozco que tiene cierta razón cuando concibe la justicia como «compromiso justo» de forma tal que «lo único que podemos hacer es buscar un sistema que permita tomar decisiones (compromisos justos)» (pp. 44-45) a las que tan sólo nuestra pertenencia a un «nosotros» nos obliga a acatar.

y resguardado. Acabar con la posibilidad del diálogo es acabar con la sociedad moderna.

Pero dígase aquí que un diálogo moderno no es hablar y discutir, es la confrontación que las acciones libres de los hombres tienen. Primero se choca y después, caso de que tal choque no sea del agrado, se dialoga y se buscan acuerdos. Es curioso que la individualidad moderna se forme en esta confrontación con otro, en este enfrentamiento en el que cada sujeto cobra identidad. De este modo la conformación de un diálogo lo es también de un individuo y, a su vez, de una normativa legal que protege todas las interacciones (al menos las regula ante sus efectos no deseados). Como se puede observar, la configuración de la individualidad en una sociedad moderna se establece en base a un discurso y a una elaboración de leyes a partir de los derechos que solicitan las propias acciones. En esencia esto es la democracia que, sin mucho pensar, cualquier adscribiría como el modo connatural de fabricar sociedades del mundo moderno.

Cualquiera podría pretender que, aun sin tener esta garantía de diálogo «todo tiempo», es posible decir que existe una sociedad democrática, puesto que, tal y como el tiempo nos ha hecho evidente, son posibles dentro de ella discursos no modernos herederos de concepciones de la ley más vinculadas a la objetividad y a la fundamentación segura. Esto es cierto, pero habría que decir que la democracia es un *optar* por un tipo de discurso y no por otro, por una ley basada en esa reclamación de derechos de la que vengo hablando y no en Leyes estáticas y bien fundadas. La dinámica de una democracia es precisamente la que la instituye por exclusión; los logros sociales son, en realidad, la exclusión de discursos no modernos y de actitudes que no casan con el sentir del que venimos hablando (actitudes que, sea dicho de paso, siempre vuelven a presentarse). Por este motivo la democracia nunca acaba de implantarse por completo y es, como dice Rorty, un continuo proceso de experimentación por el que poco a poco lo que se proclama es tan sólo una manera de argumentar, de hablar y de llegar a acuerdos <sup>17</sup>.

Este carácter esencialmente incompleto de la democracia es lo que justifica el hecho de que podamos vivir en regímenes ajenos a ella, pero que nominalmente la reclaman. Entre otras cosas, a poner en claro esta fractura se dirigen estos avisos.

---

17. «Jefferson y Dewey describieron América como un “experimento”. Si el experimento fracasa, nuestros descendientes podrán aprender algo importante. Pero no aprenderán una verdad filosófica, ni tampoco una verdad religiosa. Simplemente obtendrán algunas indicaciones de lo que deberían tener en cuenta al preparar su próximo experimento. Aun si nada más que eso sobrevive a la era de las revoluciones democráticas, es posible que nuestros descendientes recuerden que las instituciones sociales *pueden* ser vistas como experimentos en esfuerzos cooperativos y no como intentos de encarnar un orden universal ahistórico». R. RORTY, «The Priority of Democracy to Philosophy», incluido en *The Virgin Statute for Religious Freedom*, Merrill D. Peterson y Robert C. Vaughan (eds.), 1988, 257-282, p. 274.



## DÉCIMO AVISO

La cuestión que aquí estoy tratando no es únicamente una cuestión jurídica; me importa también presentar la base sobre la que edificar una reflexión sobre los modos de elaboración de las normativas legales dentro de una democracia moderna. Por eso me importa acabar con una referencia siquiera rápida al desapego que en buena medida se establece entre los ciudadanos y el orden legal que, se supone con todo lo dicho, elaboran. En realidad podemos hablar tanto como queramos del origen discursivo de nuestras leyes, de la negociación y la contingencia de las mismas, pero todo puede caer en el absurdo cuando nos decidimos a reconocer la tremenda anomia que caracteriza a las sociedades actuales, el desapego tan grande que existe en referencia a lo que sería la colaboración en el crear esferas de legalidad.

Creo que en todo lo dicho estaría, en buena medida, la solución a este problema por cuanto este desapego proviene de una desigual relación entre las imágenes producidas desde nuestro universo simbólico ilustrado y la realidad parca a que estas ideas han llevado. Dicho en pocas palabras, la Ilustración trajo, por pura lógica, un estilo redentor, un intento de que los hombres fueran «buenos»; pero en realidad esto no deja de ser una herencia antigua porque, por ser consecuentes, es menester creer en la diversificación misma de los hombres atendiendo a sus intereses, a su habilidad o a su suerte. Lo importante —si hacemos caso a las primeras palabras ilustradas— es la *igualdad*; y esto no es sino que todos podamos introducirnos con el mismo derecho, capacidad y poder en el discurso; pero a partir de ahí, es lógico que exista un perdedor y un ganador. La democracia no es el paraíso, sino el lugar donde la vida humana puede tener lugar. Como se sabe, esto resultó algo que las segundas palabras ilustradas —demasiado próximas al Antiguo Régimen— no podían entender.

Por eso cabe la no participación, pero sólo cuando se ha instituido un sistema social que regula sus conflictos bajo la noción de Justicia. Es preciso reconocer que los derechos se imponen en el discurrir de la vida cotidiana. Por el contrario, la Ley intenta conformarla y encauzar su dinámica. La Ley resulta algo así como las condiciones trascendentales *a priori* y los derechos tienen más que ver con la dinámica y voluble relación sujeto-objeto. Por ello las reglamentaciones no deberían de constituirse tanto en una cuestión sintáctica (qué se puede decir y de qué manera: qué se puede hacer) cuanto semántica (qué palabras *decidimos* tomar con sentido y cuáles no). Como tal, y puesto que no es ya posible una gramática universal, los códigos resultan una cuestión de idiomas; serán tan distintos como éstos y ellos mismos propondrán sus mundos. (Y en verdad el mundo ha vivido con mil idiomas tan mal como con una gramática universal.)

El problema de dar con la sintaxis ideal es que, puesto que la Ley excluye el bien del mal, al cortarlos tajantemente y eliminar uno como referencia y constante relación con el otro, es difícil que los sujetos sepan vivirla. Podría decirse que la Ley que se fundamenta de forma racional no es capaz de crear y recrear la democracia puesto que regimenta la vida desde el universal (muy alejado de ese *demos* que ha de gobernar): la Ley nos da ya hecho el proceso de discernimiento, ¿cabe remedio peor para una democracia? Por aquí ha de venir la falta de participación, el alejamiento de la política con respecto a la realidad, el desinterés en cuanto a la elaboración de regulaciones legales, etc.; todo ello lógica consecuencia en el momento en que se da un vacío —expresivo— dentro de las imágenes de justicia que no puede ser rellenado por el interés de cada individuo por crear su propia regulación que es, al cabo, el único fundamento válido de cualquier norma.

## De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la Justicia

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

Tiene razón Bobbio, cuando desde sus primeros trabajos advierte que el problema de la Justicia es una cuestión de índole ideológica, puesto que en definitiva la Justicia es siempre, un criterio de valoración que comporta un juicio de aprobación o rechazo respecto de alguna acción o de algún estado de cosas. Por ello, cuando la Filosofía del Derecho se ocupa de la Teoría de la Justicia, no debe soslayar esa dimensión de filosofía ideológica que le sitúe en las perspectivas concretas de espacio y tiempo desde las que el filósofo deba responder (de ahí su responsabilidad histórica e ideológica) a las necesidades y exigencias que la sociedad demanda. Una Filosofía del Derecho así pensada se plantea como alternativa a la utopía como modelo de una sociedad y de un Derecho perfecto y totalmente acabados para siempre como a las fórmulas mágicas susceptibles de ser creídas dogmáticamente que en forma de mitos se repiten a lo largo de la historia <sup>1</sup>.

No debe extrañar la similitud existente entre los problemas que afectan a la Justicia y los que derivan del concepto de Derechos Humanos. No en vano se suele afirmar pacíficamente que la Justicia consiste en el reconocimiento, garantía y protección de los Derechos Humanos. Y no faltan en nuestra comunidad científica interesantes aportaciones como la del profesor E. Fernández, que han tratado ambos temas <sup>2</sup>, y los trabajos del profesor E. Díaz <sup>3</sup>, que muestran la

---

1. Cfr. BOBBIO, N., *Introduzione alla Filosofia del Diritto* (ad uso degli studenti). Torino, Giappichelli ed., 1948, pp. 197 y ss.

2. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984.

3. Cfr. DÍAZ, E., «Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», en *ADHs*, n.º 1/82, pp. 51-72. «La justificación de la democracia», en *Sistema* n.º 66/85, pp. 3-23, ahora en *Ética y Política. Los intelectuales y el poder*. Madrid, CEC, 1990, pp. 17-53. *Notas concretas sobre legitimidad y justicia*

conexión existente entre el concepto de justicia y los criterios de legitimidad.

Las notas que tradicionalmente han caracterizado a los Derechos Humanos como las de universalidad, carácter absoluto, e inalienabilidad han sido objeto de una reflexión crítica que parte del debate que se genera en las X Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (Alicante, 1987) en torno a las ponencias de los profesores Laporta<sup>4</sup> y Pérez Luño<sup>5</sup>, prosigue en la discusión que auspiciado por la fundación Tanner tuvo lugar en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en abril de 1988 en torno al problema del fundamento de los Derechos Humanos, y por la publicación del libro de L. Prieto sobre los Derechos Fundamentales<sup>6</sup> y, concluye por el momento con los trabajos de los Profesores Peces Barba<sup>7</sup>, y J. de Lucas<sup>8</sup>.

Por lo que a la relación entre universalidad y justicia se refiere cabe plantear la objeción que sobre este punto formula Peces Barba con respecto a los Derechos Humanos, para quien la Universalidad de los Derechos se puede entender desde un triple punto de vista: desde el punto de vista lógico por referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos titularidad de los derechos; desde el punto de vista temporal, la universalidad implica el carácter racional y abstracto de los mismos, siendo por consiguiente válidos en todo tiempo y lugar; finalmente, desde el punto de vista espacial, la universalidad supone la extensión de la cultura de los Derechos Humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. La universalidad lógico-racional se sitúa en el ámbito de la razón, la universalidad temporal en el de la historia y la universalidad espacial en el de la cultura y el cosmopolitismo<sup>9</sup>.

J. de Lucas, por su parte, denuncia el carácter ideológico que presenta el concepto de universalidad y advierte sobre la contradicción que resulta de su proclamación teórica y su inobservancia práctica, avalada por las constatación empírica de la falta de reconoci-

---

en J. Muguerza y otros. *El fundamento de los derechos humanos*. Edición a cargo de G. Peces Barba, Madrid, Debate, 1989, pp. 145-153.

4. Cfr. LAPORTA SANMIGUEL, F., «Sobre el concepto de derechos humanos». *DOXA*, n.º 4/87, pp. 23-45.

5. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de F. Laporta)» en *DOXA*, 4/87 cit. pp. 47-65.

6. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid, Debate, 1990. *Vide* también, ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1990, y AA.VV. *Derechos Humanos, concepto, fundamento, sujetos*, J. Ballesteros, ed, Madrid, Tecnos, 1992.

7. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*. Con la colaboración de Rafael de Asís y Angel Llamas Cascón. Madrid, Eudema, 1991.

8. Cfr. DE LUCAS, J., *Derechos sin Fronteras*, Barcelona, Planeta, 1994.

9. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La Universalidad de los Derechos Humanos». En *Tiempo de Paz*, n.º 2930/ 1993.

miento de tales derechos. Para el catedrático de la Universidad de Valencia, la universalidad se plantea, en una segunda acepción, como una nota definitoria de los derechos que afecta, como sucede con la universalidad entendida desde el plano lógico, según Peces Barba, a la titularidad a todos los seres humanos; en consecuencia «si pretendemos mantener los derechos como universales, difícilmente podremos seguir sosteniendo su carácter jurídico»<sup>10</sup>. En este punto coincide con Laporta cuando éste dice que admitir la universalidad significa sacar los derechos humanos fuera del contexto del derecho positivo<sup>11</sup>. Mantener lo contrario significaría que estamos en presencia de un deber de solidaridad universal que para Prieto no existe<sup>12</sup>.

También los problemas espaciales afectan a la universalidad; surge la tensión entre universalidad de un lado y relativismo cultural de otro, con el enfrentamiento entre teorías liberales y comunitaristas y el reto que supone conjugar los principios de identidad, diferencia y tolerancia<sup>13</sup>.

Estas mismas características de la universalidad referidas a los Derechos Humanos, ya aparecen con relación a la Justicia en un conocido texto de Pascal que, pese a su extensión, conviene tener presente: «¿en qué se basará la admiración del mundo que él quiere gobernar? ¿Será en el capricho de cada individuo?

*¡Valiente revoltillo! ¿Será en la justicia? La desconoce. Seguramente, si la conociera no habría establecido esta norma, la más general de todas las que existen entre los hombres: que cada cual siga las costumbres de su país. El resplandor de la verdadera equidad habría sometido a todos los pueblos. Y los legisladores no habrían tomado por modelo en vez de esa justicia indiscutible, las fantasías y caprichos de los persas y de los alemanes. Se la vería implantada en todos los estados del mundo, y en todos los tiempos, en vez de que no se ve nada justo o injusto que no cambie de calidad al cambiar de clima: tres grados de latitud del Polo dan al traste con toda la jurisprudencia, un meridiano decide lo que es verdad. A los pocos años de ejercitar el poder las leyes fundamentales cambian; el derecho tiene sus épocas; la entrada de Saturno en León nos señala el origen de tal crimen. ¡Valiente justicia la que está limitada por un río! Verdad de este lado de los Pirineos, error del lado opuesto. Confiesan que la justicia no está en esas costumbres, sino que reside en las leyes naturales, comunes a todos los países. Seguramente lo sostendrían con tenacidad si la osadía del azar que ha repartido las leyes humanas hubiera encontrado por lo menos*

10. Cfr. DE LUCAS, J., «Derechos sin Fronteras», cit., cap. II. *Derechos Universales y Pluralismo Cultural*.

11. Cfr. LAPORTA, F., *Sobre el concepto de Derechos Humanos* cit., pp. 32 y ss.

12. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 83.

13. *Ibíd.*

*una que fuese universal. Pero la broma llega a tal extremo que el capricho de los hombres se ha diversificado tanto que no hay ninguna que lo sea.»*<sup>14</sup>.

A continuación trataré de establecer la correspondencia entre la crítica a las notas que definen los Derechos Humanos con las críticas que se realizan al concepto de justicia, con especial atención a la característica de la Universalidad. Expondré la crítica al iusnaturalismo y al positivismo para finalizar con lo que puede ser un esbozo de una teoría de la justicia en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

## I

Las tesis clásicas que resuelven el problema de la justicia mediante referencias al orden del universo, a la armonía, a la igualdad o al equilibrio entre los distintos elementos que lo integran son ciertamente sugerentes, y dan alguna noción intuitiva, pero carecen de mayor consistencia, porque adolecen de la necesaria concreción histórica y cultural.

Ello explica el fracaso histórico de los intentos de definir la Justicia mediante fórmulas como dar a cada cual lo suyo, tratar igualmente a los iguales, o a través del reparto de lo que a cada uno corresponde según lo que es justo (*id quod iustum est*), en donde estaríamos ante un déficit de universalidad en sentido lógico, temporal y espacial, y en donde constatamos las contradicciones y fórmulas de carácter ideológico a las que antes hemos hecho referencia con respecto a los Derechos Humanos.

Lo mismo sucede respecto de las propuestas que se basan en la igual condición del ser humano, en que se fundamenta la universalidad racional, porque en todas ellas el problema previo consiste en determinar quién es cada cual (ha habido seres que en otro tiempo no tenían la consideración de personas, como los esclavos, los vencidos en guerra, las mujeres y los niños; la *Lex Aquilia* equiparó a efectos de indemnización los daños sufridos por los esclavos y animales); si cada cual está o no incluido en el reparto (aún en la actualidad coexiste el principio de igualdad con la exclusión de determinadas personas; qué es lo «suyo» propio de cada cual, e incluso qué es lo justo. De ahí la certera conclusión que infiere J. Lucas para quien la nota de universalidad falla por la obvia razón de que «la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo sujetos de derechos»<sup>15</sup>.

El iusnaturalismo, en sus concepciones clásica, medieval y racionalista ha querido reforzar la dimensión universal racional de la jus-

14. Cfr. PASCAL, B., Obras, prólogo y notas de J. L. Aranguren y trad. de Carlos R. de Dampierre, Madrid, Alfaguara, 1981, 60294, pp. 3-67.

15. *Ibid.*

ticia. La idea de un orden universal, racionalmente cognoscible y eternamente válido invoca la universalidad de la justicia. Este orden que es reflejo del que rige las relaciones del cosmos, del orden natural o de la razón y voluntad divinas (iusnaturalismo medieval) y humanas (iusnaturalismo racionalista) define el orden de la sociedad y asigna las funciones que cada cual debe cumplir en él. En todos estos supuestos el Derecho se legitima por sí mismo, con independencia de la regulación de los supuestos concretos. El Derecho es el «*id quod iustum est*», que reparte los bienes, asigna los cargos y distribuye las funciones según una regla de reparto (*tributio*), de modo que la Justicia consiste en el dar a cada cual lo suyo según un orden y unas reglas de reparto que en sí mismas son *justas*, según el concepto clásico de Ulpiano, *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. En otras palabras, el Derecho por el hecho de serlo, es siempre justo. Esta es la tesis fuerte del iusnaturalismo ontológico que desde S. Agustín afirma que la ley injusta no parece que sea ley <sup>16</sup>, (*videtur mihi non esse legis quae iusta non fuerit*) y que con Sto. Tomás dice que la ley injusta no es ley, sino corrupción de ley (*unde omnis lex humanitus posita in quantum a lege naturale derivatur. Si vero in aliquo a lege naturale discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio*) <sup>17</sup>, identificando el Derecho con la justicia puesto que *a sensu contrario*, el Derecho injusto no existe. Como se ha subrayado, el problema que subyace a todas las concepciones propias del iusnaturalismo tiene su origen en una confusión entre lo ontológico y lo deontológico que previamente determina lo que es justo y posteriormente define lo justo en función de aquello que *a priori* han definido como tal <sup>18</sup>.

Sin embargo, ya en su origen esta concepción no ha sido tan pacífica como a veces se nos quiere hacer ver. En el mundo clásico ya encontramos manifestaciones de la crisis del modelo iusnaturalista en las llamadas escuelas «menores». Así, por ejemplo, los epicúreos, anticipando lo que más tarde constituirán las precondiciones de los sistemas democráticos, dirán que dadas la variabilidad histórica (*corrección temporal*) y los diversos modos de organización política social y cultural empíricamente perceptibles (*corrección cultural*) el concepto de justicia no puede ser el mismo en Esparta que en Atenas. En consecuencia, y en defecto de un criterio objetivo y universalmente válido (*corrección universal*), serán el pacto y el contrato libremente establecidos entre ciudadanos (con exclusión de los extranjeros) libres (el derecho a la felicidad y al placer no comprendía a los esclavos, que como apun-

16. Cfr. AGUSTÍN DE HIPONA, «De libero arbitrio», en *Obras de S. Agustín*, Madrid, BAC, 1947, t. III, libro I, V.

17. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, «Suma Teológica. Tratado de la Ley», en *Obras de Sto. Tomás*, Madrid, BAC, 1956, t. VI, 1-2, q. 95 a. 2.

18. Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material*. cit. pp. 31 y ss.

ta Bloch<sup>19</sup> quedaban excluidos del pacto) quienes fijen el criterio que debe definir provisionalmente y en tanto no se establezca otro el modelo de lo justo e injusto. Surge por primera vez el Poder como elemento fundante del Derecho, y el método del pacto para formalizar los criterios de justicia, y lo que es más importante, de justificación del Derecho, perfilándose los elementos que definirán la legitimidad democrática del Derecho: el relativismo axiológico, la variabilidad histórica y la diversidad social que apuntan directamente contra la idea de un orden objetivo, universalmente válido y racionalmente cognoscible.

La aparente unidad del orden medieval no impedirá la existencia de otras corrientes de pensamiento. Junto al llamado *Derecho natural ideal*, no falta el *Derecho natural existencial* que refiere el Derecho (natural) a las decisiones condicionadas por la situación concreta, socavando los principios de universalidad, racionalidad y validez eterna<sup>20</sup>. Desde los sofistas hasta el nominalismo, pasando por el voluntarismo agustiniano, toda una corriente de pensamiento desplaza el centro de gravedad de la razón a la voluntad, de lo universal a lo particular, de lo objetivamente impuesto a lo subjetivamente (y en cierta medida libremente) establecido, del orden (desinteresado) del universo, al orden que se construye en interés del sujeto.

Tampoco han faltado en el seno de las concepciones iusnaturalistas advertencias como la de Aristóteles cuando distingue entre lo justo natural y lo justo político<sup>21</sup> que apuntan directamente al problema, puesto que se trata no de acatar un orden universal cuanto de decidir *hic et nunc* sobre un determinado orden concreto. Lo mismo cabe decir de la concepción de la equidad que en su acepción clásica se define como *correctio legis in quo deficit propter universalitatem* o adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto, que responde a la necesidad de conjugar la ficticia universalidad formal con la real concreción material. Esta concepción quebrará con la superación del orden antiguo y medieval y con el Tránsito a la Modernidad que comporta, como bien se ha dicho, el reconocimiento de los derechos fundamentales.

## II

El positivismo llevará a cabo la corrección positivista y procederá de lo dado a lo construido, y del orden natural al artificial, en su

19. Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Aguilar, 1980, pp. 9-26.

20. Cfr. WELZEL, H., *Derecho natural y justicia material*. Preliminares para una Filosofía del Derecho. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Aguilar, 1957, p. 6.

21. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, *Historia del Pensamiento Jurídico, I. De Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid, Univ. Compl. 1988 (6.<sup>a</sup> ed.), pp. 45-57.



intento de corregir la universalidad abstracta y lógico formal de la que adolece el iusnaturalismo. La distinción entre Derecho y Moral y la vinculación del Derecho con el Poder constituyen, con la afirmación del principio de libertad ideológica (libertad de conciencia que pone fin a las guerras de religión, superación del principio *cuius regio eius religio*), el origen de una nueva concepción de la Justicia. El Derecho ya no será el reparto (*tributio*) que a cada cual corresponde según el orden justo (*id quod iustum est*), sino la manifestación del poder del sujeto sobre los demás. Ante la imposibilidad de definir lo justo y dada la variabilidad de concepciones, el positivismo buscará en la legitimidad del poder el primer elemento de la justicia.

La racionalización del derecho subjetivo, de importancia capital para la comprensión de la historia del pensamiento jurídico, coincide en el tiempo, como muy bien se ha advertido con el Tránsito a la Modernidad y supone el inicio del reconocimiento (jurídico) de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. El cambio histórico, político social y económico que implica es de tal calado que para Villey «abre la vía moderna<sup>23</sup>». El desplazamiento de la idea de Poder del derecho subjetivo al objetivo no se hará esperar. Marsilio de Padúa formulará en el Defensor Pacis la tesis de la soberanía popular como fuente y origen del Derecho y definirá la ley en términos absolutamente positivistas, «cuando para su observancia se da un precepto coactivo con pena o premio en este mundo»<sup>24</sup>, en donde identifica el Derecho (y la Justicia) con la coacción, reduce el Derecho al mandato coactivo del Estado, y anticipa la existencia de sanciones positivas. Bodino definirá la soberanía como *el poder absoluto y perpetuo de una República*, y por fin, Hobbes vinculará el Derecho y la Justicia al Poder del Soberano, definiendo el Derecho en términos puramente formales y absolutamente imperativos y coactivos: «Una ley es un mandato de aquel o aquellos que tienen el Poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué pueden hacer cada uno de ellos y qué no pueden hacer.»<sup>25</sup> Se consuma el tránsito del iusnaturalismo al positivismo y se desplaza el centro de atención desde la Justicia hacia el Poder como el hecho que da origen y justifica el Derecho. A diferencia de lo que sucedía en la

22. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982,

23. Cfr. VILLEY, M., *Philosophie du Droit. I. Définitions et fins du Droit*. Paris, Dalloz 1978 (2.<sup>a</sup> ed.), pp. 149 y ss. Más ampliado en «La Genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, 1964, pp. 97-127. Entre nosotros, cfr. DE LUCAS, J., «El derecho subjetivo», en AA.VV., *Introducción a la Teoría del Derecho*, J. de Lucas, ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 220-233.

24. Cfr. I, 10, 5.

25. Cfr. HOBBS, Th., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos. Estudio preliminar traducción y notas de Miguel Angel Rodilla*. Madrid, Tecnos, 1992., p. 24.

antigüedad clásica y en el medievo, ya no será un poder limitado y tributario del orden cósmico, natural y/o divino, sino del Poder soberano del Estado, que no conoce límite alguno y es habitualmente obedecido.

En adelante el problema en la historia del pensamiento jurídico consistirá en justificar el Poder como el elemento primario del Derecho. Y en ello coincidirán las observaciones de Pascal, con su crítica al racionalismo universal y abstracto, con las de Locke, para quien el poder se justifica solo y sólo si respeta y protege los derechos naturales e inalienables; las de Rousseau, a quien debemos la teoría de la legitimidad democrática del Derecho, y Kant, que apuntará la formalización de la Justicia. El desplazamiento de la reflexión de la teoría de la justicia hacia el problema de la justificación del Poder implica las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup>) La vinculación del concepto de justicia con el de legitimidad del poder, que desmiente el idealismo iusnaturalista sobre la racionalidad del fundamento de validez del Derecho y refuerza la conclusión avalada por el análisis empírico de que el Derecho positivo es válido con independencia de su justicia. También en su versión radical el positivismo jurídico ha negado como el iusnaturalismo ontológico la existencia del Derecho injusto y en consecuencia ha identificado el Derecho con la Justicia. La afirmación de Hobbes según la cual aquello que ordena el soberano es siempre justo (*non veritas sed auctoritas facit legem*) define, siguiendo a Bobbio, el formalismo ético, o concepción legalista de la justicia según la cual es justo lo ordenado por el soberano e injusto lo prohibido <sup>26</sup>.

2.<sup>a</sup>) Definición y concreción de los contenidos de justicia mediante el pacto con los ciudadanos. Superación del formalismo y aportación de contenidos concretos y materiales a la idea de justicia. En este punto se trata de superar el error del positivismo ideológico, que reduce el Derecho (y la Justicia) a la pura expresión de la voluntad de poder (*reductio ad hitlerum*), afirmando que el Derecho es siempre justo porque emana del soberano (*ius quia iussum*), como el error del iusnaturalismo también ontológico cuando afirma que el Derecho es siempre justo por ser Derecho (*ius quia iustum*), para afirmar, siguiendo a Bobbio <sup>27</sup> y a Peces Barba <sup>28</sup>, que justicia del Derecho y legitimidad del Poder son conceptos inescindibles y que en consecuencia el primer elemento de un derecho justo es un poder

26. Cfr. BOBBIO, N., «Formalismo ético y formalismo jurídico», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990 (2.<sup>a</sup> ed.), pp. 105 y ss.

27. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría dell'Ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli ed. 1960, pp. 61 y ss. Hay trad. castellana *Teoría General del Derecho*, a cargo de E. Roza Acuña, Madrid, Debate, 1991, pp. 184 y ss.

28. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Debate, 1984 (2.<sup>a</sup> ed.), p. 269.

legítimo. Sólo el poder legítimo puede producir derecho justo. Esta concepción no solo salva la *reductio ad hitlerum*, sino que conjugando las dimensiones de validez, eficacia y justificación del Derecho, exige un juicio de legitimidad previo sobre el derecho válido y/o eficaz, no obstante su autonomía. Como dice Bobbio al respecto, «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»<sup>29</sup>. A comienzos del s. XVII ya anticipó Pascal esta conclusión: «es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin fuerza es impotente; la fuerza sin justicia es tiránica. La justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin justicia es acusada. Hay pues que unir la justicia y la fuerza, y conseguir así que lo justo sea fuerte y lo fuerte sea justo»<sup>30</sup>.

3.<sup>a</sup>) La tesis que establece el Poder como origen del derecho y la legitimidad democrática como requisito necesario, aunque insuficiente de la teoría de la Justicia, fundamenta la existencia de un deber moral y jurídico para la obediencia como para la desobediencia al Derecho. El punto de partida es la afirmación de la autonomía del sujeto, que comprende la capacidad de darse leyes a sí mismo, que se manifiesta en el ejercicio de la razón y requiere de la libertad, no sólo negativa, sino libertad de autonomía y participación (que no de adhesión), libertad democrática, o libertad en la ley que ya anticipa Cicerón, «*servi legum sumus ut liberi esse possumus*», y más tarde formulará Rousseau, por la que cada uno «*uniéndose a todos no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes*» y ratificará Kant en su opúsculo sobre la Paz Perpetua cuando describe la libertad jurídica como la facultad de no darse otras leyes que aquellas a las que se ha podido prestar el consentimiento<sup>31</sup>. Ello implica que frente a la concepción tradicional que desvaloriza el Derecho, puesto que comprende deberes negativos frente a la Moral que conoce mandatos positivos, y que partiendo de que el *Derecho fuerza pero no obliga*<sup>32</sup>, niega el fundamento ético para la obediencia, podamos afirmar con la teoría más reciente que «*puede haber*

29. Cfr. BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, cit., 62.

30. Cfr. *Pensamientos*. Edición a cargo de C. Pujol, Barcelona, Planeta, 1986, pp. 67 y ss. En la edición de las *Obras*, Madrid, Alfaguara, 1981, cit., figura con el ordinal 103-298, pp. 377. Sobre Pascal y en relación con el tema que nos ocupa, vide GIL CREMADES, J. J., *Esprit de finesse y caustica. Teoría y praxis en la reflexión pascaliana*. En *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor Corts Grau*. Valencia, 1977, t. I., pp. 313-331, y PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la Justicia», en *ADH*, n.º 2/83, pp. 333-345.

31. Cfr. BOBBIO N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. Lezioni raccolte dallo studente Gianni Sciorati*. Torino, Giappichelli ed., 1969, pp. 226.

32. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pp. 365-398.

*un fundamento ético para la obediencia al Derecho, lo mismo y el mismo que puede haberlo para su desobediencia»*<sup>33</sup>.

Paradójicamente el positivismo incurrirá en los mismos defectos de universalización y formalización. En pleno auge del racionalismo la fina ironía de Pascal advertirá de ello. La Universalidad de las categorías lógico-formales no logra ocultar la evidencia de las diferentes concepciones de la justicia a uno y otro lado de los Pirineos. El racionalismo y el positivismo, si bien logran realizar la corrección positiva y temporal fracasarán en el intento de llevar a cabo la corrección cultural, puesto que neutralizarán ideológicamente el concepto de justicia que justificará formalmente el orden establecido. Esta neutralización, que ya se contiene *in nuce* en las Declaraciones de Derechos, será evidente a partir de la Codificación, mediante la definición del Derecho en términos estrictamente formales merced a su identificación absoluta con el Derecho privado. No cabe pues extrañarse ante la reacción antiformalista en donde Ihering anticipará el carácter ideológico del Derecho que denunciará Marx, como de las reacciones antirracionalistas que vienen de la mano del romanticismo y del nacionalismo de la Escuela Histórica, que manifiesta una triple oposición al carácter de la justicia tanto en sentido racional al que opone el carácter emotivo e irracional, como al carácter intemporal y cultural, frente al que reivindican la concreción y la diferencia.

### III

La reacción antiformalista conlleva la llamada corrección realista. Se trata de comprender la Justicia desde la vida real y no desde su formalización en categorías jurídicas; de insistir en sus condiciones de aplicación y efectividad de la justicia y en definitiva de liberar la imagen de la Justicia de la venda que ciega sus ojos para que, inserta en la realidad política social, económica y cultural pueda desarrollar su función. Es la vieja distinción que realiza el realismo entre el Derecho *in books* y el Derecho *in action*. Ahora bien, frente a los excesos del realismo, el Derecho no puede renunciar a su dimensión normativa. Se trata en este punto de reivindicar algo tan obvio como la dimensión insoslayable de ordenación, orientación y guía de las conductas y tratamiento al menos si no resolución del conflicto social conforme a reglas preestablecidas que compete al Derecho<sup>34</sup>, frente a los excesos de las llamadas escuelas libres herederas del antiform-

33. Cfr. ATIENZA, M., «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», *RFDUC*, n.º 62/81, pp. 84 y ss. *Vide* también DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate 1984. Con carácter general, *vide* FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*. Madrid, Civitas, 1987.

34. Cfr. FERRARI, V., *Funciones del Derecho*. Trad. de M.ª J. Añón Roig y J. de Lucas. Madrid, Debate, 1989, caps. IV, V y VI.

malismo, que eliminados la dimensión normativa y el valor de la seguridad y certeza jurídicas, constituyen una seria amenaza para la propia existencia del sistema (ordenamiento) jurídico. Se trata en definitiva de asumir el normativismo realista, y afirmar con Bobbio que en el vértice del ordenamiento jurídico, «*lex et potestas converguntur*»<sup>35</sup>, de modo que la justicia sea el resultado de la conjunción entre la norma, el hecho y el valor como elementos integrantes e inescindibles del concepto de Derecho, a fin de no reducir la justicia a la expresión del sentimiento de aprobación y/o rechazo, o a la constatación de la práctica social mayoritaria, ni de sacrificar valores ni principios, como los de la certeza, seguridad, legalidad, e irroactividad, entre otros, que desde el sometimiento del poder al Derecho e instauración del Estado de Derecho constituyen garantías irrenunciables para los ciudadanos y también para los poderes públicos<sup>36</sup>.

Sin embargo, la crisis del concepto universal y racional de la justicia no debe llevarnos a certificar la primacía de la relatividad y menos del irracionalismo. Si es cierto que el pensamiento premoderno afirma una objetividad impuesta, no lo es menos que el posmoderno se disuelve en la más pura subjetividad que imposibilita el discurso racional y la consecución del consenso<sup>37</sup>. Antes bien, la rehabilitación de la razón práctica exige la recuperación del discurso moral/racional y la conjunción de los valores de universalidad y concreción, de identidad y diferencia. Dicho de otro modo, la crisis de la Ilustración no es la muerte de la razón, sino que, como he tenido ocasión de mostrar en otro lugar, la crisis de la Ilustración proviene de la pérdida de fe en los ideales emancipatorios que llevará a cabo la Codificación<sup>38</sup>. El tratamiento de esta patología implica una mayor exigencia frente al Derecho y al Estado, una profundización en el Estado social y democrático, un uso más intenso y generalizado de la razón práctica y no la declaración de su muerte súbita tal y como postulan no pocos posmodernos y los cada vez más partidarios del Estado mínimo. Como señala J. de Lucas al respecto, «el mensaje ilustrado es difundido por quienes defienden la primacía del individuo y de sus derechos y, por tanto, de la libertad y de la primacía de la sociedad civil, pero también por quienes advierten que la conciliación de esas libertades no es posible fuera del Estado, o de una comunidad en sentido fuerte»<sup>39</sup>.

35. Cfr. BOBBIO, N., «Del Poder al Derecho, y viceversa». En *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 355-371.

36. Cfr. FERRAJOLI, L., *El Derecho como sistema de garantías*, trad. de Perfecto A. Ibáñez en *JPD*, n.º 16-17/92, pp. 61-69

37. En contra de esa disolución cfr. BALLESTEROS, J., *Posmodernidad: Decadencia o Resistencia*. Madrid, Tecnos, 1989, Cuarta Parte, pp. 101 y ss.

38. Cfr. VIDAL GIL E., J., «Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos». *AFD*, t. VI/89, pp. 205-221.

39. Cfr. DE LUCAS, J., *Derechos sin Fronteras*, cit. p. 73.

Esta es la vía por la que discurren las concepciones actuales sobre la justicia, como la de Rawls, que partiendo desde bases contractualistas refieren el problema de la justicia a los más generales de la economía derivados del reparto y de la distribución de los bienes escasos. Permiten superar la ambigüedad de las teorías que fundamentan la justicia en un pretendido orden de la naturaleza; fijan un límite importante frente a la arbitrariedad de las meras convenciones mediante lo que, no obstante sus diferencias, para unos constituyen los derechos inalienables y para otros el coto vedado, y salvan, frente al utilitarismo, el sacrificio de los derechos individuales, que si bien constituyen triunfos frente a la mayoría, no se constituyen por ello en derechos absolutos.

Más recientemente se ha tratado de fundamentar la teoría de la justicia mediante la satisfacción de las necesidades básicas, que salvan el recurso o la ficción del velo de ignorancia mediante el consenso para definir cuáles son las necesidades básicas y radicales<sup>40</sup>. Aun cuando subsiste la cuestión de fondo que consiste en determinar quién es cada cuál, qué es lo suyo y qué se debe entender por necesidades básicas y radicales, refuerzan el consenso en torno al punto de partida que exige libertad, autonomía e igualdad y en torno a toda una serie de bienes esenciales para llevar una vida autónoma. Además permiten la incorporación al Derecho de los deberes positivos generales, como el de la solidaridad, superando la tradicional distinción entre la moral, que imponía deberes positivos, y el derecho, que se limitaba tan sólo a los negativos<sup>41</sup>.

#### IV

En la actualidad, el problema de la justicia se inscribe en el marco de la distinción entre el razonamiento lógico, que, como señala Prieto siguiendo a Perelman, depende de axiomas, tiene como norma la coherencia y da lugar a resultados ciertos o erróneos y el razonamiento retórico del que forma parte el jurídico, que depende de normas y precedentes, tiene como dogma la plenitud, pues el juez viene obligado a fallar en todo caso, y sus conclusiones son fuertes o débiles<sup>42</sup>. De ahí la exigencia moral de justificar el razonamiento y el deber jurídico de motivar las Sentencias, que ya no es manifestación

40. Cfr. AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J., *De las Necesidades a los Derechos*, Madrid, CEC, 1994 (de inminente aparición).

41. Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., «Los deberes positivos generales y su fundamentación», en *DOXA*, n.º 3/87, pp. 17-33. Vide en el mismo número los arts. de BAYÓN y LAPORTA.

42. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 60 y ss. Una muy sugerente y fundamentada exposición crítica del pensamiento de Perelman es la de ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, Madrid, CEC, pp. 65-101.

de la debilidad del poder real y del de los Jueces, como en otro tiempo, sino que cumple la función de ser un instrumento de control y de legitimidad de la actividad del juez<sup>43</sup>, pues se está en el ámbito de lo contingente, de lo que puede ser de otro modo. El deber de motivar las sentencias, mucho más que un requisito de *elegantia iuris*, es un deber profesional con el rango de obligación constitucional que contribuye a la aceptación del fallo en el marco de las sociedades pluralistas, supliendo la función que anteriormente cumplían la autoridad y/o la tradición<sup>44</sup>. El reconocimiento en la Teoría del Derecho actual de que junto a los *casos fáciles*, que en realidad no lo son, hay *casos difíciles y también casos trágicos*<sup>45</sup> avala esta conclusión. Lejos de constituirse en una verdad *a priori* universal e inmutable (concepción iusnaturalista) o en una proposición formal impuesta por el poder (concepción positivista), la justicia será un resultado, no un dato previo, mutable y contingente, sujeta al cambio y devenir histórico, sin perder por ello su condición normativa y su carácter racional y razonable.

En esta línea se definen las tesis de quienes como Perelman definen la justicia mediante la idea del *acto justo* de la *regla justa* y del *agente justo*<sup>46</sup>. El acto justo consiste en la correcta aplicación de una norma; el juez es como una máquina carente de toda connotación afectiva o pasional que aplica imparcialmente las normas. La justicia, como el producto de una operación aritmética, dará un resultado fijo, estático, inmune a toda connotación afectiva o pasional que aplica imparcialmente las normas y que tiene su reflejo y simbolismo en la tradicional y hierática imagen con la venda sobre los ojos. Esta teoría constituye el formalismo jurídico del XIX, que parte del principio de separación de poderes, afirma la sumisión del juez a la ley, reduce el acto de aplicación del derecho a la subsunción del caso en la ley, y afirma que sólo hay «*casos fáciles*»<sup>47</sup>. Dejando de lado los problemas que se plantean en torno a la crisis de este modelo, parcialmente vigente, de comprender la función judicial, lo cierto es que la justicia del acto, y la conformidad a ley, son por sí solos incapaces de garantizar, más allá de la mera formalidad y del

43. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 116 y ss.

44. Cfr. ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*. cit., pp. 25 y ss.

45. Cfr. ATIENZA, M., «La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los "Grapo"», en *Jueces para la Democracia*, n.º 9/90, pp. 31-37.

46. Cfr. PERELMAN, Ch., *De la Justice*. Bruxelles, Solvay, 1945. Cito por la edición *Ethique et Droit*, Bruxelles, ULB, 1990. He consultado la trad. italiana de L. Ribet con prefazione de N. Bobbio, *La Giustizia*, Torino Giappichelli, ed., 1989 (2.ª ed.).

47. Cfr., PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, n.º 6/83, pp. 17-26. RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», en *AFD*, 1984, pp. 8-31, y, PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., caps. IV y V.

formalismo ético en que incurren, un resultado justo (piénsese en el operador jurídico que aplica correctamente una norma que prescribe la discriminación racial). De ahí que en ocasiones obliguen a recurrir a la ficción y a la mentira, con el fin de eludir la aplicación (justa) de una regla (injusta) <sup>48</sup>.

La justicia de la regla tiende por el contrario a reforzar la seguridad jurídica mediante la certeza de que los casos sucesivos serán resueltos conforme a aquellos que siendo similares les sirvan de precedente. Es una técnica que se adapta mejor al modelo jurisprudencial anglosajón y al principio del «*stare decisis*». Frente a la concepción formalista y mecánica, propia de un modelo codificado, la justicia cobra dinamismo, siendo más un resultado, que un dato previo, y, el juez, activismo. Hay «*casos fáciles y casos difíciles*». En la aplicación del Derecho cobran relevancia la equidad, en cuanto adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto con la consiguiente apertura a los principios <sup>49</sup> y, la analogía <sup>50</sup>, en cuanto recurso que permite colmar las lagunas. Ambas hacen posible la obligación que tienen los Jueces y Tribunales de decidir en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido e impiden la denegación de justicia. En este supuesto se plantean los problemas opuestos a los de la justicia del acto; la legitimidad de la creación judicial del derecho, la discrecionalidad y arbitrariedad judicial en segundo, son las objeciones más importantes y consistentes.

El agente justo, origen, árbitro y medida de toda justicia, que realiza actos justos y enriquece la justicia con la piedad, la caridad, la humanidad y la solidaridad, constituye el tercer criterio. Sus actos no son sólo justos, sino justificados, de donde trae su causa la exigencia de motivar las resoluciones y fallos judiciales. No obstante sus importantes diferencias, cabría situar en esta orientación las últimas aportaciones de la teoría del razonamiento jurídico que tratan el concepto de justicia como el resultado de un proceso que es racional y razonable. Dado que la pura racionalidad por sí no basta para lograr un resultado justo (recuérdese el viejo aforismo romano

48. Un sugerente planteamiento en relación con el principio de integridad en Dworkin es el de PÉREZ LUÑO, A. E., «El desbordamiento de las fuentes del Derecho», Sevilla, *RASLJ*, 1993, pp. 25 y ss.

49. Sobre los principios, cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, CEC, 1992. Vide RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, «Los principios generales del Derecho», en *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Madrid, U. Compl., 1987, pp. 57-71. PUIGPELAT MARTÍ, F., «Principios y normas» en *ADH*, n.º 6/90, pp. 231-247, y, ATIENZA Y RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas» en *DOXA*, n.º 10/91, pp. 101-120. Un clásico sobre el tema es el libro de CARRIO, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

50. Cfr. ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid, Civitas, 1986. Vide además RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, *La analogía jurídica*, en *Métodos para el conocimiento del Derecho*, cit. pp. 41-57.



*summum ius summa iniuria*), en determinadas ocasiones habrá que acudir al criterio de la razonabilidad (que parece recuperar algo del viejo sentido de la *epikeia*) como justificación del resultado obtenido. Surgen los llamados «casos trágicos». Frente a las concepciones apriorísticas y formalistas de la justicia, que en cuanto justas parecen quedar exentas de toda justificación, los problemas afectan no ya a la justicia, sino a la justificación del resultado y remiten directamente al problema de la legitimidad. Esta es la situación que se produce en el ámbito de nuestras sociedades pluralistas, relativistas y abiertas, con percepciones diferentes acerca de lo que consiste la justicia. La justificación surge como un límite a la arbitrariedad que parece acompañar a cualquier fórmula de la justicia que intente superar el principio formal, y representa el esfuerzo para dotar de legitimidad a las concepciones sobre la justicia.

## V

Por todo ello me inclinaría a considerar la justicia como uno de los fines del Derecho pero no como el más importante ni tampoco como lo que define el Derecho. También otros valores, como la seguridad, la certeza, la libertad, la igualdad, la solidaridad<sup>51</sup> y la paz, entre otros, merecen la consideración de fines del Derecho. Parece que la única referencia válida, eficaz y legítima de la justicia será la que resulte del ordenamiento jurídico, que constituye el ámbito en el que es posible dotarla de contenidos concretos, y permitir la satisfacción de las necesidades básicas. El concepto de justicia deberá satisfacer la *moralidad interna* del ordenamiento e impulsar la *moralidad crítica*. Creo que la justicia es un concepto que incluye un proceso (requisito necesario pero insuficiente, puesto que a través de un proceso justo se puede dar un resultado injusto como entre otros muestra Nelson<sup>52</sup> siguiendo a Singer) y un resultado (que ha de ser racional, razonable y justificado —mediante la aceptación— por el conjunto de la sociedad), que una concepción con contenidos concretos y previamente definidos, sujetos, por el contrario, en todo momento, al proceso de evolución histórico y social que marque la sociedad. Aun a sabiendas de que se pueden presentar supuestos en los que exista Derecho sin justicia y justicia sin Derecho<sup>53</sup>, la única

51. Sobre la solidaridad, cfr., DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1992. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La solidaridad», en *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General (I)*, cit., pp. 221-251; GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Notas para la elaboración de un principio de solidaridad como principio político*, en *Sistema*, 101/91, pp. 123-135 y AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., *Un punto de vista sobre la solidaridad: A. Camus «o esto es asunto de todos»*, en el libro homenaje al prof. J. M.<sup>a</sup> Rojo (en prensa).

52. Cfr. NELSON, W., *La justificación de la democracia*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1986.

53. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.<sup>a</sup>, «Las injusticias fuera y dentro del De-

referencia válida eficaz y legítima de la justicia será el resultado que de ella se derive en un ordenamiento jurídico positivo concreto. La justicia será por consiguiente el resultado de un proceso en el que mediante decisiones simétricas se llegue a un resultado aceptable y aceptado en su caso aún por quienes se vean perjudicados. Es la síntesis, como se ha dicho, de libertad e igualdad en su sentido material y formal.

En este contexto, y con referencia a ordenamientos jurídicos concretos, la justicia será ante todo libertad, que constituye y precede a la justicia en la jerarquía que de los valores superiores se establece en el art. 1.1 de la Constitución y ostenta lo que los anglosajones definen como una «*preferred position*»<sup>54</sup>. Es el requisito necesario (aunque insuficiente) para poder comprender el concepto de justicia. La libertad exige la legitimidad y justificación del Poder como elemento primario y fundamental del ordenamiento jurídico positivo. Reitero cuanto he señalado sobre la legitimidad del poder como requisito necesario aunque insuficiente de un derecho justo. La libertad, que constituye la condición para que se desarrolle la autonomía del sujeto, comprende, como ya señalaron (metodológica y teóricamente) Bentham y Kant, la libertad para optar, para obedecer y también para discrepar. Una teoría actual sobre la justicia deberá comprender las concepciones clásicas (libertad, autonomía) y las más actuales (libertad positiva) en sus dos dimensiones de prestación (Estado social de Derecho) y de participación (Estado democrático de Derecho)<sup>55</sup>.

La igualdad material y formal es el segundo elemento que constituye el concepto de justicia. En su dimensión material exige la superación de aquellas desigualdades de partida que impidan la realización autónoma de los planes de vida de los individuos y supone como recientemente se ha subrayado, toda una revolución en el mundo jurídico que conlleva el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho, la adopción de políticas de redistribución de bienes a cargo de los poderes públicos y la comprensión del Derecho como un sistema de regulación social que ya no es garantista represivo ni procede exclusivamente *a posteriori* mediante sanciones

---

recho», en *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Madrid, Univ. Compl. 1988, pp. 149-163.

54. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 145 y ss.

55. Cfr. BOBBIO, N., «Libertad» en *Igualdad y Libertad*. Introducción de G. Peces-Barba. Barcelona, Paidós ICE/UAB, 1993, pp. 97-154. Vide también PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La libertad social, política y jurídica», en *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, cit., pp. 184-207; LAPORTA, F., «Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político» en *Sistema*, n.º 52/83, pp. 23-43; RUIZ MIGUEL, A., «Sobre los conceptos de la libertad» en *ADHs*, n.º 2/83, pp. 513-549, y DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la libertad en el Estado social y democrático», en *Sistema*, n.º 101/91, pp. 87-103.

negativas, sino promocional y redistributivo<sup>56</sup>, que actúa *a priori* mediante sanciones positivas, integrando el concepto material de igualdad que exige la satisfacción de las necesidades básicas, con la dimensión formal, que comprende las dimensiones de generalización, diferenciación y procedimiento (arts. 1.1.9.2 y 14 CE)<sup>57</sup>.

Creo finalmente, que el gran logro de nuestro ordenamiento jurídico ha sido, entre otros, el de posibilitar una teoría de la justicia que más allá de todo apriorismo iusnaturalista, y de concepciones positivistas formalistas, permite recuperar la dimensión formal de la justicia (tratar igualmente los casos similares) y referir esta concepción a contenidos concretos, como son los que integran los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.) que aparte su consideración de valores superiores del ordenamiento son normas jurídicas directamente aplicables, orientan los principios del ordenamiento y vinculan directamente a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 y 3 C.E.)<sup>58</sup>. Este concepto permite integrar las teorías contractualistas sobre la justicia, que afirman la legitimidad democrática del Poder, vértice y origen del ordenamiento jurídico, con las concepciones formales del ordenamiento que serán la garantía de la seguridad y certeza jurídicas y que impiden y cierran el paso a concepciones iusnaturalistas tópicas o a las mal llamadas concepciones «libres», en cuanto que, como observa Cattaneo siguiendo a López de Oñate, ciertamente liberan al juez, pero no lo es menos que someten al ciudadano, al que se le priva de la protección que le ofrece la ley general abstracta, al puro arbitrio judicial<sup>59</sup>. Como bien apunta Prieto, «concebir los Tribunales como un depósito de la legitimidad distinta a la legitimidad cristalizada en la Constitución; suponer que existen valores jurídicos nuevos y pujantes encarnados por los jueces, que deben hacerse operativos frente a los valores viejos y caducos de la norma escrita, no sólo constituye un inmenso

56. Cfr. BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el estado del bienestar», *AFD*, t. X/93, pp. 111-133.

57. Cfr. BOBBIO, N., «Igualdad», en *Igualdad y Libertad*, cit., pp. 53-96. Vide también PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La igualdad», en *Curso de Derechos Fundamentales* (I), cit., pp. 242-246. Vide además, CALSAMIGLIA, *Sobre el principio de igualdad* en J. MUGUERZA y otros; *El fundamento de los Derechos Humanos*, G. Peces Barba, ed., Madrid, Debate, 1989, pp. 97-110; LAPORTA, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, n.º 67/85, pp. 3-31 y más recientemente, SUAY RINCÓN, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española, libro-homenaje al prof. García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 837-892, y FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, E., «Igualdad, diferencia y desigualdad», en *AFD*, t. X/93, pp. 59-71.

58. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, pp. 88 y ss.

59. Cfr. CATTANEO, M. A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1966, pp. 193. El texto de LÓPEZ DE OÑATE procede de *La certezza del Diritto*. Roma, Tipografia costituzionale nazionale, 1942, pp. 109.

fraude a la misma idea de Constitución y de soberanía popular, sino que además representa un notable peligro para la existencia del Estado de Derecho»<sup>60</sup>. La referencia a los valores superiores fortalece la legitimidad legalizada e impulsa y abre el ordenamiento legitimidad crítica, integrando la regla formal de la justicia con los criterios materiales que según el ordenamiento impongan y exijan tratamientos discriminatorios. La referencia a la justicia de la regla implica el tratamiento de los distintos supuestos *sub specie legis*, con imparcialidad, que no es lo mismo que neutralidad, y con sometimiento a la ley y al Derecho, sin que ello conlleve necesaria y exclusivamente la aplicación de la regla de la subsunción. La justicia del acto impulsa el activismo judicial y afirma la discrecionalidad que no arbitrariedad, de los operadores jurídicos. Finalmente, la justicia del agente cierra y garantiza la legitimidad de las decisiones, mediante el ejercicio de la libre crítica y la exigencia de la justificación de las decisiones, en donde cobra especial relevancia la teoría del razonamiento judicial y el principio de razonabilidad de las decisiones, que opera precisamente ante la fuente y origen de toda legitimidad necesaria, aunque insuficiente, que es el auditorio.

La justicia, que tiene su origen en la libertad<sup>61</sup> y se desarrolla en la igualdad, culmina también, en la libertad, que conlleva la aceptación o el rechazo de sus contenidos, constituyendo como bien se ha dicho la síntesis correcta de libertad e igualdad<sup>62</sup>. Este concepto de justicia, que integra el poder y los valores, que asume sus dimensiones materiales y formales, que libera a la norma y sujeta al intérprete, asume y enriquece la concepción de Kelsen cuando en el acto de su jubilación y despedida en Berkeley afirma que «*mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia*»<sup>63</sup>.

Creo que nuestro tiempo, como apunta Bobbio, es el de los Derechos<sup>64</sup>; por consiguiente, si la justicia quiere trascender la pura emotividad deberá plasmarse y concretarse en el reconocimiento de los Derechos que implican la existencia de deberes correlativos, y en algunos supuestos, como el de los derechos sociales y los de solidaridad, la ruptura del vínculo de reciprocidad (*do ut des*) propio de la teoría de las obligaciones en el derecho privado, que impulsa y sacraliza las leyes del mercado en detrimento de la «*pietas*». Por

60. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 11/84, pp. 83 y ss.

61. Cfr. DÍAZ, E., «La justificación de la Democracia», en *Sistema*, n.º 66/85, pp. 3-23.

62. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Estudios de Ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, p. 83.

63. Cfr. KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?* Edición a cargo de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1991, p. 63.

64. Cfr. BOBBIO, N., *El Tiempo de los Derechos*. Trad. de Rafael de Asís Roig y prólogo de G. Peces Barba Martínez, Madrid, Sistema, 1991, pp. 97-113.

ello, a la vista de las observaciones que recientemente se han formulado, la Justicia no puede definirse sólo mediante la tolerancia, que, como observa J. de Lucas, no engendra ningún derecho ni comporta el reconocimiento de valor positivo alguno, sino en la adscripción, reconocimiento y protección, derechos con especial observancia respecto los derechos de las minorías <sup>65</sup>.

El concepto de Justicia, en definitiva, consistirá en la conjunción entre tolerancia <sup>66</sup> y solidaridad (Peces-Barba), de un lado, en el reconocimiento, garantía y protección de derechos de las minorías más allá de cualesquiera fronteras nacionales (J. de Lucas) <sup>67</sup>, de otro, y en todo caso, en la satisfacción de las necesidades básicas y radicales (Añón) <sup>68</sup>.

---

65. Cfr. DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial referencia a la situación en Europa». *Revista del CEC*, n.º 15/93, pp. 97-128. *Vide* también FERNÁNDEZ, E., «La protección jurídica de las minorías», *Sistema* n.º 106/92, pp. 71-80, y BEA PÉREZ, E., «Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional con especial referencia al marco europeo», en *Los Derechos Humanos*. J. Ballesteros ed., cit., pp. 163-185.

66. «Sobre la tolerancia», cfr. *DOXA* 11/92, con artículos de DE LUCAS, DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

67. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos, 1992, caps. I y II.

68. Cfr. AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J., «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», en *Los Derechos Humanos*, J. Ballesteros ed., pp. 100-116.



## Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica

Por ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ

Valencia

### I. INTRODUCCIÓN

En la línea de algo que ya fue señalado por Aristóteles<sup>1</sup>, suele decirse que el principio de igualdad consiste en la exigencia de tratar de manera igual lo que es igual y de manera desigual lo que es desigual. Así caracterizado, el principio de igualdad puede ser considerado como una exigencia ética y jurídica universal o, al menos, universalizable.

Ahora bien, la mencionada definición es puramente formal. Si queremos descubrir cuáles son las exigencias materiales implícitas en el principio de igualdad, es necesario concretarla, esto es, determinar cuándo dos o más personas, grupos de personas o situaciones son iguales, debiendo dárseles un trato normativo igual y cuándo no. Y semejante concreción no puede establecerse *a priori*, no puede desprenderse de fórmulas generales universalmente válidas para todas las ocasiones. Para ello, habrá que tomar en consideración el contexto histórico, las características de las concretas situaciones que exigen justicia, a efectos de qué regulación jurídica se hace el juicio de igualdad, etc. Y es que el principio de igualdad es un principio ético, político y jurídico, esto es, perteneciente al ámbito de la *praxis*. Y los principios prácticos —como destacaba el pensamiento clásico de autores como Aristóteles, Tomás de Aquino, Suárez, Vico, etc., y nos recuerda Ballesteros— son principios no arbitrarios, no meramente discrecionales, pero al mismo tiempo flexibles, es decir, que,

---

1. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M.<sup>a</sup> ARAÚJO y Julián MARÍAS, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, V, 1-5.

aun manteniendo su esencia, varían y se adaptan a las diversas circunstancias históricas <sup>2</sup>.

Dada la imposibilidad de otorgar el mismo trato a todas las personas y a todas las situaciones, el Derecho, las normas jurídicas, proceden necesariamente mediante distinciones normativas.

Pues bien, esas distinciones normativas pueden ser evaluadas desde el punto de vista del principio de igualdad. Éste implica unas exigencias impuestas al legislador en lo relativo a la selección de los criterios de diferenciación en base a los cuales se establecen diferencias de trato normativo.

Las normas pueden tomar en consideración las diferencias existentes entre los seres humanos y las situaciones y establecer en base a ellas una diferencia de trato normativo, pero dentro de ciertos márgenes. La problemática del principio de igualdad reside precisamente en establecer cuándo están justificadas y cuándo no las diferencias de trato normativo.

De acuerdo con la caracterización inicialmente propuesta, puede decirse que el principio de igualdad presenta una doble vertiente: de un lado, como principio de equiparación, de no-discriminación, de trato igual a los iguales, o más exactamente de trato igual de las personas o situaciones entre las que existen diferencias, pero que se consideran como irrelevantes a los efectos de que se trate, y de otro lado como principio de diferenciación, esto es, de trato diferenciado de las personas o situaciones entre las que existen diferencias «relevantes» a los efectos de la regulación jurídica de que se trate.

De lo que acabamos de señalar se desprenden dos puntualizaciones importantes.

En primer lugar, que la igualdad absoluta o identidad propiamente sólo se da en las relaciones de identidad de un objeto consigo mismo. Dos personas o situaciones nunca son idénticas entre sí, siempre serán diferentes en algo. Por eso la igualdad es un concepto relativo que implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros. A diferencia de la identidad, la igualdad o desigualdad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia, haciendo abstracción de los demás <sup>3</sup>.

En segundo lugar, que el juicio de relevancia —como subraya Prieto <sup>4</sup> ha de efectuarse no de una manera genérica, sino referido a

2. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1986 (2), pp. 102 y ss.

3. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en ADH 1 (1981), p. 265 y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad» en AFD, 1987, pp. 116-117.

4. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, «Igualdad y minorías», Conferencia pronunciada en el Curso Internacional sobre «Las minorías en Europa: Problemas jurídicos y políticos», Valencia del 21 al 30 de marzo de 1994.



un concreto ámbito de regulación jurídica. Una diferencia irrelevante a los efectos de cierta regulación jurídica puede resultar relevante en otro ámbito de regulación. Así la diferencia entre personas mayores y menores de edad es obviamente irrelevante a los efectos del derecho a la vida y, sin embargo, es relevante a los efectos del ejercicio del derecho de sufragio y en general en el ámbito de las normas que limitan la capacidad de obrar de los menores.

Hechas estas dos puntualizaciones, a continuación, en los sucesivos apartados de este trabajo, nos proponemos examinar las dos vertientes del principio de igualdad (principio de equiparación y principio de diferenciación). Veremos asimismo algunas de las cuestiones que suscita el juego de estos dos principios en relación con la extranjería. En un último apartado analizaremos los problemas que plantea la aplicación conjunta de estas dos caras del principio de igualdad, con especial atención a los criterios mantenidos por nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular.

## II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO EXIGENCIA DE EQUIPARACIÓN

En cuanto exigencia de equiparación, el principio de igualdad implica el trato igual de las personas y de las situaciones no idénticas, pero sí equiparables en cuanto que las diferencias existentes entre ellas se estima que deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa. Esta vertiente del principio de igualdad supone hacer abstracción de determinados rasgos distintivos que de hecho existen entre los seres humanos y las situaciones, pero que se consideran como irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado<sup>5</sup>.

Puede decirse que el principio de igualdad como exigencia de equiparación prohíbe de una manera genérica las desigualdades de trato arbitrarias, injustificadas o irrazonables, según la terminología empleada por los Tribunales Constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lugar destacado dentro de esta dimensión del principio de igualdad lo ocupan los principios de no discriminación por razón de raza, sexo, religión, estrato social, etc., en cuanto que, entre otras cosas, suponen que tales rasgos distintivos entre las personas deben consi-

---

5. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., pp. 265-267 y LAPORTA, Francisco, «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema* 67, julio 1985, pp. 13-15. En la misma línea, RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933, p. 98 y BRUNNER, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, México, UNAM, 1961, p. 34.

derarse, al menos en principio, como irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado<sup>6</sup>.

Ahora bien, puede decirse que, aunque el principio de no discriminación es una manifestación del principio general de igualdad de trato, su alcance es más intenso y distinto al de la simple prohibición genérica de desigualdades de trato arbitrarias. La especificidad del principio de no discriminación respecto del principio general de igualdad de trato reside en el sentido emancipatorio o antisegregacionista de aquél frente a fenómenos sociales reales de segregación y de marginación históricamente muy arraigados que han situado, tanto por las acciones de los poderes públicos, como por la práctica social, a determinados grupos o categorías de personas (como por ejemplo los miembros de ciertas confesiones religiosas, los «no blancos», los hijos ilegítimos, la población femenina, los que tienen ciertas opiniones políticas, etc.), «en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona»<sup>7</sup>. Este sentido emancipatorio de los principios de no discriminación por razón de raza, sexo, religión, estrato social, etc., ha sido destacado recientemente por Bobbio en su sugerente ensayo sobre el tema *Destra e sinistra*. En él declara, refiriéndose al artículo 3 de la Constitución italiana, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, lengua, religión, etc., que «Questo articolo è una sorta di sintesi dei risultati cui sono giunte lotte secolari ispirate all'ideale dell'egualianza, risultati ottenuti eliminando via via le discriminazioni fondate su differenze che erano ritenute rilevanti e che a poco a poco vengono a cadere per ragioni storiche molteplici; risultati di cui si fanno rivendicatori, interpreti e promotori, dottrine e movimenti egualitari»<sup>8</sup>.

Por lo demás, conviene tener presente que, junto a este concepto estricto de discriminación al que acabamos de aludir, el término discriminación se utiliza a menudo, concretamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de nuestro Tribunal Constitucional, con un significado genérico como sinónimo de desigualdad de trato arbitraria, injustificada o no razonable<sup>9</sup>, inde-

6. En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 267, y LAPORTA, F., «El principio de igualdad: ...», cit., p. 14.

7. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 17-19; 64-78; 232-247 y *passim* y las STC 128-87, de 16 de julio (la cita está tomada de esta sentencia, F. 5), 166/88, de 26 de septiembre y 19/89, de 31 de enero.

8. Vide BOBBIO, Norberto, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994, p. 78.

9. En este sentido, entre otras muchas, las Sentencias: 22/81, de 2 de julio, F. 3, que recoge expresamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 34/81, de 10 de noviembre, F. 3; 99/83, de 16 de noviembre, F. 1; 1/84, de 16 de enero, F. 2; 177/88, de 10 de octubre, F. 5; 209/88, de 10 de noviembre, Fs. 4 y 6.

pendientemente de que tenga o no la trascendencia sociológica que caracteriza a la discriminación en sentido estricto.

En la Constitución española encontramos diversas manifestaciones del principio de igualdad como exigencia de equiparación. Ante todo, el mencionado artículo 14. Puede decirse<sup>10</sup> que el artículo 14 establece en su primer inciso, cuando proclama que «los españoles son iguales ante la ley», el principio general de igualdad de trato que supone una prohibición genérica de desigualdades de trato arbitrarias. Y a continuación en su segundo inciso establece una prohibición de discriminación por razones específicas.

Al respecto conviene aclarar que la enumeración del artículo 14, de las razones de discriminación que se prohíben, no es cerrada ni exhaustiva. La cláusula general final («o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») muestra bien a las claras el carácter no limitativo del precepto y permite su aplicación expansiva. En esto nuestra Constitución ha seguido el criterio de los instrumentos internacionales, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la mayor parte de las Constituciones extranjeras, que no han querido dejar fuera ninguna discriminación, presente o futura. Así lo ha entendido la doctrina<sup>11</sup> y nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha considerado incluidas dentro de la cláusula general final del artículo 14 otras causas de discriminación no expresamente previstas en el precepto, por ejemplo, la edad<sup>12</sup>.

Por otra parte, conviene aclarar también que las prohibiciones específicas del artículo 14 no son absolutas. No se trata de que toda distinción que utilice como criterio diferenciador alguno de los factores expresamente previstos en el artículo 14 vulnere automáticamente dicho precepto y sea, por tanto, inconstitucional<sup>13</sup>. Ahora bien, lo que sí puede decirse es que la discriminación por estas causas es objeto de una «especial valoración negativa» por otra parte de la Constitución<sup>14</sup> y que las clasificaciones que empleen alguno de estos factores como criterio de diferenciación son, por utilizar la termino-

10. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 65 y STC 128/87, de 16 de julio, F. 5; 166/88, de 26 de septiembre, F. 2 y 19/89, de 31 de enero, F. 4.

11. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 177 y 231-247. En este mismo sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Sobre la igualdad en la Constitución española», en AFD, Tomo IV (nueva época), 1987, p. 151.

12. STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983, F. 3. Ello no obstante, esta sentencia admitió la constitucionalidad del precepto impugnado por entender que en este caso la diferencia de trato por razón de edad contaba con un fundamento objetivo y razonable.

13. En este sentido, las STC 128/87, F. 7 y 166/88, F. 2, ambas relativas a la utilización del sexo como elemento diferenciador.

14. Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, Vol. I, p. 71.

logía acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente sospechosas de inconstitucionalidad (*suspects classifications*)<sup>15</sup>, razones por las cuales será necesario un mayor rigor en el enjuiciamiento de su posible justificación<sup>16</sup>.

Pueden considerarse asimismo como concreciones especificadoras del principio de equiparación, entre otros, los artículos 32.1, que proclama la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio; el 35.1, que prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral; el 39.2, que establece la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación; el 139.1, que dispone que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

### III. IGUALDAD Y EXTRANJERÍA

También puede considerarse como una manifestación del principio de equiparación el artículo 13.1. de la Constitución cuando establece: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Sin embargo, la equiparación entre nacionales y extranjeros no es absoluta.

En primer lugar, el propio artículo 13 en su párrafo segundo (redactado según la reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992) indica que: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales» (en la redacción originaria de este párrafo la salvedad final hacía referencia sólo al «derecho de sufragio *activo* en las elecciones municipales». Por reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 se añadió la referencia al sufragio *pasivo* a fin de que los compromisos asumidos por España en el tratado de Maastricht fueran compatibles con la Constitución). Los extranjeros se encuentran pues con una limitación en la esfera de los derechos políticos que se extiende con carácter general al derecho de sufragio activo y pasivo y al desempeño de funciones y cargos públicos, con la única excepción del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, en los términos que establezcan los tratados o las leyes atendiendo a criterios de reciprocidad. Este párrafo segundo del artículo 13 puede considerarse como una manifestación de la otra vertiente del principio de igualdad a la

15. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 107.

16. En este sentido parecen pronunciarse las STC 81/82, de 21 de diciembre; 128/87, de 16 de julio, F. 7.; 58/94, de 28 de febrero, Fs. 4, 5 y, especialmente, 6.

que antes aludíamos y a la que enseguida nos referiremos, esto es, el principio de diferenciación.

Por su parte, el párrafo primero del artículo 13 ha sido interpretado en el sentido de que todos los derechos y libertades del Título I de la Constitución son aplicables a los extranjeros, salvo los expresamente excluidos por el texto constitucional. La exclusión puede ser explícita, como la del artículo 13.2, o implícita al circunscribirse la titularidad de algunos derechos y deberes sólo a los españoles. Ahora bien, en este caso la exclusión debe interpretarse con prudencia, teniendo en cuenta que el artículo 10.1 de la Constitución declara que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social» y que, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, los extranjeros tienen la protección de los Acuerdos Internacionales suscritos por España <sup>17</sup>.

Por otra parte, el artículo 13.1 en su último inciso remite a los tratados y a la ley la regulación del ejercicio por los extranjeros de los derechos y libertades que el mencionado artículo les reconoce. Dicha regulación fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta ley ha sido y sigue siendo objeto de críticas por entenderse que impone restricciones excesivas al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros y que priva a éstos de garantías jurídicas fundamentales para la protección de sus derechos <sup>18</sup>.

La Ley Orgánica 7/85, comúnmente denominada «Ley de Extranjería», fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados aspectos de la misma.

La STC 115/87, de 7 de julio, que resolvió este recurso estimó parcialmente el mismo, declarando inconstitucionales el inciso «y solicitar del órgano competente su autorización» del artículo 7, el artículo 8.2 y el segundo inciso del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/85. Respecto del artículo 26.2, párrafo segundo (relativo al internamiento preventivo de extranjeros previo a su expulsión que, en determinados supuestos, autoriza el artículo 26.2), declaró su cons-

---

17. En este sentido, el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados aspectos de LO 7/85, de 1 de julio, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España. En la misma línea, AÑÓN ROIG, M. José, DE LUCAS y MARTÍN, Javier y VIDAL GIL, Ernesto Jaime, «Notas sobre una legislación amenazante», en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, EDERSA, núm. 29, 1986.

También la STC 99/85, de 30 de septiembre, parece inclinarse por una interpretación cercana a ésta.

18. Un interesante comentario de LO 7/85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su redacción original, puede verse en AÑÓN ROIG, M. J., DE LUCAS y MARTÍN, J. y VIDAL GIL, E. J., «Notas sobre una legislación amenazante», cit.

titucionalidad estableciendo, mediante una sentencia interpretativa, la interpretación conforme a la Constitución que debe hacerse del mismo en el sentido de que debe entenderse que más allá de las 72 horas la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad corresponde al órgano judicial, el cual habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. El internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la decisión judicial que autoriza dicho internamiento ha de ser «adoptada mediante resolución judicial motivada... que debe respetar los derechos fundamentales de defensa..., así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial...»<sup>19</sup>.

Según había declarado el Tribunal Constitucional en una importante sentencia de 23 de noviembre de 1984, pocos días antes de la aprobación por el Consejo de Ministros del proyecto de Ley de Extranjería, el 12 de diciembre de 1984, la remisión del último inciso del artículo 13.1 «no supone... que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas»<sup>20</sup>, es decir —según aclara, en la misma línea, una sentencia posterior de 30 de septiembre de 1985—, «no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes»<sup>21</sup>. Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales y por tanto dotados de la protección constitucional, pero los Tratados y la Ley podrán modular su contenido y ejercicio.

Ahora bien, puede decirse que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en la configuración legal de tales derechos y libertades el legislador no es enteramente libre al llevarla a cabo. En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado:

1. Que «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos». Así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, «que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español». Se trata de derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc.<sup>22</sup>. Este fue precisamente uno de los argumentos empleados por la STC 115/87, de 7 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad

19. STC 115/87, de 7 de julio, F. 1.

20. STC 107/84, de 23 de noviembre, F. 3.

21. STC 99/85, de 30 de septiembre, F. 2.

22. STC 107/84, de 23 de noviembre, Fs. 3 y 4 y STC 99/85, de 30 de septiembre, F. 2.

interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la LO 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para declarar la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 34 de dicha ley que establecía que: «En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley». Ello supone una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho respecto del cual —recuerda la sentencia— la Constitución reconoce la igualdad de trato de unos y otros<sup>23</sup>.

2. La STC 115/87 declara que «El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros», esto es, autoriza diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros (hay que entender que se refiere a los derechos no incluidos en el grupo anterior). Pero no permite —continúa la citada sentencia— que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya sido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. En definitiva, el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. En base a este argumento se declaró la inconstitucionalidad de la exigencia de *autorización previa* para promover la celebración de reuniones públicas o de manifestaciones (artículo 7 de la LO 7/85), porque «al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión» y la inconstitucionalidad del párrafo 2 del artículo 8 de la LO 7/85, que establecía la posibilidad de suspensión administrativa de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, mientras que el artículo 22.4 de la Constitución establece que las «asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada», mandato del artículo 22.4 que forma parte del contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio<sup>24</sup>.

Pese a la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, la Ley de Extranjería sigue siendo objeto de críticas por considerarla restrictiva, por lo menos tal como de hecho es aplicada<sup>25</sup>. Hay que tener en cuenta que, en pocos años, España ha dejado de ser un país de emigración para convertirse en un país de inmigración y en puente para la inmigración

---

23. STC 115/87, de 7 de julio, F. 4.

24. STC 115/87, de 7 de julio, Fs. 2 y 3.

25. En este sentido, entre otros, DE LUCAS, Javier, *Europa: ¿Convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 83 y ss., y ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 182 y ss.

hacia otros países comunitarios. Precisamente por ello y al mismo tiempo, la Comunidad Europea —ahora la Unión Europea— exige a España que ejerza el papel de muro de contención frente a los flujos migratorios provenientes de fuera de la Unión. En estas circunstancias, sobre todo en lo que atañe a la entrada de trabajadores extranjeros no comunitarios, nuestra legislación de extranjería y, más aún, la aplicación gubernativa de la misma, es cada vez más restrictiva. Hay una amplia coincidencia en subrayar que la Ley de Extranjería deja grandes márgenes de ambigüedad y vaguedad<sup>26</sup>. De ahí que, en muchos aspectos, la normativa que realmente se aplica en la práctica venga constituida, junto con el reglamento de ejecución de la ley (26 de mayo de 1986), por centenares de disposiciones de desarrollo de la ley, tales como la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 y otra serie de circulares, instrucciones, notas, etc., de rango inferior. Por esta razón, se ha dicho que, en la práctica, se ha producido una «desconstitucionalización» de los derechos de los extranjeros<sup>27</sup>, que es precisamente lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84, de 23 de noviembre, excluía de manera expresa, como antes veíamos. Es más, puede decirse que, en la práctica, asistimos a una «deslegalización» de los mismos.

Por otra parte, junto a los factores jurídicos del tratamiento constitucional, legal y también gubernativo del tema de la extranjería, a los que hasta ahora nos hemos referido, no podemos olvidar ciertos factores sociales que interactúan con los anteriores. El problema de la xenofobia, ligado en gran medida al fenómeno del racismo, ha prendido en los últimos años en Europa, con diversas intensidades y características en los distintos países. Especialmente alarmante parece la situación en Alemania a tenor de las noticias que recibimos. Estos fenómenos sociales parecen estar abriéndose paso asimismo en España<sup>28</sup>.

Como nos recuerda Ballesteros, la marginación de las minorías étnicas puede llegar hasta la hostilidad y el rechazo violento, aunque hoy se presenta sobre todo bajo la forma de «desprecio hacia los que no siguen *the best one way*, los tercemundistas», desprecio que, en buena medida, no hace sino enmascarar «el deseo de dominio sobre los peor situados en el Tercer y en el Cuarto Mundos»<sup>29</sup>.

Ante el recrudecimiento de la xenofobia y el racismo al que asistimos hoy en Europa, se ha subrayado que estos problemas no pueden

26. Sobre las ambigüedades y vaguedades de la ley, entre otros, DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir con la diferencia?*, cit., p. 85 y ATIENZA, M., *Tras la justicia*, cit., pp. 201 y ss.

27. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir...?*, cit., p. 84.

28. Sobre el racismo en España pueden verse los trabajos de CALVO BUEZAS, *Los racistas son los otros*, Madrid, Ed. Popular, 1989; *¿España racista?*, Anthropos, Barcelona, 1990; *El racismo que viene*, Madrid, Tecnos, 1990.

29. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 43 y ss. Las citas son de las pp. 45 y 46.



resolverse únicamente por vía legislativa, judicial y de policía, o fomentando la educación ciudadana sobre el particular —aunque la actuación en ambas esferas es, desde luego, imprescindible—, sino que, sobre todo, se precisa una voluntad política decididamente solidaria para con los pueblos del Sur<sup>30</sup>.

Frente a la situación jurídica (de equiparación sólo parcial en el trato entre nacionales y extranjeros) y social (de creciente marginación xenófoba y racista de los extranjeros en Europa), conviene recordar que lo propio del Derecho —como destaca Ballesteros<sup>31</sup>— es la no discriminación, el respeto universal al otro, a cualquier otro, con independencia, entre otras cosas, de su condición de extranjero. La experiencia jurídica exigiría una igualdad mínima entre todos los seres humanos, consistente precisamente en el igual reconocimiento a todos ellos de los derechos humanos, como indispensables a todo individuo.

Por lo demás, no pocos autores abogan por una mayor equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros. En esta línea, Massimo La Torre argumenta como sigue. Primero: La subjetividad o personalidad jurídica, a la cual va ligada la titularidad de derechos, no se identifica con la ciudadanía. Segundo: El derecho a la personalidad jurídica, esto es, el derecho a ser reconocido como sujeto de derechos, el derecho a tener derechos, antecede no sólo moralmente, sino también léxicamente, conceptualmente, a todos los demás derechos y, por tanto, a la ciudadanía y a los derechos políticos, normalmente reservados a los ciudadanos, aunque con algunas excepciones, como la establecida por el reciente Tratado de la Unión Europea, a la que antes nos hemos referido. Sobre estas bases llega a la conclusión de que «no deberíamos tomar demasiado en serio la ciudadanía como noción central o incluso única alrededor de la cual se construye toda clase de titularidad de derechos... En la situación política actual, los países de Europa occidental no tienen razones de peso para no conceder *todos* los derechos civiles y sociales a todos los hombres y mujeres —cualquiera que sea su ciudadanía— que residen en ellos. Incluso podrían conceder derechos políticos a los no ciudadanos siempre que sean miembros *de facto* de la comunidad política, por ejemplo, si han crecido o han estado trabajando en ella»<sup>32</sup>.

---

30. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir...?*, cit. pp. 44 y 96. Del mismo autor, sobre la solidaridad, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.

31. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, «El Derecho como no-discriminación y no violencia», AFD, Tomo, XVII, 1974, *passim* y *Sobre el sentido del Derecho*, cit., pp. 125 y ss.

32. LA TORRE, Massimo, «La ciudadanía, una apuesta europea», conferencia pronunciada en el Curso Internacional sobre «Minorías en Europa: Problemas jurídicos y políticos», Valencia, del 21 al 30 de marzo de 1994.

También se ha argumentado en favor de la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros apoyándose en el principio de dignidad humana. Así, se ha sostenido que se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad, esto es, los derechos fundamentales, incluidas las libertades políticas o el derecho al trabajo, «se hace depender de circunstancias que no tienen que ver con las acciones voluntarias de los individuos», una de cuyas circunstancias es el hecho de ser extranjero<sup>33</sup>.

Por su parte, Bobbio, en el reciente ensayo al que antes nos referíamos, tras haber afirmado que el verdadero criterio de distinción entre derecha e izquierda reside en el igualitarismo de esta última frente al desigualitarismo de la primera, afirma que las más graves desigualdades en la actualidad son las que existen entre el mundo desarrollado, de un lado, y el Tercer y Cuarto Mundos, de otro, y que este es el gran desafío que hoy tiene que afrontar la izquierda<sup>34</sup>.

#### IV. IGUALDAD Y DIFERENCIACIÓN

Hasta ahora nos hemos referido al principio de igualdad como principio de equiparación, pero, como apuntábamos antes, ésta no es su única vertiente, sino que el principio de igualdad presenta una doble dimensión: como principio de equiparación y como principio de diferenciación. En efecto, el principio de igualdad no puede suponer en modo alguno una exigencia de que el Derecho trate a todos y todas las situaciones de la misma manera. El principio de igualdad no impide que el Derecho y los órdenes normativos en general tomen en consideración la diversidad de situaciones para darles un trato normativo diferenciado. De lo contrario, se llegaría a resultados absurdos. Como escribe Laporta, «es fácil combatir la igualdad mediante la invención de un mundo delirante en el que, por ejemplo, se medicine igual a los sanos y a los enfermos, se castigue igual a los culpables y a los inocentes, se otorguen los mismos grados a los competentes y a los ignorantes, etc. Pero ese mundo caótico no es más que un puro esperpento carente de relación alguna con las exigencias ético-políticas de igualdad»<sup>35</sup>.

Por otra parte, como se subraya a menudo, la equiparación absoluta de todos y todas las situaciones, esto es, la absoluta identidad de trato de todos y de todas las situaciones no hace sino conducir a una sucesión de desigualdades reales<sup>36</sup>. «El trato igual —escribe

33. ATIENZA, M., *Tras la justicia*, cit., pp. 234-237. La cita es la p. 235.

34. BOBBIO, N., *Destra e sinistra*, cit., pp. 85-86 y *passim*.

35. Vide LAPORTA, F., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», cit., p. 12.

36. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 268.

Brunner— es justo solamente cuando en realidad significa algo igual para todos. Si el maestro exigiera a los alumnos de la clase inferior lo mismo que a los de la clase superior, sería injusto, porque el trato igual constituiría en realidad de verdad un trato desigual... Generalmente la simple igualdad es tan sólo una justicia aparente, porque asigna a cada uno lo mismo, sólo aparentemente, y no en realidad de verdad»<sup>37</sup>.

En la Constitución española, al igual que en otras, encontramos algunas manifestaciones del principio de igualdad como principio de diferenciación. Así, por lo que respecta a los extranjeros, y como antes veíamos, el artículo 13.2 y aquellos artículos que circunscriben la titularidad de algunos derechos y deberes sólo a los españoles, aunque, como señalábamos antes, esta exclusión debe interpretarse con prudencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.1 y 2 de la Constitución.

También puede considerarse como expresión del principio de diferenciación el principio de progresividad del sistema tributario que establece el artículo 31.1 de la Constitución.

Puede considerarse asimismo como una especificación del principio de diferenciación el artículo 103.3 de la Constitución, a cuyo tenor «la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad». Hoy se suele considerar que este principio de diferenciación en atención al mérito y a la capacidad debe ir unido a la existencia de una igualdad de oportunidades efectiva (y no meramente formal) de todos los miembros de la sociedad, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual.

Por lo demás, se suele entender que la consecución de la igualdad sustancial es una razón que puede justificar la introducción de diferencias de trato. De ahí la justificación del principio de progresividad del sistema tributario.

Pero el problema de la posible justificación de las desigualdades formales de trato en aras de la consecución de una mayor igualdad real se plantea sobre todo con respecto a la llamada «discriminación inversa», la cual supone la adopción de medidas diferenciadoras que favorecen a los colectivos discriminados que se encuentran en situaciones sociales desventajosas, medidas que tienden a eliminar esta desigualdad real y a potenciar la igualdad. Puede decirse que la razonabilidad, la justificación de tales medidas y su consiguiente compatibilidad con el principio de igualdad de trato reside en la existencia de diferencias sociales reales que necesitan ser compensadas. Por esta razón, se entiende que la persistencia de tales medidas debe

---

37. Vide BRUNNER, E., *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, cit., pp. 35-36.

quedar condicionada a la persistencia de las circunstancias sociales discriminatorias <sup>38</sup>.

## V. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y RAZÓN PRÁCTICA

Una vez aceptado que el principio de igualdad no excluye, de una manera absoluta e incondicionada, las diferencias de trato normativo, puede decirse que el problema que plantea la aplicación del principio de igualdad es el de determinar cuándo las situaciones deben considerarse como iguales por no existir entre ellas diferencias relevantes a los efectos de que se trate, debiendo, por consiguiente, recibir un tratamiento normativo igual y cuándo, en cambio, las situaciones pueden considerarse como diferentes por existir entre ellas diferencias relevantes, pudiendo e incluso debiendo recibir un trato normativo diferenciado. La respuesta a este problema no puede desprenderse de fórmulas generales universalmente válidas para todas las ocasiones, sino que, por una parte, aparece vinculada al concreto momento histórico, dependiendo, por tanto, de la evolución de la propia conciencia jurídica y, por otra parte, debe atender a las exigencias de la concreta realidad que hay que regular <sup>39</sup>. Ahora bien, como suele suceder allí donde se trata de problemas prácticos —relativos a la *praxis*—, éticos, políticos, jurídicos, la respuesta no siempre aparece clara y unívoca. Por otra parte, no cabe duda de que la respuesta a dicha pregunta implica valoraciones. De ahí que el principio de igualdad tal como es hoy entendido por la doctrina y por la jurisprudencia remita a la necesidad de justificar las diferencias de trato.

Puede decirse que hoy es algo comúnmente admitido en la doctrina el reconocimiento de que la aplicación del Derecho no es una aséptica operación mecánica, sino un proceso complejo en el que tienen lugar valoraciones, opciones decisorias que precisan de una legitimación suplementaria, si se quiere alejar la sospecha de arbitrariedad. De ahí que el problema fundamental que hoy se plantea en el ámbito de la metodología jurídica, y al que tratan de dar una respuesta las modernas teorías de la argumentación jurídica, sea precisamente el de cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas esas valoraciones. Pues bien, «el principio de igualdad ante la ley... constituye un punto en torno al cual expresamente se articulan algunos de esos notables problemas del método jurídico» <sup>40</sup>.

38. En este sentido, STC 128/87, F. 8.

39. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 267 y GARCÍA AMADO, J. A., «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», cit., pp. 116-117.

40. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., art. cit., pp. 111-112. La cita está tomada de la p. 112.

Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales (alemán, italiano, español, Tribunal Supremo norteamericano, etc.) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el principio de igualdad formal no impone al legislador una prohibición absoluta de establecer diferencias de trato, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean discriminatorias por ser arbitrarias, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Pero, en definitiva, la calificación del fundamento como suficiente o no es un problema valorativo, de modo que subsiste un espacio amplio de decisión creadora del Tribunal en la concreción de ese derecho fundamental. De ahí, la necesidad de establecer unas pautas o criterios para la fundamentación racional, objetiva y aceptable intersubjetivamente, del enjuiciamiento acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades establecidas en la creación y aplicación del Derecho<sup>41</sup>. A tal objeto, los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han elaborado métodos para el enjuiciamiento de la razonabilidad o no, de la justificación o no de las desigualdades de trato normativo, que, aunque presentan rasgos diferenciales en la práctica constitucional de los distintos países, son sustancialmente, en lo que respecta a su orientación general, muy semejantes entre sí. Vamos ahora a referirnos brevemente a este método en la forma en que es aplicado por nuestro Tribunal Constitucional.

Aunque en el examen de la jurisprudencia constitucional encontramos argumentaciones muy diversas para justificar la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades de trato normativo, puede decirse que el método empleado es sustancialmente semejante en la mayor parte de los casos. Para el examen de dicho método vamos a basarnos en la descripción que del mismo hace la STC 209/88, de 10 de noviembre, que resume la reiterada doctrina del alto Tribunal sobre la igualdad en la ley (doctrina que se remonta a la STC 22/81, de 2 de julio, que hizo suya expresamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia a la que se remiten otras muchas posteriores) en los siguientes términos: «para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias, resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida...» (STC 75/1983, fundamento jurídico segundo). Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que

---

41. Sobre ello, GARCÍA AMADO, J. A., art. cit., *passim*.

la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad»<sup>42</sup>.

De esta descripción del Tribunal Constitucional del método a seguir en el enjuiciamiento de la razonabilidad o no, de la justificación o no de la desigualdad de trato normativo, se desprende, en primer lugar, que es la finalidad perseguida por la norma la que se utiliza como parámetro para determinar si la desigualdad de trato está o no justificada. Este es, en efecto, el método seguido por gran parte de los Tribunales Constitucionales y, en particular, por el Tribunal Supremo norteamericano, por el Tribunal Constitucional italiano y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y asimismo este es el método que usualmente utiliza nuestro Tribunal Constitucional, manteniendo explícita o implícitamente la necesidad de justificar la desigualdad de trato en la finalidad perseguida por la norma. De acuerdo con ello, para que la desigualdad de trato se considere justificada y razonable es necesario, ante todo, que guarde relación con el objetivo, con el fin de la norma, con el interés protegido por ella. En otros términos, es preciso que el factor diferencial escogido por el legislador y en base al cual se distinguen los supuestos de hecho para aplicarles disciplinas normativas diferentes, resulte razonable y teleológicamente fundado en función de los fines perseguidos por la norma. Es necesario además que los fines perseguidos por la norma, los intereses que la misma protege, en función de los cuales se pretende justificar la diferencia de trato, sean a su vez legítimos.

Puede decirse que en la doctrina del Tribunal Constitucional la legitimidad del fin debe vincularse con la propia Constitución. Pero la vinculación a la Constitución puede estructurarse de dos maneras:

1. Positivamente: La legitimidad de la finalidad en base a la cual se introduce la diferenciación se apoya en un precepto o en un principio expreso de la Constitución.

2. Negativamente: Deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso de la misma<sup>43</sup>.

Por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad al que hace referencia la sentencia citada, diremos que si bien muchas sentencias

42. STC 209/88, de 10 de noviembre, F. 6.

43. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 63.

del Tribunal Constitucional exigen al menos sobre el papel que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y los medios empleados (la desigualdad de trato), en la práctica el Tribunal Constitucional sólo lleva a cabo este juicio de proporcionalidad en contadas ocasiones <sup>44</sup>.

---

44. En general, sobre el método seguido por el Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de la justificación o no, de la razonabilidad o no de las diferencias de trato normativo puede verse ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española», cit., pp. 21 y ss.; íd., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 206-238; JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», cit., pp. 71 y ss.; SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pp. 162-185 y 212-218 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 51-63.

Un estudio en profundidad de la línea argumentativa del Tribunal Constitucional en dos sentencias relativas al problema de la equiparación entre matrimonio y convivencia *more uxorio*, a los efectos de la prórroga forzosa de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en VIDAL GIL, Ernesto J. y MARTÍN MORÓN, M.<sup>a</sup> Teresa, «Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente *more uxorio* en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1993. Téngase en cuenta que, sin embargo, una sentencia posterior (STC 66/1994, de 28 de febrero, «BOE» de 24 de marzo del 94) considera justificada la diferenciación entre matrimonio y convivencia *more uxorio* a los efectos de percepción de pensiones, manteniendo en este punto lo que viene siendo doctrina reiterada del tribunal.





## La solidaridad ecológica como valor universal

Por VICENTE BELLVER CAPELLA

Valencia

«Un mundo nuevo necesita una ciencia política completamente nueva.

Sin embargo, es eso en lo que menos pensamos; situados en un río de impestuosa corriente, nos fijamos obstinadamente en las ruinas que se divisan en las orillas sin darnos cuenta de que esa corriente, sin duda, nos arrastra y nos empuja hacia el abismo.»

Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*.

Este título manifiesta una voluntad inicial: la de trazar un puente que supere la falla —para algunos abismo y para otros simple fisura— entre dos momentos civilizatorios: la Modernidad y la Posmodernidad<sup>1</sup>. La referencia a un valor nuevo —la solidaridad *ecológica*— respecto a los dominantes en el ámbito político durante la Modernidad —la libertad y la igualdad<sup>2</sup>— supone la superación del discurso político moderno. Pero la consideración de ese valor como *universal* implica un claro compromiso con el imperio de la razón, impulso motor de los tiempos modernos. En definitiva, la mentalidad emergente se caracterizaría por superar las aporías de la Modernidad sin renunciar a sus imprescriptibles conquistas, incorporando, junto a los valores hasta el momento dominantes y enfrentados, el de la solidaridad. Para apreciar las razones que sostienen que la *solidaridad ecológica* constituya un *valor universal*, se estudiará el contenido

---

1. Sobre las distintas interpretaciones de la Posmodernidad, cfr. BALLESTEROS, J., *La Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989. Nosotros nos alineamos dentro de lo que, según Ballesteros, denominaríamos la posmodernidad como resistencia.

2. Cfr. *ibidem*, pp. 69-83.

de cada uno de estos cuatro términos, no desde una perspectiva analítica, sino integradora.

## 1. LA SOLIDARIDAD COMO HECHO

La solidaridad recibe su elaboración teórica moderna con la obra de Durkheim<sup>3</sup>. Esta puede ser entendida desde muy diversos prismas: como factor social, como virtud, como principio jurídico-político y como principio jurídico-constitucional<sup>4</sup>. Para los concretos propósitos del trabajo, sin entrar en cada una de estas dimensiones, la solidaridad se considerará desde una perspectiva descriptiva primero y prescriptiva a continuación.

Atendiendo únicamente a la etimología, observamos que la palabra *solidaridad* proviene del adjetivo latino *solidus* y del verbo *consolidare*<sup>5</sup>. Ambos términos hacen referencia a lo que en castellano entendemos por *sólido*, es decir, «firme, macizo, denso y fuerte» o lo que se predica del «cuerpo cuyas moléculas tienen entre sí mayor cohesión que las de los líquidos». En definitiva, y en una primera aproximación al significado inicial del término *solidaridad*<sup>6</sup>, puede observarse que éste hace referencia a una pluralidad de elementos que mantienen una fuerte unidad entre sí.

La aproximación etimológica a la voz *solidaridad* nos advierte de la simplicidad de su significado hace no más de un siglo y de su riqueza semántica en el momento presente. ¿Qué catalizadores han acelerado este proceso de enriquecimiento semántico en tan poco tiempo? Fundamentalmente dos: uno de carácter científico —la consolidación de la sociología— derivado, a su vez, de otro de carácter social: la profunda innovación en la realidad, en su sentido más amplio, a causa del desarrollo tecnológico.

3. Cfr. DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993, pp. 15-34; y «El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente», *III Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Ambiental*, Madrid, 1992 (*pro manuscripto*), pp. 8-13.

4. La solidaridad ha sido objeto de particular atención en los últimos años en nuestro país tanto en el ámbito de la filosofía jurídica como en el de la ética: CAMPS, V., *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pp. 33-54.; CORTINA, A., «Más allá del colectivismo y del individualismo: autonomía y solidaridad», en *Sistema*, 96/90, pp. 3-17; GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», *Sistema*, 101/1991; PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 221 y ss.; VIDAL GIL, E., «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), pp. 89-110.

5. Cfr. COROMINAS, J., *Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid, Gredos, 1976, vol. IV, pp. 296-297.

6. Según Corominas, el término *solidario* no aparece en el Diccionario de la Real Academia hasta su edición de 1884.

El factor científico procede de la consolidación de la sociología moderna y de los estudios realizados por algunos de sus principales exponentes acerca de los conceptos de solidaridad y comunidad. Entre éstos interesa destacar los trabajos de Durkheim y de algunos de los fundadores de la *Deutsche Gesellschaft für Soziologie*: Tönnies y Max Weber. Tönnies es el primero en establecer de forma explícita dos modos de estructuración social, la comunidad (*Gemeinschaft*) y la asociación (*Gesellschaft*)<sup>7</sup>, que inspirarán muchas elaboraciones posteriores, hasta el punto de considerarse fundamental esta distinción para cualquier análisis de la sociedad<sup>8</sup>. La comunidad y la asociación surgen respectivamente de la voluntad natural o esencial (*Wesenwille*) y de la voluntad racional-instrumental (*Kürwille*). Históricamente la comunidad precede a la asociación y, entre ambas, se da una relación compleja y dialéctica.

«La vida comunitaria se desarrolla en relación permanente con la tierra y el enclave del hogar»<sup>9</sup>. En la comunidad los individuos permanecen unidos a pesar de todos los factores que tienden a separarlos; en la asociación, por el contrario, permanecen esencialmente separados a pesar de todos los factores tendentes a su unificación<sup>10</sup>. La primera es la fuente de la moralidad, y la que procura la identidad personal y la cohesión de la sociedad. La asociación, por el contrario, es el ámbito en el que «todo hombre —dice Tönnies citando a Adam Smith— se convierte en cierta medida en un comerciante»<sup>11</sup>. En consecuencia, «sin comunidad no hay moralidad pero sin asociación no hay progreso»<sup>12</sup>. En este sentido, parece evidente que la solidaridad pertenece al ámbito de la comunidad, mientras que la asociación se caracteriza por la autonomía.

El segundo elemento que ha contribuido a dotar de significado el concepto de solidaridad —la irrupción capilar de la tecnología en las sociedades desarrolladas— es el que más interesa esbozar en estos

7. TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación*, Barcelona, Península, 1979.

8. Max Weber parte de la terminología de Tönnies, y la dota de un contenido distinto y de un carácter procesual o dinámico: la *Gemeinschaft* se convierte en *Vergemeinschaftung* y la *Gesellschaft* en *Vergesellschaftung*, que podríamos traducir como comunización y socialización, aunque habitualmente se traducen como comunidad y sociedad. Así como para Tönnies la diferencia entre comunidad y asociación está en las distintas formas de voluntad, en Weber la diferencia entre una y otra estará en las motivaciones de la convivencia: si son motivaciones racionales vinculadas a intereses hablaremos de sociedad; si son sentimientos subjetivos —bien afectivos, bien tradicionales— de constituir un todo, hablaremos de comunidad; cfr. WEBER, M., *Economía y sociedad* (I), México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 33. Nosotros seguiremos en este artículo la distinción establecida por Tönnies, que nos parece más fecunda que la de Weber.

9. TÖNNIES, F., p. 51.

10. TÖNNIES, F., p. 67.

11. TÖNNIES, F., p. 80.

12. GINER, S., «Prólogo: Ferdinand Tönnies y la ciencia social moderna», en TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación*, Barcelona, Península, 1979, p. 14.

momentos. En principio, cabría observar que la tecnología es el gran instrumento que ha servido para la emancipación individual de los seres humanos. El nervio voluntarista que recorre todo el proyecto de la Modernidad —propiciando la liberación del individuo respecto de cualquier vínculo de servidumbre con la naturaleza, con sus congéneres<sup>13</sup> o con la trascendencia— no habría sido posible sin la tecnología: saber es poder, pero el poder únicamente se actualiza a través de la técnica<sup>14</sup>.

Sin embargo, esa entrega incondicional y confiada en manos de la tecnología no ha producido los efectos que se buscaban, sino más bien los contrarios. La persona, al negar cualquier realidad fuera de la configurada por la tecnología, ha sido incapaz de inventar el horizonte de su propia identidad, quedando reducida a un elemento de la única realidad: el sistema tecnológico. La experiencia interior humana queda reducida a una amalgama de sensaciones y respuestas inconexas entre sí, carente de significado; y la sociedad precipita en un agregado de individuos únicamente configurados por la fuerza omnímoda y anónima del Estado tecnocrático.

Pero ese primer estadio de la civilización tecnológica ha dado paso a otro que, paradójicamente, manifiesta la realidad contraria a la disolución personal y social producida por la tecnología: la estrecha vinculación entre todos los seres humanos. La técnica, a la vez que ha disuelto vínculos y paisajes de significado comunes, ha urdido (o desvelado) una tupida tela de araña en la que aparecen todos los seres humanos indisolublemente unidos. Existen tres ámbitos en que ello se destaca con particular claridad:

1. Los medios de comunicación, la economía y la ciencia. La tecnología ha permitido la mundialización de la información y la opinión pública, de la producción industrial y del comercio, y de los saberes científicos. Este estado de cosas ha posibilitado una mayor explotación del indigente por el poderoso<sup>15</sup> pero, a la vez, una mayor percepción de que todos los seres humanos tenemos iguales necesidades y semejantes capacidades; y que no hay nada, por tanto, que justifique racionalmente el imperio de unos sobre los otros.

Los medios de comunicación pueden llevarnos a trivializar las más grandes tragedias a base de ofrecérselas pulcramente enlatadas en módulos tipográficos o audiovisuales estandarizados; las redes de

---

13. Acerca de la paradójica relación entre cosmopolitismo e individualismo, cfr. CHESTERTON, G. K., *El amor o la fuerza del sino*, Madrid, Rialp, 1993, pp. 62 y ss.

14. Cfr. MERCHANT, C., *La muerte de la natura*, Milán, Garzanti, 1988, pp. 223 y ss.

15. «El subdesarrollo, lejos de ser un sinónimo de retraso, es el producto del desarrollo. El desarrollo de unos (los centros) y el subdesarrollo de otros (las periferias) son los productos concomitantes del mismo desarrollo (la acumulación mundial)»; AMIN, S., «Por una estrategia de desarrollo autoconcentrado en África», en *África Internacional* (Iepala), n.º 10, 1992, p. 8.

transporte comercial pueden sostener un sistema económico sobre la base de la explotación de quienes se encuentran más indefensos en cada momento; la ciencia consolida y acrecienta el poder de los poderosos. Pero, pese a todo, los medios de comunicación, la economía y la ciencia evidencian, a cada paso que dan, la profunda identidad entre todos los seres humanos: los medios de comunicación manifiestan la proximidad entre todos los hombres y la profunda semejanza de nuestros comportamientos con los de los aparentemente más distintos; la mundialización de la economía señala el carácter universal de las necesidades humanas; y cada vez se observa con mayor claridad que la producción científica no es patrimonio exclusivo de ningún grupo humano determinado.

2. El feminismo. También detrás del movimiento de liberación de la mujer encontramos la presencia de la técnica. Hasta el presente siglo las tareas del hogar —imprescindibles no sólo para sobrevivir, sino principalmente para hacer posible la convivencia— ocupaban todas las energías de la mujer, quedando ésta confinada a ese ámbito de privacidad, carente de cualquier consideración social. Pero los avances tecnológicos han hecho posible la salida de la mujer del hogar.

Las consecuencias se han producido en cascada: la mujer ha podido reivindicar su igual reconocimiento social y jurídico, y lo ha logrado; ha rivalizado con el varón en todas las actividades y ha manifestado tener capacidades semejantes; y ha demostrado que las tareas domésticas, más allá de unas labores concretas, consisten en la creación de un *hogar*, que se realiza mediante la cooperación de ambos cónyuges en una libre, igualitaria y, para cada caso, concreta repartición de tareas (y esa labor —cuando es desempeñada por una persona, sea varón o mujer, con carácter de exclusividad— merece un enorme reconocimiento social, por la componente de renuncia personal que implica y la contribución que supone al enriquecimiento y la fecundidad del tejido social) <sup>16</sup>.

Podemos decir, por tanto, que la tecnología ha propiciado unas condiciones favorables para la disolución de muchos hogares: los

---

16. Resulta interesante indagar en las etimologías tanto de *familia* como de *hogar*. Ambos términos remiten a realidades muy elementales, relativas al mundo de la necesidad y no al de la libertad. En el caso de la palabra *familia* nos estamos refiriendo —en el original latino derivado de *famulus*— al conjunto de esclavos y criados de una persona; por lo que respecta al *hogar*, proviene del *focus* latino: hoguera, brasero. Estas etimologías ilustran el proceso configurador de la condición humana: partiendo del estado de necesidad y, sin perder en ningún momento estos orígenes, el hombre es el ser que —en sí mismo y con sus congéneres— es capaz de trascender a una esfera de libertad y autorrealización. Precisamente porque en estos momentos todas las necesidades materiales que satisfacía el entorno familiar pueden ser atendidas por instancias distintas, estamos en condiciones de descubrir la profunda significación de la familia como ámbito de la realización personal; cfr. VILADRICH, P. J., *La agonía del matrimonio legal*, Pamplona, EUNSA, 1986, *passim*.

servicios que antes sólo cabía satisfacer en el seno familiar (la alimentación y los cuidados más elementales en el caso del varón, o la suficiencia económica en el caso de la mujer, entre otros) pueden ahora cubrirse por completo al margen de cualquier vínculo familiar. La *fuerza de la necesidad*, que cimentaba la creación y cohesión de la familia históricamente, desaparece. Ello puede conducir a la debilitación de la familia tradicional. Pero también puede traer como consecuencia un doble descubrimiento: el de la *fuerza de la libertad* y de la idéntica dignidad de la mujer y el varón como constitutivos de la familia; y el de estimar que la grandeza de una familia reside en la creación de un ámbito de identidad y convivencia, más allá de la satisfacción de unas necesidades materiales básicas.

Tönnies ha reflejado esta evolución: cuando la mujer entra en la lucha por la vida «... se vuelve instruida, de corazón frío, consciente. Nada es más ajeno y terrible para su naturaleza innata, a pesar de todas las modificaciones ulteriores. Acaso ninguna otra cosa sea más característica e importante en el proceso de formación de la asociación y de destrucción de la comunidad». Pero si bien esa es la primera consecuencia, como sigue señalando el mismo Tönnies, «la posibilidad de sojuzgar ese individualismo y llegar a una reconstrucción de la comunidad es algo que existe»<sup>17</sup>. Sin entrar en la valoración que hace Tönnies de la naturaleza femenina, coincidimos plenamente con él en que el reconocimiento en cualquier ser humano de la condición comunitaria y societaria pasa por la emancipación de la mujer, hasta ahora realizada, tan sólo y de forma parcial, en Occidente.

3. El ecologismo. Han sido algunos de los grupos ecologistas los que más han denunciado los desastres epocales, casi irreversibles y probablemente apocalípticos, que el desarrollo tecnológico ha deparado al medio ambiente natural. Pero esa constatación del deterioro ambiental nos sugiere una reflexión ulterior: la de pertenecer todos a un mismo entorno sobre el que todos influimos poderosamente y del que todos somos, por tanto, enteramente responsables. La idea de la tierra como nave espacial o navío en el que todos viajamos juntos, nunca se ha experimentado con tanta contundencia como con el desarrollo tecnológico.

La consecuencia que se obtiene en los tres ámbitos que hemos considerado es la misma: la tecnología, más allá de su efecto disolvente, ilumina con claridad acerca de la solidaridad entre todos los seres humanos (independientemente de sus particulares condiciones o circunstancias personales) y de los profundos lazos que nos vinculan a la naturaleza. Esa solidaridad entre los hombres y la proximidad y dependencia de la naturaleza apelan a una trascendencia que personaliza a cada ser humano y le muestra la naturaleza como ámbito adecuado para su desarrollo integral. La tecnología constata em-

---

17. TÖNNIES, F., cit., p. 195.

píricamente que el yo individual es indisociable de los demás (de todos los demás, como vemos más adelante), de la naturaleza y de la trascendencia.

## 2. LA SOLIDARIDAD ECOLÓGICA

Una vez reconocida la existencia de un vínculo esencial entre todos los seres humanos, resulta pertinente —para la adecuada comprensión del concepto *solidaridad*— dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿es necesario, para que haya solidaridad, que se dé también la exclusión?* Ayudará a responder esta pregunta el fijarse en un concepto —el de *ecología*— cuyo desarrollo semántico corre paralelo al de *solidaridad* a lo largo del siglo XX. El paralelismo en la evolución de ambos términos no es fruto de la casualidad, sino de una profunda relación que podemos detectar entre los dos. Ambos parten de sendas ciencias, en un caso la sociología y en el otro la biología; y en los dos observamos un desplazamiento semántico del territorio de lo descriptivo al de lo prescriptivo. Al operarse esta evolución ecología y solidaridad han llegado a confluir hasta el punto de referirse el uno al otro recíprocamente: así, podemos hablar de *solidaridad ecológica* y de *ecologismo solidario*. El primero de los dos binomios daría respuesta a la pregunta que tratamos de esclarecer en este apartado, mientras que el segundo la daría a la que planteamos en el siguiente epígrafe.

Con frecuencia se ha dicho que la ecología es un nuevo nombre para una vieja ciencia. En cierto modo es así, pues desde el origen de las ciencias se han estudiado las relaciones entre la vida y el medio. ¿Cuál es, entonces, la novedad de la ecología como ciencia? No es el objeto de estudio, sino el modo de aproximarse a su estudio: en vez de considerar la adaptación de los organismos al medio con el fin de establecer una teoría de la selección natural, la ecología se ocupa de los procesos por los que la selección se alcanza y se mantiene.

Comúnmente se acepta que el término *ecología* se debe al biólogo alemán Ernst Haeckel (1834-1919). La etimología del término proviene de *oikos* (casa) y *logos* (ciencia). El mismo Haeckel la define como «el conocimiento de la suma de relaciones de los organismos, entre los organismos y el mundo exterior que los rodea; las condiciones orgánicas e inorgánicas de su existencia; la denominada economía de la naturaleza; las correlaciones entre los organismos que viven en una misma localidad, su adaptación a todo cuanto les rodea, su modificación en la lucha por la existencia»<sup>18</sup>. En la actualidad,

---

18. HAECKEL, E., *Historia natural de la creación*, cit. en ACOT, P., *Storia della ecologia*, Roma, Lucarini, 1989, pp. 36-37; cfr. DELÉAGE, J. P., *Historia de la ecología*, Barcelona, Icaria, 1993, p. 72; KORMONDY, E., *Conceptos de ecología*, Madrid, Alianza, 1977, p. 8.

se puede definir la ecología como la ciencia que estudia la comunidad. La comunidad es el conjunto de relaciones simbióticas y comensalísticas<sup>19</sup> que se desarrollan en la población como respuesta colectiva al hábitat.

La trama de la vida, objeto de la ecología, puede estudiarse parcelada siempre que no se pierda de vista la necesaria relación existente entre todos los ecosistemas, por muy cerrados y autosuficientes que parezcan ser. Cuando calificamos a la solidaridad de ecológica<sup>20</sup>, lo que pretendemos significar es precisamente algo parecido. En el mundo real nos encontramos solidaridades parciales, que aparentan constituirse sobre la diferenciación con respecto a las partes no solidarias<sup>21</sup>; pero, por debajo de esas solidaridades parciales, reconocemos también una corriente profunda que pone en relación a todos los seres y que bien puede denominarse solidaridad ecológica.

En términos sociológicos la cuestión podría plantearse así: ¿no podría servir la solidaridad para justificar, a fuerza de subrayar los rasgos comunes de un grupo frente a los otros, un tipo de sociedad cerrada basada sobre la dialéctica amigo-enemigo? Javier de Lucas lo resuelve al señalar que «no hay solidaridad en una sociedad cerrada, pues, en todo caso, se trataría de una dimensión incompleta de la solidaridad, que no puede ser simultáneamente, *auténtica y excluyente*»<sup>22</sup>.

En conclusión, y por dar una sucinta respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, la solidaridad no exige la idea de exclusión

19. La simbiosis y el comensalismo son dos conceptos fundamentales de la ecología general. La simbiosis hace referencia a la dependencia mutua entre organismos desemejantes. Un ejemplo típico de ésta es la relación entre las plantas leguminosas y ciertas bacterias: éstas captan nitrógeno del aire y lo transforman en alimento para la planta. La planta, a su vez, contribuye a la subsistencia de las bacterias. Por lo general, la simbiosis se utiliza para describir todas las formas en que viven juntos organismos desemejantes. Pero junto a este concepto amplio de simbiosis se da otro más preciso: asociación interna mutuamente benéfica entre dos organismos de diferentes clases. El comensalismo hace referencia a las relaciones que surgen entre organismos semejantes. Ambos tipos de relaciones forman la trama de la vida (*web of life*). Cfr. MARGALEF, R., *Ecología*, Barcelona, Planeta, 1990, pp. 86 y ss.

20. La solidaridad ecológica sólo se comprende en el contexto de la Ecología política como «una nueva mirada hacia el espacio de lo político desde el punto de vista de la ontología ecológica»; SERRANO MORENO, J. L., «Ecología, Estado de Derecho y Democracia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), p. 151.

21. Sobre solidaridades abiertas y cerradas, cfr. VIDAL GIL, E., *Sobre los derechos de solidaridad*, cit., p. 94, quien recoge en su trabajo la doctrina española sobre el particular: Ballesteros, De Lucas.

22. DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., p. 23. Jesús Ballesteros ha escrito que «en todos los casos en los que el Derecho olvida su dimensión de universalidad, de respeto a todos los hombres sin discriminación alguna, pierde su dignidad y resulta difícil distinguirlo de los ordenamientos que se dan a sí mismas las sociedades de ladrones, ya que éstas —como es bien sabido— respetan la justicia entre sus miembros como condición indispensable para realizar la injusticia frente a los que no pertenecen a la misma»; cfr. BALLESTEROS, J., «El Derecho como no discriminación y no violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1973, p. 163.



para dar una acabada explicación de sí misma, sino más bien la idea de integración global. La solidaridad responde perfectamente a la imagen de la piedra lanzada en un estanque. Los círculos más próximos al lugar donde cayó la piedra son más intensos que los externos, pero lejos de enfrentarse con aquéllos son los que los originan; el círculo mayor y el menor se requieren mutuamente.

### 3. LA SOLIDARIDAD COMO VALOR

Después de aproximarnos al concepto de solidaridad desde una perspectiva más bien descriptiva, y atendiendo principalmente al factor tecnológico, por considerarlo como el principal configurador de nuestro tiempo, queremos dar un paso adelante y extraer las consecuencias prescriptivas de esa constatación fáctica: dar respuesta a la pregunta sobre el modo concreto de realizarse la solidaridad.

El punto de partida conviene que sea una definición de solidaridad de carácter netamente descriptivo: «la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento»<sup>23</sup>. Partiendo de este concepto, nos planteamos cómo articular la solidaridad en una sociedad plural como la nuestra. Sobre este particular De Lucas entiende que «las diferencias que no justifican ruptura, las diferencias que deben ser reconocidas a toda costa, son las que corresponden al reconocimiento del marco jurídico de autonomía moral y libertad personal, que tiene como solos límites la autonomía y libertad de los otros»<sup>24</sup>. En esta línea, podríamos añadir que todas las diferencias son irrelevantes —y casi podríamos decir que necesarias— para la consecución de la solidaridad salvo aquellas que profundizan en la desigualdad real entre las personas (es decir, las que imposibilitan la satisfacción de las necesidades básicas).

Con lo que acabamos de decir, podría pensarse que estamos dotando a la solidaridad de un carácter valorativo o prescriptivo, que no sería más que una modalización del de la igualdad. Pero inmediatamente se desentraña la diferencia con respecto a la igualdad, al considerar que «la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios... ni aun asumir los intereses propios del grupo (la vieja institución romana de la *res communi omnium*), sino asumir

---

23. DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., p. 29. En esta misma línea González Amuchástegui pone en relación la solidaridad con la satisfacción de las necesidades humanas básicas y señala que «mientras no veamos en peligro nuestros bienes primarios... estamos obligados a contribuir para proteger eficazmente los bienes primarios de aquellos individuos (aquéllos cuyos intereses vitales no están garantizados)»; GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Notas para la elaboración de...*, cit., p. 135.

24. DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., p. 24.

también la responsabilidad colectiva... En este sentido, más que como contrapeso del prejuicio egoísta, sería la contrapartida de las exigencias de la autonomía personal (como valor central, como fundamento último de los derechos), sobre todo allí donde la igualdad no ofrece tal adecuado contrapeso»<sup>25</sup>.

A nuestro entender, además de diferenciarse nítidamente de la igualdad, estimamos que la solidaridad —ya en una esfera propiamente valorativa— mantiene con la autonomía del individuo no una relación de contrapartida —el precio de la autonomía es la solidaridad—, sino una relación de reciprocidad: la condición de la autonomía individual es la solidaridad y la condición de la solidaridad es la autonomía individual<sup>26</sup>. La concepción antropológica del hombre como isla, como mónada, hemos visto que carece de razones para mantenerse. Por el contrario, se multiplican los argumentos acerca de la consideración del hombre como aquel que no puede ser sin los demás o, dicho en sentido afirmativo, como el ser que sólo adquiere conciencia de sí mismo y se realiza con los demás<sup>27</sup>. En este sentido, nos parece decisiva la aportación de la filosofía fenomenológica y existencial del siglo XX<sup>28</sup>.

Por otro lado, nos parece que junto a las notas de asunción de lo ajeno como propio, y de reciprocidad con respecto a la autonomía, la comprensión de la solidaridad como valor incluye también la nota de aproximación hacia el indigente<sup>29</sup>. Esta sería la nota que daría plenitud de sentido a las otras dos: porque la solidaridad del pobre

25. *Ibidem*, pp. 30-31. La consideración que hace De Lucas de las relaciones entre solidaridad y autonomía es puramente descriptiva, constatando lo que ha significado tradicionalmente la solidaridad para la autonomía desde el punto de vista sociológico y de las teorías éticas.

26. Ferdinand Tönnies, el autor que, a nuestro entender, mejor ha comprendido las relaciones entre la comunidad y la asociación —las dos formas de relación social surgidas de los valores que estamos considerando (la solidaridad y la autonomía)— estima que «para la unión de las voluntades individuales, la asociación demuestra ser la forma más adecuada; es la única forma posible para una combinación simple. Pero para la asociación de muchos, que implica la asociación de todos con todos, la forma más adecuada es la unión». En la asociación no se da una unidad superior a los individuos; entre ellos fundamentalmente existen relaciones de cambio, cuya expresión más típica es el contrato: «la resultante de dos voluntades divergentes, que se cruzan en un punto», p. 67. En la comunidad, por el contrario, encontramos «la perfecta unidad de las voluntades humanas en tanto que condición original o natural que se mantiene a pesar de su dispersión empírica. Esta condición natural se manifiesta en múltiples formas a causa de la dependencia de la naturaleza de la relación dada entre los individuos diferentemente condicionados», p. 33.

27. Para una revisión de los estudios sobre la emergencia del yo y el reconocimiento interpersonal planteados desde la perspectiva de la sociología fenomenológica, cfr. ROSALES, J. M., «Democracia y solidaridad. Rudimentos para una ciudadanía democrática», *Sistema*, 107/92, pp. 86 y ss.

28. Cfr. COTTA, S., «Dovere di aiuto», en *Diritto, persona, mondo umano*, Giapichelli, Turín, 1989, pp. 242 y ss. Justo la antítesis de este planteamiento se condensa en la conocida expresión de Sartre: «El diablo son los otros».

29. Cfr. CAMPS, V., *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, p. 52.

respecto del rico es, en sí misma, irrelevante, y porque, en principio, la solidaridad del pobre hacia el rico tampoco parece que sea la condición de su autonomía. Así como la solidaridad como hecho tiene un movimiento de carácter centrípeto-agregativo, la solidaridad como valor genera un movimiento centrífugo-difusivo que siempre parte del poderoso y se dirige al indigente<sup>30</sup>.

Según lo que acabamos de decir, la solidaridad sería *la asunción de responsabilidades ajenas como propias, con el propósito de alcanzar las condiciones para que el indigente pueda ejercitar su autonomía, con la conciencia de que el poderoso, al actuar así, ejerce la suya propia*. Las notas definitorias de este concepto valorativo de solidaridad serían, por tanto:

1. La asunción no sólo de intereses, sino de responsabilidades ajenas como propias. Frente a la conocida cita de Goethe, que resumiría con precisión el espíritu del individualismo ilustrado: «ocúpate de hacer bien lo tuyo, que todo lo demás saldrá solo»<sup>31</sup>, aparece la parábola evangélica del buen samaritano.

2. La consideración de que al asumir esas responsabilidades, y sólo entonces, se realiza en plenitud la autonomía personal. Se entiende que la libertad no se reduce a la dimensión de independencia, sino que abarca la del compromiso: independencia para el compromiso<sup>32</sup>.

3. La proyección del movimiento solidario de solicitud siempre del superior —en el plano económico, el que dispone de más bienes; en el cultural, el que dispone de un horizonte significativo más rico; en el político, el Estado y las instituciones públicas— al inferior<sup>33</sup>.

Si pudiéramos hablar de la solidaridad como un vector diríamos que su punto de aplicación es cada ser humano, su dirección, la totalidad del género humano y su sentido, del poderoso al indigente. Por tanto, la respuesta acerca de si la solidaridad es sólo solidez o un modo concreto de aquélla es clara: aunque la solidaridad como hecho permite cualquier forma de realización, la solidaridad como valor requiere de las tres condiciones que acabamos de referir. Esta forma concreta de realizarse el valor solidaridad proviene de reconocer que el ser humano no se reduce a su ser en la comunidad, sino que es y debe ser autonomía. Esa condición dual del ser humano, aparentemente disyuntiva pero realmente complementaria, la obtenemos de una doble constatación fenomenológica:

30. La referencia a estos dos movimientos está tomada de Cotta, quien la aplica a la política (movimiento centrípeto-agregativo) y al Derecho (movimiento centrífugo-difusivo); cfr. COTTA, S., *¿Qué es el Derecho?*, Madrid, Rialp, 1993, pp. 49 y ss.

31. Cit. en SPAEMANN, R., «Una ética contra la ciencia-ficción», en *Nuestro Tiempo*, n.º 238, 1988, p. 68; y en BALLESTEROS, J., *Posmodernidad...*, cit., p. 157.

32. Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 119 y ss.

33. Sobre la incidencia jurídica de la solidaridad entendida en este sentido, cfr. VIDAL GIL, E., *Sobre los derechos de solidaridad*, cit., pp. 107-108.

A) La primera es que un hombre solo no es ni siquiera un hombre. La comprensión que alcanzamos del hombre no nos conduce a verlo como un *hombre sin atributos*, sino siempre como un *hombre en su situación*. Quizá sea Ortega quien mejor lo ha sintetizado al decir: «Yo soy yo y mi circunstancia; y si no la salvo a ella, no me salvo yo». Marías explica que «circunstancia es todo lo que me rodea, todo lo que encuentro a mi alrededor; por tanto no sólo la circunstancia cósmica, lo que se llamaría en biología medio, sino el propio organismo; el organismo es una parte de mi circunstancia, más próxima a mí que el resto de ella; aquella porción a través de la cual el resto me afecta, a través de la cual me relaciono con el mundo»<sup>34</sup>. Según esto, se reconoce que el ser del hombre no se identifica con la unidad, sino con una pluralidad de binomios en tensión:

1. El hombre es polvo de la tierra, y por tanto depende de la tierra, pero a la vez es aliento divino y trasciende por completo lo material, de cuya dependencia sin embargo no puede prescindir. Según esto, más que espíritu encarnado, el hombre es visto como cuerpo animado, como caña que piensa (Pascal), porque el cuerpo no es una prótesis de su subjetividad, sino la concreta modalización de su ser en el mundo. En consecuencia, el hombre únicamente puede ser y pensarse en su cuerpo y con su cuerpo. A su vez, el aliento de vida que recibe y le constituye como ser personal le vincula directamente con la trascendencia, con lo totalmente otro, que lo origina. La unidad en el ser humano de esa dualidad de principios es el problema principal de la Modernidad.

2. El ser del hombre se mantiene vinculado a la tierra —entendida como madre naturaleza— no sólo como quien ve en ella una fuente de recursos, sino, sobre todo, una fuente de significado. El recurso a la técnica nos distancia lo suficiente de la naturaleza como para que podamos servirnos de ella y atender nuestras necesidades básicas. Pero es precisamente cuando nos distanciamos de la naturaleza cuando corremos el riesgo de verla únicamente como instrumento de nuestro poder manipulador, perdiendo la consideración de la misma como horizonte de nuestra identidad —el mundo que me rodea me explica— y cayendo en la utopía individualista<sup>35</sup>.

3. Por otro lado, el ser humano requiere de los demás para satisfacer sus necesidades y, sobre todo, la más importante de todas ellas: descubrir y realizar su propia identidad. Sin embargo, esa interdependencia no aparece como una necesidad que se impone al hombre, sino como algo que el hombre realiza mediante decisiones libérrimas. La feliz expresión del Génesis —*no conviene que el hom-*

34. MARIAS, J., «Calidad de vida y medio ambiente: el hombre y su circunstancia», *Obras completas*, vol. X, Madrid, *Revista de Occidente*, 1982, pp. 297-298.

35. Cfr. JONAS, H., *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*; Frankfurt, Suhrkamp, 1984, pp. 287-315; y LLANO, A., «Antropología de la objetividad», *Estudios de metafísica*, III, 1972/3, pp. 89 y ss.

*bre esté solo*— indica que la humanidad se realiza en plenitud en la complementariedad de los géneros, de la que la unión sexual sería su más elocuente manifestación corporal<sup>36</sup>. El ser de la persona (sea varón o mujer) se realiza en su constituirse en comunidad; y la forma más genuina de realización personal es la unión conyugal.

Por tanto, el hombre, siendo cuerpo animado —«el ser espacio-temporal que soy»<sup>37</sup>, según el decir de Marcel—, necesita de la tierra, de los demás y de la diferenciación-complementariedad sexual para su plena realización personal, pero no se reduce a ninguna de estas dimensiones.

B) El binomio solidaridad-autonomía no adquiere una plena comprensión hasta que lo situamos en la tensión hecho-valor. El ser humano experimenta esa tensión en sí mismo: «conócete a ti mismo» (oráculo de Delfos), «llega a ser quien eres» (Sócrates), «videor meliora, deteriora sequor» (Virgilio), «quiero sacar de ti tu mejor tú» (Salinas), son algunos modos de expresar una realidad cotidianamente experimentada por cualquier ser humano. El hombre no es pura facticidad ni puro deber ser y, por ello, su solidaridad y autonomía se debaten entre ambos polos. Con lo que acabamos de decir podríamos establecer un cuadro de doble entrada: en un lado, los conceptos hecho y valor y en el otro los conceptos autonomía y solidaridad. A lo largo de la Modernidad localizamos posturas que magnifican una de las cuatro posibilidades resultantes de combinar esos elementos, a costa de marginar los otros tres. Así, encontramos quien considera que la comprensión del ser humano y de la sociedad se agota en la solidaridad puramente fáctica (Hobbes<sup>38</sup>), o en la autonomía fáctica (Nietzsche-Sartre<sup>39</sup>), o en la solidaridad como valor (Rousseau-Hegel<sup>40</sup>), o en la autonomía como valor (Kant). La dificultad de estas posiciones está en pretender negar aspectos patentes y comprensibles de la realidad o en interpretarlos desde una clave de comprensión reductiva.

---

36. Cfr. MIES, M. & SHIVA, V., *Ecofeminism*, Londres, 1993, Zed-Books, pp. 294-295.

37. MARCEL, G., *El misterio del ser*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1953, p. 99.

38. «La vida buena no es la del individuo, sino la que depende estrechamente del Estado, tan estrechamente que se identifica por necesidad en parte con el soberano (...) El Estado no está orientado hacia un fin que lo trasciende, sino que sólo se somete a sí mismo... y no se adopta más que como indispensable dispositivo de poder; es, en definitiva, como una cáscara sin su núcleo: el valor»; DUMONT, L., *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza, 1987, pp. 96-97.

39. Cfr. SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, pp. 26-27.

40. «... en Rousseau, el vínculo político que origina la sociedad es absolutizado, y convertido en fundamento del bien y del mal. Ello es debido a que supone en el fondo una secularización de la idea veterotestamentaria de la Alianza, gracias a la cual la política pasa a ocupar el lugar de la religión»; BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, 1986, Tecnos, pp. 35-36; cfr. DUMONT, L., cit., pp. 100 y ss.

	Hecho	Valor
<b>Solidaridad</b>	Hobbes	Rousseau-Hegel
<b>Autonomía</b>	Sartre	Kant

En definitiva, para una adecuada comprensión de la solidaridad como valor es necesario, en primer lugar, descubrir que la identidad profunda del ser humano es indisociable de su dimensión comunitaria; y, en segundo lugar, extraer la consecuencia moral de esa constatación ontológica: que el hombre se realiza, como ser autónomo y solidario, en el marco de la dualidad hecho-valor.

#### 4. LA SOLIDARIDAD COMO VALOR UNIVERSAL

En el epígrafe anterior hemos debatido el problema de la unidad y la diversidad en un plano antropológico: cómo conjugar al individuo con la comunidad, cómo conjugar la autonomía con la solidaridad. Ahora conviene que abordemos una cuestión relacionada con ésta, pero situada en el plano epistemológico. Nos referimos al problema de la relación de estas ideas con entornos culturales distintos de los que las han alumbrado. También aquí podemos hacernos dos preguntas: ¿es la solidaridad, tal como la hemos definido, un valor verdaderamente universal?; y suponiendo que efectivamente lo sea, ¿cómo podemos hacer para universalizar este valor que, de hecho, no lo está?

Para responder la primera pregunta —y salvar la posible objeción de que las razones hasta ahora aludidas son las que surgen de una razón occidental, que se cree a sí misma hegemónica—, podemos aportar dos argumentos difícilmente refutables. El primero es que sólo el reconocimiento de la solidaridad como valor universal permite el desarrollo de todo el género humano y su pervivencia en el tiempo. Si, como proponía Ortega, la vida orientada para la cultura es una falsedad que hay que reemplazar por una cultura orientada a la vida, la solidaridad es una exigencia primaria de ese cambio porque «la vida es el hecho cósmico del altruismo, y existe sólo como perpetua emigración del Yo vital hacia lo Otro»<sup>41</sup>. El segundo es que sólo reconociendo a la solidaridad el complemento de la autonomía se puede evitar la uniformación, la marginación o la opresión de muchos por unos pocos. Por tanto, la supervivencia del género humano y la libertad del individuo exigen el reconocimiento y la realización universal de los valores de autonomía y solidaridad.

Con respecto al modo de universalizar un valor que no lo está en el *statu quo* del mundo, debemos decir, en primer lugar, que sólo

41. ORTEGA Y GASSET, J., «El tema de nuestro tiempo», en *Obras completas*, Tomo III, Madrid, *Revista de Occidente*, 1947, p. 187.

se puede llevar a cabo sobre la base del diálogo intercultural, esto es, del conocimiento recíproco y de la comunicación de experiencias particulares. Es imposible difundir el valor de la solidaridad por otros medios y no desvirtuarlo: la solidaridad que trata de imponerse no es solidaridad sino represión. Por otro lado, hemos de señalar que este valor constituye en sí mismo una buena base para el diálogo, pues lo encontramos arraigado en las culturas orientales y del Sur <sup>42</sup>. La emergente sensibilidad solidaria occidental se relaciona bien con la solidaridad de otras culturas tradicionales. El problema quizá se encuentre en que la tecnoestructura dominante —Estado, Mercado, complejo científico-técnico— hace difícil la universalización de este valor en la propia civilización occidental. Por último, con respecto al riesgo de que la extensión del valor de la solidaridad conduzca a desdibujar la gran aportación del Occidente moderno: la autonomía del individuo, entendemos que no tiene por qué darse siempre que el impulso solidario y el talante tolerante sean fruto del ejercicio de la razón práctica. Esa razón práctica proviene de otorgar de nuevo el estatuto de racionalidad a la prudencia que, en cada caso concreto, es capaz de determinar la respuesta correcta.

---

42. Ello no quiere decir que la solidaridad que, en estos momentos, se demanda en Occidente se identifique con la de esas culturas, pues en ellas frecuentemente está anulada la dimensión de la autonomía, y la base de la solidaridad en algunas de esas culturas es la separación frente a otros, a los que se ve como ajenos y, a veces, como enemigos.





## Justicia y diferencia

Por MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE

Salamanca

¿La comprensión de la justicia es más accesible a una parte del género humano? ¿Por qué la diferencia del género habría de ser un indicativo relevante para evaluar el desarrollo de la conciencia moral? ¿Hasta qué punto podrían trasladarse las formas de discriminación social al funcionamiento mismo del razonamiento práctico? ¿De qué manera el aprendizaje tardío de las reglas de lo público afecta a los agentes, antes y mayoritariamente confinados en la esfera de lo privado? Desde hace unos años, la presencia de «otras voces» ha contribuido a poner de manifiesto el lado más vulnerable de un sistema de valores hasta entonces considerado como expresión última de la cultura moderna. Un resultado colateral de toda esta discusión, muy estimable desde varios ángulos, ha sido el redescubrimiento de un potencial y un punto de vista, antes arrumbado como fenómeno menor, periférico con respecto a los patrones de la cultura. Tal vez la respuesta retardada, tal y como proviene de esas voces, sea también otra forma de configurar el punto de vista moral, y no una respuesta deficitaria, de menos valor e interés.

Sabido es que los malentendidos sobre la diferencia —sobre todo de base naturalista— venían prestando una base tan ilegítima como eficaz a prácticas de discriminación cuyo motivo recaía en la pertenencia a un género. Aunque sus formas más rudimentarias hoy parezcan en franco declive, las modalidades del prejuicio habrían encontrado un apoyo inesperado en teorías, cuyo objetivo no era evidentemente el propiciar una abierta jerarquización, ni la división de funciones entre lo masculino y lo femenino. Pero éstas han animado, una vez más, el antiguo debate sobre la diferencia. Quisiera referirme aquí a esta situación de la Filosofía moral dividida entre la *justicia* como expresión máxima de los sistemas valorativos y de otro lado los argumentos que representan las demandas legítimas, procedentes de «otras voces». Éstas rechazan sistemáticamente un modelo específico para el desarrollo de la conciencia moral, cuyas limitaciones

habrían sido puestas de manifiesto en la discusión sobre la *diferencia*. Porque aquel modelo no era, después de todo, tan neutral con respecto a intereses determinados; de hecho se originó a partir de una forma particular, y dominante, de entender las relaciones intersubjetivas. La justicia frente al cuidado, la atención a los vínculos. Ahora bien, en el ámbito de la Filosofía moral, tales objeciones al modelo universalista, procedentes de la crítica del feminismo, también pueden haber dado ocasión a algún malentendido. La mayoría de las observaciones *no* pretenden impugnar los logros del pensamiento moderno, sino reorientar algunos planteamientos limitados, contrarios a los intereses de aquellos agentes, que aún pretenden hallar impulsos para la emancipación en las propuestas de la Filosofía práctica. Por tanto, la crítica de las formas de dominación no se ha de oponer a las teorías que intentan señalar vías a la emancipación. Sólo que las estrategias respectivas parecen diferir en algún punto sustancial. En las siguientes páginas voy a ocuparme de esta disparidad de criterios, entre formas particulares de interpretar lo real y principios universalistas.

1. La Filosofía moral no tendría, en principio, que hacer contribuciones que estimulasen mínimamente un estado de opinión cuyo fin fuera lanzar alguna sombra de duda sobre los objetivos emancipatorios de una parte de los agentes morales. Y esto vale para las mujeres como para cualquier otro grupo que haya sido objeto de discriminación. En realidad, ningún modelo de Ética podría servir mejor a tales objetivos que la Ética moderna o aquella que se mantiene fiel a los principios del pensamiento moderno. Y sin embargo, el universalismo moral no deja de plantear interrogantes. En concreto por lo que se refiere a la conjunción entre un universalismo que convierte en dificultoso el discurso entre diferencias y de otra parte las teorías del desarrollo moral que han arrojado resultados sorprendentes sobre la comprensión de los valores y el género.

1) La discusión ha cristalizado en torno a la «Ética de la justicia», frente a la «Ética del cuidado». Pese a haberse iniciado en un ámbito psicológico, ha tenido importantes consecuencias para la Filosofía moral, por varios motivos. Ha contribuido a poner en tela de juicio una noción de justicia, que venía parcialmente condicionada por experiencias previas, así como por formas muy específicas de socialización. Es decir, se afirmará que la justicia también puede ser el resultado de cierto tipo de aprendizajes: la pregunta es hasta dónde respaldaría una posible jerarquización de principios si de la diferencia de actitudes pudiera concluirse en un reparto temprano de funciones. Contra esto se ha pronunciado precisamente el Criticismo feminista.

Habrà, pues, que pensar en otra noción de justicia, con mayor capacidad de integración, a fin de responder, sin fisuras y sin exclusiones, a los objetivos de una moral universalista.

2) El mayor inconveniente, sin embargo, reside en el silencio que encubre tan enojosas cuestiones; una diferente actitud hacia los

sistemas valorativos había sido atribuida a la naturaleza y, por tanto, aparecía como prácticamente insalvable. Digamos que la reorientación del problema requiere el abandono del naturalismo, en favor de posiciones constructivistas. Ha llegado tal vez la ocasión de admitir sin reticencias algo que era sensillo de comprender desde un principio: las prácticas discriminatorias no son un *Faktum*, sino un *faciendum*. Se han debido siempre a un trabajo sistemático para crear hábitos; prácticas que han pasado a formar parte de los individuos, como una segunda naturaleza. Pero recobrarán su estructura de prejuicio, a poco que se les aplique una actitud reflexiva.

3) No obstante, tales prejuicios han sido, son funcionales: aunque parezca obvio recordarlo, algunas formas de cultura requieren de la asimetría, intolerancia y discriminación para subsistir. No por azar el Tercer Programa Comunitario (1991-1995) sigue marcando tres grandes objetivos para la igualdad: en lo legislativo, en cuanto al acceso al mercado de trabajo y en cuanto a la situación de las mujeres en la sociedad. Se ha de subrayar, por tanto, que la consecución de tales objetivos no sólo constituye una reparación —aunque lo sea—, sino que, ante todo, crearía las bases para una «democracia paritaria»<sup>1</sup>. Para una visión más completa de las cuestiones prácticas, morales y políticas.

Estos objetivos no podrían pasar, no obstante, del nivel de las buenas intenciones y de un discurso edificante, puesto que, a la vista de las aportaciones de la Psicología evolutiva, la diferencia en la percepción de los valores resulta un dato muy significativo. Su relevancia práctica obliga a establecer, de una manera u otra, una cierta jerarquización entre la Ética de la justicia y la Ética del cuidado. Pero ¿ha de ser de esta forma? A falta de explicaciones más precisas, por el momento téngase asimismo en cuenta que el criticismo feminista ha intentado replantear algunos de los supuestos, sobre los que se edifica la Ética moderna. El equilibrio resulta muy inestable en este terreno: entre posiciones que se limitan a precisar en qué ha de consistir ese modelo y, de otra parte, las impugnaciones al pensamiento moderno. En algunos casos, se ha pasado directamente a reivindicar una Ética del cuidado, frente a la justicia. Estoy persuadida, sin embargo, de que se trata de una aparente disyuntiva, estimulada no tanto por modos de ser como por dos subculturas o dos formas de socialización, suficientemente diferenciadas entre sí. Sobre todo en algunos contextos o etapas. Y por eso ha de recuperarse para el debate filosófico moral la información que aportan tanto las Ciencias sociales como la misma Historia.

Me interesa por ahora defender la integración de la Ética del cuidado con respecto a la Ética de la justicia, en la hipótesis de que

---

1. Las observaciones sobre la Declaración de Atenas, los Programas de acción social de la CE. Tercer Programa comunitario, que aparecían en el núm. 10, de la revista *Mujeres*, 1993, pp. 28-30.

el reconocimiento de ciertas actitudes, sus diferencias, no debería introducir motivos para una nueva jerarquización, en el plano teórico y práctico. Por eso, el discurso sobre la *diferencia* también presenta limitaciones importantes. Es decir: la atención sobre la diferencia y sobre las formas habituales de ejercer dominio o discriminación constituyen tan sólo el primer paso en un proceso, tanto teórico como práctico. Proceso que habrá de presentar un aspecto menos dependiente de situaciones particulares. La recuperación de una ausencia es siempre un momento necesario; luego vienen consideraciones más complejas. Como, por ejemplo, que la diferencia elevada a principio puede servir, claro, como denuncia legítima contra prejuicios arraigados y contra situaciones de injustificada pervivencia. Ahora bien, un perfil particularista también puede quedar por debajo del nivel de las posibilidades, e incluso como nuevo pretexto para reforzar los prejuicios antiguos. O, en el mejor de los casos, para la puesta en práctica de una intolerancia razonada. En las páginas siguientes intentaré comentar, en sus rasgos más generales, la doble cara, favorable y desfavorable, que presenta la defensa de una Ética del cuidado, en tanto crítica de una Ética de la justicia. Tal vez esta dialéctica no sea del todo correcta.

2. La nueva situación en que se desenvuelve esa conciencia de las diferencias, ganada con trabajo y ahora instalada en unas nuevas coordenadas, alcanza un perfil especialmente intrincado. Sobre todo si lo contemplamos a la luz de los complejíssimos debates que animan en estos últimos años a la Filosofía moral. Esta percepción diversificada de los valores ha sido objeto de distintos análisis, más en concreto por parte de la Psicología evolutiva. El problema estriba en que tales análisis prosiguieron, en su mayor parte, una línea de trabajo inaugurada por Freud; línea que marcaba en demasía las distancias entre hombres y mujeres, tomando como pretexto las respectivas actitudes ante la justicia. Actitudes que aparecían luego como *aptitudes* desiguales. Las implicaciones éticas de esa aproximación diferenciada a la justicia fueron advertidas con toda claridad en los años setenta. Constituyen aún hoy un asunto de relevancia para quienes se interesan, sean éstos hombres o mujeres, por la vigencia de ciertos valores o, en general, por la Filosofía moral y sus desarrollos últimos.

La distancia, así subrayada, entre los logros respectivos, abstractos y formalistas para unos, contextualistas y a la medida de los alcances de las mujeres, parece sin embargo poco sostenible. Sobre todo si miramos hacia el grado de responsabilidad individual que interviene *de facto* en la maduración moral de cada uno. Pero, ante todo, si nos fijamos en la capacidad reflexiva que todos pueden ejercitar, cuando se dan las condiciones previas de igualdad. Capacidad que implica poder asumir un esquema teórico a fin de organizar los valores morales, con independencia de la sujeción, muchas veces insoslayable, a costumbres y tradiciones. Quiere decirse entonces que

las especulaciones sobre el género como limitación y su papel determinante en el aprendizaje moral han de ser corregidas a la luz de otras variables.

1) Las operaciones, que dan como resultado el juicio moral, forman parte de las competencias de que disponen los agentes morales, el resultado final dependerá de factores tales como los hábitos, la información disponible, el tipo de aprendizajes, experiencias y también de la determinación de cada uno. En principio, todos los individuos pueden alcanzar un cierto nivel de madurez, intelectual y moral, en tanto activen sus aptitudes particulares y capacidad general. La capacidad de juicio no puede ser atribuida, por tanto, a la mayor aptitud —moral o intelectual— de un género, una clase, etc. Tal aptitud general constituye el punto de partida para que cada individuo organice sus ideas y preferencias. Otra cosa bien distinta es que las condiciones de desarrollo y socialización, por las que ha de pasar el sujeto, no faciliten el logro de un máximo despliegue de capacidades. En lo que la naturaleza no tiene mucha intervención, a decir verdad.

2) El debate que divide a los partidarios de una *Ética de la justicia* frente a una *Ética de vínculos* se ha centrado, no obstante, en otros argumentos, en la secuencia del aprendizaje moral. En su etapa madura, en lugar de atender a criterios cuya procedencia los convierte en heterónomos, cada agente moral apostará por un conjunto, más o menos sistemático, de principios. Ahora bien, no parece haber motivos suficientes para suponer que la *Ética del cuidado* —más en consonancia con las prácticas tradicionalmente atribuidas y exigidas a las mujeres— corresponda *sólo* a una etapa inferior, en relación a la *Ética de la justicia*. Me refiero evidentemente al debate que, desde L. Kohlberg y C. Gilligan, ha puesto en primer plano la cuestión de las diferencias de género en el terreno de la Filosofía moral. Pero el tratamiento de la diferencia y el género tiene otras perspectivas. Éstas rebasan la constitución de la personalidad, el funcionamiento y persistencia de las pautas aprendidas, etc.; en fin, los enfoques prepolíticos.

3) Se refieren asimismo a la situación paradójica, que Cornelia Klinger<sup>2</sup> califica como tendencia a acudir al repertorio antiguo, cuando en realidad se trataba de pensar el futuro. Es decir, la escasa posibilidad para abrir nuevas expectativas desde enfoques que potencian la idea de agentes racionales pero artificiales —en posiciones constructivistas—, cuando es aún tan importante el peso de las convenciones, no sometidas a ningún tipo de filtro crítico. Por el contrario, el objetivo puede ser alcanzar esas posiciones activas, en agentes artificiales, constituidos; a fin de responder de modo específico ante situaciones prácticas y problemas teóricos que tienen un alcance

---

2. KLINGER, C., *Die Frau von Morgen*, en SLOTERDIJK, P., *Vor der Jahrtausendwende*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990, pp. 365-418.

general. Digamos que se plantea algo así como el paso desde la erradicación de prácticas negativas, particulares y concretas, a la formulación de un proyecto universalizable.

4) Sugeriré a lo largo de estas páginas que el hecho de que el género haya venido suministrando un elemento más para poder legitimar la asimetría, y el acceso desigual a la esfera de una discusión pública, no constituye por supuesto un criterio válido, es sólo una práctica tan persistente como mal fundada. Pues no parece que haya razones suficientes para atribuir *a priori* habilidades cognitivas y morales de inferior calidad, a un grupo o un género. Las diferencias que están en la base de prácticas discriminatorias se deben, por el contrario, a una infrarrepresentación de lo femenino en los sistemas de conocimiento. Y en esa visión restrictiva de lo real, que las distintas disciplinas parecen haber confirmado, con demasiada premura, como algo verdadero. Ahora bien, esta realidad, de la que resulta difícil extraer aprendizajes positivos, tampoco permite afirmar —como ocurre con las propuestas en la línea del trabajo que ha llevado adelante Luce Irigay— que la diferencia haya de constituir en adelante la «cosa del pensar». Puede ser considerada en todo caso como el punto de partida de un buen número de argumentos prácticos, si bien —y por muchos e importantes motivos— no su punto de llegada.

5) La dirección de los esencialismos no parece la más adecuada para explicar dificultades que no son de tipo espiritual, evidentemente; se trata de dificultades que han estado y están unidas a determinadas formas de desarrollo social, moral, político. ¿Por qué el espacio de lo familiar y la privacidad ha de ser considerado como el lugar apropiado al desarrollo de las mujeres? ¿Por qué trocar libertad y poder por las formas más reducidas, domésticas, de poder y libertad? Así surgen las dudas en torno a «altruismo prescrito» en modo unilateral, y en favor de una «acción afirmativa»<sup>3</sup>. Y en tal sentido, las cuestiones se han de abordar, más acá o más allá de la «cosa del pensar». En consecuencia, y por lo que concierne a la Filosofía práctica, la dualidad entre Ética de la justicia y Ética del cuidado sólo ha de ser considerada más bien como etapa transitoria con objeto de explicar de otra forma —es de esperar que más correcta y completa— cómo funciona la conciencia moral.

6) La integración de dos percepciones de la justicia requerirá, de otra parte, el esfuerzo teórico para pensar en dos tiempos: primero, las consecuencias que se desprenden para la Ética de la existencia de dos tipos de sensibilidad —dos voces, como dice C. Gilligan— y, segundo, que si la Ética acepta como punto de partida esa mayor sensibilidad hacia el «otro concreto» —como propone S. Benhabib— no sólo marcará ciertos límites a los sistemas universalistas, sino que

---

3. WALZER, M. *Spheres of Justice*, Blackwell, Oxford, 1983, pp. 239-242.

tendrá acceso a modalidades de argumentación no reducida. El acento habrá de ponerse más bien sobre la responsabilidad, cada agente se verá impulsado a recorrer o a retroceder en las distintas etapas de la conciencia, según motivos de distinto tipo. Y lo hará con relativa independencia del género al cual cada uno pertenezca.

Las distancias marcadas de antemano entre valores o formas de existencia —es decir, aceptar sin matices que la Ética del cuidado se diferencia absolutamente de la Ética de la justicia— instauran, por lo demás, un tipo de argumentos que ha de ser contemplado con serias reservas. Dos tipos de percepción de la justicia y dos tipos de Ética tan sólo alientan la hipótesis de una grave limitación en el género femenino y a su desarrollo moral. En tanto que género, no en virtud del desarrollo alcanzado por los individuos concretos.

3. La doble vertiente teórica y práctica de la reflexión moral quedaba seriamente comprometida, a causa de un esquema tan discutible, pues enfatizaba la diferencia de género en tanto condición limitativa. Voy a intentar explicarlo en modo sumario, pues no se puede responder con argumentos a lo que ha sido precisamente eso, prejuicio. Y se ha asentado sobre un conjunto de prácticas y costumbres, cuya fuerza se tradujo por mucho tiempo en la tesis de irrelevancia teórica para el mundo de las mujeres, obsolescencia pragmática de sus valores, en identidad periférica.

1.º En este nivel, la «parte negativa» de la crítica feminista ha de proyectarse en otras tareas más constructivas que destructivas. Es decir, las objeciones a una Ética, que había sido sistematizada a medida de sistemas, instituciones y formas de vida con rasgos patriarcales, no constituirían la última aspiración de la Filosofía que, por fin, se ha sensibilizado ante las diferencias. Pues ese punto de partida no sólo se refiere a una limitación fáctica, sino que es en sí mismo una limitación a dejar atrás. La pregunta es: desde ahí, ¿cuáles son las nuevas posibilidades —si es que las hay— para la teoría y para el desarrollo moral de los agentes? Quede ya dicho que las tesis de una diferenciación particularista pueden ser aventajadas por la actitud reflexiva, características del *moral point of view*. Sólo que despojándola de ese desinterés por las situaciones y agentes, que ha hecho verosímiles tantas críticas a la moral universalista<sup>4</sup>.

2.º Punto de vista y actitud reflexiva aparecen entonces como el resultado de un proceso. En ese sentido de *in fieri*, se aplicarán por igual a los distintos modos particulares de ver lo real y de enfrentarse a las decisiones. Este enfoque permite mantener rasgos e identidades diferenciadas, pero sólo como punto de partida y no como un resultado. Como resultado, desde luego que no es aceptable sin

---

4. El trabajo de Craig Owen mostraba las dificultades que encontraron las reivindicaciones feministas para acomodarse en los esquemas del pensamiento moderno: *El discurso de los otros*, en FOSTER H.; BAUDRILLARD, J.; FRAMPTON, K.; HABERMAS, J., *La Posmodernidad*, Kairos, Barcelona, 1985, pp. 93-124.

importantes reservas. Tal vez el discurso sobre diferencias habría de orientarse en este momento hacia consideraciones que no son de naturaleza exclusivamente moral; como, por ejemplo, hacia una indagación de las causas y circunstancias que están en la base de la asimetría en las relaciones entre agentes. Aunque también es un problema moral, de mutuo reconocimiento.

3.º Cualesquiera que sean los datos relevantes y trasfondo argumentativo de que se parta, el desarrollo moral parece tener una meta, la Ética de la justicia. La Ética de vínculos, cuidados y sensibilidad hacia el entorno no es una alternativa, sino una visión complementaria. Porque contextualiza el proceso de desarrollo moral, a partir de esos datos relevantes y ese trasfondo. Podemos reconstruir las discusiones en sus líneas maestras: la justicia aparecía planteada como la culminación de un proceso, cuyas características respondían a las estructuras del razonamiento moral. Pero tal vez reflejaba tan sólo un modo de enfocar las decisiones, según los valores propios de un tipo de sociedad y de un grupo. Es decir, había otros valores y otras alternativas para la Ética, algunas tan cercanas como el estilo de las mujeres, en su modo habitual de enfocar la moralidad. Así aparecía una dialéctica antes silenciada: una Ética anclada en las convenciones, y por eso mismo varada en el nivel convencional —tercera o cuarta etapa según L. Kohlberg—, junto a una segunda Ética, resultado de un nivel superior de maduración moral, posconvencional. La justicia corresponde al último nivel, como conclusión lógica de derechos admitidos y de la reciprocidad de perspectivas a un mayor nivel de abstracción —etapas cinco y seis—. Pero tal superposición de datos empíricos, explicaciones psicológicas y conclusiones filosóficas constituía una combinación tan sugestiva como problemática para una teoría de los intereses.

4.º De ella parten y con ella se crecen las objeciones del criticismo feminista, como negativa a identificar punto de vista moral con valores, troquelados por un modo particular de ser, aún de pretensiones universalistas. En estos márgenes, entre la conciencia de la identidad diferenciada y la construcción de una identidad no marginal, se debaten las aportaciones de un pensamiento que tiene que rehusar, con energía, la clasificación que da por buena la hipótesis de una conciencia moral en minoría de edad o, por lo menos, en situación de retraso estructural. La línea teórica de investigación psicológico-evolutiva señalaba indirectamente una clara frontera entre agentes, el lado más desfavorable de esta hipótesis parece sugerir incluso que quienes se encuentran en una posición rezagada en la comprensión abstracta de la justicia no serán considerados como relevantes, ni en la práctica ni en la construcción de la teoría.

Sus competencias se circunscriben por tanto sólo al ámbito de las relaciones privadas, y de los compromisos señalados por la afectividad. Esta interpretación resulta del todo rechazable, como es obvio. Muchos lectores y lectoras interesadas en el tema apreciaron de inmediato ele-



mentos, bastante tópicos, en el esquema evolutivo. En cierto modo, la doble sugestión de su propuesta, en lo que tenía de clarificadora como en lo que en ella había de excluyente, debe ser analizada de nuevo. En tanto que puede paralizar la reflexión sobre las posibilidades cognitivas de los agentes morales, con el pretexto de los géneros y sus respectivas diferencias. En definitiva, el debate sigue en pie, pues no contamos con estándares concluyentes sobre algunas cuestiones, ¿qué es la madurez moral y cuáles son sus indicativos más fiables? ¿Hasta qué punto afectan a la vigencia de la justicia? ¿Cómo justificar inclinaciones altruistas, actitudes solidarias?

4. El modelo cognitivo que sustentaba a la propuesta de la Psicología evolutiva no podía ser impugnado en su totalidad, pese a sus límites. Ni siquiera en nombre de la motivación<sup>5</sup> y sus distintas manifestaciones. No en nombre de una identidad forjada de manera distinta, en hombres y mujeres, si es que tales generalizaciones pueden sostenerse sin bastantes reservas. De una parte estaba el análisis de las etapas, a través de las cuales madura la conciencia moral; de otro, el difícil acomodo de los valores «femeninos» del cuidado dentro de un esquema, más acorde con valores «masculinos». Estas dificultades han polarizado algunos interesantes debates en los últimos años. Pero se han introducido nuevos matices también; porque no era lo mismo emprender una crítica del desarrollo moral, según lo había expuesto la Psicología evolutiva, que una crítica del patriarcado. En todo caso era preciso admitir que las teorías de desarrollo moral no tenían como objetivo primordial negar la relevancia de relaciones y los deberes. Se trataba de un resultado colateral que ha dado pie a una discusión importante para la Filosofía moral: Ética del cuidado, Ética de la justicia.

Aun así la escisión entre unas prácticas de bondad y cuidado y una Ética apta para agentes reflexivos y autónomos<sup>6</sup> puede ser con-

---

5. El aspecto cognitivo y motivacional del problema, así como la propuesta formulada por L. Kohlberg y las objeciones de C. Gilligan, fueron objeto de un comentario muy pormenorizado, en el volumen *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (Suhrkamp, Frankfurt, 1983, pp. 127-206) de HABERMAS, J.

6. Sobre esto, el artículo de GUIZAN, E., «Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992. El artículo subraya la importancia de la autonomía moral, a distinguir con respecto a la emancipación en términos globales. También CAMPS, V., «El genio de las mujeres», en *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1990, pp. 141-163. El trabajo de VALCÁRCEL, A., *Sexo y Filosofía* (Anthropos, Barcelona, 1991) conecta la emergencia del pensamiento feminista con la tradición intelectual que ponía en evidencia desigualdades injustas. CORTINA, A., se ha referido a lo femenino y lo masculino en la Ética, *Ética sin Moral*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 298-313. AMORÓS, C., había contribuido con anterioridad a fijar ciertos términos del debate, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1985. Para una información específica sobre la evolución de las instituciones, cultura y formas de socialización que han afectado en las últimas décadas a las mujeres, BORREGUERO, C., CATENA, E., DE LA GÁNDARA, C., SALAS, M., *La mujer española: de la tradición a la Modernidad (1960-1980)*, Tecnos, Madrid, 1986.

siderada como algo más que una reconstrucción, y no sólo como una descripción: sugiere una desigual responsabilidad y un desigual posicionamiento ante las instituciones, en el reparto de papeles. En fin, una definición implícita de competencias, de espacios y de resultados. La réplica surgió enseguida desde el criticismo feminista<sup>7</sup>, si bien el resultado —esto es, la vindicación de una Ética del cuidado— dejaban en parte sin resolver la cuestión de hasta dónde llevar una revalorización del rol de la mujer<sup>8</sup>.

a) Las primeras propuestas de esta forma de criticismo han sufrido asimismo el paso del tiempo. Significaba y significa aún una apuesta no exenta de riesgos, para los objetivos de emancipación. Pues la conciencia de *le differend* —según J. F. Lyotard<sup>9</sup>— puede reforzar la hipótesis de una supuesta ausencia de aptitudes para el discurso universal y lo abstracto. ¿Cómo aceptar lo que ello puede suponer frente a las reglas universales para el juicio? ¿No se vuelve en contra de los intereses de emancipación la tesis de que, como en el lenguaje, hay elementos que son intraducibles por principio? El mismo Lyotard hacía ver que lo peor que puede sucederles a las víctimas es no poder referir el daño padecido, perder los medios para probar lo que les ocurrió. Por eso, hay que poner en duda que las «otras voces» tengan que expresar su visión de lo real mediante «otra» Ética. ¿Qué hacer entonces con esos dos tipos de moral en conflicto? Tal vez se trata ahora de introducir otro punto de vista, distinguiendo entre la justicia y su significado para la moralidad y, de otra parte, los aspectos psicológicos y sociológicos que subyacen a las distintas orientaciones de valor.

b) Al cabo de pocos años, han ido apareciendo otros planteamientos; en la línea de negociación e intersección de planos, sostenida por Susan Standford Friedmann<sup>10</sup>. Su propuesta para los años noventa consiste en una política de compromisos para el discurso crítico, la negociación como objetivo del criticismo feminista «pos/posestructuralista». En cierta manera, deja atrás el anterior én-

7. GILLIGAN, C., «In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality», *Harvard Educational Review*, 47, 1977, pp. 481-517, HOWE, F., «The First Decade of Women's Studies», *Harvard Educational Review*, 49, 1979, pp. 413-421. El mismo número de la revista recogía, por ejemplo, el interesante artículo de WESKOTT, M., «Feminist Criticism of the Social Sciences» (pp. 422-430) y otro conocido trabajo de la misma GILLIGAN C., «Woman's Place in Man's Life Cycle».

8. John Torpey considera decisiva la aportación de C. Gilligan al debate, anota sin embargo que puede inducir a confusión en dos sentidos: porque no distingue entre los modos del razonamiento moral y la crítica del sistema patriarcal y, segundo, porque supone una aparente revalorización del papel tradicional de la mujer, «A New Slave Revolt in Morals. The Meaning of the Debate over a Feminist Ethics», *Berkeley Journal of Sociology. A critical Review*, XXXIII, 1988, pp. 73-93.

9. LYOTARD, J. F., *Le différend*, De Minuit, París, 1983, p. 9.

10. El artículo de STANFORD FRIEDMANN, Susan, «Post/Poststructuralis Feminist Criticism: The Politics of Recuperation and Negotiation», *New Literary History*, 22, 1991, pp. 465-490.

fasis sobre la pertenencia a un género. El género aparece desde sus mediaciones. Se trata en efecto de sobrepasar la dialéctica entre Ética del cuidado-Ética de la justicia. Para ir a otro ámbito del debate, en el cual predominaría la conciencia de complejidad y la pluralidad de opciones. La diferencia fundamental con respecto a la moral posconvencional consiste en haber incorporado una aguda sensibilidad hacia los conflictos prácticos particulares, temporales, contextualizados.

c) También está en marcha un análisis más pormenorizado de las barreras institucionales, que han impedido hasta ahora dar curso a planteamientos menos restrictivos en lo teórico y más integradores en lo práctico. Por su parte, Susan Haack <sup>11</sup> toma como ejemplo significativo un hecho que se ha venido repitiendo durante demasiado tiempo: la escasa presencia femenina en el ámbito de las ciencias. La menor familiaridad y práctica del método científico en las mujeres no se debe, en realidad, a habilidades cognitivas de inferior calidad, sino a una infrarrepresentación de lo femenino en la ciencia. Mucho podría decirse, además, sobre el papel selectivo y orientador que han desempeñado las instituciones pedagógicas. Las experiencias en tal sentido van remitiendo —incluso las que marcaron estilo en nuestro país—, pero existía aún una suerte de inercia que apartaba, y con gran eficacia, a una parte de la población de ciertos niveles educativos y ciertas disciplinas. El conjunto de datos que permite sacar a la luz las pautas y *currículum* oculto de las instituciones no hace sino corroborar la intencionalidad de ese funcionamiento selectivo.

d) Una vez comprobado que poco tiene que ver todo ello con «cosa del pensar», la diferencia entre géneros revela algo más general, los mecanismos de discriminación. Mecanismos que han operado en el caso de las mujeres como en el caso de las minorías de todo tipo. Los medios han sido básicamente los mismos pseudoargumentos de orientación naturalista, prejuicios educacionales, legitimación dudosa de una división funcional. La reflexión tendrá que vérselas, por tanto, con algo bastante más complejo que un tipo de representación que ha resultado injusta para con las mujeres. Por eso el criticismo feminista es interesante desde perspectivas que no pertenecen sólo a las mujeres.

Como tratamiento teórico, el criticismo feminista llama ciertamente la atención sobre la vertiente moral y política de una discusión, que se centró al principio sobre la conciencia moral. Desde esa perspectiva más amplia, política, se perciben las insuficiencias de los planteamientos deconstructivos: la eclosión de lo diferente no facilitará por sí misma el trato igualitario, la reforma de las instituciones, políticas compensatorias, el acceso sin trabas a la esfera de lo público. Los componentes contextualistas tienen un valor crítico

---

11. HAACK S., «Science From a Feminist Perspective», *Philosophy*, 67, 1992, pp. 5-18.

—como ha señalado S. Benhabib—. Sin recomendaciones adicionales, resultan a largo plazo un elemento problemático. El énfasis sobre la diferencia dio la oportunidad de recuperar una voz largo tiempo olvidada. Llamó la atención sobre las insuficiencias del universalismo, pero las negaciones como único criterio no ofrecen el marco para que ciertos colectivos articulen por fin sus voces, o tengan acceso a oportunidades distintas.

5. ¿Qué significa entonces hablar con voces diferentes de la justicia? Toda dialéctica, en este caso, la dualidad de voces, obedece a reglas. Tal vez está ya fuera de lugar una interpretación estructural-funcional, es decir, aquella que extrae sus argumentos desde la pauta cultural, pero, luego, los hace valer también para el tipo de intereses, la orientación de valor respectivas o las instituciones mismas. Ello supone tal vez revisar la conocida clasificación<sup>12</sup>: universalismo/particularismo, neutralidad/afectividad, orientación hacia lo colectivo/autororientación. Pero ¿cómo repercute esa conexión en la construcción de un tipo de Ética? El desgarramiento entre dos tipos de orientación de valor descubre, como síntoma, los perjuicios que ocasionaron a los agentes morales las prácticas de exclusión. Pero no es lo mismo denunciar esas prácticas, o una supuesta deficiencia e incluso una limitación estructural, que contraponer dos nociones de Ética. Empecemos por tanto por cuestionar el sesgo naturalista que atribuye a un género los efectos, ciertamente desafortunados, de experiencias de dependencia o asimetría. Procedamos luego a discutir la existencia de dos modelos de Ética. No ignorar la diferencia, si bien tampoco sobrevalorarla. Esto podría tener lugar en los siguientes términos:

1. El territorio moral de lo femenino no está en principio más acotado que cualquier otro, sino que debe su estado de aparente retraso a causas de sencilla identificación, por más que de compleja resolución. El desarrollo moral en las mujeres no es homogéneo, por lo cual tampoco se orienta de forma necesaria por los valores del cuidado. Valores tan útiles, por otro lado, para la especie como ingratos para los agentes que han de defenderlos y realizarlos sin reservas. La insidiosa pregunta sobre la supuesta aptitud femenina para la reflexión y la autonomía parece planteada de forma insuficiente, entonces. Incluso suponiendo la existencia de valores específicos, sería erróneo atribuir superioridad o inferioridad a las prácticas que se guían por una moral del cuidado o por una moral de la justicia. Se trata, como parece obvio tras un análisis más pormenorizado, de perspectivas complementarias, potenciadas por socialización y aprendizajes, pero no debidas a naturaleza —injusta o madrastra, como Kant decía; en todo caso parece haberlo sido para con las mujeres.

---

12. PARSONS T., *El sistema social*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, pp. 98-111.

2. El relativo retraso histórico en apropiarse de voz e identidad —cuya explicación resulta obvia si volvemos la vista hacia formas de vida y reparto de funciones, que han condicionado de forma institucional y aún condicionan la respuesta de las mujeres—, esa tardía apropiación inclinaría tal vez al amplio colectivo femenino a insistir en una reflexión centrada sobre diferencias, antes que sobre aspectos *inter o trans-genéricos*. Pero la asociación entre objetivos emancipatorios y énfasis en la particularidad presenta dimensiones muy desfavorables; precisamente en el momento en que el discurso antiuniversalista está dando un vuelco claro, como sucede ahora, hacia argumentos que toman un inquietante signo de restauración. Una reacción, al menos por lo que se refiere a la Filosofía moral, que mira hacia tradiciones como elementos salvíficos, pero que, tras una somera puesta al día, evoca diferencias como elementos irreductibles. Mientras, con la misma mano, rescata unos valores antimodernos que ya articularon prácticas poco receptivas ante las diferencias, fueran o no circunscritas a lo femenino. Estos valores ya vistos, ya sabidos, en lo teórico y, sobre todo, en lo práctico, resultan de ardua conciliación con las vindicaciones y logros en parte conseguidos, en favor de una existencia más justa y digna para las mujeres.

3. ¿Qué significa entonces la crítica del universalismo en este contexto? El conocido análisis de Piaget y Kohlberg, y los comentarios de C. Gilligan, constituyen un punto de partida en la discusión que, tal vez, debería inclinarse más claramente por los aspectos institucionales de esa diferente trayectoria de maduración moral, en hombres y mujeres. Desde la década anterior y con objeto de poner en duda o, al menos, incluir dentro de un amplio paréntesis la pretendida unidad y consistencia de una cultura de pretensiones universalistas, hemos conocido distintas apelaciones a la diferencia, de las cuales algunas se avienen bien con los objetivos del pensamiento comprometido con el proyecto feminista, pero otras llamadas a esa misma diferencia resultan abiertamente contradictorias e incluso adversas a aquel objetivo. La reiteración de los mismos lugares comunes sin avanzar síntesis nuevas —y en momentos que asisten a giros favorables a particularismos que enfatizan hacia atrás, mostrando resoluciones más provincianas que diferenciadas—, puede haber generado un efecto, ciertamente no deseable, de confusión. Puesto que no son lo mismo la crítica de consecuencias indeseables que el rechazo global de la razón moderna, y de los valores que ésta llevaba consigo. Ni la llamada de atención contra un universalismo vacío es idéntica a la apología de la fragmentariedad y la postulación de la inconmensurabilidad como expectativas últimas para los procesos de comprensión. La forma extrema de particularismo, tan exagerada como lo pudo ser el universalismo, vaciado de sus determinaciones culturales, renueva un antagonismo que se adscribe a objetivos imprecisos.

En esta etapa de inflexión en que ahora nos hallamos los argumentos se tropiezan con dificultades añadidas ¿Cómo confrontar con éxito principios de razón y universalidad —el mejor legado de la cultura moderna— con contextos particularistas? La atención ha de dirigirse entonces hacia ámbitos más específicos de debate, en la medida que permitan ponderar con mayor precisión las consecuencias de los principios generales. Las propuestas y análisis procedentes de un feminismo comprometido constituyen uno de esos ámbitos a través de los cuales podremos entender con más claridad el trasfondo efectivo de preguntas generales o el contraste entre Ética del cuidado-Ética de la justicia. De aceptar como válidos los argumentos del feminismo crítico, tendría que revisarse la habitual contraposición entre justicia e ideal de «vida buena». ¿Por qué? La apelación al cuidado o a la vida parece más acorde con los objetivos de una sensibilidad y una experiencia. En efecto, lo femenino como modo de ser —sin serlo—, no se aviene bien con un concepto muy estricto de justicia. Pero no puede ser que la hipótesis de una voz propia termine por legitimar una organización peculiar de los principios y una dinámica característica en el juicio moral. Iría en contra de los objetivos que se perseguían, redundando en una configuración dualista de la justicia y de la Ética en general.

6. No se puede afirmar, sin embargo, que la tradición constituya un apoyo sólido para conseguir la integración de puntos de vista. En parte por la misma definición de «justicia», Platón hizo decir a Trasímaco en *La República* que la justicia es, al fin y al cabo, ejercicio del poder o expresión de la voluntad de quien lo ejerce. Tal interpretación colisiona con la perspectiva que pretende revalorizar la crítica feminista, y otro tanto sucedería desde el ángulo de cualquier cultura o subsultura de la diferencia. La distancia entre la voz que habla en nombre del poder y las voces que acumulan experiencias de discriminación vuelve a ser evidente otra vez cuando aparece la idea de justicia como desinterés por las consecuencias *pereat mundus*. Nada más opuesto a una Ética del cuidado. El proverbio, *fiat iustitia, pereat mundus* que Kant comentaba en *La paz perpetua* excluía que las máximas políticas hubiesen de estar fundadas en la felicidad o algún otro principio empírico; de ahí su recomendación de un principio, el deber, independiente de las consecuencias que pudieran derivarse de su aceptación. Estas ideas de justicia u obligación ensanchaban la enorme distancia que puede existir entre moral y política, dejando asimismo atrás la percepción del mundo y de las relaciones que se atribuye al universo femenino. No descubrimos nada nuevo al recordar la escasa compatibilidad entre algunas posiciones kantianas y la sensibilidad de cualquier género. Pero esa tradición pesa de forma importante:

1. La supuesta distancia entre dos formaciones divergentes de la conciencia moral se alimenta, como vemos, de las fisuras creadas en el interior de una tradición que fue puntal firme para las expli-

caciones, poco generosas, que se realizaron luego sobre la mentalidad y las actitudes de los agentes morales. Por eso, tal tradición, fallida para la causa de los agentes discriminados, induce a conclusiones forzosas de signo contrario, de radical diferenciación en el respectivo punto de vista, masculino y femenino. Por eso termina por contar en menor medida el factor de responsabilidad individual que la pertenencia en cuanto tal. Volver a la eticidad desde la moralidad, por formularlo en los consabidos términos hegelianos, comporta en efecto la emergencia de una recuperada sensibilidad hacia las costumbres, de la cual habría de beneficiarse en principio la reivindicación de una identidad femenina; sin embargo la interpretación reductiva de ésta supone algunos serios inconvenientes. No beneficia demasiado a esa identidad diferenciada, pero no periférica, que pretende salvar frente al modelo dominante.

2. La tensión entre universal-particular sale pues a flote en la discusión sobre la identidad femenina, máxime cuando, como ahora, el particularismo viene ocasionando fuertes retrocesos, en la línea de los localismos y nacionalismos excluyentes e intolerantes. Se trata por tanto de pensar en *límites razonables* para el particularismo, también para los argumentos feministas. Tal vez la interesante aportación de la Psicología evolutiva, que éstos discuten, haya sido leída desde la perspectiva estructural funcional ya mencionada, a la larga, incompatible con las metas de dignificación del género femenino. Ahí está el debate Kohlberg-Gilligan, en el cual cuenta también el sentido de las palabras, el uso del término «stage» por ejemplo. La respuesta de C. Gilligan, cuyo impacto resulta innegable, supone una solución que, si bien contribuye a despejar de una vez por todas las incógnitas sobre supuesta la superioridad de un tipo de actitud volcada hacia las relaciones —afianzando por ello la conciencia específicamente femenina—, supone asimismo dar por buena la tensión definitiva entre dos conceptos de justicia. Y, en suma, la tensión entre dos concepciones de la moral.

3. Resulta problemática como solución, al postular una identidad colectiva diferenciada y específica; problemática porque deja en el aire la pregunta de si la necesaria atención a las peculiaridades que reviste la formulación de la conciencia femenina han de aproximarnos a un tipo de enfoque moral premoderno. Representa por tanto una solución a meditar antes de ser asumida de forma definitiva. La tesis de L. Irigaray<sup>13</sup> sugería ya fuertes interrogantes sobre la inadecuación entre identidad femenina, sin lugar disponible, y el discurso. En ningún lugar, en parte alguna. La integración entre los dos tipos de enfoque moral debería dejar atrás esa polaridad extrema entre concepciones de la justicia. Dos nociones que representan asi-

---

13. IRIGARAY, L., *Ethique de la différence sexuelle*, De Minuit, París, 1984, pp. 13-18.

mismo dos modos de entender la existencia. La oportunidad de modificar este punto de vista se produce con el momento de énfasis sobre la inconmensurabilidad. En este caso, dos universos inconmensurables, separados por relaciones de desigual reconocimiento, en los cuales la parte más desprotegida ha correspondido por costumbre, entre otros colectivos, al género femenino.

4. Una dialéctica más tolerante no surge sin embargo del fundamentalismo, se aplique éste a lo femenino como a las supuestas esencias e idiosincrasias nacionales, tras los cuales suelen ocultarse los usuales sistemas de dominio. Gertrud Nunner-Winkler<sup>14</sup> discute precisamente esta cuestión. La autora sostiene que universalismo-particularismo no pueden ser consideradas como posiciones definitivas. Sus propios trabajos empíricos, realizados en colaboración con R. Dobert, sugieren, primero, que no se pueden plantear dos tipos de moral, sin tan sólo la disyuntiva entre moral-no moral. En segundo término, la investigación de campo realizada con entrevistas a hombres y mujeres testimonia que no existen dos actitudes —una más proclive a abordar las cuestiones en términos abstractos y otra en términos de implicación personal—, sino que la mayor sensibilidad depende en cada caso de las cuestiones planteadas, no de los agentes en sí mismos. En un caso se trataba del aborto y en otro del servicio militar. Las respuestas cambiaron de signo según el motivo de las encuestas, es decir, según quien se sintiera más afectado por las consecuencias, reales o virtuales, de una decisión a favor del aborto o a favor del servicio militar. En otro orden de cosas, su trabajo sugiere que los planteamientos estrictos del universalismo tampoco se hallan en condiciones de prometer la consecución de una moral unitaria, ni resultan fácilmente compatibles, según qué casos, con los conflictos efectivos. Por tanto, existen casos para los cuales no habrá resolución dialógica, mediante acuerdos. Pero no existe una opción que pueda resolver eso mismo desde otra moral, vertebrada en lo genérico o en posiciones del todo relativas a la propia cultura.

5. De manera que no parece correcto afirmar, así en general, que las mujeres deliberan antes en función de sus vínculos, mientras que los hombres tienen sobre todo en cuenta su propia individuación. No en términos absolutos. Ética del cuidado-Ética de la justicia. ¿Se trata de dos actitudes ante la justicia o bien de una interpretación inducida por fenómenos de socialización y de motivación divergentes? Sin tener que postular una separación fuerte entre cuestiones

---

14. NUNNER-WINKLER, G., *Ein Plädoyer für einen eingeschränkten Universalismus*, en EDELSTEIN, W., NUNNER-WINKLER, G., *Zur Bestimmung der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, pp. 126-144. En el mismo volumen, el trabajo de PUKA B., *Von Nutzen und Nachteil der Stufe 6* (pp. 241-290), rechazaba la tesis de que una Ética del cuidado pueda ser esgrimida como elemento de crítica contra una Ética de la justicia, en tanto que operan a distintos niveles de teorización, hipotético y según reglas pragmáticas.



morales y otra índole de cuestiones, sean empíricas, de eticidad o sencillamente de psicología evolutiva, la reflexión del filósofo moral puede reclamar, en favor de un tratamiento pormenorizado y relativamente independiente del ámbito moral, la misma falibilidad de las disciplinas, así como el tipo de construcción, no exenta de valores, que se realizaba en todas las CC humanas. Lo cual implica ponderar la aportación del criticismo feminista en los términos más válidos por su estimable e indiscutible contribución a estructurar las reivindicaciones, cuya hipotética satisfacción habría de significar un crecimiento más equilibrado de los intercambios entre agentes independientemente de su pertenencia a un género; por una, también evidente, renovación de instituciones o, en el nivel teórico, por una renovación de planteamientos y programas.

El pensamiento comprometido con el criticismo feminista supone una ampliación de puntos de vista y perspectivas, por consiguiente. Sus resultados óptimos tendrán que ver mucho con la tolerancia, como principio y como valor; contribuyendo por ello, y de forma notable, a desacreditar las bases teóricas que pretender legitimar formas persistentes de discriminación —en su vertiente política, por tanto—. En conjunto, no constituye un tipo específico de moral, si bien clarifica dónde se encuentran ciertas limitaciones de la moral universalista. Arroja algo más de claridad sobre el análisis de los principios y virtudes que han sido propuestos desde un punto de vista único, a lo largo de la dilatada trayectoria de la Ética. Y también arrojará algunas sombras sobre las opciones, que vinculan algunos resultados espectaculares del feminismo con el incierto destino de un pensamiento anclado en tradiciones adversas a la tradición moderna de emancipación.



## Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán

Por CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO

Navarra

A pesar del convencimiento de que la historia nunca se repite, descubrir la aparición del fenómenos similares, con un contenido básicamente idéntico y que constituyen lo que pudiera denominarse un tipo, siempre es un ejercicio apasionante. Eso es precisamente lo que sucede con el fundamentalismo, en el cual están una vez más contenidos los elementos del tradicionalismo más puro, al menos en un cierto sentido: la lectura literal de la letra sin interpretaciones, la identificación del poder temporal con el religioso, la defensa a ultranza de unos valores que toman como único apoyo la literalidad de la ley, se encarnan en esta nueva versión del fenómeno.

Dedicar unas páginas, por pocas que sean, a estudiar el fundamentalismo en el contexto de la filosofía del derecho exige una cierta explicación inicial acerca, no tanto de su interés, que parece justificado, cuanto de la oportunidad de plantearlo en este ámbito y de su relación con el pensamiento acerca del derecho. Parece evidente que la discusión sobre el fundamentalismo afecta a campos muy diferentes de las llamadas ciencias sociales: relaciones internacionales, sociología religiosa, teología incluso..., pero qué duda cabe de que se refiere también a la posibilidad o no de hablar de valores absolutos, a la relación entre derecho, religión y moral, a la tolerancia, a la confesionalidad estatal, temas todos ellos que afectan muy directamente a la filosofía jurídica.

Por otra parte, no se trata del estudio de cuestiones que aparecen en zonas del planeta más o menos lejanas y que sólo afectan al hombre del oeste por encontrarse en un mundo cada vez más interrelacionado. Por el contrario, genera problemas en las sociedades occidentales, cuya idea de tolerancia obliga a plantearse hasta qué punto deben ser respetadas las creencias y opiniones que supongan un atentado a lo que se consideran logros de la humanidad. La for-

mulación del problema sería: ¿de la humanidad como absoluto o de la humanidad occidental? ¿Cabe hablar de universalismo de los derechos humanos <sup>1</sup>?

Una cuestión, no menos importante, que suscita el fundamentalismo es el hecho de que pone de manifiesto, por contraste, los problemas de Occidente.

Podría decirse que constituye una de las piedras de toque del estado actual de los parámetros culturales posilustrados. Si hasta hace unos años, políticamente, el criterio de referencia por el que se medía Occidente era el este de Europa, en la actualidad no es exagerado decir que ese criterio lo constituye el fundamentalismo, concretamente el musulmán. Y en terreno no político, también es patente que está obligando a volver a pensar sobre cuestiones aparentemente superadas.

Lo que aquí se diga acerca de un fenómeno de estas dimensiones no puede entenderse como un análisis. Además de pretencioso, podría dar la impresión de que el tema es sencillo o fácilmente abarcable, lo cual, a todas luces, no es cierto. Por el contrario, este trabajo es consciente de su limitación y en esta clave debe ser leído. Dicho de otro modo, se contenta con un planteamiento de la cuestión, tratando de aproximarse a algunos de los problemas que la subyacen y aplazando para investigaciones posteriores una mayor profundización en ellos.

El contenido del concepto «fundamentalismo» no es pacífico. Originado en una secta protestante del Nuevo Mundo <sup>2</sup>, en el momento actual el término se relaciona automáticamente con dos ideas, una de contenido positivo y negativa otra, que serían, respectivamente, el empeño en la recuperación de unos valores culturales y en segundo término la oposición radical a todo lo que no participe de esos mismos valores <sup>3</sup>.

En este momento es asociado en los medios de comunicación, y en las mentes de todos, a la religión musulmana, probablemente por la virulencia con que ha desatado sus energías <sup>4</sup>. No hay que olvidar

1. Cfr. *Universalism vs. Communitarianism*, D. RASMUSSEN (ed.), Cambridge, Massachusetts, 1990.

2. Cfr. D. O. BEALE, *In Pursuit of Purity. American Fundamentalism since 1850*, Greenville, South Carolina, 1986; del mismo autor «Defining American Fundamentalism» en AAVV, *The Fundamentalist Phenomenon*, Michigan, 1991, 22-37; G. M. MARSDEN, *Understanding Fundamentalism and Evangelicalism*, Grand Rapids, Michigan, 1991; C. H. PINNOCK. «Defining American Fundamentalism: A response», *The Fundamentalist...*, 38-55; sobre lo mismo, Y. M. CHOUERI, *Islamic Fundamentalism*, Londres, 1990, 9.

3. «¿Qué es un fundamentalista? Alguien que niega todo discurso; un fanático, con el que no se puede hablar. Esta sería la definición crítica. Otra de carácter apolegético diría quizá: Un hombre para el que algo es sagrado y que no está dispuesto a negociarlo». R. SPAEMANN, «¿Qué es el fundamentalismo?», *Atlántida*, 11-julio-septiembre 1992, 102-109.

4. Es cierto que, como dice R. Hassam, Occidente parece haber cobrado con-

que los problemas que ocasiona para Occidente radican en la incompatibilidad de ambos, pero esto no hubiera sido importante a escala mundial si no fuera por el crecimiento de la extensión y potencial económico del mundo musulmán.

Entender el fundamentalismo exige acotar su campo, saber qué tipo de fenómeno es. No es fácil puesto que se entrecruzan elementos religiosos, culturales, políticos..., resulta complejo distinguir los ámbitos de cada uno. Una de sus vertientes, y no la menos importante, es la política, que hace referencia a la modernización en la organización social de los pueblos árabes, a la mayor o menor asimilación de la idea de estado... Sin embargo, no cabe duda de que, al igual que en el caso judío, esencialmente es una cuestión religiosa, en la que las peculiaridades de la confesión en cuestión son las que generan una serie de conflictos éticos, jurídicos y políticos por su incompatibilidad con el modo occidental de ver las cosas.

La complejidad del problema musulmán radica en que la misma religión ha prendido en etnias muy diferentes. Separados, y en muchas ocasiones enemigos entre sí, sólo se unen para hacer la guerra al exterior. La unidad del mundo musulmán es esencialmente religiosa y en cuanto tal, también cultural, a pesar de que en cada lugar adopte manifestaciones distintas.

El Corán, que contiene la palabra eterna e increada de Dios, es, para los musulmanes, la única norma de conducta en esta vida. Fue revelado por Dios a Mahoma<sup>5</sup>, un árabe de la tribu de Quraysh, quien la recibió, primero en una visión de conjunto y luego en detalle (612-632) mediante la recitación que del mismo hacía Gabriel. Existe una tradición que interpreta el Corán, denominada *sunna*, de donde viene *sunnitas* por oposición a los *shiitas* o lectores literales de la ley.

Plantea un modelo de conducta que se refiere, como es sabido, también a lo jurídico<sup>6</sup>. Se trata de un libro que une lo religioso con

---

ciencia de la existencia del mundo musulmán precisamente por la aparición de problemas. Los primeros, indudablemente económicos y generados por la subida del crudo en la crisis del petróleo, fueron seguidos por los motivados por cuestiones políticas de origen religioso; quizá una de las más graves fue la retención de los rehenes americanos en Teherán, a la cual habría que añadir en los últimos tiempos la guerra del Golfo Pérsico. Cfr. R. HASSAM, «The Bugeoning of Islamic Fundamentalism: Towards an Understanding of the Phenomenon», AAVV, *The Fundamentalist...*, 151-171.

5. Cfr. W. M. WATT, *Muhammed, Prophet and Statesman*, Oxford, 1961; TOR ANDRAE, *Mahoma*, tr. de J. Gaos, Madrid, 1987.

6. En rigor, sólo se debería hablar de una fuente del derecho en el Islam: la voluntad divina, *fons essendi*, de la cual la revelación sería la *fons cognoscendi*, pero a su vez la Revelación se ha conservado de diversas maneras. Directamente en el Alcorán, el libro dictado por Alah a su Profeta. Menos directamente en la conducta de éste, ejemplo seguro al que pueden atenerse los fieles, la *Sunna*. Además, existe una asistencia especial de Alah a su comunidad, que evita que incurran unánimemente en un error o acepten sin discusión una práctica inmoral; el consentimiento de la

lo secular, lo mismo que el Antiguo Testamento, con la ventaja de que el judaísmo durante siglos (desde la dispersión que siguió a la caída de Jerusalén) no contó con un lugar en el que pudiera llevarse a la práctica. Si se toma el Corán al pie de la letra, ha de considerarse la necesidad de un estado teocrático, pues propone un sistema en cuya forma de pensamiento y organización social se identifican lo temporal y lo religioso. Esto no ha sido siempre así en todos los territorios en los que se ha desarrollado el Islam. Por el contrario, uno de los problemas que plantea el estudio del fenómeno musulmán es su dispersión y, como se ha dicho, la dificultad de asociarlo a una raza o a un territorio. Tampoco hay unidad política, sino diversidad de estados, cada uno de ellos con sus características peculiares: ricos unos, pobres otros, y lo que es más importante, unos han aceptado el modelo occidental y otros no. Sí hay en cambio una única lengua, el árabe, necesaria para poder leer los textos sagrados. Podría decirse que el mundo musulmán se caracteriza, salvo excepciones, por una unidad de fe<sup>7</sup>, de lengua y de áreas geográficas desérticas y poco urbanizadas.

El islamismo actual y, con él, el desarrollo del fundamentalismo guarda una estrecha relación con la aparición del llamado nacionalismo árabe<sup>8</sup>. La idea de nacionalismo como una aportación política occidental decimonónica, que supone la búsqueda de elementos de unidad entre pequeños estados dispersos, no pertenece a la cultura oriental, mucho más tribal y tendente a la dispersión. En este contexto se debe entender el intento nacionalista árabe conocido más bien como pannarabismo.

Aunque los distintos nacionalismos en absoluto obedecieron a las mismas causas, algunos fechan el nacimiento del movimiento nacionalista árabe en el Líbano (modelo de convivencia entre religiones distintas), a comienzos del siglo XIX, con la llegada de un numeroso grupo de protestantes americanos para evangelizar el país. Este hecho supuso un avance cultural, uno de cuyos resultados fue la apertura en 1823 de un colegio y una universidad en Beirut. Pero además fomentó una conciencia del sentimiento árabe que debería pasar por encima de consideraciones religiosas que separan a los individuos y hacen a los cristianos ciudadanos de segunda categoría. Se impri-

---

comunidad musulmana *ichma*, finalmente, admite como fuente del derecho una cuarta forma, el *quiyas*, o deducción analógica, que en la técnica de hoy se consideraría más bien como criterio hermenéutico. Cfr., a pesar de sus años el libro de J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932. Acerca de todas estas cuestiones cfr. también HOURANI, cit. 49 y ss. y M. BERNARD-BALADI, «L'Ijma. Critere de calidite juridique», en AAVV, *Normes et valeurs dans L'Islam Contemporain*, París, 1966, 68-79.

7. Hay una unidad religiosa que no impide que se produzcan lecturas diferentes de los textos sagrados, dando lugar a más de una corriente dentro de la misma religión.

8. Acerca del nacionalismo árabe, cfr. M. ARKOUN, *L'Islam Morale et Politique*, París, 1986 y Y. M. CHOVEIRI, *Islamic Fundamentalism*, Londres, 1990, 51 y ss.

mieron por primera vez libros occidentales traducidos al árabe: la Biblia, la primera Historia del Líbano, los primeros diccionarios modernos de árabe. De este modo, el Sirian Protestant College, y después la Universidad Americana de Beirut se convirtieron en uno de los principales centros del nacionalismo árabe. Se trataba de superar diferencias de religión ya que tanto cristianos como musulmanes eran ante todo árabes <sup>9</sup>.

Importancia decisiva tuvo también el nacionalismo turco de principios de siglo <sup>10</sup>. Minó la base de lealtad del resto de los pueblos árabes que veían cómo el elemento común no era la religión musulmana <sup>11</sup>. Siempre por influencia occidental, se intentó establecer en los distintos territorios sistemas de gobierno más parecidos a los europeos y americanos. Sin embargo, sistemáticamente fueron rechazados por la población. Esto es importante porque indica algo que sigue siendo una constante hoy: el rechazo a lo occidental no es promovido por las clases dirigentes, sino más bien por las autoridades religiosas, quienes movilizan al pueblo.

Ya en este siglo, el primer estallido serio del fundamentalismo se produjo en Irán, constituyendo una reacción contra la occidentalización realizada por el Sha. Era en ese sentido contraria al nacionalismo de signo secular del que se ha hablado. La revolución de Jomeini fue la prueba de fuego del fundamentalismo, ya que en ella radicaba la oportunidad de que se demostrara en la práctica su viabilidad <sup>12</sup>.

Llegados a este punto, se podría entender que el fundamentalismo constituye una reacción contra el secularismo de estado, caracterizado por la intolerancia, hecho este último que no necesariamente se ha dado en las versiones históricas del Islam. Sería lícito hablar de tres elementos que lo configuran:

a) Exige un estado teocrático o confesional, en contra de los movimientos seculares. Confesionalidad que, en este caso, lleva aparejada una idea de intolerancia, lo cual, al menos teóricamente, no tiene por qué suceder de modo necesario.

b) Propugna una lectura literal de la ley por oposición a la tradición.

9. Cfr. E. J. HOBSBAWN, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, tr. J. Beltrán, Barcelona, 1991, 76.

10. Cfr. P. ALTER, *Nationalism*, Londres, 1990, 36 y ss.

11. «El imperio sobreviviría únicamente sobre la base de la solidaridad de una nación unida por una lengua común», HOURANI, cit., 245.

12. De este contexto hay que excluir el Irak de Sadam Hussein, quien claramente utiliza los sentimientos exaltados por los movimientos fundamentalistas (oposición a las potencias occidentales, guerra santa), para sus propios fines expansionistas. Para ello fue apoyado por los sectores deprimidos de los países árabes que, no habiendo participado de las ventajas del progreso ni del petróleo, se encontraban resentidos porque sus hermanos ricos no compartieron lo que tenían.

c) Mantiene una defensa a ultranza de unos valores cuyo fundamento es la religión misma. La consecuencia de esto es el desprecio y rechazo de la cultura occidental precisamente por la pérdida de sus valores y por su secularización, al tiempo que ellos se consideran una suerte de reserva espiritual.

## 1. CONFESIONALIDAD ESTATAL

Se trata de una forma política que lleva consigo no sólo el hecho de que el poder político se identifica con el religioso, sino también la obligación por parte del Estado de orientar su actividad del modo que exija la confesión en cuestión <sup>13</sup>.

En el caso que nos ocupa, quizá fuera más adecuado hablar de teocracia que de confesionalidad estatal, ya que cabe entender un estado confesional en el que por motivos de tradición se mantenga, aunque sólo sea formalmente, la preeminencia de un determinado credo religioso. Sucede, por ejemplo, en algunos estados del norte de Europa y en la misma Gran Bretaña. En estos casos es evidente que la confesionalidad no supone intolerancia ni falta de libertad para aquellos que no practiquen la religión «oficial» <sup>14</sup>. En cambio, estado teocrático es aquel en el que lo religioso y lo temporal se identifican o, mejor, se personalizan en un solo órgano. La finalidad del estado es tanto temporal como religiosa, necesariamente esto convierte a aquellos que no participan de la religión en «cuestión tolerada» o ciudadanos de segunda categoría.

El Islam es a la vez religión y Estado, es un sistema político y social global que debe garantizar la práctica del culto y la ortodoxia mediante la aplicación del Corán y la Sharia. El mismo sistema impone que la organización política sea teocrática. El Estado asume la enseñanza de la religión islámica; mezquitas y predicadores se encuentran bajo su control <sup>15</sup>.

En este entorno, la intolerancia no responde a una cuestión cultural, consecuencia de que a lo largo de la historia se hayan producido conflictos con otros pueblos; por el contrario, guarda relación con la misma forma de la religión y con la composición del Estado islámico <sup>16</sup>. Dado que el poder público es el protector de la religión, no

13. Acerca de la trascendencia del estado en el Islam, cfr. MARKOUN, op. cit., 189 y ss.

14. Es cierto que en estos estados, al menos teóricamente, pueden darse problemas que, quizá por no haberse planteado en la práctica, no han salido a la luz; es el caso de los estados luteranos, en cuyo ordenamiento se impone que los miembros del gobierno deben estar bautizados en la religión luterana.

15. De los veintiún componentes de la Liga Árabe, todos, salvo Líbano y Siria, afirman que el Islam es la religión del Estado y la Sharia la única fuente de legislación.

16. Cfr. AAVV, *L'Islam Religion et Société*, París, 1982, 139 y ss.



se entiende la libertad religiosa para los cultos minoritarios. Así, por ejemplo, en lo que hace al cristianismo y al judaísmo, a pesar de considerarse religiones privilegiadas (denominadas las gentes o los pueblos del Libro, reconociendo un origen común), se dificulta su desarrollo: no se permite el culto público ni la enseñanza de la religión cristiana; incluso en los colegios llevados por religiosos se prohíbe la catequesis y se obliga a los niños a recibir clases de islamismo. Sobre todo, se priva a los no musulmanes de derechos civiles y se les considera ciudadanos de segunda categoría que no pueden desempeñar cargos representativos.

Por el contrario, la historia de Occidente es la historia de esa diversidad que tiene mucho que ver con la libertad. Integrar lo distinto y lo esencial es, al menos teóricamente, la principal aportación de la llamada cristiandad. Es la cultura occidental la que descubre la tolerancia, la necesidad de establecer una base común de respeto que haga posible la convivencia y en ella el desarrollo de los pueblos. Es la que, yendo más allá de la tolerancia, imagina la idea de libertad que no se basa simplemente en la necesidad de convivir, sino en el atentado que supone intervenir en las creencias ajenas<sup>17</sup>.

La consecuencia es el descubrimiento de que no se puede imponer valores o otras culturas, sino que éstas necesitan un proceso de maduración. Sólo se pueden exigir conductas, como es lógico, en el propio ámbito cultural, y aún así es una imposición muy relativa, dado que el sustrato de Occidente es la diversidad y el pluralismo<sup>18</sup>.

## 2. LA LECTURA LITERAL DE LOS TEXTOS

Parece llegado el momento de plantear la cuestión de si la religión musulmana es fundamentalista o sólo lo es una secta dentro de esta religión.

Si se entiende fundamentalismo como lo opuesto a nacionalismo y se parte de que esto último es un concepto importado, cabe pensar que si se suprime ese nacionalismo artificial lo que quedará es el fenómeno religioso sin artificios, caracterizado precisamente por la unidad entre lo político y lo religioso. Si esto es así, no hay otro remedio que afirmar que el fundamentalismo pertenece a la entraña del Islam. Así visto, se trataría de un gran peligro latente para Occidente, ya que todos los individuos pertenecientes a esta religión en

---

17. Tolerancia que, como primera medida, se deriva de la necesidad de distinguir entre los ámbitos político y religioso, cfr. en nuestros días V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Madrid, 1990, 83.

18. Acerca del pluralismo y la tolerancia, cfr. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, «Liberalismo, pluralismo y coacción» en *Doxa*, 11, 87-116.

cualquiera de los Continentes <sup>19</sup> deberían obedecer a un poder político distinto del realmente imperante.

Cabe, sin embargo, una interpretación diferente, si no se establece una relación estricta entre el fundamentalismo y el nacionalismo, es decir, si se admite la posibilidad de que haya distintas tradiciones dentro del Islam y que no es común a todas ellas la idea de intolerancia <sup>20</sup>. Puede afirmarse que, junto con ese carácter teocrático, el fundamentalismo supone una vuelta a los orígenes, a la literalidad de la letra, prescindiendo de la tradición. En ese sentido se opone a otras tradiciones distintas dentro del mismo mundo musulmán.

Cuestión obligada y ciertamente discutida es la complementaria de la anterior: si caben otros fundamentalismos o se trata de un cuestión exclusivamente islámica.

Se habla mucho del fundamentalismo judío, muy parecido al musulmán, dadas las similitudes de contenido de ambas religiones. También es un sistema teocrático en el que el derecho, la ética y la religión se identifican. La situación en la práctica no es la misma, ya que lo que los fundamentalistas islámicos rechazan, que es la existencia de un estado al margen de la religión, constituye precisamente la base del moderno estado de Israel, absolutamente desaprobado por los judíos ortodoxos. La idea de nación como pueblo con raíces comunes que se mantiene independiente a lo largo de la historia es lo que preside el proyecto sionista: movimiento secular judío que aboga por la creación de un hogar para los judíos del mundo. Existe una fuerte oposición en sus mismas filas, especialmente por parte de los extremistas *hassidim*, que rechazan una idea de judaísmo que no se ampare exclusivamente en la religión. Según sus creencias, sólo serán convocados a la vuelta a Israel por el Mesías. A este sector extremo es al que se puede llamar fundamentalismo o integrista judío.

Lo que sucede en el cristianismo es completamente distinto. En el Nuevo Testamento se recoge con claridad la separación entre lo temporal y lo religioso como un carácter esencial de la nueva fe: «Dad al César lo que es del César». No cabe duda de que en el cristianismo no existe una identificación de lo religioso y lo temporal aunque se haya dado en ocasiones a lo largo de la historia, bien porque el poder público se ha arrogado funciones y poderes especí-

---

19. Baste el ejemplo francés, donde los musulmanes son tres millones, la segunda religión del país; se han creado institutos islámicos que persiguen la formación de imanes, dirigentes...

20. Cosa diferente es que se esté contagiando y en ocasiones a un ritmo verdaderamente alarmante. Baste el ejemplo del triunfo integrista en Argelia con la victoria del Frente Islámico de Salvación a finales de 1991. Los triunfadores afirmaban que su modelo era Irán, a pesar de que indiscutiblemente había y hay unas circunstancias distintas: no habían tenido un tirano contra el cual el pueblo se levantaba, sino unas elecciones libres. Por otra parte, se trata de un país mucho más culto y más cercano a Occidente.

ficamente religiosos, o bien cuando los representantes religiosos han pretendido influir o tener poderes temporales; se trata de desviaciones culturales que aparecen en momentos históricos concretos para desaparecer a continuación. Por otra parte, de modo constante, cada uno de esos poderes ha sido celoso de sus prerrogativas y no las ha cedido con facilidad (recuérdese la construcción medieval acerca de las dos espadas).

Cosa diferente sucede si se hace referencia al segundo carácter del fundamentalismo, entendido como la vuelta a la lectura literal de la Escritura. En cierto modo, podría decirse que el papel que representa el integrismo en el judaísmo y en el islamismo lo jugó en su inicio el protestantismo y su empeño en que prevalezca la Palabra (Lutero). Se oponía a la Tradición porque quería volver a los orígenes negando toda interpretación <sup>21</sup>.

### 3. RECHAZO DE OCCIDENTE

Desde el inicio se relacionó el fundamentalismo con la idea de la recuperación de unos valores culturales propios. Tiene mucha importancia este carácter por lo que supone de revulsivo para la cultura occidental, amenazada en ocasiones por la falta de criterio y de medida en su sistema de valores.

El integrismo musulmán ve en Occidente la raíz de todos los males por su carácter secularizado, por la ausencia de criterios éticos y la corrupción generalizada. La mentalidad musulmana es, como la occidental, universalista. Cree que sus valores son los que deben imponerse para todos.

A esa idea de que el Islam constituye la reserva espiritual de la humanidad, en tanto que Occidente está llamado a desaparecer como Sodoma y Gomorra, responde el rechazo, plasmado en manifestaciones más o menos externas, de lo que no pertenezca estrictamente a la cultura musulmana: se impone la ropa, el idioma, la comida, las costumbres tradicionales, también entre los musulmanes residentes fuera de sus países de origen <sup>22</sup>.

Y esas críticas, al menos obligan a reflexionar. ¿Qué es en este momento lo que define a Occidente, a su cultura? De plantearse la posibilidad de hacer partícipe de esta cultura a otros pueblos, ¿qué se les daría que no se redujera al campo de lo técnico?

---

21. Hay otro ejemplo mucho más reciente, que es el de Lefèvre, y su búsqueda de las raíces del catolicismo, oponiéndose a su adaptación a los tiempos también en cuestiones formales.

22. Sin embargo, se produce al mismo tiempo un fenómeno de envidia del bienestar material. Se desea una forma de vida más parecida a la de Occidente pero manteniendo la espiritualidad islámica.

Se ha partido de que el gran hallazgo de Occidente es la tolerancia. Sin embargo, donde está la ganancia está también el peligro. Y el peligro no es la libertad, sino el relativismo, que necesariamente ha de conducir a un cierto escepticismo. ¿Estamos dispuestos a aceptar absolutamente todo? ¿Dónde está el límite de lo tolerable? O como diría Victoria Camps en terminología aparentemente pasada de moda: ¿A dónde vamos a llegar? ¿Dónde acaba la tolerancia y empieza la permisividad?

Es evidente que hemos aprendido no sólo a tolerar, sino a respetar la libertad, que es sustancialmente diferente. El término a utilizar no es tanto el primero como el segundo, dado que tolerar es simplemente permitir, consentir que alguien actúe de una manera que yo no comparto, y ello en aras a hacer factible la convivencia. Libertad, por el contrario, hace referencia al ámbito dentro del cual no se puede intervenir porque supone atentar contra la dignidad de la persona. Hablar de libertad en este sentido y en nuestro entorno cultural supone referirse a comportamientos que pertenecen al fuero interno.

Por tanto, el término tolerante sólo es apropiado para aquellas conductas que, siendo externas y teniendo un contenido éticamente reprobable, sin embargo no deben ser castigadas por la sociedad por el motivo que fuere. Tradicionalmente se aplicaba a la usura y al ejercicio de la prostitución<sup>23</sup>. El término tolerancia queda así muy reducido. Sin embargo, su vía de aplicación viene dada más bien por sus antónimos, intolerante e intolerable.

No parece oportuno describir aquí al hombre intolerante, aunque es claro que es el contrario del ideal occidental. Ese descubrimiento de la libertad conduce a la aceptación de lo que es distinto de lo propio. El racismo es incompatible con la tolerancia y no debería, por tanto, pertenecer a la cultura occidental. Más aún, no es propiamente cultura, sino señal de su contrario, al menos en el concepto de cultura que aquí se utiliza.

El racismo, o mejor aún, la xenofobia, es precisamente la repulsa causada por lo que es diferente. Se trata de algo irracional, inexplicable, que no obedece a nada, que cualquier persona puede encontrar en el fondo de sí misma, pero que puede y debe rechazar como una muestra de la capacidad de incongruencia humana. Obviamente, la xenofobia no es algo específico de la cultura occidental, aunque en el fondo ésta tiende a considerar a otras culturas como inferiores y se habla de distinto desarrollo cultural (no sólo económico) considerando el propio como parámetro. Por el contrario, se ha dado en todas las civilizaciones desde que el mundo es mundo, y su virulencia ha solido ser pareja al grado de primitivismo del grupo social en cuestión.

---

23. Cfr. B. CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, 1984.

Ahora bien, hablar de intolerancia debe conducir a la pregunta: ¿somos intolerantes cuando tratamos de hacer extensivos los valores de nuestra cultura a otras? ¿Qué es lo que nos puede hacer pensar que nuestra concepción de las relaciones que unen a los individuos entre sí es mejor que las de otros pueblos? ¿Tiene derecho la Comunidad Económica Europea a condicionar sus ayudas económicas a países del tercer mundo a su acatamiento de unos determinados valores<sup>24</sup>?

El segundo término cuyo estudio sería interesante es «intolerable». Dificilmente puede decirse que el límite de lo tolerable deban determinarlo las mayorías. La diferencia entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, no se puede determinar a mano alzada, aunque este método suponga una cierta garantía de equilibrio; aunque sea más fácil acertar de este modo. También en palabras de Victoria Camps: «Ser tolerante equivaldría entonces a carecer de convicciones firmes, de ideas normativas de la conducta, carecer en definitiva de moral, ¿es realmente así? (...) Uno de los defectos de pensamiento actual es el miedo al dogmatismo, que viene favorecido por la homogeneidad de ideales y formas de vida impuestas por el consumo. En realidad, la autonomía es la mayoría de las veces ilusoria. Y el miedo a discrepar nos instala en el formalismo menos comprometido. Un formalismo que acaba admitiéndolo todo porque, al parecer, no hay criterios firmes para descalificar nada»<sup>25</sup>.

No cabe duda de que en el fondo todos somos un poco fundamentalistas; otra cosa conduciría al escepticismo más radical. El problema es determinar qué es ese algo santo en lo cual no estamos dispuestos a transigir. Y sin embargo, la intrasigencia, entendida como exigencia de respeto, no está reñida con la tolerancia, como actitud respetuosa. Actitud de respeto que puede ser exigible, lo cual se diferencia infinitamente de una imposición.

---

24. Acerca de los derechos humanos en países del tercer mundo, cfr. Sakah S. MAHMUD, «The State and Human Rights in Africa in the 1990s: Perspectives and Prospects», *Human Rights Quarterly* v. 15, núm. 3, agosto 1993, 485-498. Akwasi AIDOO, «Africa: Democracy without Human Rights?», *Human Rights Quarterly*, v. 15, núm. 4, noviembre 1993, 703-715. Quizás el más interesante sea, en la misma revista, Rhoda E. HOWARD, «Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community», v. 15, núm. 2, mayo 1993, 315-338.

25. Cfr. CAMPS, cit. 98. Sobre la tolerancia y, más concretamente, acerca del concepto de tolerancia represiva de Marcuse, cfr. A. CALLINICOS, «Repressive Toleration Revisited: Mill, Marcuse, MacIntyre», en *Aspects of Toleration*, J. Horton y S. Mendus eds., Londres, Nueva York, 1985, 53-74.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *L'Islam Religion el Societé* Cerf, París, 1982.
- *Normes et Valeurs dans L'Islam Contemporain*, Payot, París, 1966.
- *The Fundamentalist Phenomenon: a view from within, a response from without*, Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1991.
- *Universalism vs. Communitarianism*, D. Rasmussen (ed.), The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, England, 1990.
- AIDOO, A., «Africa: Democracy without Human Rights?», *Human Rihts Quarterly*, v. 15, núm. 4, noviembre, 1993, 703-715.
- ALTER, P., *Nationalism*, Edward Arnold, Londres, 1990.
- ANDRAE, Tor, *Mahoma*, tr. de J. Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- ARKOUN, M., *L'Islam Morale et Politique*, Desclée de Brower, París, 1986.
- BEALE, D. O., «Defining American Fundamentalism», en AAVV, *The Fundamentalist Phenomenon: a view from within, a response from without*, Eerdmans, Michigan, 1990, 22-37.
- *In Pursuit of Purity. American Fundamentalism since 1850*, Unusual Publications, Greenville, South Carolina, 1986.
- BERNARD-BALADI, M., «L'Ijma, Critere de calidite juridique», en AAVV, *Normes et Valeurs dans L'Islam Contemporain*, Payot, París, 1966, 68-79.
- CALLINICOS, A., «Repressive Toleration revisited: Mill, Marcuse, MacIntyre», *Aspects of Toleration*, J. Horton y S. Mendus eds., Londres, Nueva York, 1985.
- CAMPS, V., *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.
- CLAVERO, L., *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CHOUERI, Y. M., *Islamic Fundamentalism*, Pinter Publishers, London, 1990.
- GELLNER, E., *Postmodernism, Reason and Religion*, Routledge, London, 1992.
- HASSAM, R., «The Burgeoning of Islamic Fundamentalism: Towards an Understanding of the Phenomenon», AAVV, *The Fundamentalist: Phenomenon: a view from within, a response from witout*, Eerdmans, Michigan, 1990, 151-171.
- HOBBSAWN, E. J., *Naciones y nacionalismo desde 1780*, tr. J. Beltrán, Crítica, Barcelona, 1991.
- HOWARD, R. E., «Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community», *Human Rights Quarterly*, v. 15, núm. 2, mayo 1993, 315-338.
- LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Labor, Barcelona, 1932.
- MAHMUD, S. S., «The State and Human Rights in Africa in the 1990: Perspectives and Prospects», *Human Rights Quarterly*, v. 15, núm. 3, agosto 1993, 485-498.
- MARSDEN, G. M., *Understanding Fundamentalism and Evangelicalism*, William, B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1991.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de: «Liberalismo, pluralismo y coacción» en *Doxa* 11, 87-116.
- PINNOCK, C. H., «Defining American Fundamentalism: A response», *The Fundamentalist Phenomenon: a view from within, a response from without*, Eerdmans, Michigan, 1990, 38-55.
- SPAEMANN, R., «¿Qué es el fundamentalismo?», en *Atlántida*, 11, julio-septiembre, 1992, 102-109.
- WATT, W. M., *Muhammed, Prophet and Stateman*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

II  
ESTUDIOS





## **1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA**



## C. S. Nino y los derechos morales \*

Por JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Valencia

«Hladík había rebasado los cuarenta años. Fuera de algunas amistades y de muchas costumbres, el problemático ejercicio de la literatura constituía su vida; como todo escritor, medía las virtudes de los otros por lo ejecutado por ellos y pedía que los otros lo midieran por lo que vislumbraba o planeaba...» (J. L. BORGES, «El milagro secreto»).

En los últimos tiempos, el concepto de derechos morales ha suscitado enconadas disputas en nuestro ámbito filosófico-jurídico. La obra del profesor bonaerense<sup>1</sup> C. S. Nino ha contribuido a abrir la polémica sobre el concepto de derechos humanos como derechos morales en nuestra área lingüística<sup>2</sup> siguiendo el relanzamiento realizado años antes por Dworkin en el pensamiento anglosajón<sup>3</sup>.

Nino, en sus trabajos, pretende dilucidar, para configurar el concepto de derechos humanos, las dificultades del concepto en relación al fundamento de los mismos, y esto le lleva a una primera afirmación que le separa de otros defensores de la doctrina de los derechos morales: la conexión entre el Derecho y moral<sup>4</sup>, ya que afirma que

---

\* Este trabajo lo escribo en memoria del Profesor Carlos Santiago Nino, recientemente fallecido († La Paz, 29-8-1993).

1. Dentro de las corrientes de la filosofía del derecho argentino, Nino se encuadra dentro de la «analítica». Vid. Antonio Anselmo MARTINO, «La Scuola Analitica di Buenos Aires», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VII, 1977, pp. 171-334, esp. 282-87.

2. En nuestro país se han pronunciado a favor de esta denominación y desde diversas posiciones, entre otros, Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, F. LAPORTA, A. RUIZ MIGUEL, E. GUIÁN, J. M. ROJO SANZ, J. C. BAYÓN, J. RODRÍGUEZ-TOUBES...

3. Vid. un análisis histórico en este ámbito en el artículo de José M.<sup>a</sup> ROJO SANZ, «Los Derechos Morales en el Pensamiento Angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-89, pp. 231-49.

4. Nino señala la «existencia de al menos dos conexiones intrínsecas entre derecho y moral, una vez que se rechaza la existencia de una conexión de índole

en cualquier estructura de discurso práctico, como es la jurídica, al final encontramos razones de tipo moral<sup>5</sup>. A continuación expondremos su postura en relación al concepto y fundamento de derechos morales, mostrando alguna de las deficiencias que pueden observarse en este planteamiento.

## 1. SU CONCEPTO DE DERECHOS MORALES<sup>6</sup>

Comenzaremos por situar los derechos como un conjunto de reglas o principios pertenecientes a un sistema normativo de carácter moral<sup>7</sup>, que forman parte del ordenamiento jurídico cuando alcanzan un estadio de validez que supone su reconocimiento<sup>8</sup>. Estas reglas protegen bienes o valores morales que son de gran importancia, y por ello, dignos de protección: el deseo de su satisfacción por su «importancia moral» no supone que su protección siempre se realice de forma completa. Esto supone que un sistema jurídico debe satisfacer ciertos criterios de justicia mínimos: esto quiere decir, primero, que los juristas tratan de ajustar el sistema a las pautas de justicia que de hecho prevalecen en una sociedad dada; y además, como agentes morales, deben y a menudo efectivamente tratan de adecuar el sistema existente a las pautas de una moral ideal o crítica<sup>9</sup>.

---

conceptual: la conexión justificatoria, que está dada por la necesidad de legitimar el derecho según principios morales para constituir razones para actuar, y la conexión interpretativa, que está dada por la necesidad de recurrir a consideraciones valorativas para transformar materiales jurídicos relevantes en proposiciones que puedan constituir aquellas razones». Cfr. su «Derecho, Moral y Política», Ponencia en el Congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, *La Crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992, p. 15.

5. Se puede utilizar el concepto de «derechos morales» sin ser partidario de la necesaria conexión entre el derecho y la moral. *Vid.*, por ejemplo, F. LAPORTA, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», *Doxa*, 4, 1987.

6. En otro lugar hemos mantenido que el concepto de derechos morales es un instrumento de *análisis conceptual* independiente de la teoría moral sustantiva que se siga. *Vid.* nuestro estudio «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos*, ed. J. Ballesteros, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 69-70.

7. Incluso Bulygin parece estar de acuerdo en la situación del origen de los derechos en el sistema moral: «En esto Nino tiene sin duda razón. En el caso especial de los derechos humanos se trata de reglas o principios de un sistema *moral*. Por tanto, los derechos humanos son, al menos en su sentido originario, *derechos morales*. Llegamos, pues, a la conclusión de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico son derechos morales, que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento.» Cfr. E. BULYGIN, «Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, p. 81.

8. C. S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona 1989, pp. 15, 24-25, 48.

9. Sobre esta cuestión trataremos más adelante. *Vid.* C. S. NINO, «Legal Ethics: between Metaphysics and Futility», *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, ed. U. Kangas, Vammala, 1983, pp. 189-220; tb. puede verse en *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

El concepto de los derechos lo define desde una aproximación general de forma negativa en contraposición a las normas jurídico-positivas. Serían derechos morales aquellos que no fuesen «legales»: los que no están reconocidos por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico, y que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país<sup>10</sup>. Esta definición, a pesar de su abstracción, pensamos que lo que pretende es incluir los «derechos» en todos los estadios de validez, y en concreto trata de enfatizar que «hay derechos» o «tenemos derechos» a pesar de no estar recogidos explícitamente en el ordenamiento jurídico. Pero el problema es que la definición no dice nada del carácter de los derechos jurídico-positivos como derechos morales, lo que llevaría también a incluir la exigencia de aquellos derechos morales que, aunque pudiera parecer que están «formalmente» reconocidos, padecen defectos de protección.

Además esta aproximación, no por ser general, deja de concitar algunas otras cuestiones que iremos señalando. En primer lugar hay que plantearse si realmente el concepto de derecho se puede utilizar solo como categoría jurídica, o también como categoría moral o de otro tipo<sup>11</sup>. En definitiva, si los supuestos de derechos morales pueden englobarse en el plano jurídico. Si hablamos de derechos morales tan sólo como categoría moral, a pesar de los problemas semánticos, no parece que plantee ningún problema, ya que no tendría ninguna consecuencia desde el punto de vista jurídico<sup>12</sup>.

Sin embargo, si respondemos afirmativamente a la cuestión del tratamiento jurídico de los derechos morales, resolveremos el problema de la confusión del concepto con la validez<sup>13</sup>, ya que se dis-

10. C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 196-7.

11. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, p. 228.

12. Los derechos morales en este sentido tendrían la acepción inglesa de «morally right», y por tanto estaríamos hablando de la «corrección» de los actos, o como mucho, de «actos justos». Aunque en esta última atribución no estarían de acuerdo todos los autores que defienden los derechos morales, como, por ejemplo, J. S. Mill. Para entendernos, aquí «moral right» se contrapone a «moral wrong»; cuando en realidad, la contraposición que nos interesa de «moral right» es la de «legal right». Por ejemplo, en el sentido que lo utiliza Austin: «Estrictamente hablando, no hay derecho, sino aquellos que son las criaturas de la ley; y hablo de cualquier otro tipo de derechos sólo para poder ajustarme al lenguaje recibido, que ciertamente nos permite hablar de derechos morales no sancionados por la ley; así, por ejemplo, hablamos de derechos creados por un acuerdo.» Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, vol. I, ed. R. Campbell, London, John Murray, 1869, lecture XII, p. 355.

13. *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 197, 206, 418; *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 15, 24-25, 48. También en el mismo sentido, vid. E. FERNÁNDEZ, «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», *El Fundamento de los Derechos Humanos*, VV.AA., Madrid, Debate, 1989, p. 157.

tinguen los derechos en los distintos estadios de validez, y aunque un derecho humano no se halle reconocido en un ordenamiento jurídico o se proteja deficientemente, no queda reducido a una mera exigencia o a una «razón para actuar». Sin embargo, esta postura nos planteará la cuestión de la confusión del concepto con la justificación<sup>14</sup> y de considerarlos en el ámbito de una moral propia de corrientes iusnaturalistas<sup>15</sup>, ya que en definitiva la expresión «derechos morales» remitiría a la existencia del derecho natural<sup>16</sup>.

Nino, en su «Teorema fundamental de la Teoría General del Derecho», parte de la afirmación de que un derecho tiene que estar respaldado por principios morales si quiere justificar acciones y decisiones, ya que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones justificatorias si no se las concibe como derivadas de juicios morales. Pero esto no supone la utilización del «esencialismo conceptual» que él mismo critica, esto es, que un sistema normativo no es Derecho si no está respaldado por principios morales, que sería una afirmación propia de tesis iusnaturalistas<sup>17</sup>. De lo que se trata

14. Ver en este punto J. DE LUCAS, «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos*, ed. J. Ballesteros, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 16-7.

15. Así lo entienden, entre otros, G. PECES-BARBA, *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp. 230 y 234 y en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 110.; L. PRIETO, «Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año V, 14, mayo-agosto 1985, pp.353-377, *vid. tb.* «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid, 1987, p. 301; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986 (1.ª ed. 1984), p. 179; E. J. VIDAL, «Los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos, op. cit.*, p. 28 y ss.; y D. NEGRO PAVÓN, Prólogo a *Sobre la Libertad*, de J. S. Mill, Madrid, Espasa-Calpe, col. Austral, 1991. *Vid.* nuestra explicación que no comparte esta crítica en «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *op. cit.*, pp. 65-70.

16. «En conclusión, negar la relevancia jurídica de los derechos morales sólo puede hacerse negando la obligación del derecho positivo de reconocerlos. Pero eso es tanto como negar la idea misma de derechos humanos. Ambos extremos no pueden ser simultáneamente afirmados. A su vez, afirmar dicha relevancia jurídica significa atribuirles *ya* un cierto carácter jurídico, lo cual conduce a la superación del concepto reductivo de derecho como norma. (...) Ello constituye, sin duda, una afirmación de los derechos humanos como expresión del derecho natural, aunque no signifique, mientras no se concrete el contenido de los mismos, ninguna opción por un concepto concreto de naturaleza humana.(...) Por tanto, con la expresión «derechos morales», o no se quiere decir nada, o se señala la existencia del derecho natural.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 243-4.

17. «La proposición sostiene que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones justificatorias si no se las concibe como derivadas de juicios morales...» Cfr. C. S. NINO, *Derecho, Moral y Política, op. cit.*, p. 6. Ver *tb.* *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985; y *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, caps. I y II.

es de enfatizar la conexión que debe existir entre el Derecho y la Moral, sin que ello suponga una confusión<sup>18</sup>.

En segundo lugar, también plantea la cuestión de la forma en que se entiende el sistema moral. Si de lo que se trata es de un sistema moral no basado en la moral positiva, sino en la moral ideal, como la define Nino, el sistema no se diferenciaría de un sistema de Derecho natural. Y dado que no existen normas morales absolutas, serían tan sólo «“exigencias” que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral»<sup>19</sup>. Sin embargo, frente a esta observación lo que habría que preguntarse es si realmente detrás del planteamiento de Nino existe esta referencia a un sistema moral absoluto, cuestión que abordaremos en un apartado posterior.

En tercer lugar, nos situaremos en la alternativa entre el criterio de reconocimiento del derecho por el sistema jurídico y la afirmación sobre su carácter jurídico<sup>20</sup>, ya que en contextos de tipo justificatorio, según Nino, todo derecho jurídico es un derecho moral; aunque no así todo derecho moral es un derecho jurídico<sup>21</sup>. En concreto, Vidal discrepa de Nino cuando dice que «la existencia de derechos individuales en tanto derechos morales no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas»<sup>22</sup>; «sino que precisamente el reconocimiento y la transformación de los derechos morales en derechos legales dan lugar a la fusión entre legitimidad crítica y legitimidad legalizada confiriéndoles plena efectividad»<sup>23</sup>. Al igual

18. Puede verse un planteamiento en este sentido en J. S. MILL, *Utilitarianism*, cap. V.

19. E. BULYGIN, «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *op. cit.*, pp. 82 y 83. Y en p. 84: «Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para la tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución. Por eso, la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad...»

20. Para G. PECES-BARBA no hay diferencia, *vid.* su «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986-87, p. 224.

21. La existencia de principios morales como jerárquicamente superiores al Derecho es descalificada por Vernengo como «metafísica», ya que no existe un código moral que pueda determinarse de la forma en que lo hace el Derecho. *Vid.* R. J. VERNENGO, «Los Derechos Humanos como Razones Morales Justificadoras», *Doxa*, 7, 1990, pp. 275-299; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La polémica sobre la expresión “derechos morales”», *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, tomo II, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 347.

22. Cfr. C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 418.

23. E. J. VIDAL, «Los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos», *op. cit.*, p. 28

que Peces-Barba, piensa que si no están reconocidos no son nada, pues están sin terminar, y si se reconocen serían como títulos que justifican la existencia y protección de los derechos legales<sup>24</sup>. Pero ¿qué quiere decir que están sin terminar? Los derechos son instrumentos para proteger determinados «bienes» que merecen este tipo de preocupación social, política y jurídica; y estos «bienes» tendrían otro tipo de protección (por ejemplo, la reprobación moral), si su importancia para la sociedad no mereciese más. Estos bienes, sí que se puede entender que son «títulos», por igual para los derechos morales y los derechos legales. Pero los derechos morales no son títulos de los derechos legales, porque son ellos mismos derechos legales cuando son reconocidos. Los derechos morales serían más que exigencias, y más que razones para actuar: los bienes que hay que proteger sí que dan razones o guías para actuar. Podríamos decir que una de sus funciones es la de ser título, razones para actuar, exigencias o criterios de actuación; pero, desde otra perspectiva, son normas o reglas. En el caso de Nino, estas reglas provienen, como veremos, de unos principios de una moral ideal o crítica, aunque hay que decir que en su teoría este paso no queda del todo explicado. Por ejemplo, la preferencia por seguir una conducta que potencie este bien tendrá una valoración mejor que la contraria. Entonces, ¿qué es lo que añaden los derechos morales? Pensamos que añaden un componente normativo: Son razones para actuar cuando no están reconocidos, funcionan a modo de «títulos» de los derechos legales; y además suponen que se puede exigir de la sociedad su cumplimiento y protección.

Como hemos mencionado anteriormente y defendido en otro lugar, la no utilización del concepto de derechos morales como categoría jurídica supone la confusión entre el concepto y la validez del derecho, o entre el concepto y las formas de protección del mismo<sup>25</sup>. El desafío se encuentra en hallar las características que puedan determinar el carácter jurídico del Derecho sin mezclar los planos de análisis, aunque esto no quiere decir que no exista conexión entre ellos. Por esto en la definición del concepto de derecho para evitar conceptos que lleven aparejados prejuicios de tipo iusnaturalista, como sería la definición de los derechos humanos a través de la de «derecho natural», Nino utiliza otros elementos de concepciones axiológicas, valorativas o principios de una moral ideal o crítica<sup>26</sup>. Lo seguro es que su concepción del Derecho no incluye las posturas

24. Vid. G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la Historia en el concepto de Derechos Fundamentales», *op. cit.*, p. 241.

25. Vid., p. e., F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 23-46, y las referencias citadas en nuestro trabajo «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *op. cit.*

26. Vid. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 19-20; y «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7, 1990, pp. 313-15.



que definen el derecho a través de la sanción; del deber virtuoso; del consecuencialismo o de los fines de la acción; o de las que niegan que los derechos derivan de las normas morales<sup>27</sup>.

Nino plantea, más que la utilización de un concepto amplio de derecho, la existencia de varios conceptos por los distintos sentidos que tiene según las situaciones en que es utilizado, por lo que resulta necesaria su coexistencia para su empleo en los distintos contextos. Esta primera afirmación supone un cuestionamiento de las disputas entre iusnaturalismo y positivismo que se aferran, aún hoy en día en la univocidad y pureza del concepto<sup>28</sup>. Sin embargo, algunos autores piensan que esta utilización «no-esencialista» del concepto no zanja la disputa entre las dos concepciones<sup>29</sup>. Como veremos más adelante, su postura es convencionalista, en el sentido que para él los conceptos serían clasificaciones convencionales de la realidad.

Parece ser que al definir el concepto tenemos que dejar pasar elementos que formen parte del fundamento, y por tanto referirnos de alguna manera al sistema moral en el que nos basamos. Esta sería una de las razones por las que se utiliza el concepto «derechos morales». Para Nino, los derechos humanos serían *derechos establecidos por principios morales*. Y las características que los definirían serían: «a) su existencia está dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva, sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) Son principios aceptados como justificación *final* de conductas; es decir, no hay principios de *otra clase* que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) Los principios morales pueden valorar cualquier conducta»<sup>30</sup>. El problema estaría en determinar esos principios a que se refiere y en todo caso, quién y cómo puede considerarlos como válidos. A continuación, al analizar su fundamento de los derechos, determinaremos los principios que según Nino son la base para los derechos humanos.

27. Vid. C. S. NINO, «El cuatrima del consecuencialismo», *Doxa*, 4, 1987, pp. 365-6; «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 313-15; y en el Seminario «La noción de derechos morales», Facultad de Derecho, Universitat de Valencia, 26-11-1990; «Consecuencialismo: debate ético y jurídico», *Telos*, vol. I, n. 1, 1992, pp. 73-96.

28. Vid. C. S. NINO, «Dworkin and Legal Positivism», *Mind*, 1980; «Los conceptos del derecho», *Crítica*, agosto 1981, vol. XIII, n.º 38; *La Validez del Derecho*, *op. cit.*, cap. VII, pp. 134-137 y 170 y ss.; *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 16-17; «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 316.

29. Vid. G. CARRIO, *Un intento de la superación de controversia entre positivistas y iusnaturalistas. (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986; y P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 240 y ss.; «En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo», *Persona y Derecho*, 23, 1990, p. 326.

30. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 19-20.

La aproximación al concepto la vamos a realizar desde una triple vertiente: a) teniendo en cuenta los sujetos; b) analizando las funciones que pretende tener este derecho (ello nos permitirá ver qué es lo que pretenden, para qué sirven, para qué se utilizan...); c) y por último, un análisis en el que incluye la estructura y el funcionamiento de los derechos: su relación con los principios que protegen, con elementos valorativos, etc.

Tras haber establecido las conexiones con el sistema moral, el criterio de reconocimiento del derecho por el sistema jurídico, y la existencia de varios conceptos de derecho, podemos recoger una primera definición de derecho que todavía tiene unos atributos abstractos, ya que define el concepto por su pertenencia a unos sujetos. Así «los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un *título igual* a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el *mismo grado* esa propiedad relevante<sup>31</sup>». La concreción del concepto de seres humanos aptos para tener derechos la hace a continuación, designando la cualidad de «hombre» en el carácter de «persona moral»: «Los derechos básicos son aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor<sup>32</sup>». La crítica que suscita este planteamiento se refiere a la posibilidad de extender la personalidad moral a los casos en los que las personas no tengan autonomía moral, la tengan de forma potencial (niños), o a los que no la tienen porque no pueden valerse por sí mismos (disminuidos, enfermos...), cuestión que no queda resuelta por Nino<sup>33</sup>.

Para poder concretar el concepto, examinaremos dos características que Nino utiliza en su concepto de derechos siguiendo a Dworkin: a) son distributivos e individualizados, proveyendo de recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos que integran la clase

31. Cfr. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 43. «Los «derechos individuales» son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por otras circunstancias (...), sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser un individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen igual derecho a ellos.» Cfr. *Introducción al Análisis del Derecho, op. cit.*, p. 417.

32. Cfr. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 47; como veremos más adelante, la adopción de unos determinados valores como el de autonomía e imparcialidad le llevan a referirse a un cierto concepto de persona, cuya identidad no depende de su pertenencia a un grupo. Vid. su conferencia «Positivism and communitarianism: Between Human Rights and Democracy», en *Law and History Seminar*, dirigido por el Prof. Massimo La Torre, Instituto Universitario Europeo de Florencia, abril-mayo 1993, pp. 42-3. Publicado en *Ratio juris*, 7, núm. 1, 1994, pp. 14-40.

33. En el mismo sentido, vid. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, p. 216.

que goza del derecho en cuestión (en cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios *agregativos y no individualizados*), y b) constituyen un *límite o umbral* (triumfos) en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos. Los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común<sup>34</sup>. Habría que precisar, sin embargo, que no se trataría de características, sino que serían una funciones o finalidades de los derechos, y servirían para definirlos en esa medida pero no nos dan la característica del concepto, sino que nos señalan la importancia que tienen sus características por lo que representan. Estas funciones claramente identificarían de alguna forma el tipo de sistema moral, que se nos muestra de corte liberal. La contradicción, como veremos más adelante, se encuentra en adoptar un sistema moral procedimentalista para conseguir una neutralidad valorativa, y al mismo tiempo exigir unos requisitos que rompen esta neutralidad.

El concepto de derechos morales en una tercera vertiente en relación a su estructura y que es su definición más precisa, la hace siguiendo a MacCormick: «Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso<sup>35</sup>». Los derechos morales serían situaciones tales en que el acceso a un determinado estado de cosas es valioso o constituye un bien para los individuos de una cierta clase, de forma que su privación resulte incorrecta o indebida. En esta definición trata de evitar introducir el concepto de deber moral, y por eso utiliza la distinción entre *duty* y *ought to*<sup>36</sup>. Esto es así, ya que si un principio moral básico establece un derecho, también está estableciendo deberes de forma compleja. En el concepto de derecho subjetivo existe un correlato con el deber subjetivo<sup>37</sup>. Por lo que si no diferenciamos la cuestión, nos podría-

34. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 34-35.

35. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 40.

36. Para un tratamiento de esta distinción, *vid.* J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 431 y ss.

37. «La peculiaridad de esta definición radica en que se sustituye la concepción *deóntica* del derecho, aquella que lo vincula siempre y esencialmente con un deber, por una concepción *valorativa*, que conecta la idea de derecho con la idea de un bien para el sujeto titular (...) esta concepción valorativa abre necesariamente la puerta a una teoría de los derechos —y también una teoría ética— que tome como base la idea de naturaleza humana.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 215 y 216

mos encontrar con la misma crítica que se hace a los sistemas que confunden los derechos con los deberes<sup>38</sup>.

## 2. SU FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES

Tendríamos que ver a continuación sobre qué teoría moral fundamenta nuestro autor el concepto de derechos morales. En un nivel meta-ético las doctrinas que defienden los derechos morales son cognoscitivistas, ya que se busca la posibilidad de juicios racionales sobre cuestiones morales. La teoría moral meta-ética<sup>39</sup> a la que se adscribe Nino es la denominada por Rawls *constructivismo ético*. El constructivismo ético de Nino<sup>40</sup> se encuentra en el camino de otros autores que pretenden la superación de las teorías de justicia no cognoscitivistas a través del constructivismo moral (Rawls) y la recuperación de la razón práctica (Habermas, Apel...). Dentro del constructivismo ético se posiciona en lo que llama el «constructivismo epistemológico» que se encuentra en el plano ontológico, entre el individualismo y el colectivismo (a medio camino entre las posiciones de Rawls y Habermas); y en el plano epistemológico entre el

---

38. Para Rodríguez-Toubes esta propuesta de definición «no parece que satisfaga suficientemente el requisito de autonomía.» Cree «que la adecuada distinción entre lo que “se debe” moralmente hacer y el deber u obligación moral individualizado y posible (NINO, 1989, 37), no logra evitar la circularidad que supone fundamentar los derechos en lo que es correcto y a continuación definir lo correcto en función de los derechos. Porque si justificamos los deberes añadiendo a que en un estado de cosas ‘deber ser’ consideraciones sobre su posibilidad y la situación especial de ciertos individuos respecto a él —como Nino sugiere—, al definir los derechos no bastará la mención de una corrección moral genérica, sino que precisaremos concretarla con aquellas mismas consideraciones, lo que nos devuelve a los deberes. Por otro lado, J. Raz recuerda que hay razones para la acción que no pueden presentarse en términos de deberes estrictos (los únicos que cabría derivar de derechos) *v. gr.*, el deber de suministrar información a quien le sea de interés. De todas formas, esta dificultad —si lo es— no resta peso a la notable construcción fundamentadora de Nino, que constituye un apoyo poderoso a la idea de derechos morales.» Cfr. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La polémica sobre la expresión «derechos morales»*, *op. cit.*, p. 353.

39. Para Nino el nivel del discurso moral de la Meta-ética, Ética teórica o Ética analítica (teorías acerca del significado de los conceptos y juicios morales), trata del estudio de la *posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor*, es decir, «si hay alguna forma de demostrar que un juicio de justicia o bondad moral es verdadero o válido de tal modo que esa demostración sea, en principio, asequible a cualquier persona normal que estuviera en las condiciones adecuadas» y, por tanto, de analizar el significado de términos como «justo», «bueno», «deber», «juicios de valor»... de efectuar clasificaciones de teorías éticas y, en general, de elaborar conceptos éticamente adecuados. La posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos. *Vid.* C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, pp. 353-54.

40. *El Constructivismo Ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

elitismo y el colectivismo: «la verdad moral parece constituida no por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral. Dado que esos presupuestos exigen la imparcialidad y es sumamente difícil que se tomen en cuenta los intereses de otros si no es mediante su participación en la discusión colectiva...»<sup>41</sup>

En una aproximación general establece una característica que hay que dotar de contenido: «Los derechos humanos versan sobre bienes, que normalmente son de importancia primordial o fundamental para sus titulares»<sup>42</sup>. Para delimitar qué es lo que pretende decir con esto hemos de estudiar la relevancia desde el punto de vista de la fundamentación, y para ello tendremos que acercarnos a la distinción que hace Nino entre normas jurídicas y morales. Según Nino, las normas jurídico-morales son aquellas que son aceptadas en virtud de que una norma moral pura legitima la prescripción de cierta autoridad. Para la aceptación de las normas morales puras no es relevante la prescripción de una autoridad; y además no establecen necesariamente derechos<sup>43</sup>: pueden establecer simplemente el *deber* de obedecer a cierta autoridad o pueden valorar positivamente las consecuencias de obedecer a esa autoridad. Cuando una autoridad legitimada por normas morales puras prescribe el deber de realizar un cierto comportamiento, los beneficiarios de ese comportamiento tienen un *derecho* —según algunas posiciones ello sólo es así cuando, además, se tiene una acción procesal para hacerlo cumplir—. Estos derechos correlativos de deberes que están establecidos por normas jurídico-morales son los que Dworkin llama «derechos institucionales». Las normas morales puras también pueden establecer directamente derechos, que los podemos llamar *derechos fundamentales* para distinguirlos de los derechos institucionales, que también son de índole moral. Para Nino, estos derechos fundamentales o no institucionales «no pueden ser interpretados en el contexto de una concepción liberal de la sociedad como reflejos de deberes de otros, sino como fundamento de tales deberes, una vez que se dan ciertas condiciones adicionales como es la posibilidad de actuar; (...) lo que esos derechos exigen es que cierto estado de cosas valioso *deba* ser obtenido, lo que es diferente que decir que hay un deber de producirlo (como se advierte en inglés

41. *El Constructivismo Ético*, op. cit., p. 14; Vid. tb. *Derecho, Moral y Política*, op. cit., p. 19.

42. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 40-41. Este tipo de aproximación es similar a las de J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice Hall Inc., 1973, p. 83 y M. CRANSTON, *What are Human Rights*, London, 1973, pp. 6-7.

43. Independientemente de la forma en que se determinen los derechos, que tendría que ver con aspectos de su validez, y lo que nos diría es qué tipo de moral (propia, colectiva, positiva...) es la que se establece como la que forma parte del derecho; lo que creo que trata de decir Nino es que detrás de un derecho siempre hay un principio moral, sea cual sea.

con la diferencia entre las palabras *ought* y *duty*)»<sup>44</sup>. El enunciado normativo o se toma en cuenta porque lo ha prescrito una autoridad o por sus propios méritos. «O sea que hay un momento en que es necesario aceptar la proposición de que una autoridad o una práctica social deben ser observadas no por el origen de su formulación, sino por sus méritos intrínsecos. Pero un juicio normativo concerniente a intereses de diferentes personas que es aceptado no por la autoridad que lo pudo haber emitido, sino por sus méritos intrínsecos o por la validez de su contenido, es un *juicio moral*, ya que este tipo de aceptación exhibe la característica de la *autonomía* que desde Kant se ha sostenido, correctamente a mi juicio, que es distintiva de la adopción de normas morales.»<sup>45</sup>. De lo que se trata es que dado que existen unas condiciones que deben ser satisfechas para el desarrollo de la persona moral, éstas tienen una fuerza para obligar lo suficiente fuerte para considerarlas como derechos, y ello aunque los órganos estatales no las reconozcan legalmente como tales<sup>46</sup>.

Pasaremos a continuación a resumir, en palabras del propio Nino, la forma en que el constructivismo ético determina los principios morales que sirven para fundamentar los derechos. La idea central del constructivismo ético es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales en el contexto de la práctica social del discurso moral que tiene presupuestos estructurales adaptados a sus funciones sociales<sup>47</sup>. «... la justificación de las leyes generalmente no incluye consideraciones morales sustantivas, sino que es una justificación de tipo *procesal*, de modo que los principios morales relevantes generalmente se limitan a determinar las condiciones para la selección de las autoridades políticas y del procedimiento bajo el cual éstas deben actuar, de modo que cuando ellas son satisfechas las leyes resultantes están justificadas»<sup>48</sup>. Para Nino, el consenso obtenido en una discusión moral real, si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es un buen indicio para saber cuáles son ellos, ya que la unanimidad entre todos los interesados da una buena garantía de imparcialidad<sup>49</sup>. Lo que se trata, por tanto, es de establecer un procedimiento que permita determinar unos valores morales desde la neutralidad, sin que los presupuestos contengan una predisposición en uno u otro sentido.

El planteamiento y los presupuestos de Nino nos llevan a la determinación de unos principios morales. Por otra parte, a pesar del

44. «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, pp. 320-23; *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. I.

45. *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, p. 8.

46. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La polémica sobre la expresión «derechos morales»*, *op. cit.*, p. 350.

47. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 11 y 13.

48. *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, p. 12.

49. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 15 y 111 y ss.

procedimiento propuesto, el fundamento de los derechos se encuentra en unos bienes de importancia primordial, y esta relevancia hace que se exija su reconocimiento por los organismos jurídicos y políticos. Los bienes se basan en unos principios morales de los que van a derivar los derechos humanos fundamentales, estos principios son:

«1. El principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; 2. El principio de autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia, y 3. El principio de dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control»<sup>50</sup>.

La cuestión de cómo seleccionar entre las múltiples condiciones constitutivas de la capacidad de actuar las que integran la libertad de acción, que es parte de la autonomía moral, se soluciona con la adopción de normas que provienen de una moral *ideal* o *crítica*, frente a las de una moral positiva. Pero como esta solución plantea algunas objeciones por problemas metodológicos y de objetividad, Nino recurre a un valor que se puede encontrar en el propio procedimiento que se propone: «... hay un valor que está implícito en la misma práctica de la discusión moral y que no puede ser negado sin incurrir en inconsistencias prácticas: él es, por supuesto, el valor de la autonomía personal»<sup>51</sup>. El liberalismo está comprometido a una cierta forma de tratar a la autonomía: «está implícito en el discurso moral liberal el que ninguna persona moral debe ser instrumento de otra y que cualquier principio aceptable de distribución de autonomía debe tomar en cuenta imparcialmente el punto de vista de todas las personas morales. Esto implica (...) que debe maximizarse la autonomía de toda persona moral, salvo cuando ello implique disminuir la autonomía de otra persona moral hasta un nivel inferior al de que se intenta maximizar: de lo contrario, la última persona estaría siendo usada como medio en beneficio de la primera. Esta exigencia de imparcialidad tal vez deriva de la misma idea de autonomía personal cuando esa idea se combina con los requisitos formales de universalidad y generalidad de los principios morales. Tal combinación implica, en primer lugar, una jerarquización de los intereses de cada uno, según su vinculación con el plan de vida elegido; en segundo término, implica un aislamiento de la vida de cada persona respecto de las decisiones de otros»<sup>52</sup>.

50. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 46.

51. Cfr. «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *Sistema*, 101, 1991, p. 83.

52. Cfr. «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *op. cit.*, pp. 83-4. «Como los principios de una moral intersubjetiva están dirigidos a preservar la autonomía de los individuos frente a los actos de otros que puedan afectarles, existen razones para que el Estado y otros individuos hagan efectivos estos principios incluso

Los bienes que cumplen estos requisitos serían, por ejemplo, las necesidades básicas. Para Nino, la satisfacción de unas necesidades básicas es central en una concepción liberal de la sociedad, como la que defiende y que denomina «liberalismo genuino»<sup>53</sup>. «La forma en que el liberalismo puede obtener el difícil equilibrio entre el perfeccionismo y el utilitarismo es admitiendo que esas preferencias, para ser atendibles, deben presuponer una concepción del bien que incluye a la autonomía como elemento central»<sup>54</sup>. La noción de autonomía es básica para entender que lo propio del individuo es la elección de un cierto plan de vida; y una vez que se ha realizado la concreción del plan involucra a todos, ya que todos se encuentran comprometidos a contribuir en los recursos necesarios para que el individuo alcance el mismo grado de éxito o goce que el resto. Lo que quiere decir que para ello deben respetársele, o debe tener cubiertas sus necesidades básicas. Esto hace que el concepto de autonomía se una al de autorrealización<sup>55</sup> o autodesarrollo<sup>56</sup> del que ya hablaba Mill<sup>57</sup>. Así, «el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros»<sup>58</sup>. La utilización del concepto de necesidades básicas cumpliría las ideas básicas del liberalismo: que los fines de los individuos deben ser respetados, y que todo individuo es un fin en sí mismo.

\* \* \*

---

contra aquellos que no quieren adoptarlos libremente.» Cfr. «Moral Discourse and Liberal Rights», *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, ed. N. MACCORMICK y Z. BANKOWSKI, Aberdeen University Press, 1989, p. 167.

53. Denominación que utiliza frente al «liberalismo conservador». *Vid.*, p. e., su «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *op. cit.* E. Fernández lo denomina «liberalismo igualitario», en la línea de Dworkin: «Como principio de legitimidad social y política el liberalismo igualitario aboga por un principio de legitimidad contractualista, un contrato social liberal-igualitario, en el cual los derechos humanos fundamentales son aquellos derechos morales previos al contrato, por tanto limitadores de las decisiones contractuales, y que ejercen y articulan a través de él.» Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, *La Obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, p. 15, y pp. 188-9.

54. «Autonomía y Necesidades básicas», *Doxa*, 7, 1990, p. 28.

55. «Autonomía y Necesidades básicas», *op. cit.*, p. 31.

56. Esta tesis se encontraría dentro de las que sostienen la implicación entre el hecho y el valor. A este tipo de planteamientos se les critica que «describen la idea de necesidades a partir de un paradigma antropológico (...) explican que las necesidades están relacionadas con una existencia valiosa y un desarrollo personal también valioso, asumido como algo dado, como un *a priori* ontológico al modo del clásico proceso de transformación de la bellota al roble.» *Vid.* esta crítica en J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7, 1990, pp. 64-5.

57. *Vid.* por ejemplo, J. S. MILL, *Utilitarianism*, capt. 5, *Collected Works, Essays on Ethics, Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, p. 251.

58. «Autonomía y Necesidades básicas», *op. cit.*, p. 33.



A continuación trataremos algunas observaciones que se le han hecho a Nino, sin llegar a ser exhaustivos y remitiéndonos a críticas más extensas<sup>59</sup>:

1. El primer tipo de críticas se referiría a la insuficiencia de las éticas procedimentales, porque se sustentan en una «racionalidad formal»<sup>60</sup>. Según esto, los juicios morales sólo serían verdaderos en un sentido formal o hipotético, y por tanto lo que importaría desde el punto de vista de la racionalidad sería su coherencia. «Sus propósitos se orientan hacia la “justificación procedimental” de las normas, más que al descubrimiento de la regla del bien.»<sup>61</sup> Aunque hay que decir que lo que pretende nuestro autor es justamente esto, la búsqueda de criterios morales a través de un planteamiento intersubjetivo, ya que, para él, la verdad moral no es algo que se descubra porque sea objetivo<sup>62</sup>. Por esto, creemos que el problema no se encuentra en que sea una moral procedimental, sino en que el procedimiento es una excusa para justificar una determinada moral o un tipo de sistema moral concreto.

2. Una consecuencia de esto, al estudiar realidades ético-sociales (como la justicia y los derechos humanos), es que «el único saber que cabe de ellos es el que se unifica desde las categorías de una ciencia fenoménica o *física* de lo social, esto es, desde la sociología. Por eso la moral de Nino aparece fuertemente teñida como moral social, y la moral individual, simplemente desaparece, o se accede únicamente a las dimensiones exteriores del comportamiento de los agentes morales»<sup>63</sup>. «... Así, el complejo mundo de lo ético queda referido en exclusiva a su función social, la moral se reduce a moral social y sus conceptos fundamentales, como el de persona, se establecen y definen por rasgos externos o verificables, con las consiguientes dificultades implícitas, ya mencionadas»<sup>64</sup>. Si bien parece

59. Otros aspectos críticos han sido apuntados por C. I. MASSINI, «Filosofía analítica y derechos humanos. Consideraciones sobre la obra de Carlos S. Nino», *Ética y Derechos Humanos, Ethos* 12-13, Buenos Aires, INFIP, 1984-5, pp. 337-352; H. H. HERNÁNDEZ, «Deber jurídico y derecho natural. Reflexiones a partir de una polémica interanalítica», *Ethos* 14-15, Buenos Aires, INFIP, 1986-7, pp. 145-81.

60. «El autor argentino efectúa un análisis de la moralidad en términos puramente formales y funcionales. Su construcción es más bien una metaética, configurada por una parte como filosofía del conocimiento moral, y por otra como análisis de su función social. De la adopción de esta perspectiva formal de acceso a las realidades éticas derivan las insuficiencias que creemos descubrir detrás de su planteamiento.» Cfr. P. SERNA, *Positivism Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 218 y 229 y ss.

61. P. SERNA, «En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo», *op. cit.*, p. 326; y *Positivism Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 233.

62. *Vid.* sobre la verdad moral, C. S. NINO, «Democracia y Verdad Moral», *La Nación*, Buenos Aires, 1 de septiembre de 1986.

63. Cfr. P. SERNA, *Positivism Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 234.

64. P. SERNA, *Positivism Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 245-6.

cierto que no tiene en cuenta el razonamiento moral interno, sin embargo, a esto habría que matizar que lo que Nino trata de reflejar es que las normas jurídicas deben contextualizarse, esto es, no forman parte de acciones o decisiones aisladas, sino que debe tenerse en cuenta su historia y la sociedad en donde se exigen<sup>65</sup>. Sin embargo, la contextualización, o sea el hecho de pertenecer a una sociedad determinada en un momento histórico, no es una propiedad relevante para el disfrute de los derechos por los seres humanos, ya que como hemos visto su carácter moral los hace universalizables<sup>66</sup>.

3. A continuación tendríamos que cuestionar la neutralidad axiológica que se pretende con el método previsto por Nino, y así lo confiesa nuestro autor al sugerir que, al apoyarse «en la práctica social del discurso moral vigente en nuestra cultura»<sup>67</sup> y cumplir todas las exigencias de su teoría, el resultado da lugar a instituciones jurídicas liberales<sup>68</sup>. Aunque para él esto no quiere decir que sólo los liberales podrían participar en la discusión moral, sino que sus instituciones son las más adecuadas, lo que supone acotar de una forma muy estricta los límites de la moral y encerrarlos en una cultura que aunque nos pueda parecer la mejor de las históricamente vividas, desconoce otros sistemas morales, e incluso otras formas de entender la moral. El constructivismo epistemológico parece caer en un localismo axiológico<sup>69</sup>, y esto puede plantear problemas a la hora de fundamentar los derechos humanos con un mínimo de amplitud, pluralismo o universalidad. Por otra parte, al terminar aceptando que la ideología política a la que conduce es una en concreto, se rompe

---

65. «Su efectividad, que es decisiva para su carácter de acciones o decisiones jurídicas, está dada por la forma en que ellas se combinan con acciones o decisiones pasadas, presentes y futuras de otros individuos. En otras palabras, la acción o decisión jurídica de un juez, un legislador o un ciudadano consiste en contribuir de una u otra manera a una práctica social continua. Esa práctica social puede estar originada en una norma jurídica concebida como prescripción, que puede haberse expresado en una norma jurídica concebida como texto, y la práctica social misma puede ser concebida como una norma jurídica.» Cfr. «Consecuencialismo: debate ético y jurídico», *op. cit.*, p. 91.

66. *Vid.* «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», *op. cit.*, p. 44.

67. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 15-6.

68. Frente a este tipo de críticas, Nino mantiene que «la autonomía requiere algunas precondiciones que permiten a la gente elegir y materializar su propia concepción de lo bueno y sus ideales personales; entre estas precondiciones se encuentra la pertenencia al grupo social: pero si esta pertenencia se valora porque es un instrumento de la autonomía, debería hacerse tan voluntaria como sea posible para no frustrar el bien que persigue». Cfr. «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», *op. cit.*, p. 41.

69. Por ejemplo, tan sólo señalar que las actuales Declaraciones de derechos que llevan la impronta de la ideología liberal, son resultado de la historia occidental y de su tradición axiológica; y esto a veces nos impide ver los valores de otras tradiciones. *Vid.* en este punto, A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *Derechos Humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, *op. cit.*, p. 120.

la magia de la neutralidad y del razonamiento intersubjetivo, y se cae en una fundamentación monista<sup>70</sup>, ya que no se abre a las posibilidades que promete; y esto, sin dudar que el que se plantee sea un discurso amplio y abierto, y que materialmente puedan ser las instituciones jurídicas liberales «genuinas», en sentido amplio, las más acertadas para que en ellas se desarrolle cualquier tipo de justificación sobre los derechos, y además puedan caber todas. Es decir, el procedimiento que se nos ofrece ya lleva un camino andado y parece difícil apartarse de él, por lo que, si sabemos a donde conduce, no hace falta inventar y utilizar mapas para encontrar el final<sup>71</sup>.

4. En relación con los derechos, la propia teoría defendida por Nino plantea algunos frentes problemáticos. En primer lugar, y como habíamos apuntado anteriormente, su concepto de «persona moral» en relación con el valor de la autonomía, reduce extraordinariamente los sujetos que pueden disfrutar de los derechos. En segundo lugar, y en lo referente al contenido, no sólo la reducción a la ideología liberal, sino al ámbito occidental y la falta de conciencia de un pluralismo cultural<sup>72</sup> hace imposible que podamos hablar de derechos de personas de otras culturas y posiblemente de otras ideologías. Con ello se cercena de alguna manera el contemplar los «derechos» de algunos «indeseables» que nos visitan (por ej., inmigrantes de civilizaciones «primitivas»), y por consiguiente de la existencia de algunos de los derechos llamados de tercera generación. Esto tendría también relación con sus componentes axiológicos: dada la primacía del valor de la libertad, corregida con el calificativo del igualitarismo (formal<sup>73</sup>), se impediría el paso, o al menos tan sólo se permitiría subsidiariamente hablar del valor de la solidaridad.

---

70. «A partir de esto puede comprenderse que los distintos elementos que componen la teoría de la justicia resultante de estas bases epistemológicas no pueden quedar suficientemente fundados y, en consecuencia, se terminará por reducir a una pura opción ideológica lo que inicialmente pretendía ser presentado como conjunto de principios de justicia.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 246.

71. Puede verse una posible contestación a esto en «Moral Discourse and Liberal Rights», *op. cit.*, p. 161: «I think that there is some confusion when it is assumed that autonomy is a property of some plans of life, instead of constituting a capacity to choose as wide a variety as possible of plans of life. This provokes an imperceptible jump from the value of autonomy to the conclusion that some plan of life are better than others and that this is relevant for State action.»

72. *Vid.* A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *op. cit.*, pp. 118-9. En este artículo se resalta la idea de que los derechos humanos forman parte del patrimonio ético común de la humanidad, y a la vez, que toda cultura o visión del mundo encierra elementos valiosos cuya pérdida afectaría a toda la familia humana. El instrumento que propone para llegar a un consenso evitando reduccionismos es el de un «diálogo intercultural» como interpelación mutua de unas tradiciones culturales por otras.

73. Creemos que es insuficiente esa referencia que tan sólo permite la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales: «Los principios de inviolabilidad, de autonomía y de la dignidad de la persona humana que señala Carlos Santiago

5. En cuanto a la fundamentación de los derechos morales en las necesidades básicas, tendremos que saber «cuándo y según qué criterios se puede sostener que hay exigencias éticas justificadas y especialmente importantes, o exigencias morales que constituyen razones fuertes. (...) Lo importante para esta posición, por lo que respecta a la fundamentación, es que los derechos morales encuentran su razón de ser o se justifican por su capacidad para dar respuesta a las necesidades que son básicas y que se desarrollan históricamente»<sup>74</sup>. La crítica que se le hace a este planteamiento es que los derechos morales tendrían virtualidad sólo en el plano de la fundamentación y no en el conceptual, ya que si «es posible sostener también que los derechos morales pertenecen al ámbito de la moralidad y, por tanto, no tienen una correlación en el orden jurídico y, en todo caso, si se da tal correlación, ésta no tiene carácter necesario, sino que se daría como resultado de la posibilidad de argumentar en favor de los derechos morales como razones que pueden justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado. De ahí, como vengo sosteniendo, que su virtualidad se sitúe en el plano de la fundamentación y no en el conceptual. (...) Pues bien, aquello que puede determinarse como una posición, situación, aspecto o estado de cosas que constituye una razón fuerte puede explicarse, como generalmente se hace, desde construcciones axiológicas o desde la apelación a la noción de necesidades básicas, como he señalado y, por tanto, parece más plausible atribuir directamente un nivel justificatorio o fundamentador a las necesidades básicas sin recurrir, como criterio mediador, al de derechos morales»<sup>75</sup>.

6. Trataremos a continuación la conexión entre los derechos de las minorías y conectado con lo que denomina «valor epistemológico de la democracia»<sup>76</sup>, esto es, el hecho de que una mayoría se haya decantado en favor de un punto de vista, tras una discusión libre, pública y profunda, que sirve como *presunción* de que ése es el punto

---

NINO pueden dar también pie a la fundamentación de los derechos de un liberalismo igualitario y, por tanto, no reducirse a los derechos individuales básicos, sino ampliarse también a los derechos de tipo social, económico y cultural. Incluso me atrevería a decir que es un liberalismo igualitario la única filosofía que puede hacer posible el reconocimiento de esos tres principios.» Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ, *La obediencia al derecho*, *op. cit.*, p. 219.

74. Cfr. M.<sup>a</sup> José AÑÓN, «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 111.

75. Cfr. M.<sup>a</sup> José AÑÓN, «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», *op. cit.*, p. 112. *Vid.* en el mismo sentido, J. DE LUCAS, «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», *op. cit.* Puede también verse mi respuesta a estas críticas en el mismo volumen, «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de concepto, Fundamento y Validez», pp. 77-8.

76. *Vid.* *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 387-400; *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 129-133; y «The Epistemological Moral Relevance of Democracy», *Ratio Juris*, 1991, 4, pp. 36-51.

de vista moralmente correcto, que se alcanzaría como resultado de la discusión desarrollada en condiciones ideales<sup>77</sup>. Bayón subraya su desacuerdo con Nino en relación al presupuesto básico del constructivismo epistemológico que es que, por definición, el individuo aislado nunca puede tener una certidumbre plena acerca de cuáles son verdaderamente las razones operativas subyacentes, ya que no comparte ese presupuesto esencial, al mantener una concepción de las razones para actuar como razones internas<sup>78</sup>. Además, «la argumentación de Nino tropieza con un problema en cuanto a la demarcación del ámbito de validez de las decisiones democráticas. Si se concede (...) que el acuerdo de la mayoría tiene el valor de una presunción epistémica acerca de la verdad moral, siempre cabría preguntar: ¿la mayoría de *quienes?*»<sup>79</sup>. Bayón plantea el problema de la delimitación del procedimiento democrático y que, en algunos supuestos, la postura mayoritaria dentro de marcos históricamente delimitados puede ser perfectamente minoritaria<sup>80</sup>.

La argumentación que parece seguir Nino en relación a las minorías es la que le hace plantearse su papel en la definición y protección de los derechos fundamentales<sup>81</sup>, «sea en el reconocimiento constitucional de esos derechos que en general requiere mayorías calificadas, lo que da derecho de veto a las minorías, o sea en la protección a través de organismos judiciales que no son directamente representativos de las mayorías». Y por tanto, se pregunta por qué ha de suponerse que las minorías son mejores que las mayorías para proteger derechos de individuos que a lo mejor forman parte de otras minorías; ya que si bien es cierto que las mayorías pueden poner en peligro los derechos de las minorías también lo pueden hacer otras minorías<sup>82</sup>. Lo que él dice por una parte es complementario: no se le puede dar relevancia a la minoría frente a la mayoría; pero por otra, al proponer la autoridad de la mayoría se enfunda en una carrera imparable hacia la indefinición que apunta Bayón.

Asimismo parece que su concepto de democracia se muestra diferente a otros autores que también tienen unos postulados liberales, y que intentan mostrar la compatibilidad de esta tradición con otras,

77. Cit. por J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., pp. 654-5.

78. J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., p. 654, n. 591.

79. Cfr. J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., p. 655, n. 591.

80. Vid. también la crítica en este punto de M. D. FARRELL, *La Democracia Liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 25-9.

81. Vid. un análisis del tratamiento jurídico-positivo de los derechos de las minorías en E. BEA, «Los Derechos de las Minorías nacionales: su Protección Internacional, con especial referencia al marco europeo», *Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 163-84

82. «Derecho, Moral y Política», op. cit., p. 22.

haciendo «posible una democracia sensible a la diversidad (irreducible) de tradiciones, a los valores éticos y a la solidaridad económica, y, a la vez, de hacer progresar a estas tradiciones en el diálogo mutuo y en el respeto a la herencia moderna»<sup>83</sup>.

\* \* \*

Reconozco que muchas de estas observaciones me gustaría haberse las hecho al profesor Nino, que seguro que las hubiese acogido, reflexionado y explicado con la extraordinaria amabilidad que le caracterizaba y la sencilla deferencia que tenía hacia los que nos acercábamos a él. Pero, como siempre ocurre, cuando la vida avanza rápido no tenemos tiempo de pararnos en la encrucijada a observar cómo los demás pasan, nos cuesta detenernos a charlar y degustar los segundos que compartimos, y sin darnos cuenta nos sumergimos en esa veloz carrera del tiempo, y cuando llegamos a donde nos propusimos ya es demasiado tarde para añorar lo que perdimos en el camino, porque nos vamos dejando los unos a los otros.

---

83. Puede verse en este sentido a MacCormick, citado por. A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *op. cit.*, pp. 125-6. Touraine, citado en este mismo artículo, plantea un modelo de democracia en la etapa de «nueva modernidad» que «consistirá en saber combinar lo universal y lo particular, en aprender a convivir (a dialogar) en una complejidad siempre cambiante.»

## Notas sobre la igualdad

Por PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Castellón

*La educación sin patrón (y sin resistencia) no ha sido buena para nadie, sólo ha producido una multiplicación de la indiferencia, un cansancio juvenil*

(B. STRAUSS).

Quizá uno de los mayores problemas con los que se encuentran las democracias modernas sea precisamente el de haber utilizado éste término, sin una educación previa respecto a los elementos que iban a definirlos. El pregón sobre el sistema democrático resulta arduo sin conocer qué implicaciones tiene la igualdad, la libertad, la justicia o el pluralismo político. Es probable que esa educación insuficiente sea la causa de la gran indiferencia política y social que se prevé como propia de este fin de siglo.

En este sentido, plantear una propuesta genérica sobre la igualdad resulta un proyecto realmente ambicioso. Y sobre todo, difícil de resolver sólo con unas pinceladas. Por este motivo, se hace necesario delimitar cuál va a ser el marco en el que vamos a plantear nuestro estudio.

Quisiera centrarlo prioritariamente en un debate no precisamente reciente entre las prioridades de la igualdad o de la libertad.

En nuestros días, no parece que la polémica entre capitalismo y socialismo tenga la misma fuerza que tuvo en los primeros años de la socialdemocracia; ni tampoco en los momentos de discusión sobre la definición real del socialismo y del capitalismo.

El divorcio entre política y economía, que se adivina como peculiar de este final de siglo no es sino un exponente de que más que diferenciar la prioridad entre la igualdad y la libertad, quizá el problema es desentrañar el sentido que tiene cada uno de estos términos.

En esta línea de argumentación voy a tratar de moverme, no olvidando las referencias a las definiciones tradicionales sobre el tema.

El esquema, por tanto, de nuestro trabajo será el siguiente:

1. El debate actual sobre la igualdad.
2. El proceso de definición de la igualdad en nuestro siglo.
3. El *iter* de la igualdad como criterio de definición del sistema político y económico.

## 1. EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA IGUALDAD

La igualdad ha sido durante la primera parte del siglo XX el término propio de definición de los sistemas socialistas. Por oposición a la defensa acérrima de los capitalistas, en pro de la libertad, el socialismo reivindicó como primer estandarte el de la igualdad.

En aras de ello, la igualdad se quiso interpretar en un contexto a veces tan radical como el de los liberales americanos, y seguramente por no entrar en un debate extremista, muchos optaron por la mal llamada *socialdemocracia*. A finales de los años 70, los intentos de una postura «ecléctica» fueron desarrollados en Gran Bretaña; después, no pueden olvidarse los intentos de Reagan, y al final, Alemania.

A su vez, el socialismo mediterráneo empezaba su declive con Papandreu en Grecia, y se acentúa después con la crisis de Mitterrand, por no entrar a analizar el propio caso español.

La historia corta de la llamada socialdemocracia ha venido a poner nuevamente sobre la mesa una polémica que parecía ya superada. Los socialdemócratas han visto en estos últimos años la desaparición de muchas de sus esperanzas, tan sólo contemplando cómo ha evolucionado la trayectoria política en el Este europeo.

La tercera vía, capaz de hacer compatible las libertades públicas con la terminación de las desigualdades económicas, no es tan fácil de llevar a la práctica como parece.

El argumento de Drucker identifica directamente la socialdemocracia con el más conocido en España socialismo democrático, basado en una especie de redención del hombre a través de la sociedad, encarnada en el Estado. A éste le correspondería establecer la solidaridad en la sociedad, para asegurar un adecuado reparto de la riqueza y una especie de nueva cultura. La peripecia sin embargo no ha salido como estaba previsto, puesto que el papel del Estado ha tenido que ser rebajado considerablemente, sobre todo atendiendo al tremendo coste de la burocracia, y a la imposibilidad de control de todo el capital, debido a su gran movilidad.

La utopía de la redistribución de la riqueza a través de la solidaridad social se ha confirmado, aunque probablemente la utopía no era tanto la instauración de la solidaridad cuanto el hecho de que esa tarea iba a ser realizada por el Estado. De hecho, durante mucho tiempo, la venta de la socialdemocracia como propuesta ideológica ha ido unida a las personas capaces de hacerla realidad, justificando



esa referencia personal en el ejercicio del poder con gran honestidad. Pero esas propuestas no han sido confirmadas en la práctica, y precisamente por ello, la socialdemocracia ha perdido gran parte de su legitimidad moral.

En esta línea, resulta bastante dura la calificación de Dahrendorf, hace tan sólo dos años, en su calidad de presidente del periódico británico *The Independent*: «La política dominante de la época es la política del monedero (...) algunos partidos de la izquierda tradicional se han adaptado a ese nuevo talante. Han ocupado la presidencia durante períodos de milagro económico en sus países, como es el caso de Portugal, tal vez España e incluso Francia. Entretanto, han perdido su alma».

Lo que es cierto es que la historia humana está teñida de paradojas, y que en muchos períodos históricos se vive la famosa ley del péndulo. Precisamente por ello se entiende que en nuestro siglo se haya protagonizado con especial viveza ese debate entre libertad e igualdad.

1917 marca la pauta de un intento político y por tanto económico de instaurar un sistema de igualdades. Sin embargo, las dos guerras mundiales, y la falta de libertad de ese sistema igualitario potenciaron el desarrollo de la libertad. Estados Unidos desplegó una investigación tecnológica grande que facilitó el desarrollo económico. Los liberales izaban así una bandera que se podía materializar en la práctica: no era una teoría, era la panacea de una libertad que aseguraba el sistema democrático, y por tanto la participación de todos los ciudadanos en las decisiones públicas. Quizá se olvidaba que esa participación era posible porque era mínima, ya que la inmensa mayoría de las decisiones se llevaban a cabo en la esfera privada, o si se prefiere en aquellos ámbitos en los que prima la libertad individual.

Estaban «triunfando» los liberales. Y al mismo tiempo se estaba llevando a cabo un proceso de crítica a los totalitarismos que dificultan ya no sólo el ejercicio de la libertad, sino también de la igualdad.

Los capitalistas ofrecían un sistema económico fuerte, pero había dificultades para defender las propuestas de igualdad. Y al tiempo, los socialistas radicales —que eran llamados comunistas— impedían la defensa de los sistemas democráticos, con una política basada en una fuerte disciplina de partido. La solución era claramente una vía intermedia para combinar un sistema político respetuoso con la libertad, con un sistema económico en el que al menos se pretendiera evitar las desigualdades.

En este contexto histórico cuaja de modo perfecto el modelo socialdemócrata, que viene a simbolizar la defensa de los intereses sociales.

Protagonizaron este sistema los partidos socialistas moderados —por referencia a los viejos comunistas—, que seguían manteniendo

las doctrinas políticas en un marco democrático empeñado en conseguir la igualdad. Pero el problema era el argumento económico.

En Europa Occidental se optó por el llamado Estado del bienestar, que consiste en transferir al poder público la responsabilidad de cubrir los gastos de sanidad, las pensiones de jubilación, el sistema educativo y los subsidios de desempleo. Como se sabe, el origen de este modelo se encuentra en el *Informe Beveridge*, de 1942, con el que el Estado inglés asumía una primicia de lucha contra la pobreza.

El ideal de Estado de bienestar ha estado representado durante muchos años por el modelo sueco, caracterizado hasta hace muy poco por una economía mixta, que cuando deja de crecer fomenta la crisis del propio sistema político. Ante esta situación la más importante de las medidas tomadas fue precisamente el recorte de las prestaciones sociales.

En las épocas de crisis económicas, el Estado del bienestar no ha propiciado el ahorro y consecuentemente tampoco la inversión, a pesar del aumento de salarios. El único recurso ha sido en más de un caso la presión fiscal, que a modo de ejemplo muestra en España un aumento casi del 50 por 100 desde el año 1980. En pro de la igualdad, el Estado protector ha disparado las diferencias, terminando por sancionar de modo negativo a los que reciben menos ingresos.

Con este argumento se viene a confirmar que en la vía práctica resulta difícil admitir la consecución de la igualdad.

Claro que en este contexto habría de discutir qué se entiende por igualdad, diferenciando la igualdad material y la formal. Me parece que es obvio en un marco democrático asumir la referencia a la igualdad formal, que además está consagrada en los textos constitucionales. Más bien el problema está en calibrar el modo de conseguir la igualdad material. Y en este sentido, resulta difícil hablar en el Estado del bienestar de unas pensiones de jubilación para personas que no tienen unas necesidades básicas cubiertas. Sobre todo si se tiene en cuenta que el problema social no es sólo propio de la sociedad americana.

Seguramente ha fallado la interpretación de la igualdad y también la de la libertad, precisamente porque se ha prescindido en muchos casos de la referencia solidaria.

Y esa referencia pasa por cuestionar algunos de los principios que han venido definiendo al Estado del bienestar:

1. El llamado *principio de subsidiariedad*, en el que se analizan los límites de intervención del Estado en las actividades de los ciudadanos. Una cosa es la intervención y otra distinta es la dependencia absoluta del protector. Por esta vía, se han ido delegando en el Estado responsabilidades que no le correspondían, sustituyendo en muchos casos a la propia persona.

2. La utilización de los impuestos como vía para conseguir *la justa distribución de la riqueza*. Quizá con los impuestos se ha limitado de alguna manera la adquisición del rico, pero el problema

es que tales impuestos no son en ningún caso una vía de integración del pobre en la sociedad. En esta línea, señala Martínez Echevarría, que el Estado de bienestar no es más que una perversa consecuencia de haber construido una sociedad sobre el afán de lucro, una especie de parche a la insolidaridad.

No existe un modelo perfecto de sociedad, ni tampoco de Estado, pero los intentos de mejorarlo pasan por la redefinición de los elementos más básicos para asegurar con la redistribución cubrir al menos las necesidades mínimas de todos los ciudadanos. Como se ha dicho, los pobres no pueden esperar (Squella).

3. El tercer principio sería el *paternalismo*, como una manifestación de las competencias que se atribuyen al Estado para asegurar el bienestar individual. En este punto habría que calibrar la misión que realmente le corresponde al Estado, y fundamentalmente si al hablar de esa función, se trata de una coordinación de conductas sin más o si implica la aplicación de una especie de totalitarismo encubierto.

4. La *economía de mercado*, que ha sido construida en los últimos años con una falta de referencia casi total a las necesidades sociales. Como ya se ha dicho, los parámetros de la sociedad han olvidado la pauta de la solidaridad, sin la que el sistema carece del soporte adecuado.

Con los argumentos utilizados hasta el momento, resulta obvia la necesidad de una nueva formulación del Estado del bienestar. No han sido pocos los autores que han apostado fuerte para defender una sociedad política presidida por la igualdad. Pero la fórmula no ha sido aplicada de un modo coherente en la práctica.

Seguramente por este motivo —es decir, por la divergencia entre teoría y praxis— hay que tratar de definir en qué términos puede hablarse de la igualdad a finales del siglo XX.

## 2. EL PROCESO DE DEFINICIÓN DE LA IGUALDAD EN NUESTRO SIGLO

Teniendo en cuenta la práctica política, social, jurídica y económica puede confirmarse que la igualdad no es un término fácil de definir. Se ha dicho que discutir sobre la igualdad equivale a discutir sobre mayorías y minorías (Prieto); en otros casos que no es una conquista consolidada con el mero transcurso del tiempo (Squella); y en otros, que la igualdad es fundamentalmente un objetivo a alcanzar progresivamente (Peces Barba). Con todo, lo que está confirmado es que se trata de un término de difícil delimitación.

Nuestra Constitución de 1978 recoge la igualdad en el artículo 1.1 como uno de los valores superiores, al que pueden aplicarse las características establecidas en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por tanto, la igualdad es entendida con con-

tenido normativo, y consecuentemente con la fuerza jurídica que ello implica.

Pero además de los refuerzos formales que puedan plantearse, sobre todo se trata de definir qué es la igualdad.

Jefferson la utilizó como primer parámetro de la Declaración de la independencia americana, alegando que todos los hombres son creados iguales. Lafayette, siguiendo los consejos de su amigo americano, la incluyó en el tríptico revolucionario de 1789. Y posteriormente Tocqueville la reivindicó como criterio de definición y de equilibrio para todo sistema democrático.

Quizá podría afirmarse que el siglo XVIII más que ofertar una definición de la igualdad, propuso su reconocimiento jurídico, y con ello, los intentos de garantía institucional.

Sin embargo, el siglo XIX propone no tanto una defensa cuanto una reivindicación, que sobre todo es reclamada en el contexto de la revolución industrial. Los abusos, avalados por el triunfo de la obra de Smith y de los argumentos en pro de la economía como ciencia, no tardaron en ser criticados. Por eso, el socialismo viene a ofrecer una alternativa que en la práctica asegure la igualdad de todos los miembros del grupo social, si bien en este sentido habría que tener en cuenta el planteamiento de Marx, que entendió la igualdad no tanto desde una perspectiva ética, cuanto política. Como se ha señalado, «la insuficiencia de la postura de Marx en relación con los derechos humanos (consecuentemente, con la definición de la libertad y de la igualdad) se debe a que sólo se interesó por ellos y los defendió por razones políticas, no éticas. No vió en ellos cuestiones de principio, sino de oportunidad. Por eso si se quiere defender esta última postura, si se parte de la consideración de los derechos humanos como exigencias éticas —aunque también políticas—, creo que la actitud más congruente no consiste en seguir declarándose marxista, ni —mucho menos— antimarxista, sino, sencillamente, no-marxista» (Atienza).

En nuestro siglo, la situación todavía se ha complicado más, porque se ha interpretado la igualdad de distinto modo en el ámbito político y en el económico, y esto ha tenido sus lógicas repercusiones en el contexto jurídico.

Suelen distinguirse, desde el punto de vista socio-político (Fernández R.-G.), dos dimensiones de la igualdad:

«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 como 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)».

Desde el punto de vista jurídico, la igualdad formal se presenta como un condicionante de todo sistema político. Y en este sentido, las garantías jurídicas resultan relativamente fáciles, en el sentido de que dicha igualdad es cuantificable en el orden de la praxis. Pero no se puede decir lo mismo de la igualdad material. El *equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales* pasa necesariamente por el sistema económico y por los criterios políticos vigentes en cada momento, lo que hace que la definición se complique. En algún caso se ha recurrido a ese equilibrio a través del reconocimiento de un derecho a la satisfacción de las necesidades básicas (Meyers), pero también ha sido puesto en tela de juicio, entendiéndose que se está prometiendo lo imposible. Y lo mismo habría de decir de la protección de un derecho a vivir (Kushalani).

Pero el problema quizá no debería centrarse tanto en el modo de concretarlo jurídicamente, cuanto en la determinación del contenido. Quizá en este intento, sí sería interesante considerar cuál ha sido el *iter* de la igualdad en nuestro siglo.

La revolución de 1917 habitualmente no es estudiada en los mismos términos que la revolución americana y la francesa. Se utiliza el argumento de que en estas dos últimas se pretendía fundamentalmente un cambio de régimen no sólo político, sino en todos los órdenes. Quizá los americanos pretendían el establecimiento de un sistema democrático, y los franceses querían sobre todo la terminación del Antiguo Régimen. Sea como fuere, los condicionantes fueron diferentes de los utilizados en 1917, cuando la pretensión era instaurar un sistema político en el que la igualdad fuera el primero de los principios (salvando todos los matices que habría que hacer a esta afirmación). (Arendt.)

Lo cierto es que parte de Europa se centró en este objetivo.

Sin embargo, los acontecimientos políticos no se presentaron especialmente proclives a la defensa de la igualdad: las dos guerras mundiales, el fracaso de la Sociedad de Naciones en 1919, los exterminios colectivos en los campos de concentración... y un solapado totalitarismo político, que pactaba reparto de territorios, y adecuación de políticas económicas, sin tener en cuenta a la parte más interesada, que era la población.

Seguramente en este entramado se entiende más fácilmente el inconformismo que promovió el nacimiento de tantos movimientos contraculturales; y en otro orden, el nacimiento de los movimientos sociales, en un intento de recuperar esa igualdad, luchando contra la marginación y reclamando los derechos para los que estando presentes eran tratados como ausentes (Ballesteros).

Lo cierto es que después de la firma de la Carta de San Francisco, los Estados se comprometen a respetar los derechos fundamentales, y la Asamblea General de Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948.

Desde ese momento han sido innumerables los medios de protección jurídica de tales derechos y libertades. Pero al mismo tiempo, no se ha asegurado en la práctica el respeto a todas las personas. El ámbito jurídico por tanto ha manifestado buenos deseos, pero ha sido insuficiente para garantizar la igualdad.

En el orden político no puede decirse lo mismo. El debate democrático, al menos en Occidente, ha facilitado el desarrollo del pluralismo. Es cierto que tampoco el pluralismo es una realidad absoluta, y de hecho son hoy constantes los debates entre mayorías y minorías (De Lucas; Prieto, entre otros), pero bien podría decirse que en la mayor parte de los sistemas democráticos, la igualdad política se ha conseguido, aunque sea en una proporción pequeña, asegurando el derecho al voto. La igualdad es hoy, ya no sólo patrimonio de las sociedades socialistas, sino que también los liberales han corregido sus planteamientos, proponiendo una libertad recortada a través del capitalismo democrático (Berger).

Podría afirmarse por tanto que la igualdad en el ámbito político ha tenido una traducción operativa.

Sin embargo, el campo económico ha sido el protagonista de las grandes incoherencias respecto a la igualdad:

a) El sistema capitalista —con los recortes que se hayan podido introducir— ha optado desde su origen por la prioridad de la libertad, y ha sido más o menos consecuente con la opción. Muestra de ello son todas las aportaciones de los autores liberales, muy especialmente en el contexto americano (Buchanan, Becker). Las críticas a los abusos de la libertad han intentado paliarse con las referencias a la función social de la propiedad, también reconocida en nuestra Constitución de 1978, y cuya interpretación es claramente discutible. Pero con independencia de los matices, los capitalistas han preferido la libertad, paliando algunos posibles efectos negativos (Durán).

b) El sistema socialista, sin embargo, ha pasado por una gran crisis de definición. Desde el punto de vista político, la opción por la igualdad ha sido contundente. El problema ha sido más bien definir esa igualdad en el orden económico. Ha habido interpretaciones variadas al respecto, pero ciertamente cuando ha fracasado el Estado del bienestar, la cuestión ha sido cómo definir la igualdad económica desde una posición socialista (Vargas Machuca).

El tema no se resuelve fácilmente. Sólo algunos autores como Vargas Machuca entienden que hay que asumir la situación actual, acoplado a los esquemas del sistema de mercado los postulados tradicionalmente socialistas.

En ambos casos, sin embargo, las interpretaciones han sido parciales. Podría admitirse que tanto un sistema como otro han inter-

pretado la revolución con dos parámetros (la igualdad y la libertad) olvidando el tercero, que es la solidaridad y que probablemente puede entenderse como el factor de equilibrio al que sin nombrarlo tantos se han referido. Ciertamente, también ese parámetro social tiene que ser definido para ser interpretado (Attali), pero resulta más fácil, precisamente por su carácter de mediador entre los otros dos criterios revolucionarios.

En este sentido, podría afirmarse que la igualdad material sólo parece posible cuando mantiene como justificación y también como límite la referencia solidaria, que jurídicamente se traduce en los derechos económicos y sociales (Vidal, Bea).

Con todo, podría decirse que el siglo XX ha aportado una curiosa combinación de elementos para definir la igualdad. Y sobre todo que ha divorciado su definición en el ámbito político y económico, tolerando de alguna manera una mayor ambigüedad en la definición del término, y un intento de acoplar la realidad a la definición teórica, más que ésta a las consecuencias en la praxis.

### 3. EL *ITER* DE LA IGUALDAD COMO CRITERIO DE DEFINICIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO Y ECONÓMICO

Hasta el momento, la conclusión más obvia es que la igualdad ha recibido numerosas y variadas interpretaciones. Se admite la distinción entre igualdad formal y material, incluso una delimitación de la primera; pero resulta difícil establecer las pautas de la igualdad material, sobre todo cuando el factor de equilibrio es la solidaridad, también influida en su conceptualización por los diferentes órdenes normativos.

Sin embargo, la pretensión en este último apartado del trabajo es si se quiere pragmática, puesto que sin omitir todas las referencias hechas, vamos a concretar el argumento en el contexto del Derecho positivo español. Prioritariamente se trata de interpretar cómo se define la igualdad en tanto valor superior, siguiendo así la calificación del artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978.

El texto constitucional establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Es la igualdad, por tanto, el segundo de los valores mencionados en el texto.

Tal y como se ha argumentado (Peces Barba), los valores superiores tienen una doble naturaleza jurídica, como fin y como fundamento del ordenamiento jurídico. Precisamente esta referencia les distingue de los principios generales del Derecho —que son motivo pero no origen del ordenamiento jurídico— y también de los derechos y libertades fundamentales —que son desarrollo de dichos valores.

Al mismo tiempo, el hecho de estar incluidos dentro del texto normativo —el artículo 1.1— y no como contenido del preámbulo de la Constitución, les otorga una fuerza jurídica propia, e incluso un posible carácter derogatorio del Derecho anterior, tal y como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, se ha dicho con anterioridad que la igualdad formal no agota la definición de lo que sea tal igualdad. Por ello, antes de desentrañar el contenido del artículo 1.1 y por tanto de la igualdad como valor superior, conviene hacer referencia a algunas cuestiones previas.

La primera implica establecer los elementos de calificación de la igualdad. Y en este sentido se ha dicho que la igualdad es un *ideal político popular* (Calsamiglia), teniendo en cuenta la gran variedad de interpretación de esos términos. Pero a pesar de ello, la igualdad refleja una aspiración del grupo social, que se concreta de diferente manera según el sistema político y el tipo de Constitución (Henkin).

La segunda se refiere a la naturaleza jurídica de la igualdad. Así como Peces Barba la identifica con los valores superiores, diferenciándola de los principios generales del Derecho, Calsamiglia no duda en calificarla como principio, aunque otorgándole un contenido normativo, y al tiempo distinguiéndola de lo que sería una norma. De este modo está claro que hay que matizar incluso a qué tipo de igualdad nos estamos refiriendo. Y puede que por este motivo se pueda derivar en la conclusión de que se trata sin más de un problema terminológico. Sin embargo, no parece que lo sea, puesto que la concreción de la igualdad en la práctica es muy diferente en cada grupo social y en cada momento histórico, lo que quiere decir que no es una cuestión destinada a agotarse en el mundo del lenguaje.

La tercera y última de las cuestiones lleva consigo una delimitación de áreas, teniendo en cuenta nuestra Constitución. Es cierto que el artículo 1.1 consagra la igualdad entre los valores superiores, pero no lo es menos que el artículo 14 del mismo texto legal la propone como un principio para evitar todas las diferencias entre las personas por motivos de raza, sexo, condición, etc.

Debido a esta doble acepción, la igualdad hay que entenderla conjuntamente, como justificación de nuestro ordenamiento, y también como límite, como parámetro y como pauta de referencia para el tratamiento de toda persona.

La igualdad así entendida requiere también del concepto de la diferencia, porque si nos movemos en el marco de la igualdad material, se hace necesaria la alusión a la proporcionalidad, que significa precisamente la aplicación de la igualdad en función de determinadas circunstancias. Por ello, la igualdad material se distingue de la formal, porque la primera exige de un tratamiento *equilibrado*, que es casi lo mismo que decir proporcional.

Como ha señalado Calsamiglia, «la referencia a los criterios materiales, a la razonabilidad y la proporción es, en el fondo, una re-



misión a la justificación racional de la decisión». Bien podría objetarse que se está utilizando nuevamente un término de interpretación que no tiene una respuesta unitaria, como es el de racionalidad. *Lo razonable* no tiene definición unívoca, aunque son numerosos los autores dispuestos a admitir el argumento utilizado en el libro *En busca de un mundo mejor*: «cualquier persona razonable y por ello cualquier racionalista sabe bien que la razón desempeña un papel muy modesto en la vida humana: es el papel del examen crítico, de la discusión crítica (...). Un racionalista es una persona que está dispuesta a aprender de los demás, no simplemente aceptando sus opiniones, sino permitiéndoles criticar sus ideas y criticando las suyas: en otras palabras, mediante la discusión crítica. El verdadero racionalista no cree que nadie tenga el monopolio de la sabiduría (...). Sólo la discusión crítica puede ayudarnos a ver una idea desde muchos lados y a juzgarla *equitativamente*» (Popper).

La justificación de la igualdad pasa por tanto por la justificación de la diferencia, entendiendo ésta desde la perspectiva de la equidad, y confirmando de este modo la igualdad como valor superior, pero fundamentalmente como principio ético. Su origen histórico, su primer nivel —previo o no al ordenamiento jurídico—, su garantía en el orden jurídico... y un largo etcétera son cuestiones interesantísimas, pero son añadidas a la consideración de lo que va a entenderse como igualdad.

En este sentido, la equidad o si se quiere el argumento ético confirma el equilibrio al que se hace alusión para definir la igualdad material. Y en definitiva ese criterio equitativo no es sino la incorporación de la solidaridad como argumento último para interpretar el tríptico de la revolución.

Alguien ha señalado que la libertad es limitada porque fracasa: se equivoca, falla, es limitada en definitiva porque no dispone de sí (De Garay). Lo mismo podría decirse de la igualdad. Y precisamente por ello, puede argumentarse que sin el equilibrio de la solidaridad, ni los sistemas apoyados en la libertad ni los apoyados en la igualdad podrán responder a las necesidades humanas.

La igualdad material requiere entonces de la solidaridad no sólo para su definición, sino también para su subsistencia operativa.

En esta línea de argumentación se pueden resolver las cuestiones planteadas como previas a la definición de la igualdad. Que ésta tiene contenido normativo en el caso español resulta obvio, dada la justificación utilizada para explicar el valor superior del artículo 1.1. Y que es al mismo tiempo un principio también es manifiesto, si se toman como referencia las argumentaciones del artículo 14. En ambos casos habría que señalar que se contempla la igualdad en un doble sentido, como justificación del ordenamiento jurídico (con los otros valores superiores), y como pauta de interpretación de las normas jurídicas.

Cuestión aparte merece el desarrollo de la igualdad formal a través del reconocimiento de la igualdad ante la ley; y de la igualdad material, a través de los derechos económicos y sociales, que otros han calificado como derechos de solidaridad (Vidal).

Este desarrollo normativo de la igualdad, y su conclusión en la Constitución con doble naturaleza jurídica —en cuanto valor y en cuanto principio— viene a confirmar la definición de la igualdad como un *ideal político popular*, aunque también puede advertirse que esta afirmación no agota el sentido de la igualdad.

En definitiva, la referencia política requiere de la concreción jurídica, pero fundamentalmente necesita su soporte en la consideración de la instancia ética, entendiendo por ésta el apoyo en la proporcionalidad, y en la equidad, que es casi lo mismo que remitir al apoyo de la justicia, o si se prefiere al de la solidaridad.

El momento histórico que vivimos plantea cuestiones interesantísimas respecto a las estructuras y formas políticas, respecto a los sistemas políticos y a la configuración del Estado... y un largo etcétera, pero probablemente el tema nuclear es la redefinición de los principios revolucionarios. Sobre todo, su interpretación global, teniendo en cuenta no sólo la libertad y la igualdad —como probablemente ha sucedido hasta ahora—, sino incluyendo el elemento más importante, que es el del equilibrio: la solidaridad.

Con este planteamiento, resulta casi obvia la conclusión. Teniendo en cuenta los debates en el ámbito de la investigación, y también los elementos jurídicos, la definición de la igualdad pasa en primer lugar por salvar la distinción entre igualdad formal y material; y en segundo lugar, por combinarla con el elemento solidario, que es el elemento justo, o dicho de otro modo resulta ser el equilibrio, y por tanto el trampolín para hacer posible lo *razonable*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Granada, 1983.
- ATTALI, J., *Milenio*, Seix Barral, Barcelona, 1991.
- BALLESTEROS, J., *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- BEA, E., «Los derechos sociales ante la crisis del bienestar», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, t. X.
- BERGER, P., *The capitalist revolution (Fifty propositions about property, equality and liberty)*, Basic book publisher, New York, 1988.
- BUCHANAN, J., *Essays on the political theory*, University of Hawai Press, Honolulu, 1989.
- CALSAMIGLIA, A., «Sobre el principio de igualdad» en MUGUERZA Y OTROS, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- DAHRENDORF, R., *El nuevo liberalismo*, Tecnos, Madrid, 1982.
- DE GARAY, J., *El Juego. Una ética para el mercado*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1994.
- DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992.

- DRUCKER, P., *Las nuevas realidades*, Edhasa, Barcelona, 1989.
- DURÁN, P., *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Comares, Granada, 1992.
- FERNÁNDEZ, M. E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, t. X.
- HENKIN, L., *The rights of man today*, Columbia University, New York, 1978.
- JEFFERSON, T., *Autobiografía y otros ensayos*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MEYERS, D., *Los derechos inalienables*, Alianza, Madrid, 1988.
- PAINE, T., *Rights of man*, Penguin, New York, 1988.
- PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1989.
- POPPER, K., *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1994.
- PRIETO, L., *Igualdad y minorías*, «Ponencia presentada al II Seminario Internacional sobre minorías», Valencia, marzo, 1994.
- SQUELLA, A., «Libertad e igualdad: las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia» en AA.VV., *Enlightenment, rights and revolution*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1989.
- TOCQUEVILLE, A., *Igualdad social y libertad política*, Emesa, Madrid, 1978.
- VIDAL, E., «Sobre los derechos de solidaridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, t. X.



## Crisis de representación, deliberación, y «political correctness»

Por ROBERTO GARGARELLA

Barcelona

En el ámbito académico norteamericano se ha puesto de moda, desde hace un tiempo, la noción de «political correctness» (Pc). Reclamar en favor de lo políticamente correcto significaría, antes que nada, reclamar por la aplicación de pautas contrarias a las tradicionalmente dominantes en contextos como el universitario. Esto es, contrarias a las pautas fijadas por personas, principalmente, de color blanco y de sexo masculino. En este trabajo voy a evaluar críticamente algunas posibles implicaciones del movimiento Pc, implicaciones que irían mucho más allá del cerrado micromundo de las universidades norteamericanas y que reflejarían, de algún modo, sustanciales cambios que se están produciendo en las sociedades modernas.

### LO «POLÍTICAMENTE CORRECTO»

En su presentación más «saludable y promisorio» (más adelante justificaré estos calificativos) el movimiento Pc aparece presionando en favor de un «multiculturalismo» que quiebre los moldes de la cultura que los blancos han creado para su propio beneficio, y de un modo excluyente respecto de otros sectores y grupos. Lo que se pretendería, en este sentido, sería lograr que la sociedad dé cabida adecuada a negros, mujeres, homosexuales y otros grupos oprimidos (entre ellos, no siempre tan claramente, los pobres, en su carácter de tales).

En su presentación más superficial (y más clásica, dentro de las universidades norteamericanas), las propuestas Pc se reducirían, básicamente, a reclamar cambios como los siguientes: modificaciones en los programas de estudio (de modo tal de que se pasen a analizar los problemas de grupos como los arriba mencionados); modifica-

ciones de tipo «lingüístico» (tales como la de dejar de usar, dentro de un discurso genérico, pronombres como el de «el» o «ellos», que hoy estarían sirviendo, básicamente, al refuerzo de la dominación masculina); modificaciones en cuanto a los modos de selección de profesores y admisión de estudiantes (de modo tal de orientar estas elecciones, activamente, a incorporar representantes de grupos hasta ahora más bien marginados de los claustros), etc.

El aspecto que resultaría más radical y, posiblemente, más preocupante respecto del fenómeno Pc, se encontraría dado por un reclamo de tipo epistemológico, que se manifestaría en afirmaciones del tipo «nadie, sino un representante de la cultura oprimida, puede interpretar y dar cuenta de los problemas que afectan a tales grupos oprimidos». Traducido esto a un lenguaje más cotidiano, tal reclamo podría ejemplificarse con dichos tales como «el problema del aborto no puede ser discutido por aquellos incapaces de dar a luz»; o, «los problemas de los aborígenes no deben ser abordados por los representantes de la (autodenominada) cultura superior». Los mismos reclamos pueden encontrarse en frases (tan comunes en los ámbitos académicos norteamericanos) tales como «yo, como afroamericano y homosexual, pienso que...».

En todos los casos mencionados subyace un reclamo de *autoridad argumentativa* que se derivaría del mero origen o de la mera condición del que habla. Esta idea, obviamente, rompería las posibilidades de libre comunicación anheladas por la cultura moderna. La posibilidad de *resolver racionalmente las diferencias que separan a grupos o tradiciones diferentes*, entonces, aparecería vedada debido a la práctica imposibilidad que cada uno tendría de ponerse en el lugar y asumir los problemas de quien tiene enfrente. El intercambio de razones sería reemplazado por el fortalecimiento de cada sector en su propio espacio, y por el horizonte de una multiplicidad de «tribus» apenas conectadas entre sí, cada una de ellas soberana en su propia verdad relativa.

A continuación voy a evaluar distintos argumentos respecto de los que serían, a mi juicio, los aspectos negativos y positivos de formulaciones como las hasta aquí descritas.

## 1. Razones en favor

En primer lugar voy a analizar ciertas razones en defensa de la corriente ideológica dentro de la que se inserta el movimiento Pc.

i) El argumento de tipo epistemológico arriba mencionado tendría algunas bases ciertas en las que afirmarse. En principio, parece razonable decir que cada persona está particularmente bien ubicada para expresar y defender sus puntos de vista. Esto es, tiene mucho de verdad el hecho de que, por ejemplo, en el tema del aborto es particularmente importante tomar en cuenta el punto de vista de las

mujeres; o que las decisiones que una mayoría de hombres podría tomar al respecto resultarían sesgadas por la «no vivencia» de sufrimientos, presiones psicológicas y sociales, etc., que sólo la mujer (o casi exclusivamente la mujer) padece.

ii) A la vez, reclamos como los expresados por el fenómeno Pc representarían un poderoso ataque *antielitista*, de muy particular importancia en sociedades como las nuestras, donde minorías supuestamente ilustradas se han puesto a la cabeza de las «mayorías silenciosas» y han gobernado en su nombre, reclamando interpretar la «voluntad real» de la ciudadanía.

iii) Adicionalmente, habría razones del tipo «reparación histórica», que resultarían merecedoras de consideración. Básicamente, debido a que minorías como las mencionadas (negros, homosexuales) han sido tradicionalmente marginadas, ignoradas, u oprimidas por las minorías o mayorías gobernantes. En tal sentido, habría especiales razones para hacer posible que tales minorías (hasta ahora desplazadas) puedan «reconstituir sus tejidos» y rearticularse como grupos con voz propia, lo cual hasta ahora habría sido impedido por la influencia de los grupos dominantes.

iv) En un sentido similar, podría argumentarse que muchas de las minorías tradicionalmente postergadas cargan, todavía hoy, con los prejuicios heredados de su previa situación de opresión. Esto es, aún en el hipotético caso de que hoy tales grupos no se encuentren efectivamente oprimidos podría argumentarse, por ejemplo, que los hombres han creado una red de leyes que han hecho más difícil el acceso de la mujer a puestos decisorios; o que se ha consolidado una estructura económica respecto de la cual, por ejemplo, las personas de color tienen mayores dificultades de ingreso.

v) De un modo más radical todavía, podría decirse que las aún vigentes estructuras de marginamiento han provocado, en las hasta ahora víctimas, tendencias psicológicas adaptativas. Esto es, tendencias a adaptar sus necesidades a sus restringidas *chances*, aceptando su posición postergada y autojustificando su ubicación en dicho lugar.

Razones como las hasta aquí señaladas mostrarían que el movimiento cultural del cual el fenómeno Pc se nutre, no carece de fundamentos ciertos. A continuación, sin embargo, voy a presentar algunos contraargumentos que relativizarían a los que presenté más arriba, y limitarían algunas de sus implicaciones normativas.

## 2. Críticas posibles

Entre las críticas que podrían presentarse frente a las posiciones defendidas en la sección anterior podrían mencionarse las siguientes:

i) El primer argumento mencionado en 1), según el cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses, presenta varios costados débiles. En primer lugar, existe una obvia incompatibilidad

entre esta idea y otra (normalmente sostenida por los mismos que defienden las políticas Pc), según la cual ciertas «estructuras opresivas» forjan o moldean la conciencia de los sectores oprimidos (esto es, un argumento del tipo «falsa conciencia», o vinculado con la más moderna noción de «preferencias adaptativas»). En efecto, no puede decirse al mismo tiempo (y sin muy especiales clarificaciones) que cada comunidad o cada individuo debe fijar por sí sus planes de vida, y que tales grupos o personas deben ser ayudadas, reemplazando a veces sus propias elecciones (con medidas de carácter perfeccionista), dado que tales elecciones están viciadas por su «falsa conciencia».

ii) Por otro lado, ideas del tipo «sólo aquellas personas que pueden dar a luz están capacitadas para hablar del aborto» pueden ser fácilmente reducidas al absurdo, con sólo seguir la lógica del argumento. Así, podría decirse que «sólo las mujeres que efectivamente tuvieron un aborto son las que conocen y pueden hablar sobre el tema», y así hasta el infinito.

iii) Argumentos del tipo «reparación histórica», arriba mencionados, también merecen ciertas calificaciones. Particularmente, parecería razonable distinguir entre «medidas para quitar las trabas que aún siguen impidiendo la igualdad de oportunidades», y medidas destinadas a proveer, a aquellos anteriormente oprimidos, de los beneficios de los que fueron privados en su tiempo. En tal sentido, sostendría que resulta más entendible, por ejemplo, compensar a una particular víctima de una situación específica (digamos, en el caso de dictaduras militares, la situación de quienes fueron detenidos injusta e ilegalmente), que compensar a un miembro de un grupo «tradicionalmente marginado», y por su solo carácter de miembro de tal grupo.

iv) Otro enorme problema que presentan los argumentos mencionados tiene que ver con la organización de tipo «suma cero» que caracteriza a muchas de las instituciones a las que podemos hacer referencia con estos planteamientos reformistas. Para tomar algún caso concreto, no es claro que pueda ser viable la creación de puestos (por ejemplo, para profesores representantes de minorías tradicionalmente marginadas) en la universidad, sin privar de los suyos a otros que los ocupan legítimamente. Ello presenta un primer grave conflicto entre aquellos grupos ya ubicados en una cierta estructura de privilegio y aquellos aún marginados (en líneas generales, por ejemplo, entre una mayoría blanca y una minoría negra); un segundo conflicto entre todos aquellos grupos aún marginados, pugnando entre sí por pasar a ser parte de los «nuevos elegidos» (por ejemplo, entre representantes de minorías negras, asiáticas, o hispanas, en los Estados Unidos); y finalmente conflictos internos a los miembros de cada uno de los grupos mencionados (por ejemplo, entre negros ricos y pobres). No quiero decir, obviamente, que las razones de justicia no deben primar, en todo caso, y más allá de ciertas dificultades



económicas. Lo que quiero señalar es que un planteamiento realista del problema nos tiene que ayudar a definir mejor los límites de nuestras propuestas de cambio (el próximo punto contribuye a ratificar y reforzar lo establecido en éste).

v) La dificultad de definir las desventajas a considerar (por ejemplo, en la promoción de acciones positivas) resulta un problema que amenaza complicar al infinito todo el esquema. En efecto, la posibilidad de combinar desventajas físicas, orientación sexual, clase social, pertenencia racial, etc., torna casi inmanejable la distribución de beneficios entre los afectados (así, por ejemplo, a quién privilegiar entre un negro rico e inválido, una mujer blanca y pobre, etc.).

### CRISIS DE REPRESENTACIÓN E IMPOSIBILIDAD COMUNICATIVA

Llegados a este punto, quisiera señalar algunas posibles líneas de salida a los complejos problemas aquí mencionados. La búsqueda de una solución es particularmente importante, teniendo en cuenta que la complicación que pueda caracterizar a la resolución de tales problemas no convierte, de por sí, en alternativa deseable al *status quo*.

Para orientar una salida probable a los dilemas mencionados voy a destacar, en primer lugar, cuál considero que es el punto central que está en juego en este debate. Según entiendo, detrás de esta discusión que propone el movimiento Pc, lo que se vislumbra es la dramática crisis del concepto de *representación* propio de nuestra tradición política, y la necesidad de renovar nuestro entendimiento acerca de cómo administrar cuestiones colectivas. La crisis a la que se vería sometida la mencionada noción de representación estaría reflejada hoy, obviamente, en numerosos hechos de nuestra vida política cotidiana, que van desde el desprestigio que rodea a la clase dirigente, hasta las más graves crisis de legitimidad de las democracias modernas. De una forma más sofisticada y articulada, el fenómeno Pc (y el movimiento cultural que este fenómeno expresa), resultaría una demostración de la existencia de tales problemas, y vendría a sugerir una seria reflexión ante ellos. En este sentido, el valor de las propuestas del movimiento Pc se encontraría en el haber puesto aún más en evidencia las enormes limitaciones de nuestra concepción de la idea de representación. Nuestro sistema representativo, en efecto, demuestra tener raíces profundamente elitistas: la idea que a él subyace, parece ser, es la de que unos pocos individuos elegidos pueden entender, explicar, o evaluar adecuadamente, las preferencias y los intereses de todos los demás afectados. Los defensores de las políticas Pc, así, aparecerían como importantes críticos de esta tradición elitista. Sin embargo, corresponde también señalar que existe una enorme diferencia entre la (adecuada) crítica al elitismo que todavía subyace en la noción de representación, y el paso más allá al

que normalmente el movimiento Pc se anima, luego de sugerir tal crítica. Me estoy refiriendo al mencionado hecho de dotar de autoridad argumentativa a ciertas personas por el solo hecho de pertenecer a un determinado grupo y, como tal, de ser partícipes de una «experiencia emocional intransferible».

Entiendo que este tipo de posturas son el resultado de un equivocado punto de vista teórico, dado que la diversidad y multiplicidad de puntos de vista no debiera verse, como parece verse en este caso, como un fin en sí mismo. Esto es, el hecho de que personas de color, mujeres, homosexuales, etc., sean activamente llamados a expresar sus opiniones, representaría un obvio paso adelante (respecto de una previa situación de marginación) pero, sin embargo, si tal política no se inserta dentro de un marco que le dé solidez, la propuesta puede quedar completamente desarticulada y resultar inaceptable. En la parte final de este trabajo voy a defender brevemente un marco que podría dar cabida coherente a los reclamos del movimiento Pc. Llamaré a este marco el de un *sistema democrático deliberativo*.

## EL IDEAL DE UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Conforme a lo que el movimiento Pc propondría, una multiplicidad de voces diversas serían agregadas, una junto a la otra, pero con un completo desentendimiento o escepticismo acerca de las posibilidades interactivas entre tales opiniones: del mismo modo como en el ideal rousseauiano de democracia, los individuos y grupos aparecen reunidos, pero sin discutir entre sí. Un sistema deliberativo, en cambio, pondría el acento no sólo en la diversidad, sino, y fundamentalmente, en el diálogo entre las partes. En este caso, aún cuando se acepte la imposibilidad de un consenso unánime y armónico entre los diferentes sectores, se considera que la opinión de cada parte requiere necesariamente de las del resto para poder ser enriquecida y/o transformada. Esto es, una situación deliberativa es aquella que *rechaza tomar las preferencias de las personas y grupos como dadas*, y considera i) que las mencionadas preferencias pueden resultar *interactivamente modificadas* y ii) que tal transformación es deseable en tanto y en cuanto contribuya a una mayor *imparcialidad* en las decisiones a tomar (superando, así, el carácter sesgado que las propuestas de grupos o personas particulares pudieran tener). En las teorías pluralistas de la democracia, como las de Schumpeter; las concepciones corporativistas o elitistas como las de Huntington o Riker; e inclusive, implícitamente, detrás de fenómenos como el de Pc, el contrario parecería ser el punto de partida básico: En estos casos, se tomaría a las preferencias de las partes como dadas, descuidándose la importancia de los intercambios argumentativos entre las partes.

Para concentrarme en el caso del movimiento Pc, diría que aquí la consecuencia de los presupuestos de los que se parte tiende a ser la de facilitar el más *crudo enfrentamiento de intereses*. Este resultado surgiría a partir de la agregación de intereses diversos (y muchas veces contrapuestos), y la no promoción de la discusión o el intercambio argumentativo entre tales intereses enfrentados.

Una concepción deliberativa busca trascender la mera agregación y choque de intereses. El punto que se toma como central es el de la discusión colectiva, y el ideal que se persigue es el del autogobierno. En este caso, la necesidad de asegurar la presencia de una diversidad de puntos de vista es sólo un primer paso hacia la toma de decisiones consensuadas. Adicionalmente, aquí se asume que las preferencias de las distintas partes pueden ser *transformadas y mejoradas a través de la discusión pública*. Como resultado de este presupuesto, medidas como las «acciones positivas», antes mencionadas, pueden ser vistas obviamente como valiosas, a fin de dotar de voz a aquellos que no la tienen. Sin embargo, aquí no se comparte (con las políticas Pc) el criterio de que los problemas que afectan a un sector o a una minoría deben ser resueltos bajo el exclusivo criterio de éstas. Por ejemplo, atender a la voz de las mujeres parece como un requisito no suficiente para discutir el problema del aborto; así como no es suficiente escuchar la voz de las personas de color para discutir los problemas de la discriminación contra los afroamericanos. Criterios como los que se derivan de la noción de democracia deliberativa, si bien no resuelven automáticamente situaciones como las mencionadas en un comienzo (por ejemplo, cuánto espacio concederle a la minoría hispana frente a la asiática, dentro de la universidad), provocan un giro de 180 grados en cuanto a los principios rectores a ser aplicados. La idea, aquí, no es la de agregar y sumar puntos de vista, asumidos como inconciliables. La idea es que los distintos sectores necesitan interactuar entre sí, de modo de encontrar soluciones comunes a problemas que, en definitiva, tienen raíces comunes: cómo distribuir y organizar los bienes existentes en la sociedad. La alternativa hasta ahora vigente ha sido la de la *exclusión*; y la que proponen los cultores del fenómeno Pc es la de consagrar la *fragmentación intergrupal* que, según vimos, sólo lleva al crudo choque de intereses. Lo que se quiso sugerir en esta nota es que la tribalización de la sociedad es una consecuencia indeseable, que sólo puede conformar a aquellos más capaces de comprar su protección armada.



## Del peso de la libertad al pluralismo político-moral (Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin)

Por ENRIQUE BONETE PERALES

Salamanca

### INTRODUCCIÓN

Se ha dicho, y no sin razón, que existen tantas concepciones de la filosofía como filósofos. No obstante, ha habido intentos —como el de nuestro Ferrater Mora— de reducir la filosofía contemporánea, con riesgo de simplificar la cuestión, a tres grandes imperios o paradigmas: el *anglosajón* (lingüístico-epistemológico), el *centroeuropeo* (metafísico-ético) y el *soviético* (político-social). Bien es verdad que éste es un esquema más ilustrativo que real, aunque puede servir como indicador de tendencias predominantes. Si puede hablarse de un pensador en quien se cruzan de manera llamativa los tres anteriores paradigmas, con sus diferentes intereses filosóficos, éste es sin duda Isaiah Berlin: convive estrechamente con la filosofía analítica de Oxford durante los años 30, a la que somete posteriormente a una severa crítica sus tesis lingüísticas y epistemológicas<sup>1</sup>; repiensa las aportaciones del pensamiento políticosocial marxista, principalmente ruso<sup>2</sup>; e investiga de manera fecunda las corrientes de pensamiento

---

1. Los ensayos de Berlin de mayor inspiración analítica y que muestran sus divergencias respecto de la corriente de Oxford han sido recogidos bajo el título de *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, London, Hogarth Press, 1978 (ed. H. Hardy, con una introducción de B. Williams; este volumen corresponde al segundo de sus *Selected Writings* editados por el mismo H. Hardy) (existe versión española de F. GONZÁLEZ ARAMBURO, *Conceptos y Categorías. Un ensayo filosófico*, México, F. C. E., 1983; se citará con las siglas C. C.).

2. Los escritos de Berlin centrados en pensadores político-sociales rusos han sido recogidos en el primer volumen de sus *Selected Writings* titulado *Russian Thinkers*, London, Hogarth Press, 1978 (ed. H. Hardy y A. Kelly, con una introducción de este último) (existe versión española de J. J. UTRILLA, *Pensadores rusos*, México, F. C. E., 1979; se citará con las siglas P. R.). La preocupación por el marxismo reco-

centroeuropeo (Renacimiento, Ilustración, Romanticismo) a fin de arrojar luz sobre los dilemas ético-políticos de nuestro siglo<sup>3</sup>.

Isaiah Berlin nació en Riga (Letonia), en 1909, en el seno de una familia hebrea (lo que explica su interés por el pensamiento judío<sup>4</sup>). En 1915 su familia se trasladó a Petrogrado, ciudad en la que, de niño, debió presenciar la Revolución bolchevique (lo que puede explicar su preocupación por los intelectuales rusos que antecederon a la revolución, según se indica en la nota 2). En 1919, a los diez años, llegó a Inglaterra, donde ha residido la mayor parte de su vida, hasta el presente. Realizó sus estudios en Oxford y llegó a ser *fellow* del Colegio de «Todos los Santos», en el que permanece en la actualidad. Fue diplomático en Washington y Moscú en 1941 y 1942. Ha sido también presidente de la Academia Británica de 1974 a 1978. Por sus aportaciones en el campo de la historia de las ideas le han concedido los prestigiosos premios «Erasmus», «Lippincott» y «Agnelli». De él ha escrito Salvador Giner: «la historia de las ideas mo-

---

re toda la obra berliniana que comenzó con su primer libro *Karl Marx: His Life and Environment*, London, T. Butterworth, 1939 (existe versión española de R. BIXIO, *Karl Marx*, Madrid, Alianza Editorial, 1973).

3. Se analizan estas etapas históricas, y sus implicaciones para el pensamiento contemporáneo, en su extenso libro *Against the current. Essays in the History of Ideas*, London, Hogarth Press, 1979 (ed. H. Hardy con una introducción de R. Hausheer; este volumen es el tercero de *Selected Writings*; existe versión española de H. RODRÍGUEZ, *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, México, F. C. E., 1983; se citará con las siglas *H. I.*) así como en el quinto y último volumen —hasta el momento— de *Selected Writings* bajo el kantiano título *The Crooked Timber of Humanity*, London, Hogarth Press, 1990 (ed. H. Hardy) (existe versión española de J. M. ALVAREZ, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Barcelona, Península, 1992, con un prólogo de S. Giner; se citará con las siglas *F. H.*), a los que cabe añadir su originalísimo ensayo *Vico and Herder*, London, Hogarth Press, 1976 (se citará con las siglas *V. H.*) Junto a estos tomos de historia de las ideas ético-políticas europeas habría que reseñar su más conocido libro *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, con una importante introducción de Berlin refutando a sus críticos (existe versión española de B. URRUTIA, J. ETAYÓN y N. RODRÍGUEZ, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; se citará con las siglas *S. L.*). El cuarto volumen que nos queda por reseñar de sus *Selected Writings* no trata cuestiones filosóficas ni ético-políticas, es una recopilación de breves ensayos biográficos de destacadas personalidades del mundo de la cultura y de la política con los que directa o indirectamente entabló relación Berlin: *Personal Impressions*, London, Hogarth Press, 1980 (ed. H. Hardy, con una introducción de N. Annan) (existe versión española de J. J. UTRILLA y A. CORIA, *Impresiones Personales*, México, F. C. E., 1984; se citará con las siglas *I. P.*).

4. Sobre intelectuales y políticos judíos Berlin ha publicado importantes artículos, entre ellos cabría señalar los siguientes: «Israel —A Survey», en *The State of Israel*, Londres, Anglo-Israel Association, 1953; «Chaim Weizmann», en *Impresiones personales*, *op. cit.*, pp. 96-145; «La vida y opiniones de Moses Hess», en *Contra la corriente*, *op. cit.*, pp. 287-327; «Benjamin Disraeli, Karl Marx y la búsqueda de la identidad», en *Contra la corriente*, *op. cit.*, pp. 328-364; «Weizmann as Exilarch», en *Chaim Weizmann as Leader*, Jerusalén, Hebrew University of Jerusalem, 1970; «Einstein e Israel», en *Impresiones personales*, *op. cit.*, pp. 274-292.

rales y políticas tiene en Sir Isaiah Berlin tal vez a su máximo representante en el siglo XX» (F. H. 5).

Observando la obra entera de Isaiah Berlin publicada hasta el momento, desde un punto de vista global, no me parece desencaminado afirmar que toda ella gira en torno a dos ejes capitales: la *libertad* moral y política, por un lado, y el *pluralismo* moral y político, por otro. Al primero dedica la mayoría de los ensayos de los años 50 y 60, y al segundo los de los años 70 y 80. Estos dos ejes centrales son claramente complementarios. La primera etapa de su pensamiento se concentra en un ataque riguroso al *determinismo*, mostrando las incoherencias y ambigüedades en que se mueve, aunque sin poder llegar a la conclusión definitiva de su falsedad; en la segunda etapa de su pensamiento procura desvelar los rasgos del *monismo* filosófico que han inspirado todo el pensamiento ético-político occidental y que, atravesando la Ilustración, llegan hasta nuestro siglo; al mismo tiempo Berlin muestra cuándo en la historia de las ideas, a través de diferentes movimientos contrailustrados, se ha ido abriendo el «pluralismo» de valores y fines, alternativa ésta que, de manera reiterada, y distanciándose siempre del relativismo, ha mantenido durante estas dos últimas décadas.

Pienso que la obra más significativa de la primera etapa es aquella en la que los problemas éticos, políticos y antropológicos relacionados con la libertad destacan sobremanera: ésta no es otra que *Cuatro ensayos sobre la libertad*, que recoge estudios de los años 50. Complementaria, aunque desde otra perspectiva e interés, sería la de *Pensadores rusos*, cuyos estudios que la componen datan también de los años 50 y 60. Los problemas que más le interesan a Berlin de los diferentes escritores rusos que analiza son los referentes a la libertad individual, la libertad social, las diversas concepciones de la historia y el papel que en ella desempeñan los individuos o las fuerzas sociales. Parece como si las lecturas y el estudio de los rusos del siglo XIX confirmaran o sirvieran de contraste a las tesis que sobre la libertad estaba desarrollando Berlin en otros frentes intelectuales. Constituyen reflexiones paralelas que en algunos puntos coinciden; pero el fondo es el mismo: *una preocupación obsesiva por preservar «el peso» de la libertad y de la responsabilidad personal frente a tanta amenaza y excusa social o suprahistórica.*

A mi modo de ver, los principales volúmenes de la segunda etapa del pensamiento berliniano son aquellos en los que la discusión directa o indirecta en torno al «monismo» filosófico y al «pluralismo» axiológico constituyen su núcleo temático más patente. Quizá el fundamental sería el último de sus escritos que acaba de salir a la luz, *El fuste torcido de la humanidad*, cuya versión original data de 1990, aunque las fechas de sus ensayos giran en torno a los años 70 y 80, en los que hace un minucioso análisis del origen del «pluralismo» moral, así como de los rasgos destacables del monismo que ha alimentado toda la tradición intelectual de Occidente. La obra comple-

mentaria de esta etapa sería *Contra la corriente*, que recoge también estudios de los años 70, conectados perfectamente con los de esas mismas fechas en cuanto que investigan las distintas tendencias contra-ilustradas y los supuestos monistas de la filosofía desde Platón. Estas dos obras coinciden en su perspectiva histórica (no en vano se subtitulan ambas «Capítulos de historia de las ideas» y «Ensayos sobre historia de las ideas», respectivamente), pero tras el evidente interés en historiar las ideas, lo que, según mi interpretación, está en juego es la posibilidad de defender de manera coherente, y sin caer en el relativismo, un pluralismo moral y político que supere en alguna medida los prejuicios y las limitaciones de la Ilustración, que aún hoy condicionan nuestro pensamiento y nuestras organizaciones políticas. Berlin rechazará muchos de los supuestos de la Ilustración (y de la Modernidad), sin convertirse en un «pre-moderno», al estilo de MacIntyre, ni en un «post-moderno» al modo de Rorty. Y éste será, a mi juicio, uno de los aspectos más atrevidos de su pensamiento<sup>5</sup>.

Si Berlin siempre presenta tesis propias haciendo historia y repensando las ideas del pasado, en esta segunda etapa de su pensamiento tal método —que podríamos llamar por su estilo un tanto nietzscheano, «genealógico»— es el predominante, si bien toda la problemática de la libertad, además de reflexiones claramente «filosóficas», está repleta de consideraciones sobre el origen histórico de las ideas deterministas e indeterministas y sobre las implicaciones históricas y políticas de las ideas en torno a la libertad. Por tanto, podríamos afirmar que el pensamiento más propositivo de Isaiah Berlin se construye desde la historia de las ideas, asumiendo que sin *desvelar* los supuestos intelectuales de nuestra cosmovisión contemporánea es prácticamente imposible *iluminar* la realidad político-moral que nos envuelve, y asumiendo también una tesis inversa al más puro marxismo, a saber: que *las ideas que piensan personas concretas condicionan la marcha de la historia política*, y por ende económica. Berlin, por un lado, piensa y crea con originalidad haciendo historia y al mismo tiempo hace historia desde un pensamiento personal ciertamente original. Es quizá el pensador de este siglo en quien se manifiesta de manera más patente la fecundidad del método «genealógico-histórico» aplicado a las ideas morales y políticas.

El propósito que guía este trabajo es el siguiente: consistirá en una exposición, lo más ordenada posible, de las ideas ético-políticas

---

5. Tanto MACINTYRE, en su conocido libro *After Virtue*, Univ. of Notre Dame Press, 1981 (versión española de A. VALCÁRCEL, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1988) como RORTY, en *Contingency, irony and solidarity*, Cambridge University Press, Nueva York, 1989 (versión española de A. E. SINNOT y J. VIGIL, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991), mantienen como trasfondo la visión de la Ilustración que Berlin ha desarrollado en diversos escritos apropiándose cada uno para respaldar su rechazo o superación de la modernidad. Aunque resulta sumamente interesante, por motivos de espacio no puedo detenerme en un análisis comparativo de las diferentes visiones del proyecto ilustrado que defienden estos tres autores.



de Berlin dispersas por sus densos y numerosos ensayos filosóficos e históricos; de estos ensayos procuraré extraer un cuerpo mínimamente coherente de ideas, pues nos encontramos ante un pensador que además de ser poco sistemático y ordenado, entremezcla continuamente análisis históricos con reflexiones filosóficas y tesis personales con supuestos intelectuales genuinamente occidentales. De entre estos entremezclados niveles de discurso hay que *compendiar lo que son genuinamente las tesis más propias de Berlin*, separándolas de lo que constituye el examen de un movimiento político, de la exposición de algún pensador, del análisis comparativo de varios pensadores, del escrutinio de alguna tendencia intelectual, de las ideas subyacentes a determinadas etapas de la cultura, etc.

Apoyándonos en lo dicho anteriormente, ceñiremos este estudio sobre la obra conjunta de Berlin a dos grandes temas que cronológicamente, y según mi interpretación, concentran lo más valioso de su aportación al pensamiento político y moral: el *elogio de la libertad personal* frente a todo tipo de «determinismo» y la toma de conciencia de los permanentes *conflictos de valores y fines* frente a todo tipo de «monismo» filosófico<sup>6</sup>.

Por tanto, este estudio consistirá de dos partes claramente diferenciadas, aunque responden a un mismo hilo argumental. Lo que constituye en Berlin una apasionada apología de la libertad en los años 50 y 60 se convierte, en los años 70 y 80, en un lúcido alegato a favor de la irresolución de los conflictos morales; *la libertad viene a ser como el presupuesto antropológico-moral del pluralismo, y a su vez éste no es otra cosa que una aguda manifestación social y política de la inexcusable necesidad de elegir entre fines últimos*. De igual manera, lo que supone el «determinismo» como enemigo absoluto de la libertad en la primera etapa berliniana, viene a ser sustituido en la segunda por el «monismo» filosófico que igualmente amenaza en convertirse en un «uniformismo» político que imposibilitaría el auténtico liberalismo. Si el determinismo se presenta como un obstáculo para la auténtica libertad, el monismo viene a ser una especie de determinismo político por cuanto impide el desarrollo de las ideas liberales.

Quisiera señalar, por último, lo siguiente: aunque se han traducido a nuestra lengua casi todos los libros de Isaiah Berlin, son escasos entre nosotros los trabajos extensos dedicados a su pensamiento, solamente algunos comentarios o presentaciones a sus libros, lo cual nos manifiesta un cierto desequilibrio entre el evidente interés por

---

6. A las pocas semanas de concluir este trabajo llegó a mis manos el libro *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Anaya-Mario Muchnik, Madrid, 1993. Pienso que en estas conversaciones no añade nada nuevo a sus tesis desarrolladas en sus escritos, más bien las reitera con pequeñas variantes, y por tanto no suponen una modificación de mi interpretación evolutiva del pensamiento ético-político de Berlin que aquí voy a mantener.

traducir y leer a Berlin y la lamentable ausencia de estudios en torno a su aportación al campo de la ética y de la filosofía política. Este trabajo intenta hacer justicia a un autor muy leído y citado entre nosotros, pero escasamente analizado con la detención que merece su obra <sup>7</sup>.

## 1. EL PESO DE LA LIBERTAD

Si existen conceptos fundamentales que todo pensador éticopolítico que se precie no puede dejar de revisar y desmenuzar esos son, sin duda, los de «igualdad» y «libertad». El riguroso escrutinio que Berlin realiza en diversos escritos de tales conceptos, aunque podría resultar afín a la filosofía analítica, presenta una conciencia de las implicaciones políticomorales e incluso metafísicas de los mismos que le separa radicalmente de sus maestros de Oxford. Expresamente ha dedicado un estudio al problema de la igualdad <sup>8</sup> y varios al de la libertad moral y política <sup>9</sup>, aunque en distintos lugares resalta el ineludible conflicto que se produce entre ambos valores o ideales. Considerando globalmente todos los escritos de Berlin es patente el mayor peso específico que concede a la problemática de la libertad tratando siempre tangencialmente la problemática de la opuesta o complementaria igualdad. Sin embargo, siendo un agudo defensor de la libertad política, conviene indicar que es sobre todo la libertad moral y personal la que más le apasiona y de la que ha construido, a mi juicio, una de las mejores defensas frente a tanto reduccionismo y determinismo que científicos y filósofos de todas las tendencias han respaldado durante este siglo.

Por tanto, no es la libertad política —aunque sus reflexiones sobre ésta le han otorgado un merecido prestigio en el ámbito de la filosofía política— aquella a la que Berlin dedica con mayor insistencia reflexiones filosóficas y análisis históricos, sino principalmente la libertad moral o libertad personal. Siendo esta preocupación central en Berlin, conviene indicar que el primer estudio en el que los problemas ético-antropológicos de la libertad se plantean de manera extensa es el titulado «La inevitabilidad histórica» (1954), menos co-

7. Artículos breves recientemente publicados en nuestro país sobre Isaiah Berlin se recogen en *Claves de la razón práctica*, n.º 22 (mayo 1992): BÉJAR, H., «La necesidad de la elección»; GINER, S., «Sir Isaiah Berlin. Conversación con Salvador Giner»; RACIONERO, L., «La utopía. De Karl Mannheim a Isaiah Berlin»; GINER, S., «El fuste de la razón», *Saber Leer*, n.º 54, abril, 1992, pp. 4-5 y «El fuste de la razón», Prólogo a *El fuste torcido de la humanidad*, *op. cit.*, pp. 5-14.

8. «La igualdad» en *Conceptos y Categorías*, *op. cit.*, pp. 147-178.

9. «La inevitabilidad histórica» (1954) y «Dos conceptos de libertad» (1958) en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, *op. cit.*, pp. 106-186 y 187-243; «Herzen y Bakunin y la libertad individual» (1955) en *Pensadores rusos*, *op. cit.*, pp. 174-228; «De la esperanza y el miedo liberado» (1964) en *Conceptos y categorías*, *op. cit.*, pp. 281-318.

nocido que su famoso «Dos conceptos de la libertad» (1958), pero tan brillante y bien construido como éste. Como sugiere su título, la libertad personal y el peso de la responsabilidad se defienden frente a diferentes concepciones de la historia política y cultural anuladoras del inequívoco papel que juega el sujeto moral en el devenir de los acontecimientos.

La defensa de la libertad en la historia —como disciplina y como devenir de acontecimientos— que Berlin mantuvo durante los años 50, en realidad constituye una reacción contra los excesos metafísicos del siglo XIX y contra las pretensiones reduccionistas del positivismo aún presentes en importantes historiadores, como lo muestra su polémica con E. H. Carr<sup>10</sup> desarrollada en la densa Introducción a *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Al parecer de Berlin, los historiadores, contra la opinión de Carr, al tenérselas que ver forzosamente con seres humanos pasados tendrán que considerar sus motivos, propósitos y decisiones. Intentar reducir la conducta de los individuos, por ejemplo, a «fuerzas sociales» impersonales (al estilo de Marx), sugerir que estamos en manos de tales fuerzas con escaso o nulo control sobre ellas, no es otra cosa, para Berlin, que alimentar mitos, inventar entidades, inculcar la idea de que los acontecimientos se desarrollan de forma inalterable, todo lo cual fomenta una pasividad irracional y pretende liberar a los individuos del peso de la responsabilidad.

De igual manera se podría señalar que sus reflexiones contra todo tipo de determinismo provienen de un mismo afán por erradicar los presupuestos metafísicos y cientificistas que desvirtúan la realidad de la conducta. Me atrevería a decir que en el trasfondo de su enfoque antideterminista se encuentran las felices discusiones de sus años juveniles con los analíticos de Oxford<sup>11</sup>. La posición de los analíticos sobre la libertad, en concreto la de Russel, Schlick, Ayer, Nowel-Smith, Hampshire, etc., la denomina Berlin «determinismo débil» o «autodeterminismo». Vienen a sostener —algunos con mayor convicción que otros— la doctrina según la cual los caracteres, las estructuras de la personalidad, las emociones, las actitudes, las elecciones y las decisiones de los hombres y sus actos, tienen un papel principal en todo lo que sucede, pero son el resultado de causas psíquicas, físicas, sociales o individuales, las cuales, a su vez, son el efecto de otras causas, y así sucesivamente, en una secuencia sin fin. Para Berlin esta posición no es otra cosa que un «subterfugio miserable», una variante de la tesis general determinista, que conduce

---

10. Las críticas de Carr a Berlin se encuentran a lo largo de su famosa obra *What is history?*, Londres, 1961 (versión española de J. ROMERO, *¿Qué es la historia?*, Barcelona, Ariel, 1981).

11. Un comentario sugerente a las conversaciones analíticas en las que participaba Berlin con Ayer y Austin, entre otros, se encuentra en «J. L. Austin y los comienzos de la filosofía en Oxford», recogido en su libro *Impresiones Personales (I. P.)* pp. 206-230.

también a eliminar la responsabilidad no menos que la variante más fuerte y estricta del determinismo.

Quizá el pensador analítico que está en el trasfondo de las críticas berlinianas al «determinismo suave o débil» sea Ayer. Su posición fue expuesta en un conocido ensayo de 1946<sup>12</sup>. Allí intentaba resolver el conflicto que ha originado el problema filosófico de la libertad de la voluntad, entre el supuesto de que los hombres tienen que ser capaces de actuar libremente para que se les haga moralmente responsables y el supuesto de que el comportamiento humano está regido totalmente por leyes causales. Ayer intentará reconciliar el determinismo con la libertad, mostrando que «del hecho de que mi acción sea determinada causalmente no se sigue necesariamente que yo sea constreñido a hacerla, y esto equivale a decir que no se sigue necesariamente que yo no sea libre»<sup>13</sup>. Al parecer de Berlin, la posición de Ayer, como la de la mayoría de los «deterministas débiles», no resuelve el problema auténtico de la libertad. Tanto la idea de una decisión no causada en ningún sentido, como la otra alternativa que postulan Ayer y otros analíticos, la de que una decisión causada se considera que lleva consigo responsabilidad, merecimiento, etc., son insatisfactorias e insostenibles conjuntamente. Es bien sabido que este dilema ha dividido a los pensadores durante más de dos mil años. Algunos aún hoy se sienten perplejos frente al dilema, otros no ven ningún problema en absoluto. Berlin piensa que en el fondo de estas dos alternativas se utiliza un modelo mecánico aplicado a las acciones humanas (S. L. 37-38). No es posible reconciliar entre sí las ideas de necesidad causal, evitabilidad, decisión libre, responsabilidad, etc. Para Berlin, si las causas que se considera que determinan las acciones humanas, ya sean físicas, psíquicas o de otro tipo, y sea cual sea la proporción en que se piensa que intervienen en las decisiones, son verdaderamente causas (como las causas físicas o fisiológicas) esto lleva consigo el que no sea aplicable en estos casos la idea de una libre elección entre dos posibilidades; si la elección es el resultado de causas antecedentes, no se puede hablar en sentido auténtico de libertad:

«La libertad de obrar requiere una situación en la que la suma total de estos factores causales no determine completamente el resultado y en la que siga habiendo un ámbito, por muy estrecho que sea, en el que la elección no esté determinada del todo... Es convincente la idea kantiana de que donde no hay libertad no hay obligación, y de que donde no hay independencia de causas no hay responsabilidad, por tanto, no hay merecimiento y, consiguientemente, no hay ocasión de alabanza o reproche...»<sup>14</sup>.

12. «Liberty and necessity», en *Polemic*, n.º 5, 1946; existe versión española: «Libertad y necesidad», en *Ensayos Filosóficos*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 245-256, cap. XII.

13. *Ensayos Filosóficos*, op. cit., p. 251.

14. S. L. 131 (nota 9). Reiteradas veces Berlin se apoya explícitamente en Kant

Berlin considera sumamente claro que si aceptamos que cualquier acto de elección o de voluntad está completamente determinado por sus respectivos antecedentes, entonces esta creencia es radicalmente incompatible (a pesar de todo lo que digan en su contra los «deterministas débiles») con la idea de poder elegir que sostienen tanto los hombres comunes como los filósofos o científicos cuando no están defendiendo conscientemente la posición determinista. La mayoría de los hombres y la mayoría de los filósofos, científicos o historiadores, no hablan ni actúan como si creyeran de verdad en tal doctrina. Es incompatible el determinismo (o el «autodeterminismo» que mantienen algunos analíticos) con la afirmación de la auténtica libertad (*S. L.* 18).

Las categorías que expresan la responsabilidad moral han penetrado profunda y universalmente todo lo que pensamos y sentimos los humanos; sin embargo, parece suponerse que el avance de la ciencia hará ver que lo que hasta ahora atribuimos a los actos de las voluntades se puede explicar cada vez más mediante la intervención de otros factores naturales o impersonales. Es la ignorancia o la vanidad la que tiende a ampliar demasiado el ámbito de la libertad humana. Es evidente, pues, que el determinismo priva a la existencia de todo tipo de expresiones morales, y los hombres siempre han supuesto, y siguen suponiendo, en su discurso ordinario la libertad de elegir. Al parecer de Berlin, si la creencia en la libertad fuese errónea, la revisión y transformación de ideas y términos básicos que llevaría consigo sería mucho más inquietante de lo que parecen darse cuenta la mayoría de los deterministas. Lo cual no significa que Berlin esté afirmando que el determinismo es falso, como han malinterpretado algunos de sus críticos (*S. L.* 13 y ss.), sino sólo que los argumentos que se presentan en su favor no son concluyentes, y que si llega a convertirse en una creencia extensamente aceptada e integrada en la estructura del pensamiento y comportamiento humanos, el significado y el uso de la mayoría de los conceptos y palabras fundamentales de nuestro actual mundo moral dejarían de ser operantes y tendrían que ser radicalmente sustituidos por aquellos términos más en consonancia con la nueva concepción de la realidad y del hombre. Términos como los de justicia, equidad, merecimiento y honradez, como tantos otros que invaden nuestro lenguaje y nuestra experiencia inmediata de lo que son y hacen los hombres, tendrían que ser totalmente reexaminados si no queremos considerarlos meras ficciones, imaginaciones inofensivas y mitos irracionales de la época premoderna y precientífica. El uso existente del lenguaje moral viene a constituir una prueba de que muchos de

---

para mostrar las contradicciones en las que caen los deterministas y le reconoce el haber sido el pensador que más agudamente captó los peligros de cualquier determinismo, por muy débil que pretenda ser, para la moralidad e incluso la dignidad de las personas.

los que en teoría profesan la doctrina determinista, rara vez la practican en su vida moral ni en las convicciones que reflejan su lenguaje cotidiano. Sin embargo, la tendencia a creer en el determinismo, además de ser afín al aliciente de un ideal «cientificista» o metafísico, se debe, piensa Berlin, a «un deseo de *armonizar las cargas morales* o de *minimizar la responsabilidad individual* y transferirla a fuerzas impersonales». Esta situación aparece con frecuencia en la historia de la humanidad, siempre en momentos de confusión y de debilidad interior, convirtiéndose en coartada para aquellos que no pueden o *no quieren enfrentarse con el hecho de la responsabilidad humana* y con la existencia de un ámbito real de libertad en el hombre (S. L. 183-185).

En última instancia, la tarea principal de Berlin en varios ensayos no ha consistido en otra cosa que en «hacer explícito lo que no ponen en duda la mayoría de los hombres: que no es racional creer que las decisiones son causadas y, al mismo tiempo, considerar que los hombres son merecedores de reproches o indignación (o sus contrarios) por decidir obrar, o dejar de obrar, como deciden» (S. L. 23). Las alabanzas y las condenas poseen auténtico sentido entre personas que de hecho —y no sólo supuestamente— pueden elegir con libertad. No es una mera suposición ética —sujeta a revisión por los hallazgos científicos o filosóficos— el mantener la libertad de los hombres (S. L. 138). Intentar adecuar nuestras ideas y palabras a la hipótesis del determinismo es una magna tarea —quizá por encima de nuestras posibilidades intelectuales—, pues los cambios que originaría en nuestra concepción del mundo y del hombre serían tan radicales que no podemos ni imaginarnos cómo sería el universo y el ser humano para un auténtico determinista. De todas las maneras, cabe reconocer que ciertas formas de la hipótesis determinista han condicionado, hasta cierto punto, el cambio en las ideas respecto de la responsabilidad humana. Las explicaciones históricas, psicológicas, sociológicas y biológicas de la conducta nos ofrecen un conocimiento de la frontera que separa la libertad de las leyes causales, que generaciones anteriores a nosotros desconocían. Sin embargo, hay que poner límites a las especulaciones metafísicas o explicaciones científicas pues de lo contrario,

«se esfuman automáticamente nuestra *conciencia de culpabilidad y pecado*, los dolores que nos producen *el remordimiento y la propia condenación*, y desaparecen la tensión y *el miedo al fracaso* y a la frustración; nos desprenderemos de *la conciencia de libertad* e independencia y de la creencia de que existe un ámbito, por muy limitado que sea, en el que podemos elegir la manera de obrar que nos guste...» (S. L. 144).

Por otra parte, los científicos o filósofos defensores de alguna variante de determinismo consideran que los juicios de valor sobre los comportamientos de los demás o sobre los nuestros responden más bien a la ignorancia en que se desarrollan nuestras vidas. El

conocimiento nos liberaría de esta ignorancia, nos mostraría que la idea de la libertad individual es un engaño. Cuanto más lejos estamos de saberlo todo, dicen los científicos, más amplia es la idea que tenemos de nuestra libertad, responsabilidad y culpabilidad, productos directos de nuestro miedo y desconocimiento del mundo. La libertad personal no es otra cosa que un noble engaño con un importante valor social, pero, al fin y al cabo, un engaño. La responsabilidad individual y la presunta percepción de las diferencias entre elegir el bien y el mal son meros síntomas y pruebas de la vanidad humana y de nuestra incapacidad para enfrentarnos con la verdad. En el fondo, piensan los deterministas, cuanto más sepamos, más grande será el alivio que tendremos del «peso de la libertad». Isaiah Berlin mantiene una tesis radicalmente opuesta. A pesar de todo lo que nos dicen los deterministas, seguimos alabando y culpando:

«Culpamos a otros de la misma manera que nos culpamos a nosotros mismos, y, quizá, cuanto más sabemos más dispuestos estamos a culpar. Desde luego nos sorprenderá que nos digan que cuanto mejor entendamos nuestras propias acciones —nuestros propios motivos y las circunstancias que les rodean— más libres nos sentiremos inevitablemente de la propia culpabilidad. Con toda seguridad, la verdad es frecuentemente todo lo contrario. Cuanto más profundamente investigamos el desarrollo de nuestra propia conducta, más digna de culpa puede parecerse ésta y más remordimientos podemos estar dispuestos a sentir, y si esto es válido para nosotros mismos, no es razonable esperar que, necesariamente y en todos los casos, neguemos que lo sea por parte de los demás» (S. L. 164-165).

Son muchas más las ideas que Berlin desarrolló en los años 50 y 60 en torno a este problema ético que por razones de espacio no puedo exponer. Las seleccionadas las considero fundamentales para comprender mejor su evolución intelectual y la defensa apasionada y razonable del pluralismo moral que en sus recientes ensayos reivindica. De todas formas, no puedo cerrar esta etapa de su pensamiento sin mencionar una tesis sumamente interesante y que lamentablemente sólo apunta de pasada en la Introducción a «Cuatro ensayos sobre la libertad». Presenta allí esta compleja dificultad ética a los defensores del determinismo, amantes de «patrones unitarios», de unificaciones científicas y explicaciones cuantitativas:

«A no ser que se considere que los hombres tienen algunos *atributos que están por encima* de los que tiene en común con otros objetos naturales —los animales, las plantas, las cosas, etc.— (llámese o no natural a esta diferencia en sí misma), *el mandamiento moral de no tratar a los hombres como si fueran animales o cosas no tiene ningún fundamento racional*» (S. L. 25).

Con lo cual Berlin parece sugerir, siguiendo a Kant, que es la libertad del hombre el rasgo que le separa de los animales y sobre todo el rasgo que le «dignifica», que le sitúa por encima de las otras realidades, y que por tanto convierte en incondicional el mandato de no tratar a los humanos como si fueran objetos o animales. Pienso

pues que *la crítica de Berlin al determinismo y la defensa radical de la libertad se convierte de hecho en la defensa de una particular concepción de la persona y en la crítica a toda instrumentalización del sujeto moral*. Parece como si, al igual que Kant, quisiera afirmar que el hombre, en cuanto que libre, es un ser que posee dignidad, de tal forma que si estuviera determinado en su comportamiento y en sus decisiones, los diversos intentos de tratar al ser humano como un animal o cosa no podrían ser considerados del todo carentes de fundamento.

## 2. EN DEFENSA DEL PLURALISMO MORAL

A mi modo de ver, en la segunda etapa del pensamiento de Berlin sobresalen, entre otras preocupaciones: a) la revisión de los rasgos principales de la Ilustración francesa con la reacción antiilustrada de los románticos alemanes, b) el lúcido análisis de los supuestos «monistas» de la filosofía occidental, y c) la defensa del «pluralismo» frente al subjetivismo existencialista y el relativismo cultural. Considero que este proyecto intelectual que Berlin ha ido desarrollando en diversos ensayos de los años 70 y 80 presupone ciertamente la convicción de que la historia de las ideas políticas y morales está capacitada para «sacar a la luz» los supuestos del pensamiento occidental y para «iluminar» las raíces de las ideas y concepciones de la vida humana que *hoy* se enfrentan sin aparente posibilidad de reconciliación<sup>15</sup>. Al parecer de Berlin, nuestras concepciones «modernas» del hombre, de la política y de la ética, provienen tanto del programa ilustrado francés, heredero de la tradición racionalista de procedencia platónica, como de las reacciones en su contra que promovió el movimiento romántico alemán; y así, en el equilibrio o desequilibrio de estas dos tendencias culturales del siglo XVIII nos movemos actualmente. Veamos con brevedad este esquema interpretativo del pensamiento ético-político del Isaiah Berlin más reciente, concluyendo después con unas reflexiones que pretenden resaltar lo más valioso de su aportación filosófica.

### 2.1. La Ilustración y la Contra-Ilustración

Berlin en distintos ensayos de los años 70 y 80 analiza lo que para él constituye la doctrina básica de la Ilustración francesa que dominó a la mayoría de los intelectuales europeos del siglo XVIII, y

---

15. La concepción berliniana de la historia de la filosofía política que ha mantenido y ejercido en muchos de sus trabajos se defendió en su ensayo «¿Existe aún la teoría política?» en *Conceptos y Categorías*, *op. cit.*, pp. 237-280, publicado por primera vez en la *Revue française de science politique*, II (1961), pp. 309-337.



que viene a constituir el culmen de algunos supuestos filosóficos que habían estado latentes a la largo de la tradición filosófica desde Platón. Los ilustrados franceses creían que habían encontrado al fin *un método de validez universal para resolver los interrogantes fundamentales* que habían asediado a los hombres en todos los tiempos (F. H. 67). En realidad, el método ilustrado se basa en la aplicación a los problemas morales, sociales y políticos de las rigurosas normas racionales y científicas que un siglo antes habían presentado soluciones radicales a las matemáticas y a las ciencias de la naturaleza. La doctrina de la Ilustración francesa coincide plenamente, al parecer de Berlin, con el supuesto básico de Occidente, según el cual *todos los valores verdaderos son inmutables e intemporales y universales*.

La pregunta que subyace a todo el proyecto racional-científico de la Ilustración no era otra que la siguiente: «¿Por qué no se podía crear una ciencia o unas ciencias del hombre y aportar también ahí soluciones tan claras y seguras como las obtenidas por las ciencias del mundo exterior?» (F. H. 51). No resultaba para los ilustrados franceses descabellado suponer que la naturaleza del hombre era examinable, observable, analizable como todos los demás organismos y formas de vida. Además, para los *philosophes* franceses sólo es verdad lo que cualquier observador racional, en cualquier época o lugar puede descubrir. Los métodos racionales (hipótesis, observación, generalización, verificación, etc.) pueden resolver problemas sociales e individuales. En consecuencia, los problemas sobre cómo debían vivir los hombres, qué era la justicia o la igualdad o la felicidad, constituían cuestiones fácticas que podrían resolverse por observación, a través de las ciencias nuevas que después se desarrollarán brillantemente (la psicología, la antropología, la fisiología).

No conviene olvidar que este programa y los principios centrales de la Ilustración —*universalidad, objetividad, racionalidad* y la capacidad de proporcionar solución permanente a todos los problemas genuinos de la vida y el pensamiento (H. I. 79)— no eran completamente asumidos por todos los ilustrados. Entre ellos existían matices nada despreciables, de los que es consciente Berlin. Sin embargo, a pesar de las marcadas diferencias entre los pensadores ilustrados, había creencias básicas que compartían (F. H. 116-117) y que podrían resumirse con la sentencia «sólo el conocimiento científico puede salvarnos» (F. H. 51). Esta doctrina ilustrada, que en su día originó un gran movimiento liberador, llegó a eliminar crueldades, supersticiones, injusticias y oscurantismo, también llevó consigo históricamente una reacción frente a tanto racionalismo, una especie de «contragolpe» emergente de todo lo que hay en el hombre de irracional. En distintos ensayos Berlin muestra de qué manera y por qué motivos surgió esta Contra-Ilustración en Alemania a finales del siglo XVIII. No nos detendremos en las explicaciones históricas del rechazo alemán a la ilustración francesa, sólo interesa resaltar sus rasgos por-

que algunos de ellos son los que reflejan mejor la posición ético-política de Berlin en los años 70 y 80.

Cuando nuestro autor analiza las diversas reacciones contra la ilustración casi siempre se refiere al ensayista e historiador Herder como el máximo exponente de este «contragolpe». En principio sostenía que los valores no eran universales, que toda sociedad humana, todo pueblo, toda época y toda civilización, poseen sus propias normas e ideales únicos, un modo de vivir, de actuar y de pensar característicos. No podemos afirmar, piensa Herder, que haya reglas o criterios de juicio inmutables, universales y eternos, con que se puedan graduar naciones y culturas distintas en una escala única de superioridad, que situaría a los ilustrados franceses en la cima de la perfección humana. Por tanto, es una gran falsedad la visión ilustrada de la historia humana según la cual existe un proceso universal único cuyas últimas etapas son sin duda superiores a las previas. No podemos juzgar una cultura pasada o distinta por las normas de otra, pues toda cultura posee atributos propios que hay que entender en sí mismos. Las diversas culturas son inconmensurables. Estas ideas de Herder son completamente diversas a las de, por ejemplo, Voltaire. El movimiento romántico alemán asumía las tesis herderianas al considerar que

«los valores éticos, políticos, estéticos, no son algo objetivamente dado, no son estrellas fijas de un firmamento platónico, eterno, inmutable, que los hombres sólo pueden descubrir utilizando el método adecuado, intuición metafísica, investigación científica, argumentación filosófica o revelación divina. Los valores los engendra el yo humano creador. El hombre es, sobre todo, una criatura dotada no sólo de razón, sino de voluntad. La voluntad es la función creadora del hombre» (*F. H.* 57).

Berlin piensa que Herder, y también antes que él Giambattista Vico, han sido los destructores de la visión unitaria del mundo y del hombre<sup>16</sup>. Si las culturas son muchas y diversas, si cada una de ellas expresa escalas de valor distintas e incompatibles con otras, esto no equivale a sostener que no puedan los historiadores y los filósofos conocer y comprender, con penetración, las diferentes culturas; sólo se niega la superioridad de alguna cultura y la objetividad y universalidad de los valores morales. Lo cual no equivale —como se les ha criticado a Vico y Herder (y a Berlin, que asume tales tesis his-

16. «Después de Vico el conflicto de monismo y pluralismo, valores intemporales e historicismo, se convertirá más pronto o más tarde en un tema central» (*H. I.* 198). Junto a su obra, *VICO and HERDER*, London, Hogarth Press, 1976, los artículos más valiosos de Berlin centrados expresamente en Vico —sin contar aquellos que dedican varias páginas al análisis del pensador italiano— son los siguientes: «The Philosophical Ideas of Giambattista Vico», en *Art and Ideas in Eighteenth-Century Italy*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1960, revisado y ampliado en el libro anteriormente citado; «Vico y su concepto del conocimiento» en *H. I.*, pp. 178-187; «Vico y el ideal de la ilustración», en *H. I.*, pp. 188-198 y «Giambattista Vico y la historia cultural» en *F. H.*, pp. 65-83.

toricistas)— a sostener el relativismo cultural o moral, como se mostrará más adelante.

Insiste en distintos lugares que el movimiento contrailustrado que se articuló en el segundo tercio del siglo XVIII, principalmente en Alemania, conmovió los cimientos del viejo orden establecido tradicional, influyendo profundamente a partir de entonces en el pensamiento y en la vida práctica de Occidente. En realidad, la contra-ilustración de finales del siglo XVIII era fundamentalmente un rechazo al «gran mito» de la «solución total», al conocimiento perfecto y a la felicidad perfecta (*F. H.* 221-222). Este «gran mito» de la sociedad ideal constituye, como pronto se verá, uno de los ingredientes básicos de lo que en otros lugares ha denominado Berlin «monismo» filosófico. Es evidente que la mencionada contra-ilustración romántica, por mucho que haya influido en nuestra cultura, no ha podido eliminar por completo la presencia y desarrollo del programa de la Ilustración al que nadie puede negar el papel decisivo que ha tenido —y sigue teniendo— en la organización social, política y tecnológica de nuestro mundo.

## 2.2. El monismo filosófico

En un estudio sobre el pensamiento político contemporáneo analiza Bhikhu Parekh los diferentes supuestos que Berlin considera típicos del pensamiento occidental<sup>17</sup>, y llega a distinguir cuatro: la «visión despótica» del hombre y del mundo, la creencia en la «coherencia» de lo bueno, la idea de la «sociedad perfecta», y por último, el «monismo moral». Puesto que estos son supuestos intelectuales de carácter político-moral difícilmente separables, y siendo más bien rasgos o matices de un único supuesto fundamental, al que podríamos denominar con el nombre de «monismo filosófico», me parece más oportuno, en aras de la claridad, distinguir diferentes niveles del monismo: el antropológico, el moral, el sociopolítico y el epistemológico. Berlin en ningún lugar de su obra distingue claramente lo que por mi parte considero diferentes niveles del monismo filosófico, seguramente porque los concibe tan ensamblados y mutuamente implicados que el separarlos podría generar más confusión por cuanto daría a entender que surgen de distintos filósofos o en distintos momentos históricos y que podría darse el caso de que alguno de ellos desapareciera sin los otros. Admitiendo esta estrecha conexión de supuestos intelectuales, pero a fin de facilitar la comprensión de posteriores reflexiones, me permito la licencia, aun a riesgo de simplificar en exceso el pensamiento berliniano, de separar las «ramas»

---

17. PAREKH, B., *Pensadores políticos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, Capítulo 2, pp. 39-66, en concreto el análisis de los supuestos intelectuales de Occidente se encuentra en las páginas 44-53.

provenientes del mismo «tronco» monista. Veamos brevemente cuáles son algunas de las características más sobresalientes de este monismo —afines al programa de la Ilustración— a las que Berlin opondrá, siguiendo en esto a los contrailustrados Vico y Herder, su concepción del «pluralismo» moral.

#### a) MONISMO SOCIOPOLÍTICO

Una de las características del monismo filosófico (a la que hacíamos referencia anteriormente) que cabe encontrar en la historia del pensamiento es la idea de una «sociedad perfecta», de un «Estado ideal» en el que no hubo —ni habrá— injusticias o sufrimientos, lo que ha venido en llamarse «utopía». La mayoría de las utopías occidentales, como es bien conocido, poseen los mismos elementos: una sociedad en pura armonía, donde sus miembros viven en paz, sin peligros, sin inseguridades, sin trabajos degradantes, sin frustraciones. La mayoría de las utopías son «estáticas», pues al ser perfectas nada necesita modificarse en ellas, todo promueve los deseos humanos. El supuesto de las utopías, cristianas o paganas, es que hubo una vez un estado perfecto y a continuación se produjo un desastre enorme. Tanto los relatos bíblicos como las mitologías griegas, como asimismo el pensamiento filosófico occidental, concibe nuestra vida como una especie de «esfuerzo doloroso por recomponer los fragmentos rotos del todo perfecto con que el universo se inició y al que aún ha de retornar» (*F. H.* 42). Berlin considera que esta es una idea persistente que recorre todo el pensamiento europeo desde sus primeros inicios, ya que está en la base de todas las viejas utopías, influyendo profundamente en las ideas políticas, morales y sociales de Occidente.

#### b) MONISMO EPISTEMOLÓGICO

El utopismo sociopolítico, como también el moral, variantes del monismo filosófico, están apoyados, según Berlin, en un trípode de carácter epistemológico, sobre el que se levantan, no sólo las utopías políticas y los ideales morales, sino todas las construcciones metafísicas de Occidente.

Sintéticamente podrían formularse con las siguientes proposiciones los tres pilares epistemológicos de la filosofía occidental (*F. H.* 42-43):

- a) «Todo problema auténtico sólo puede tener una solución correcta, y todas las demás son incorrectas.»
- b) «Existe un método para descubrir esas soluciones correctas.»
- c) «Todas las soluciones correctas deben ser, como mínimo, compatibles entre sí.»

Al parecer de Berlin, todas las respuestas a los problemas de hecho o de valor ofrecidas a lo largo de la tradición occidental presuponen que pueden darse respuestas a las cuestiones que el hombre se plantea. Lo cual constituye para Berlin uno de los supuestos comunes a una gran parte de nuestra filosofía. Y coincide perfectamente con la tesis ilustrada a la que hacíamos referencia en el apartado anterior: «el conocimiento puede salvarnos». Lo que a su vez nos remite a la proposición intelectualista típicamente griega, enunciada por Sócrates y desarrollada tanto por Platón y Aristóteles como por las posteriores escuelas de inspiración socrática (estoicos, epicúreos, cínicos). Aunque el paradigma de lo que es conocimiento o ciencia varía sustancialmente de los griegos a los medievales y de los renacentistas a los ilustrados, lo que no cabe duda es que toda la tradición occidental ha sostenido que «sólo el conocimiento proporcionaba la salvación espiritual, moral y política» (F. H. 46). El concepto de «conocimiento» para la tradición filosófica occidental significa además del conocimiento descriptivo de lo que existe en el universo, también, y como parte no claramente separable de la descripción del mundo, conocimiento de valores, de cómo vivir, qué hacer, qué formas de vida son las mejores y por qué razones. Dicho afán por conocer el mundo y el hombre, y la creencia de que existen métodos para alcanzar tal conocimiento de manera objetiva, tendencias básicas en la filosofía occidental hasta la Ilustración, presuponen una doctrina común: la idea de que existen verdades universales, verdades para todos los hombres, en todas partes, en todas las épocas, y que esas verdades están expresadas en reglas universales que son cognoscibles con métodos racionales y procedimientos científicos.

### c) MONISMO MORAL

La búsqueda de la verdad, su unidad y su conexión con la virtud y la felicidad, encontrarla y vivir de acuerdo con ella ha constituido un objetivo fundamental de la mayoría de las corrientes filosóficas. Este era el supuesto de los platónicos, de los estoicos, de los filósofos judíos, musulmanes, cristianos, deístas y racionalistas ateos. Berlin cree que, en parte, la perspectiva de la modernidad se originó con la *quiebra de esta piedra angular epistemológica*, pero sobre todo con la *quiebra de la verdad moral universal* válida para todos los hombres en todas las partes y en todas las épocas.

Según lo dicho, es evidente la conexión entre el monismo epistemológico y el monismo moral, hasta tal punto que los tres pilares «epistemológicos» de la filosofía occidental indicados anteriormente y que se han extraído de su ensayo «La decadencia de las ideas utópicas en Occidente» de 1978 (F. H. 39-63), veinte años antes los había defendido Berlin como tres pilares «morales» de la filosofía en su estudio «La unidad europea y sus vicisitudes», de 1959. En

este estudio indicaba claramente tres presupuestos básicos de carácter genuinamente moral (*F. H.* 174-175), que resumo en las siguientes proposiciones:

a) «Todos los problemas de valor pueden resolverse objetivamente.»

b) «Las verdades universales sobre los problemas de valor son por principio accesibles a los seres humanos.»

c) «Los valores verdaderos no pueden chocar entre sí.»<sup>18</sup>

La primera proposición implica que la solución, sea obtenida por quien sea (individuos racionales, místicos, irracionales) lleva consigo el que si las soluciones eran verdaderas lo eran *para todos* los hombres. La segunda proposición supone, sin embargo, que algunos hombres están más capacitados que otros para acceder a las verdades morales, puesto que existe una especie de orden natural en el que los mejor dotados se hallaban situados en una posición más elevada intelectual, moral, religiosa o, racionalmente hablando, aunque también hay quienes piensan que todo hombre podría en principio ser su propio especialista. Y por último, la tercera proposición en el fondo reconoce que el universo es un cosmos, y no un caos, por lo que si se encuentran soluciones objetivas a cómo hay que vivir, necesariamente tendría que haber un modo de vida, un valor que fuese demostrablemente mejor, y que por tanto evitase cualquier conflicto entre ellos. Por el contrario, si no hubiese ninguna solución moral universal única, verdadera para todos los hombres, en todas las épocas y en todas las partes, esto significaría que el problema moral no es legítimo, pues necesariamente todos los problemas reales, y sobre todo los morales, han de poseer una solución verdadera, y sólo una, las demás serían necesariamente falsas. La solución definitiva a un problema de valor debería adoptar la forma de una auténtica declaración de hecho, por cuanto ninguna verdad moral puede contradecir a otra verdad.

#### d) MONISMO ANTROPOLÓGICO

Tanto el monismo socio-político (la idea de una sociedad utópica), como el monismo moral (la existencia de valores eternos) y el

---

18. Formulaciones de lo que denomina Berlin tres «pilares», tres «dogmas» o tres «supuestos» de la tradición occidental se encuentran dispersas, con pequeñas variantes y matizaciones, en muchos de los ensayos de los años 70; además de los ya citados, en *El fuste torcido de la humanidad* cabe señalar lo desarrollado en las páginas 195-222; en su otra obra complementaria, *Contra la corriente*, también recoge ensayos en los que expone y discute alguno de los «pilares» o los tres a la vez. Este es el caso de «El divorcio entre las ciencias y las humanidades» (1974), pp. 144 y ss.; «Vico y el ideal de la Ilustración» (1976), pp. 189 y ss.; «Hume y las fuentes del antirracionismo alemán» (1977), pp. 233 y ss.; «Georges Sorel» (1971), pp. 380 y ss.; «Nacionalismo: pasado olvidado y poder presente» (1978), pp. 431 y ss.

epistemológico (la posibilidad de lograr la verdad universal) presuponen una determinada concepción del hombre a la que podríamos denominar «monismo antropológico», igualmente presente a lo largo del pensamiento occidental y en el proyecto de la Ilustración. Este monismo vendría a sostener que los hombres poseen una determinada *naturaleza fija*, inalterable y ciertos objetivos universales, comunes e inmutables, que cuando llegan a ser alcanzados la naturaleza humana queda plenamente satisfecha. Por tanto, se presupone que los seres humanos persiguen los mismos objetivos básicos, idénticos para todos en todas partes y en todas las épocas, derivados de una única «naturaleza» humana.

Cronológicamente hablando, este monismo es el primero que se encuentra en los escritos de Berlin, en concreto en «Dos conceptos de la libertad» (1958), o por lo menos, aunque haga breves indicaciones de los otros, a éste parece responsabilizar de las graves consecuencias políticas que el concepto de libertad positiva ha provocado a lo largo de la historia reciente de la humanidad. Como se ha hecho en los anteriores casos, voy a sintetizar en tres proposiciones (S. L. 225) las tesis fundamentales del monismo antropológico:

- a) «Todos los hombres tienen un fin verdadero y solo uno: dirigirse a sí mismos racionalmente.»
- b) «Los fines de todos los seres racionales tienen que encajar por necesidad en una sola ley universal armónica.»
- c) «Todos los conflictos y todas las tragedias humanas se deben al choque de la razón con lo irracional.»

Esta concepción racionalista del hombre es una constante en la filosofía, aunque a veces ha convivido con concepciones irracionales o voluntaristas. Importa destacar la tercera proposición por estar más estrechamente vinculada con los anteriores monismos. Presupone que cuando se haya conseguido que la «razón» predomine en la vida humana entonces todos los hombres racionales obedecerán las leyes racionales de su propia naturaleza, que es una sola y la misma en todos los hombres; de esta forma, obedeciendo leyes racionales, obedecen a su propia naturaleza racional. Cuando los hechos y las leyes que gobiernan la realidad, también la humana, son conocidos, «ningún hombre que desee felicidad, armonía, sabiduría o virtud podrá recorrer sino *la única senda correcta* hacia la meta que su conocimiento le revele» (H. I. 380).

Es claro que Sócrates, al postular que la virtud es conocimiento, ha sido quien vinculó para siempre la tarea moral a la razón y quien promovió para muchos siglos la creencia en una «esencia» o «naturaleza» humana universal válida para todas las épocas y para todos los lugares. La concepción del hombre implícita en este supuesto no es la de un sujeto «trágico» en continuo conflicto consigo mismo y con la realidad que le rodea, como parece ser la concepción berli-niana del hombre. *La tragedia del hombre consiste, según Berlin, en experimentar continuamente conflictos entre acciones humanas o va-*

lores. Si según todos los diferentes monismos puede darse, por principio, solución definitiva a los problemas —también los morales— que el hombre se plantea, y si todas las soluciones vienen a ser compatibles, cualquier conflicto (moral, político, epistemológico) es, en principio, evitable; y cuando surge el conflicto y emerge el elemento trágico de la vida humana se debe siempre a los errores humanos evitables, a la irracionalidad y a las pasiones humanas, que deberán ser dominadas por nuestra «naturaleza racional». Esta confianza en la capacidad del hombre para alcanzar la «solución total» (política, moral, epistemológica) ha regido, según Berlin, gran parte del pensamiento occidental desde la antigüedad clásica.

El monismo filosófico griego, medieval, renacentista e ilustrado, ante el que reacciona el movimiento romántico, y que vuelve otra vez a manifestarse en nuestro siglo, por ejemplo, en los neopositivistas lógicos y su pretensión de unificar las ciencias, ha sido rechazado por muy pocos pensadores a lo largo de la historia. Berlin está en sintonía —y a ellos dedica originales ensayos— con pensadores que se han enfrentado a tal monismo filosófico, como los mencionados Vico y Herder, como Maquiavelo, Montesquieu, Hume...<sup>19</sup>, todos ellos lúcidos historiadores que aprendieron de la historia la pluralidad —que no relatividad— de los valores y fines últimos que han inspirado a los hombres. Pienso que *la razón principal por la que Berlin rechazará, apoyándose en estos pensadores, el monismo filosófico es de índole fundamentalmente antropológica*. Es su particular concepción del hombre como un sujeto creador y radicalmente libre la que impulsa a Berlin a rechazar tanto el monismo filosófico (en los años 70 y 80) como todo determinismo (en los años 50 y 60). Esto que indico puede derivarse coherentemente de las tesis sobre la libertad que contra viento y marea defendió Berlin en la primera etapa de su pensamiento. Pero mi interpretación también puede apoyarse en breves insinuaciones sobre la concepción del hombre que Berlin presenta en los ensayos que discuten el monismo. Entre otros, este texto es extremadamente claro respecto de las razones antropológicas para no aceptar el monismo e inclinarse por el pluralismo moral:

«El supuesto implícito de que la naturaleza humana es básicamente la misma en todas las épocas, en todas partes, y que se ajusta a las leyes eternas que escapan al control humano, es una concepción que sólo un puñado de pensadores audaces se atrevieron a poner en duda. Pero aceptarla en nombre de la ciencia es, en realidad *ignorar y rebajar el papel del hombre como creador y destructor de valores, de formas completas de vida, del hombre*

---

19. «Vico y el ideal de la Ilustración» (*H. I.* 188-198); «La originalidad de Maquiavelo» (*H. I.* 85-143); «Montesquieu» (*H. I.* 199-232); «Hume y las fuentes del antirracionalismo alemán» (*H. I.* 233-260); «Georges Sorel» (*H. I.* 375-414); «José de Maistre y los orígenes del fascismo» (*F. H.* 103-166); «Herzen y Bakunin, y la libertad individual» (*P. R.* 174-228); «Alexander Herzen» (*P. R.* 351-390)...



*como sujeto, una criatura con una vida interior negada a otros habitantes del Universo....» (F. H. 82).*

Y es justamente esta concepción antropológica que el propio Berlin maneja cuando hace historia de las ideas lo que ayuda a comprender mejor todo su pensamiento ético-político; tanto sus reflexiones sobre la libertad como su defensa del pluralismo provienen de la concepción del hombre que Berlin presupone incuestionablemente. Se podría afirmar que concede un valor hermenéutico especial a las diferentes concepciones del hombre que asumen pensadores o épocas enteras de la humanidad<sup>20</sup>.

### 2.3. Pluralismo (y Liberalismo) contra Monismo

Aunque en distintas ocasiones se ha indicado que la preocupación central del Berlin de los años 70 y 80 es la crítica al monismo filosófico y la defensa del pluralismo moral, las semillas de ambas cuestiones se encuentran en los escritos sobre la libertad de su primera etapa. En particular, el breve y último apartado de su más famoso estudio, «Dos conceptos de la libertad», titulado significativamente «Lo uno y lo múltiple», entra de lleno en lo que durante las dos últimas décadas se convertirá en una de las obsesiones intelectuales de Berlin.

En dicho estudio se rechaza expresamente la creencia monista en una «solución final» y la considera la responsable del permanente sacrificio de los individuos en los altares de los grandes ideales históricos, tales como la «justicia», el «progreso», la «felicidad» de las futuras generaciones, la «emancipación» de una nación, «raza», «clase»... Todos los monistas piensan que, aunque se dan de hecho conflictos, en alguna parte y de algún modo coexistirán todos los valores, de lo contrario el hombre más que vivir en un cosmos armónico estaría inmerso en una continua contradicción y quimera metafísica. Berlin por su parte considera que los conflictos de valores constituyen un elemento intrínseco de la vida humana:

*«El mundo con el que nos encontramos en nuestra experiencia ordinaria es un mundo en el que nos enfrentamos con que tenemos que elegir entre fines igualmente últimos y pretensiones igualmente absolutas, la realización*

---

20. Berlin aplica expresamente esta perspectiva hermenéutica en varios párrafos de *P. R.*, *S. L.*, *C. C.*, *H. I.* y de *F. H.*; como botón de muestra léase el siguiente de su estudio «Georges Sorel» (1971): «Las ideas de todo filósofo concernientes a los asuntos humanos finalmente *se basan en la concepción de lo que el hombre es y puede ser.* Para comprender a tales pensadores es más importante alcanzar esta noción o imagen central (que puede estar implícita pero determina su imagen del mundo) que los más poderosos argumentos con los que defienden sus opiniones y refutan las objeciones actuales y posibles...» (*H. I.* 377).

de algunos de los cuales tiene que implicar inevitablemente el sacrificio de otros... (S. L. 239).

Por el contrario, afirmar la compatibilidad y armonía de todos los valores (monismo moral), estar convencido de la posibilidad de realizar la sociedad ideal (monismo sociopolítico) y suponer que es posible alcanzar la verdad absoluta para todos (monismo epistemológico), así como la certeza dogmática de la «solución final» de todos los problemas y conflictos humanos han sido, al parecer de Berlin, las convicciones más profundas e inamovibles que han anidado en la mente de muchos implacables tiranos y perseguidores de la historia, para quienes resultaban totalmente justificadas sus decisiones con tal que promovieran en nombre de la «razón» los valores absolutos de la «libertad», la «igualdad», la «justicia», la «felicidad», la «verdad», la «virtud» ... Este monismo, por sus graves implicaciones sociales, debe ser desarticulado intelectualmente y máxime si se está convencido —como es el caso de Berlin— de que las «ideas» morales poseen una fuerza política transformadora a primera vista insospechable. Justamente en ello se centra gran parte de la segunda etapa berliniana, que viene a ser una especie de desarrollo y maduración de las intuiciones apuntadas al final de «Dos conceptos de la libertad».

Es un hecho social y filosófico el conflicto de valores que son al mismo tiempo absolutos e inconmensurables. Cuando surgen los dilemas y conflictos es evidente que conviene hacer todos los esfuerzos intelectuales posibles para resolverlos; lo cual es muy distinto a sostener, como aseguran los monistas y las metafísicas racionalistas, que tiene que ser posible siempre, en principio, descubrir la solución correcta y concluyente a los dilemas ético-políticos que sufre el hombre. Este afán de encontrar respuestas últimas cerrando los ojos a la variedad histórica, de eliminar toda diversidad y todo conflicto en pro de la uniformidad, fue puesto en duda —como se indicó anteriormente— en el movimiento romántico. El monismo y el pluralismo, como en otro sentido el programa de la Ilustración y la reacción romántica, son doctrinas y tendencias difícilmente compatibles. Los choques de valores para los monistas quedarán resueltos al postular la solución final a todos los males humanos, ya sea por vías revolucionarias o pacíficas. Berlin, cuando expone las ideas monistas presentes en el pensamiento occidental, no duda en conectarlas con las masacres y brutalidades que han dominado este siglo nuestro. Si la «solución final» y la «meta única» son deseables y posibles entonces se explica que no importa el precio que haya que pagar por lograrlo: «ningún grado de opresión, crueldad, represión, coerción será demasiado alto, si ése, y sólo ese, es el precio de *la salvación definitiva* de todos los hombres» (F. H. 62).

Por otra parte, la conexión entre el pluralismo y el liberalismo no es desarrollada por Berlin, pero no cabe duda que una sociedad abierta y flexible será aquella con mayor capacidad de integrar va-

lores en conflicto y formas de vida diferentes, e incluso opuestas. Por tanto, si es el liberalismo el contexto político y social más proclive al pluralismo, cabe plantearse si la conciencia de esta pluralidad de valores no es en realidad un fenómeno histórico, rasgo destacable de nuestra cultura liberal. Sus escasos comentarios al respecto son suficientes para que se pueda afirmar que *cuando Berlin defiende la pluralidad y conflictividad inherente a los valores y fines últimos, en realidad por lo que está abogando es por la sociedad liberal, aquella que parece comprender mejor y convivir eficazmente con la conciencia de la pluralidad axiológica*, además de ser aquella sociedad que fomenta expresamente la idea de que la naturaleza conflictiva de los valores es en sí mismo un bien, que desempeña un papel creador en la vida humana.

El pluralismo moral berliniano en realidad expresa una actitud política típicamente liberal: el estar dispuesto a las concesiones mutuas. Dado el conflicto inesquivable entre normas, valores y principios, es necesario ceder unos ante otros en grados variables según situaciones sociales y políticas. Lo preferible, según Berlin, es «mantener un equilibrio precario que impida la aparición de situaciones desesperadas, de alternativas insoportables» (F. H. 36). Ésta es la condición fundamental para lo que Berlin denomina «sociedad decente», que en definitiva es la sociedad liberal, aquella en la que podemos luchar por la libertad y la igualdad teniendo como guía el ámbito limitado de nuestro conocimiento y comprensión imperfecta de los individuos y de las sociedades. Sin una cierta humildad en los asuntos humanos y sociales es fácil caer en un afán de «perfección» y «solución final», en un anhelo de utopía y revolución que conducen, como es testigo la historia, a un derramamiento imparable de sangre. La sociedad liberal es consciente de los choques morales y políticos y de que los conflictos entre valores son inevitables; la tarea que Berlin considera relevante en nuestra época es la de reducir al mínimo tales conflictos (su desaparición o armonización total en una «sociedad ideal» es incompatible con una sociedad liberal abierta) y promover un cierto equilibrio entre ellos.

No obstante, muchos hombres, piensa Berlin, no aceptan esta vía práctica liberal y prefieren una panacea universal, definitiva. Parece que psicológicamente los hombres carecen de capacidad para afrontar un futuro abierto sin garantía alguna de un «final feliz», de una «providencia», de un «espíritu» que se comprende a sí mismo, de una «mano oculta», de la «astucia de la razón» en la historia, de una «clase» social creadora...; todas ellas convicciones «metafísicas» que, combinadas con la concepción «positiva» de la libertad, han potenciado políticas tiránicas, despóticas. Podría pensarse que la libertad positiva es afín al «monismo político», mientras que la libertad negativa, más característica del liberalismo, facilita, por el contrario, un cierto «pluralismo» político al reivindicar un ámbito íntimo de ejercicio libre en los hombres (S. L. 242).

## 2.4. Pluralismo y Existencialismo

El romanticismo, como se vio en un apartado anterior, es el movimiento cultural que mayor golpe mortal asestó a la confianza en una «solución final», a la fe en el poder de la razón para alcanzar la unión perfecta de valores conflictivos. *El pluralismo moral de la segunda etapa de Berlin se apoya histórica e intelectualmente en la reacción del romanticismo contra el programa ilustrado.* Tras la reacción del romanticismo contra la Ilustración Berlin considera que los últimos ciento cincuenta años en parte han significado un tiempo de choque y de interrelación entre el antiguo ideal universal griego e ilustrado basado en la razón uniformadora y el nuevo ideal de los románticos que valora la autoexpresión y la autoafirmación propios de la creación artística, y que por tanto promueve la pluralidad de sus fines últimos. Por ejemplo, el *movimiento existencialista* de mediados de este siglo viene a ser el descendiente legítimo del romanticismo humanista que afirmaba la *independencia* y la *libertad* del hombre, y que concebía como la «esencia» del hombre la *capacidad de elección*. Si la posición existencialista contemporánea contiene una importante afinidad con la reacción romántica, pienso que igualmente se podría afirmar que el pluralismo berliniano y su concepción del hombre como ser necesariamente libre coinciden con algunas tesis éticas de Kant, y sobre todo con las del existencialista J. P. Sartre. Nunca se refiere Berlin a este último autor, pero sus críticas al determinismo y sus reflexiones en torno a la libertad desarrolladas sobre todo en «La inevitabilidad histórica» y en «Dos conceptos de libertad» datan de los años cincuenta, cuando el movimiento existencialista en Europa aún estaba filosóficamente presente (y justamente, el estudio más cercano al existencialismo recogido en su reciente libro *El fuste torcido de la humanidad* es el titulado «La unidad europea y sus vicisitudes» que data de 1959). Pero la coincidencia no es sólo cronológica. Muchas de las tesis de Berlin, no tan radicales como las sartreanas, presentan un aire ciertamente existencialista.

El hincapié de Sartre en extraer todas las consecuencias de la muerte de Dios no se encuentra en Berlin, quien no entra en ningún momento en el problema de Dios y en sus implicaciones para el pensamiento y la práctica moral. Pero la preocupación existencialista por resaltar la independencia, la libertad, la capacidad de elección y la radical responsabilidad de todo hombre es plenamente coincidente con el titánico enfrentamiento berliniano a todo determinismo y monismo que disminuya un ápice el inescapable «peso de la libertad» y la elección constante entre la pluralidad de los valores y los fines últimos conflictivos:

«Nos enfrentamos a *valores en conflicto*; el dogma de que deben conciliarse de algún modo, en algún lugar, es una mera esperanza piadosa; la experiencia demuestra que es falso. *Tenemos que elegir* y al elegir una cosa perdemos otra, tal vez irremisiblemente... Sin embargo, la *gloria y la dignidad*

*del hombre se basan en el hecho de que es él el que elige, y no eligen por él, de que puede ser su propio amo (aunque a veces esto le llene de temor y de una sensación de soledad) de que no está obligado a comprar seguridad y tranquilidad al precio de dejarse encerrar en un limpio casillero de una estructura totalitaria que pretende arrebatar la responsabilidad, la libertad y el respeto a uno mismo y a los demás de un solo golpe» (F. H. 190).*

No obstante, estas conexiones entre el existencialismo sartreano y el pluralismo berliniano no conviene exagerarlas, porque conduciríamos a Berlin hacia un nihilismo radical infiel a su pensamiento político-moral. Pienso que el punto que separa a Berlin del existencialista Sartre radica en la aceptación explícita que el primero hace de *valores en alguna medida «universales», «objetivos»,* como así mismo de la afirmación de una *mínima «naturaleza humana»*. Aspectos estos que difícilmente aceptaría un existencialista sartreano. Berlin piensa que el hecho del pluralismo moral no implica necesariamente un relativismo, subjetivismo o nihilismo. Es posible reconocer en la historia de Occidente algo así como valores universales que pueden ser considerados como constitutivos de los seres humanos en cuanto tales. El existencialismo y el nihilismo radical no aceptarían el que hubiera tales valores dados en la «naturaleza» humana y mantienen que los hombres se entregan y se comprometen sin más, sin ningún motivo. Hay elecciones, pero no normas objetivas desde las cuales se pueden graduar y valorar las distintas elecciones humanas, y así concebir morales superiores o inferiores. Lo único que podemos decir es que elegimos como elegimos y punto. Este diagnóstico nihilista no es válido porque:

*«Existe una escala de valores de acuerdo con la cual vive de hecho la mayoría de la humanidad (y en particular de los europeos occidentales), vive no meramente de forma mecánica o por hábito, sino como parte de lo que en sus momentos de autoconciencia constituye para ellos la naturaleza esencial del hombre» (F. H. 191).*

Cuál sea esta naturaleza es explicable tanto desde el punto de vista físico como desde el punto de vista moral. El hombre es portador de unas propiedades «físicas» (estructura fisiológica, nerviosa, orgánica, psicológica, capacidad de pensar, desear, creer...) por las cuales se le considera un hombre y no un animal o un objeto. El problema surge, evidentemente, con las *propiedades morales* que según Berlin también forman parte de lo que concebimos como una «naturaleza humana». Si coincidimos con personas que entre sus «fines» o «valores» se encuentran el de no descubrir nada malo en condenar al inocente, traicionar a los amigos, torturar a los niños...; con ellos no podemos discutir porque han traspasado la barrera de lo que consideramos normalmente humano, los vemos en cierto modo como «inhumanos», como «idiotas morales», como veríamos fuera de lo humano los seres que carecen de propiedades físicas mínimamente humanas. Según Berlin, los principios morales a los que ape-

lamos cuando decidimos cuestiones éticas y políticas importantes han sido aceptados por *la mayoría de los hombres* durante la *mayor parte de la historia* que conocemos, lo que nos lleva a pensar que *tales principios morales ya forman parte de lo que concebimos como «naturaleza humana»*, por lo que no pueden abolirse fácilmente. Para Berlin existe una estrecha vinculación entre la «historia» de los principios morales y nuestra concepción de lo que es la «naturaleza» humana, lo que no implica la defensa de un mero historicismo moral, sino una especie de «yusnaturalismo», de vuelta a la idea antigua del derecho natural, pero sin apoyos teológicos o metafísicos:

«No conocemos ningún tribunal, ninguna autoridad, que pudiese, a través de algún procedimiento reconocido, permitir a los hombres prestar falso testimonio, o torturar libremente, o asesinar a otros hombres por placer; no podemos concebir que se modifiquen o se rechacen estas normas o *principios universales*; dicho de otro modo, no los consideramos algo que libremente hubiésemos decidido aceptar nosotros, o hubiesen decidido aceptar nuestros antepasados, sino más bien como *presupuestos del ser humano*, de vivir en un mundo común con otros, de reconocerles, y de que nos reconozcan, como personas» (F. H. 192).

Berlin no se muestra partidario de exagerar los conflictos y las incompatibilidades entre valores porque, como ya se ha indicado, existe un nada pequeño *acuerdo entre miembros de distintas sociedades a lo largo de considerables espacios de tiempo acerca de lo que está bien y está mal*.

Existen tradiciones, actitudes, fines y valores que difieren, entre los que hay que elegir forzosamente con ciertos «riesgos morales». Pero esta elección no depende, como afirma el existencialismo sartreano, de un juicio puramente subjetivo. Berlin piensa que las elecciones vienen en gran medida marcadas por las formas de vida de la sociedad a la que uno pertenece, en la que se comparten unos mínimos valores, aunque otros muchos estén en conflicto. Los valores compartidos a su vez pueden encontrarse en la mayor parte de la humanidad a lo largo de la historia escrita. Si es demasiado monista afirmar la existencia de valores universales, no está contra el pluralismo berliniano —aunque sí contra el existencialismo y nihilismo radical— la afirmación de que hay al menos un *mínimo de valores comunes* sin el que las sociedades difícilmente pueden sobrevivir.

## 2.5. Pluralismo contra Relativismo

Es la capacidad de mutua «comprensión» entre los hombres, en una misma época, o entre épocas históricas distintas, la que en definitiva le lleva a Berlin a defender *un mínimo mundo moral común a través de la historia compatible con la defensa de un radical pluralismo moral*. De ahí la importancia que adquiere en su pensamiento

las aportaciones de Vico y Herder, pues ambos postularon la capacidad del historiador para «comprender» las múltiples culturas de la humanidad y penetrar en sus diversas escalas de valoración, mostrando los plurales modos de vida a los que se han atenido los seres humanos, sin dejar de ser verdaderamente humanos. Tanto Herder como Vico no eran relativistas históricos, no concebían a los hombres encerrados en su cultura y época propia, aislados e incapaces de entender otras sociedades o períodos, más bien los conciben como sujetos a los que les resulta posible «penetrar» otras sociedades con valores notablemente diferentes o extraños a los propios. Ambos suponían que toda obra cultural y moral hecha por hombres podía ser entendida por otros hombres, por muy distantes y distintos que pudieran parecer. Según Vico, y es claro que Berlin, por lo dicho anteriormente, también lo asume, «si el término “humano” significa algo, tiene que haber suficiente en común a todos esos seres para que sea posible, con un esfuerzo suficiente de la imaginación, entender lo que debió parecerles el mundo a criaturas muy alejadas en el espacio o en el tiempo» (*F. H.* 75). Para Vico —y también para Berlin, según lo sugiere su propia concepción de la historia de las ideas— el mundo moral común del hombre a través de la historia es posible captarlo porque somos seres humanos emparentados. La «historia de las ideas» viene a ser para Berlin el medio más adecuado tanto para *penetrar en la pluralidad* de las culturas como para *captar la perduración de los valores* más propios de la naturaleza humana, lo que en principio no supone acatar los postulados del monismo socio-político o moral que desconocen profundamente la realidad humana, su «condena» a la elección en libertad.

¿Es esto un relativismo moral? Nuestro autor está muy interesado en deslindar su pluralismo no sólo de todo nihilismo o subjetivismo existencialista —como vimos más arriba—, sino también de todo tipo de relativismo, y principalmente del *relativismo de los valores* (*F. H.* 88). El relativismo viene a ser una doctrina según la cual el juicio de un hombre o de un grupo social es expresión o afirmación de un gusto, de una actitud emotiva, de un particular punto de vista, pero sin ninguna correspondencia objetiva que pueda determinar su veracidad o falsedad. En realidad el relativismo sería equivalente a la creencia de que «todo depende del punto de vista de cada uno». Sin embargo, como se ha indicado, los valores morales o los fines de cada cultura y sociedad no son —según Vico, Herder y también Berlin— meramente subjetivos, psicológicos, sino datos objetivos, lo cual no significa que sean conmensurables dentro de una misma cultura o entre culturas diferentes. Para el relativismo, en cualquiera de sus versiones, no hay valores objetivos; los puntos de vista de los hombres están tan condicionados por factores naturales o culturales que es imposible considerar los valores morales de otras sociedades o épocas tan dignos como los propios. Si esto fuera así, piensa Berlin que la historia de la civilización se convertiría en un «rompecabezas

insoluble». Sin embargo, nosotros como *seres humanos* podemos «entrar» en las *vidas humanas* de otras épocas: la historia de las ideas es posible, el pluralismo que en ella encontramos posee una «objetividad» de la que carece toda doctrina relativista.

Un relativismo cultural, por su cerrazón, impediría el ver otros mundos a través de los ojos de aquellos a los que intentan entender; los muros de la propia cultura lo impediría. El relativismo, según Berlin, nos niega capacidad de escapar de las cárceles ideológicas de nuestra clase o nación o doctrina, y nos lleva a contemplar las instituciones y costumbres ajenas como realidades tan extrañas a nosotros que carecen de sentido alguno para nuestra vida. Si no podemos «entrar» en sus mundos con nuestra imaginación difícilmente podríamos ver a los hombres pasados como plenamente humanos, no sabríamos lo que pretenden, haríamos informes conductistas de hechos brutos sin explicar; en definitiva, caeríamos en el lenguaje relativista según el cual los fines de los hombres de otras épocas y culturas no tienen ninguna relación con nuestros valores. Para Berlin, *la historia nos hace descubrir pluralidad de valores, pero no necesariamente su relatividad* (F. H. 99). Se puede llegar a «comprender» cómo se concebían a sí mismos los hombres en el pasado y considerar sus valores y fines de la vida como los adecuados para que ellos se realizaran plenamente como hombres. Esta posibilidad histórica es la que nos manifiesta de manera patente el inesquivable pluralismo, es decir, «la idea de que hay muchos fines distintos que pueden perseguir los hombres y aún así ser plenamente racionales, hombres completos capaces de entenderse entre ellos y simpatizar y extraer luz unos de otros» (F. H. 29). En resumidas cuentas, mientras que todo relativismo cultural acaba encerrando cada civilización y época en una «burbuja impenetrable», sin capacidad de entenderse mutuamente, el pluralismo berliniano promueve la intercomunicación de las culturas en el tiempo y en el espacio porque está convencido de *una coincidencia esencial en lo que es el ser humano*: lo que hace humanos a los hombres, piensa Berlin, es *común* a todas las culturas, y actúa como si fuera un *punte* entre ellas; lo cual no implica relativismo, confusión o mezcla de valores, sino capacidad de «comprensión».

## CONCLUSIONES

### 1. La historia de las ideas como defensa de «un mundo moral común»

Con su concepción de la historia de las ideas nuestro autor aboga por un examen de las concepciones, ideales, sistemas de valores y fines de la vida con los cuales se ha pretendido o se pretenden instaurar determinadas maneras de relacionarse y tratarse entre sí los



hombres. Por eso, a través de la historia de las ideas urge saber cuáles son las raíces, la evolución y la validez de tales creencias, ideales y relaciones interhumanas. Se podría decir que en esta tarea intelectual, en el estudio de las distintas ideas sobre el hombre, la vida, los valores y fines, se han centrado muchos de los ensayos de Berlin de ambas etapas. Los problemas sobre cómo deberíamos vivir son los que más han atormentado a los hombres a lo largo de su historia y los que han preocupado a Berlin a lo largo de toda su biografía intelectual: «¿Cómo debería vivir yo?», «¿Qué debería hacer?», «¿Por qué debería obedecer a otros y hasta qué punto?», «¿Qué es libertad, deber, autoridad?», «¿Debería aspirar a la felicidad o a la sabiduría o a la bondad y por qué?», «¿Debería desarrollar mis propias facultades o sacrificarme por otros?», «¿Tengo derecho a gobernarme yo o sólo a que me gobiernen bien?», «¿Qué son los derechos?», «¿Qué son leyes?», «¿Hay un objetivo que los individuos o las sociedades o el universo entero han de perseguir inevitablemente?...» (F. H. 171-172). Como se vio al hablar de los supuestos del pensamiento occidental, a estos problemas morales se les consideraba, en teoría, susceptibles de solución definitiva, al menos antes de mediados del siglo XVIII. Se pensaba que las cuestiones de valor eran tan aclarables como las cuestiones de hechos, que existía, en principio, una solución verdadera a todas ellas; sin embargo, la historia del pensamiento moral, político e incluso teológico, no es otra cosa que la historia de los violentos conflictos intelectuales entre las pretensiones rivales de solucionar definitivamente problemas de valor. La historia de las ideas es, según Berlin, la encargada de desvelar los cambios de los conceptos y las categorías desde los cuales se ha contemplado al mundo y al hombre, de iluminar cuáles han sido los fines, ideales y valores ampliamente aceptados y seguidos en la civilización occidental hasta nuestros días. Por ello se dedica de manera especial a *esclarecer los orígenes de la Modernidad en la Ilustración y en los movimientos contrailustrados*, que coincidieron durante el siglo XVIII y que nos dan la clave de lo que hoy se piensa y se vive, tanto en política como en moral.

Por otra parte, sin menospreciar las coincidencias entre el pluralismo berliniano —con sus presupuestos antropológicos— y el existencialismo sartreano conviene insistir en que cuando Berlin habla de «principios universales», de «valores objetivos», etc., se está ubicando ya en otro paradigma moral infinitamente distante del existencialismo, aunque su planteamiento no desemboca nunca en un puro objetivismo moral. La defensa que Berlin hace del pluralismo no le lleva a caer en un mero subjetivismo o nihilismo, ni en un mero objetivismo o monismo. Indicar unos *mínimos valores objetivos y universales* no significa que Berlin esté defendiendo la existencia de algún código objetivo inquebrantable e impuesto al hombre desde «fuera». Lo que Berlin quiere decir es que no podemos dejar de aceptar los mencionados principios básicos sin dejar de ser humanos,

sin destruir parte de nuestra «humanidad». *El reconocimiento histórico de los principios morales básicos nos lleva a creer en la existencia de normas éticas universales*, que si alguien no las reconoce, o se engaña a sí mismo o ha perdido la capacidad humana de discernimiento moral, son sujetos anormales. Es más, Berlin viene a decirnos que sin este *mundo moral común* no tendríamos criterios para hacer frente a la destrucción de la libertad bajo todo tipo de régimen despótico. Añadido a esto cabe decir que *en el trasfondo de la defensa del «mundo moral común» superador del subjetivismo y nihilismo existencialista se encuentra, a mi modo de ver, el supuesto antropológico e histórico* según el cual somos capaces de apelar a los valores morales comunes presentes en el mundo griego, hebreo, cristiano, humanista, etc., porque estamos convencidos los humanos de que *nuestro lenguaje moral puede ser comprendido por cualesquiera otros hombres*, vivan en sociedades y regímenes políticos diversos o aparentemente extraños a los nuestros.

## 2. El monismo filosófico como «monismo antropológico»

Cuando en los años 70 y 80 Berlin se dedica de lleno a la historia de las ideas ya tiene asumidas unas determinadas concepciones de la filosofía política y del hombre como sujeto moral e histórico, además de una acentuada conciencia del papel que juegan las ideas filosóficas en la política. Todo ello Berlin lo ha ido asimilando a través de sus reflexiones sobre la libertad. Sin embargo, en estas dos últimas décadas, como se indicó en su momento, la obsesión de Berlin es la de esclarecer cuáles son los supuestos intelectuales que han predominado en nuestra cultura occidental, que han llegado a defenderse con intensidad inaudita durante la Ilustración, y mostrar las diferentes reacciones que tales supuestos originaron en distintas etapas de la historia, así como reivindicar un acentuado pluralismo que, además de consistir en una aguda reacción contra el «monismo» filosófico, refleja de manera más correcta la realidad políticomoral de nuestro entorno. Sin embargo, la destrucción del «gran mito» de la sociedad ideal en la que los fines últimos de los hombres vivirán en plena armonía es perfectamente asumida por Berlin como rasgo innegable de las sociedades contemporáneas liberales en las que inevitablemente *los fines y los valores fundamentales por los que los hombres se inspiran en su pensamiento y en su vida son incompatibles*. Tras la influencia del movimiento romántico, la idea de una «edad de oro», el advenimiento de una sociedad perfecta, tal como la concebía la Ilustración es para Berlin incoherente conceptualmente e irrealizable históricamente.

A pesar de todo, la aspiración a la «solución final» está profundamente arraigada en la tradición filosófica occidental. No es mera casualidad que las variantes del monismo hayan sido establecidas

desde los orígenes griegos del pensamiento y hayan perdurado a lo largo de la historia, culminando en la Ilustración y degenerando durante este siglo en dictaduras y totalitarismos. El motivo de esta perduración secular del monismo filosófico Berlin lo atribuye —aunque lamentablemente no desarrolla esta idea de sumo interés— al hecho de que tal fe en un «criterio único», en una «solución final», ha resultado ser siempre una fuente de profunda satisfacción para el hombre, tanto para sus emociones como para su intelecto. Este anhelo de que nuestros valores sean eternos y estén seguros en una especie de cielo objetivo piensa Berlin que responde psicológicamente —como ya apuntaron en su día Nietzsche y Freud— a un deseo de certeza propio de la infancia o de nuestro pasado primitivo, pero también a una especie de profunda necesidad metafísica incurable para los hombres. Y esta necesidad humana, este consuelo intelectual y emocional que comporta el monismo antropológico, sociopolítico, moral y epistemológico, constituye la explicación de su pervivencia, aunque nuestro autor apunta en diferentes ocasiones que a pesar de la mucha seguridad humana que origina todo monismo, en realidad falsifica en sumo grado la grandeza del hombre libre.

Considero que para Berlin, aunque esto no lo afirma en ningún lugar de su obra, el *monismo antropológico es la raíz y el origen de todo monismo*. Es decir, ha sido posible creer en la solución de los problemas morales (monismo moral), en la instauración de la sociedad ideal (monismo sociopolítico) y en el alcance de la verdad universal (monismo epistemológico) porque en el fondo se ha mantenido a lo largo de la historia de la filosofía una concepción racionalista del hombre según la cual lo que constituye la esencia del ser humano no es otra cosa que la vida racional. La tradición occidental nos ha enseñado que las causas últimas de las miserias humanas, de los vicios y de los errores eran la ignorancia y el olvido de la razón. Al parecer de Berlin, todos los racionalistas, desde Platón hasta Comte, han mantenido que la realidad posee una estructura inteligible. La filosofía occidental desde Sócrates —incluyendo también a la Ilustración y a los dos siglos de Modernidad en ella inspirada— se alimentó del monismo, de la presunción de que la realidad constituye un todo armonioso, una estructura racional que el hombre, por su misma naturaleza racional, es capaz de captar, y gracias a lo cual puede llegar a ser plenamente feliz y virtuoso.

Como se indicó en su momento, la importancia del monismo antropológico ya fue resaltada por Berlin en sus primeros escritos, lo que nos da a entender que, cronológicamente, el pensamiento berliniano en torno al monismo filosófico y sus implicaciones, en las cuatro variantes que descubro a lo largo de su trayectoria intelectual, comenzó con el monismo antropológico y moral (en el contexto de las reflexiones sobre la libertad) y continuó en estos últimos años con el monismo sociopolítico y epistemológico (vinculado a las reflexiones sobre los objetivos de la historia de las ideas). Quizá esto

ilustra una mera «evolución biográfica»; sin embargo, a mi modo de entender, nos ilustra también algo que está en el fondo del pensamiento de Berlin, a saber, que *lo determinante de toda filosofía, y de toda etapa de la historia de la humanidad, viene dado por la concepción del hombre que se presupone*, desde la que se crean instituciones, se organiza la sociedad, se viven las religiones, se construyen filosofías, etc. Berlin interpreta a los pensadores que estudia o a las etapas culturales que analiza, *sacando a la luz* la concepción del hombre presupuesta, pues desde ella se comprenden mejor tanto los proyectos filosóficos individuales como las ideas morales y políticas de una época. Si la idea del hombre es el núcleo de donde emergen todas las ramificaciones del pensamiento y de la praxis humana en una determinada etapa de la historia, asimismo es lógico pensar que sea para Berlin el monismo antropológico el principal —no sólo el primero con el que tropieza en su evolución biográfica— para interpretar correctamente la historia de las ideas morales y políticas y para interpretar también la reacción pluralista del propio Berlin, de tal manera que las diferentes vertientes del monismo filosófico no son otra cosa que una aplicación a otros campos de algo ya supuesto en torno al hombre.

### 3. La concepción del hombre como clave hermenéutica

Si el «monismo antropológico» es para Berlin la raíz de donde crecen las demás variantes del monismo, entre otras razones porque para Berlin *la concepción del hombre* que un pensador maneja, que una etapa histórica asume o que una corriente cultural presupone, es la pieza clave, la piedra angular de cualquier edificio o construcción intelectual; si constituye su esclarecimiento la mejor hermenéutica y la más profunda comprensión de la obra de un autor o de las ideas de una época, entonces, al aplicar este criterio hermenéutico al propio Berlin nos encontramos que, efectivamente, *la razón principal por la que nuestro autor apoya el pluralismo moral y rechaza todo rastro de monismo filosófico es de índole antropológica*. La defensa del hombre «libre», desarrollada en su importante estudio «La inevitabilidad histórica» (1954), nos ofrece una concepción del ser humano irreconciliable a todas luces con la defensa del monismo, de la «solución final», de la coincidencia de valores últimos, y acorde con el pluralismo, con la incompatibilidad de fines, y por ello, con *la necesidad de elegir*. Según Berlin, el mundo en el que vive el hombre, es un mundo en el que constante y necesariamente tiene que elegir entre fines igualmente últimos; la necesidad de elegir entre diferentes pretensiones absolutas es una de las características esenciales de la vida humana. Por tanto, si los fines y los valores de los hombres son múltiples y no claramente compatibles, y si entre ellos nos vemos «condenados» —como diría Sartre— a elegir, entonces no es extraño

que el propio Berlin llegase a sostener ya en sus primeros escritos —y reiteradamente a lo largo de sus dispersos ensayos de todas las épocas— que «la posibilidad de *conflicto* y *tragedia* no puede ser nunca eliminada por completo de la vida humana, personal o social» (S. L. 240), puesto que los fines humanos son múltiples, inconmensurables muchos de ellos y en continua rivalidad.

Con todo lo dicho se nos muestra evidente *la conexión estrecha que guarda la concepción antropológica de Berlin, su defensa de la libertad, con el pluralismo moral* que apoyó en distintos ensayos de los años 70 y 80. La libertad para elegir fines sin la pretensión de que éstos posean validez eterna está en perfecta consonancia con el pluralismo de valores. Berlin puede mantener contra todas las variantes monistas un claro pluralismo moral porque parte de una concepción del hombre como agente libre opuesta a todo determinismo. *Si el enemigo de la libertad es el determinismo, el enemigo del pluralismo es el monismo.* El afán berliniano por defender la libertad en los años 50 y 60 se transforma en un afán no menor por defender el pluralismo en los años 70 y 80. Se da en su obra una clara «evolución biográfica» y «evolución lógica» a la vez. Si es verdad que Berlin empezó preocupándose por los problemas en torno a la libertad y derivó hacia los problemas sobre el pluralismo, también es cierto que esta evolución posee un alto grado de coherencia lógica y necesidad intelectual, hasta el punto de que *sin las tesis antropológico-morales de sus primeros ensayos, las reiteradas reivindicaciones del pluralismo carecerían de solidez*; serían una mera constatación sociológica de que existen múltiples valores de difícil armonía. Esta coherencia lógica y evolución biográfica es la que sugiere el título de este trabajo: «Del peso de la libertad al pluralismo político-moral»<sup>21</sup>.

---

21. He utilizado recientemente esta metodología «evolutiva» (combinación de evolución «biográfica» y evolución «lógica») para interpretar el pensamiento ético-moral de nuestro J. L. Aranguren en mi libro titulado, por esta razón, *Aranguren: la ética, entre la religión y la política*, Madrid, Tecnos, 1989.



## La moralidad pública como límite a la libertad de expresión

Por CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO

Cáceres

La postura mantenida por el Tribunal Constitucional, en relación a la inexistencia de derechos ilimitados, no deja lugar para la duda. De forma expresa se ha manifestado en reiteradas ocasiones. «En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar otros derechos y otros bienes constitucionales»<sup>1</sup>.

A pesar de la pretendida claridad del Tribunal Constitucional en este punto, el tema de los límites a los derechos fundamentales aparece siempre como cuestión compleja y fuertemente contestada. Como afirma el profesor García-Pablos, el problema de los derechos y libertades no es tanto el de su consagración formal, como el de su vigencia efectiva. «O si se prefiere enunciar de otro modo: el problema de los derechos y libertades es el problema de sus límites.»<sup>2</sup>

La tesis más común para la aceptación de la existencia de ciertos límites, es la teoría de los límites inmanentes<sup>3</sup>. «Según este planteamiento, los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del

---

1. STC, 2/1982, de 29 de enero.

2. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Varios, Edersa, Madrid, 1985, p. 206.

3. «La doctrina jurídica ha ofrecido una amplia tipología de límites: absolutos y relativos, extrínsecos e intrínsecos, genéricos y concretos... Quizá la clasificación más sencilla es aquella que distingue entre los límites internos y derivados de la propia naturaleza del derecho o libertad en el seno de las relaciones intersubjetivas dentro del marco social.» SORIANO, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 112.

ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto.»<sup>4</sup>

A este respecto, ha observado García-Pablos<sup>5</sup> que aunque es obvio que no existen derechos «absolutos», ilegislables e «ilimitados» en un Estado de Derecho social y democrático (...), insinuar la existencia de unos límites «naturales», «ontológicos», pacíficos e indiscutibles a los mismos, sólo es el resultado de un planteamiento idealista, dogmático o ingenuo, que no se aviene al sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social, resultando ser éste un planteamiento «convencional» que adolece de un notorio positivismo y que cabe por tanto revisar.

En este mismo sentido se manifiesta el profesor Berdugo Gómez de la Torre<sup>6</sup>; la idea de que existen unos límites naturales a cada derecho corresponde a concepciones jurídicas ya pasadas, que desconoce una visión realista de nuestro sistema social y la evolución experimentada en los criterios de interpretación jurisprudencial.

«La unidad y funcionalidad del orden social no permiten la existencia de expectativas absolutas ni autónomas, y como las fronteras que definen los derechos y libertades son imprecisas, los conflictos resultan inevitables, pues se trata de bienes antagónicos, siendo todo ello consecuencia de la naturaleza plural de orden social y su dinamismo.»<sup>7</sup>

Del mismo modo que el Tribunal Constitucional ha reconocido que no existen derechos absolutos, tampoco las restricciones pueden ser ilimitadas, añadiendo que tanto las normas sobre la libertad como las limitadoras se integran en único ordenamiento inspirado en los mismos principios, y será ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras, y el interés público que, en ocasiones, aconseja su restricción<sup>8</sup>.

«El contrapeso de esta limitabilidad general de los derechos es que, amén de respetar el contenido esencial del derecho, la limitación precisa ser justificada, y ello tanto por la concatenación irremediable entre la existencia de límites inmanentes y la necesidad de justificación, como por el valor central de los derechos en el sistema constitucional, esto es, si los límites derivan de la incardinación de los derechos en el texto constitucional, y los derechos fundamentales

4. MARTÍN RETORTILLO, L., e OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 110.

5. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión», en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Varios, Edersa, Madrid, 1985, pp. 207-208.

6. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 53.

7. CARMONA SALGADO, C., *Libertad de Expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, p. 66.

8. SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, y 24/1990, de 15 de febrero.



constituyen el valor central de todo el sistema, la limitación de éstos ha de venir objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores constitucionales»<sup>9</sup>. Así se reconoce entre otras en la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo; «cualquier limitación de las libertades del artículo 20.1 sólo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos pactos internacionales ratificados por España, sino sobre todo porque así lo impone la propia Constitución que, extremando aún más las garantías, exige para esas leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable» (arts. 53 y 81). «Es por eso que entre las normas reguladoras de las libertades y las de sus limitaciones se produce un régimen de concurrencia y no de exclusión, viniendo a ser ambas igualmente vinculantes y actuando recíprocamente. De ahí que, como resultado de esa interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restrinja el alcance de las normas limitadoras, por lo que los límites a los derechos fundamentales hay que interpretarlos restrictivamente, de la forma más favorable a la eficacia y esencia de los mismos.»<sup>10</sup>

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre este asunto, si bien sería difícil establecer una línea jurisprudencial en relación a los límites de determinadas libertades cuando entran en conflicto con otros derechos igualmente protegidos por la norma fundamental. Se trata, en todo caso, de una colisión en la que el Tribunal decidirá mediante una ponderación de bienes como criterio para resolver dicho conflicto entre los distintos valores o intereses que pueden incidir en un mismo supuesto. Todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores; en principio la ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a este Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla<sup>11</sup>.

La teoría de la ponderación de bienes —«teoría multifuncional»—<sup>12</sup> ha sido duramente criticada por el profesor De Otto<sup>13</sup>. En su opinión, uno de los graves problemas que ésta plantea es la de su propia vaguedad, ¿cuáles son esos bienes y valores constitucionales que pueden legitimar la limitación de un derecho? Aun admitiendo, como ha reconocido Aguiar de Luque<sup>14</sup>, «una gran hetero-

---

9. AGUIAR DE LUQUE, L., «El límite de los derechos fundamentales», *Rev. de Centro de Estudios Constitucionales*, 14, enero-abril 1993, p. 21.

10. STC 159/1986, de 16 de diciembre.

11. Auto 375/1983, de 30 de julio.

12. *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 302.

13. MARTÍN RETORTILLO, L. e OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 111.

14. AGUIAR DE LUQUE, L., «El límite de los derechos fundamentales», *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, enero-abril 1993, p. 27.

geneidad de valores o bienes constitucionales que habilitan para la limitación de los derechos fundamentales» la Constitución española da pautas y criterios de interpretación en relación al tema que nos ocupa, nos referimos en primer lugar al artículo 10.1, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y en segundo lugar la referencia que el artículo 10.2 contiene como base interpretativa en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en general los acuerdos o convenios ratificados por España. «La exigencia de interpretar los derechos fundamentales a tenor del consenso general sobre los valores a los que responden, y a cuya realización se orientan, ha hallado puntual acogida en nuestro texto constitucional. En efecto, debe considerarse como un postulado metódico esencial para la hermenéutica de derechos fundamentales cuanto establece el artículo 10.2 de la Constitución»<sup>15</sup>. Es en virtud de esta referencia, en opinión del profesor Pérez Luño, lo que permite al intérprete disponer de «parámetros adicionales (la Declaración de la ONU y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos) para precisar conceptos de difícil determinación, haciendo una categoría constructiva de lo que, de otro modo, corre el riesgo de quedar en mero postulado programático declarativo»<sup>16</sup>. «Parece claro, pues, que el artículo 10.2 de la Constitución Española en materia de derechos fundamentales y libertades públicas ha dotado de un especialísimo valor a esta fuente interpretativa-integrativa... Pero tanto las fuentes internacionales como las restantes (texto, historia, derecho ordinario. etc.) que apelan a valores cobran fuerza interpretativa básicamente debido a otro fenómeno: ser manifestación del *consensus* general acerca de esa interpretación.»<sup>17</sup>

A pesar de las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta materia, la referencia a los valores como límites a los derechos fundamentales no se presenta como cuestión pacífica. Analizar o intentar analizar los límites a partir de conceptos cuyo contenido es de contornos poco precisos plantea obvias dificultades que el propio Tribunal ha reconocido admitiendo que «esta delimitación de esferas puede ser de difícil concreción en cada caso»<sup>18</sup>.

Sin duda, los límites al ejercicio de los derechos fundamentales que más polémica generan son aquellos cuyo grado de indeterminación da lugar a un amplio margen de interpretación. El problema de la indeterminación del concepto, en opinión del profesor De Otto, es la consiguiente relativización del contenido de los derechos fundamentales. «Cuando se dice que la libertad ha de limitarse para pro-

---

15. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 309.

16. *Ibid.*, p. 312.

17. ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 42.

18. STC 2/1982, de 29 de enero.

teger otros valores objeto de tutela constitucional parece olvidarse que la libertad también es un valor constitucionalmente reconocido y que, en consecuencia, es preciso explicar por qué es la libertad la que debe ceder ante ese otro valor y no a la inversa.»<sup>19</sup>

La cuestión así planteada obliga a analizar la relación entre el principio constitucional de libertad y las limitaciones que mediante Ley pueden introducir los poderes públicos. La sentencia 62/1982, de 15 de octubre, contiene una clara ejemplificación de la cuestión planteada por el profesor Ignacio de Otto.

Que la moralidad pública puede ser un límite a la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución Española parece fuera de toda duda, a pesar de que dicho artículo no recoge tal límite de forma expresa. A tenor del contenido de la sentencia, la contraposición de la moralidad a la libertad de expresión, con el consiguiente recorte de ésta, no afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión, «así se deduce del artículo 29.2 de la Declaración de Derechos Humanos, del artículo 19.3.b) del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10 del Convenio Europeo»<sup>20</sup>. Los referidos tratados internacionales coinciden de forma esencial en afirmar, que el límite a la libertad de expresión puede ser sometido a «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o protección de la salud o de la moral»; de esta forma, la remisión por parte del Tribunal Constitucional al artículo 10 del Convenio permite en virtud del artículo 10.2 de la Constitución el que la libertad de expresión pueda ser limitada en aras de otros bienes, que si bien, como en el caso de la moral no aparece mencionado explícitamente, sí parece aceptado tácitamente como criterio informador. «Conviene advertir que un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales.»<sup>21</sup>

Como indica la propia sentencia, el Tribunal Constitucional, recurre a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos en el caso *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976<sup>22</sup>, que se resume en lo siguiente: «la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática, lo que implica aceptar no sólo

---

19. OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 116-117.

20. STC 62/1982, de 15 de octubre.

21. PÉREZ LUÑO, A. E., *Ob. cit.*, p. 292.

22. *Richar Handyside*, editor de «El pequeño libro rojo del colegio» (*The schoolbook*). La acción emprendida contra dicha publicación está basada en la Ley 19/57, sobre publicaciones obscenas.

las informaciones inofensivas, indiferentes o favorables, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resultaría del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existiría una sociedad democrática»<sup>23</sup>.

La sentencia expone en los antecedentes de hecho que el señor A. B. C., dueño de la empresa editorial «Loguez Ediciones», ordenó en su día la publicación del libro titulado «A ver», destinado a la educación sexual de los niños, siempre a través de sus padres o tutores, por cuya publicación fue procesado a instancia de Presidente de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de alumnos y otras dieciséis asociaciones más de carácter confesional católico.

El señor A. B. C. interpone ante el Tribunal Constitucional dos recursos de amparo. El primer recurso se basa fundamentalmente en la consideración del demandante, de haber sido lesionado su derecho a una tutela efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, en cuanto el Auto de 19 de septiembre de 1980 de la Audiencia provincial de Salamanca acordó la celebración de la vista oral a puerta cerrada. «El Tribunal priva al interesado de razonamiento alguno que justifique la celebración del juicio a puerta cerrada, lo que bastaría para decretar la violación de su derecho constitucional a la publicidad del juicio»<sup>24</sup>, «debemos concluir, dice el actor, que tampoco podía aconsejar la medida restrictiva, razones de moralidad, pues si de lo que se trataba era de enjuiciar la moralidad del libro “A ver”, decretar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de esta índole era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales»<sup>25</sup>.

Para interpretar el mencionado artículo 24, a los efectos de concretar el alcance de este derecho, hemos de partir, como hace el recurrente y el Ministerio Fiscal, del artículo 10.2 de la Constitución, que fija el criterio, ya apuntado anteriormente, de conformidad con los tratados internacionales.

El derecho a un proceso público en materia penal se encuentra recogido en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 29 establece en su apartado 2 «que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el 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».

---

23. STC 62/1982, de 15 de octubre.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

La misma idea es expresada en el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se contempla la posibilidad de limitación del derecho a un proceso público por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional. Y el mismo sentido lo encontramos en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 6. Es por la interpretación del artículo 24.2, de conformidad con los preceptos anteriormente expuestos, como de forma reiterada cita la sentencia<sup>26</sup>, por lo que el Tribunal considera que el legislador puede establecer restricciones del derecho a un proceso público, por lo que en la aplicación a este caso concreto no considera vulnerado el derecho.

Por lo que a la libertad de expresión se refiere, objeto de segundo recurso, considera el demandante vulnerado su derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, opiniones, e imágenes contenidas en la obra «A ver», acogiéndose al artículo 20 en sus apartados 1, 2 y 4 sobre la libertad de expresión y «derechos de esta índole que reconoce nuestra Constitución, y en relación con la libertad de expresión se ha infringido también el artículo 27, en su número 3, en cuanto que la publicación del libro “A Ver” se basa también en el derecho reconocido por los padres en dicho precepto»<sup>27</sup>.

De igual modo, se refiere al artículo 14 (principio de igualdad) en conexión con el apartado 1 del artículo 16 (libertad ideológica y religiosa), afirmando que el Código penal vigente proclama la moral católica y la jurisprudencia que interpreta el artículo 431 del mismo (modificado por Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio) se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Se discriminan, por tanto, en relación a la moral religiosa, las publicaciones que no se sometan a la particular concepción que ciertos grupos de católicos tienen de la moral pública. La respuesta la plantea el Constitucional a partir de las siguientes cuestiones: «en primer lugar hay que examinar si el concepto de moral, que es el bien protegido por las resoluciones impugnadas, puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En segundo término, si la respuesta es afirmativa, será necesario precisar en qué medida la moral puede constituir un límite de tal libertad»<sup>28</sup>.

La primera cuestión viene en primer lugar justificada a partir del artículo 20.4 y la conexión de tal precepto con el 53.1<sup>29</sup> de la Cons-

---

26. STC 62/1982, F. J. 2.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. «Cualquiera que sea la orientación que propicie la cláusula del artículo 53.1 (contenido esencial) de la Constitución, lo que sí parece evidente es que fortalece la posición del Tribunal Constitucional, que tiene a su disposición como parámetros de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción suscep-

titución, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. Por tanto, la moralidad puede ser un límite a los derechos fundamentales, a la libertad de expresión en este caso, siempre que no afecte al contenido esencial de tal derecho. El argumento de base para dicha afirmación vuelve a ser la remisión mediante el artículo 10.2 a los tratados internacionales: Artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «satisfacer las justas exigencias de la moral», artículo 19.3.b) de la Convención de Nueva York: «para la protección de la moral pública» y el artículo 10 del Convenio de Roma, que abunda en los mismos términos.

Una vez que ha resuelto la primera cuestión, es decir, la moralidad puede ser un límite, «surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser limitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema este de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes, según las épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social»<sup>30</sup>. Esta consideración les lleva a concluir que en la aplicación de la moralidad como límite se ha de actuar con extrema cautela, es decir, hay que «rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético juridificado, en cuanto es necesario un mínimo ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central en el sistema jurídico»<sup>31</sup>.

El Convenio de Roma, en su artículo 10.2, 1, 18, aporta dichas garantías para que las restricciones a la libertad de expresión no puedan entenderse como medidas arbitrarias. En primer lugar, «las medidas tienen que estar previstas en la ley, y tienen que ser necesarias en una sociedad democrática» (art. 10.2), y por otra parte, «la aplicación de tales medidas restrictivas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas» (art. 18). En el caso de la sentencia que nos ocupa, la finalidad aparece clara para el Tribunal Constitucional, la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4), a quien mayoritariamente iba dirigida la publicación. «El Ministerio Fiscal alude más adelante a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en orden a que la gravedad y trascendencia del hecho es siempre mayor cuando el sujeto pasivo es un menor, sobre todo cuanto más temprana sea la edad, y a la protección especial que merece la recta protección de la juventud. Y deduce a partir del

---

tible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales.» PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los Derechos Fundamentales: el artículo 53 de la Constitución», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2, 1983, p. 400.

30. STC 62/1982, F. J. 3.

31. *Ibíd.*

resultado de los hechos probados de la sentencia que el procesado ha pretendido que entre los destinatarios de la publicación indicada se encuentre el niño»<sup>32</sup>. «La protección de la juventud y de la infancia como límite a las libertades de expresión y de información regulada en el art. 20.4 de la Constitución tiene su fundamento en la formación moral de estas personas que, por su edad, no han podido consolidar aún decisivamente una escala de valores de tal naturaleza, por tratarse, en el caso del joven y el niño, de seres en desarrollo, y aunque lo cierto es que el contenido de esta protección estará siempre determinado por criterios históricos de moral social, que será lícito combatir ideológicamente, lo importante no es tanto el contenido, sino el principio de la que aquélla arranca y que acabamos de referir»<sup>33</sup>. Por lo que a tenor de lo expuesto concluye que se ha observado la garantía exigida por el artículo 18 del Convenio de Roma «de que la aplicación de la medida sancionadora lo ha sido con la finalidad para la cual ha sido prevista»<sup>34</sup>.

Puesto en claro que la limitación en este caso de la libertad de expresión por la moralidad cumple la primera garantía exigida sobre la finalidad, queda por determinar en último término la segunda garantía exigida en virtud del Convenio de Roma, es decir, como se ha apuntado anteriormente, el que las medidas adoptadas sean necesarias en una sociedad democrática para la protección de los bienes mencionados en el artículo 10.2. en este caso, la moral. La Sala es consciente de la dificultad de determinar en un caso concreto si las medidas adoptadas han sido necesarias, introduciendo para esta estimación el criterio de proporcionalidad, aún reconociendo, como afirma la propia sentencia «la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación». La referencia directa, como se apuntó en un principio, es la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Handyside, «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática... por lo que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido».

Entiende el Tribunal Constitucional «que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia, lo que nos lleva a la

---

32. STC 62/1982, F. J. 4.

33. CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, p. 246. En este sentido, ALZAGA, O., *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pp. 22 y ss. FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *Libertad de expresión y Derecho a la información, Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 528.

34. STC 62/1982, F. J. 4.

conclusión de que el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas adoptadas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción»<sup>35</sup>.

Es precisamente, la posición preferencial asignada por el Tribunal Constitucional al artículo 20, que en su opinión juega «un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución» lo que hace que, si de una parte implica una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, en su más amplio sentido, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello cuando la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social, como ocurre en el presente caso, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas del tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.

Por los razonamientos expuestos, no considera el Tribunal que el recorte del derecho fundamental a la libertad de expresión, llevado a cabo en la sentencia que nos ocupa, se halla realizado de forma gratuita. La consideración de que el contenido del texto excede la finalidad puramente educativa, atentando contra la moralidad pública, hace que desestime los dos recursos de amparo interpuestos por el recurrente.

La crítica más dura contra el fallo del Constitucional es sin duda la del profesor I. de Otto. «Es verdad —admite— que ciertos aspectos de la moral pública pueden considerarse consagrados constitucionalmente en cuanto coinciden con bienes que son objeto de reconocimiento constitucional, pero está también claro que la *moral pública*, sin más especificaciones, no es un bien constitucionalmente protegido y situado en pie de igualdad con los derechos fundamentales cuando se la identifica con un sentir común de contornos imprecisos y acerca de cuyo contenido es posible cualquier opinión» (...) «la remisión al Derecho Internacional que se hace en el artículo 10.2 ha de entenderse referida a las normas, constitucionales o no, relativas a los derechos fundamentales, pero no puede servir para tenerlas por no puestas ni para añadirles otras inexistentes; en concreto, y en lo que aquí nos interesa, los convenios y tratados internacionales no pueden servir ni para pasar por alto límites a los derechos fundamentales ni para añadir, como parece afirmar la sentencia, otros distintos de los que la Constitución expresamente formula»<sup>36</sup>. El problema, según

---

35. *Ibíd.*

36. OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 115.



su planteamiento, no estaría tanto en el plano de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, sino en el plano de la interpretación, «la cuestión es la de cuándo nos hallamos ante un límite y cuándo ante una materia ajena al derecho, y este problema no es sino el de una correcta exégesis de las normas constitucionales»<sup>37</sup>.

El problema, siendo, como expresa el profesor De Otto, un tema de interpretación estaría en determinar qué se entiende por moralidad pública, porque aunque el Constitucional en este caso acota el contenido como *elemento mínimo común de la vida social*, no es ajeno a la dificultad que tal expresión encierra, teniendo en cuenta que es susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que parece claro es que en el marco de una sociedad pluralista donde coexisten ideologías diferentes, no podemos hablar de un solo concepto de moral, sino de varias morales y el derecho no puede aceptar como punto de referencia válido una forma de moral salvo que ésta coincida o se identifique con la moralidad predominante. «El derecho en una sociedad pluralista no puede servir de instrumento para someter a una determinada concepción moral, a todas las restantes»<sup>38</sup>. Desde luego, lo que sería de todo punto falso es afirmar la inexistencia de criterios que sirven de referente para valorar determinadas actuaciones. Se trata, como ha apuntado el profesor Peces-Barba, «del conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite como justas y obligatorias y que son independientes de un individuo concreto. Son *el minimum ético* que todo sistema jurídico debe realizar»<sup>39</sup>. «Ello es así, porque la sociedad no puede subsistir sin ese mínimo ético integrado por normas morales y jurídicas que la vertebran, la doten de estabilidad y cohesión y garanticen, dentro de ella, el normal funcionamiento de la vida humana que es siempre vida social organizada.»<sup>40</sup>

La crítica por parte de determinado sector de la doctrina es que los métodos de interpretación puedan ser aleatorios, quedando por tanto al arbitrio de quien aplica el derecho. Para salvar este escollo es por lo que el profesor Pérez Luño propone que la remisión por parte del derecho a categorías morales deba hacerse con propiedad. «Por ser la ética una estructura normativa del comportamiento humano parece necesario tener en cuenta los factores antropológicos, psicológicos, sociobiológicos y culturales que constituyen el contexto

37. OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 149.

38. PÉREZ LUÑO, A. E., «Derecho, Moral e ideología», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, p. 163.

39. PECES-BARBA, G., *Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 110.

40. MONTORO BALLESTEROS, A., «Sobre las relaciones entre Derecho y Moral», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, p. 102.

explicativo de la conducta individual y social. En la medida en que las valoraciones morales, utilizadas en el ámbito jurídico, respondan a criterios verificables tenderá a debilitarse su componente ideológica en la acepción peyorativa de la ideología jurídica entendida como deformación, consciente o inconsciente, de la realidad en función de los intereses de quienes crean o aplican el derecho.»<sup>41</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., «El límite de los Derechos Fundamentales», *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, enero-abril 1993.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALZAGA, O., *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.
- CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *Libertad de expresión y Derecho a la información, Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1974.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del Derecho a la libre expresión», en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Varios, Edersa, Madrid, 1985.
- MARTÍN RETORTILLO, L. y OTTO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MONTORO BALLESTERO, A., «Sobre las relaciones entre Derecho y Moral», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988.
- PECES-BARBA, G., *Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1980.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Derecho, Moral e ideología», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988.
- PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los Derechos Fundamentales: el artículo 53 de la Constitución», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983.
- SORIANO, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Auto 375/1983, de 30 de julio.
- STC 2/1982, de 29 de enero.
- STC 62/1982, de 15 de octubre.
- STC 159/1986, de 16 de diciembre.
- STC 24/1990, de 15 de febrero.

---

41. PÉREZ LUÑO, A. E., «Derecho, Moral e ideología», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, p. 163.

## Bioética para juristas

Por ÁNGELES LÓPEZ MORENO

Madrid

### I. INTRODUCCIÓN

A nadie se le oculta que la temática bioética no se caracteriza por la homogeneidad en sus planteamientos y en sus conclusiones, ya que, unos y otras, están influenciados, de forma decisiva, por el hedonismo y la consiguiente laxitud que la conciencia moral viene experimentando en un siglo que, como el nuestro, ya toca a su fin<sup>1</sup>. Ambos son, sin duda, los más claros síntomas de irrupción y generalización del «interés» como instancia rectora de la praxis y su incidencia en el «hacer» y en el «obrar» humanos.

Consciente del predominio de esa instancia, quiero iniciar la exposición con dos observaciones previas para que, a partir de las mismas, queden patentes los presupuestos de los que parto y que, desde la convicción personal, defiendo.

En primer lugar, para los que frente a todo relativismo creemos en un orden objetivo de valores, la vida humana es un *prius* que hay que proteger y garantizar en sus manifestaciones fundamentales, desde la concepción hasta la muerte.

No obstante, en segundo lugar, dado que hoy, por obra de la genética y de las biotecnologías, la vida humana se torna problemática y controvertida, necesariamente el filósofo, el antropólogo, el ético y el jurista han de ser conscientes de las grandes limitaciones con las que tropieza a la hora de abordar cuestiones en materias tan alejadas de su estudio como son las disciplinas biomédicas. Pues, en una sociedad como la nuestra, donde solemos opinar de todo lo divino y lo humano —la mayor parte de las veces sin el más mínimo conocimiento e información rigurosa acerca de las cuestiones de las

---

1. Tomo la idea de G. ROBLES en su muy acertada obra *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 81 y ss.

que nos permitimos opinar—, parece conveniente que, al menos en materias que afectan a la vida e integridad de la persona, tengamos desde el inicio una clarísima conciencia de nuestras limitaciones de conocimiento, y desde éstas iniciar, a través de aproximaciones y contrastes, el conocimiento de aquellas disciplinas en las que somos legos. Por estas razones, en lo que sigue, me limitaré, en primer lugar, a describir y contrastar los resultados vertiginosos que vienen obteniendo las disciplinas biomédicas, para, en segundo lugar, exponer aquellas cuestiones que, desde aquellos logros, tienen relación con el derecho. Cuestiones que son fruto de una larga y apasionante dedicación que se inicia hace diez años y que, aún hoy, siguen siendo objeto de estudio continuado.

## II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA BIOÉTICA

### 1. Qué es y qué no es la bioética

A partir de 1985 y a lo largo de 1986 se suceden en nuestro país, y en toda Europa, numerosas publicaciones, artículos, congresos, cursos, mesas redondas sobre un rótulo común: bioética; rótulo que alberga cuestiones que muy pronto comenzaron a suscitar controversias en la opinión pública en virtud de la naturaleza ética de sus contenidos.

El término fue acuñado, en 1971, por Van Rennselaer Potter, profesor de oncología de la Universidad de Wisconsin<sup>2</sup>, con el fin de dar respuesta, desde el punto de vista ético, a determinados resultados, relacionados con la vida humana, obtenidos, en los últimos cincuenta años, por la biología —en especial, por la biología genética— y la medicina, de modo que «no es exagerado decir que la Bioética constituye el nuevo rostro de la ética científica»<sup>3</sup>.

No obstante, de inmediato conviene precisar que el nuevo término no se refiere ni a una nueva disciplina tecnocientífica (ya que, como veremos, es demasiado interdisciplinar y está investida de variadas apuestas ideológicas y filosóficas), ni tampoco se refiere a una nueva ética universal y actual de la vida (puesto que está en el centro de las controversias, debates y preguntas).

2. La investigación en bioética comienza y se desarrolla en EE. UU. en la década de los sesenta; allí, en 1969, el profesor Willard Cayling D. Callahan crea el Institute of Society Ethics and the Life Sciences, hoy conocido como Hasting Center, reconocido como uno de los centros más importantes del mundo; en 1978 aparece la primera «Encyclopedia of Bioethics», publicada en N. York, bajo los auspicios del Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics.

3. D. GRACIA, *Fundamentos de Bioética*, Eudema Univ., Madrid, 1989, p. 11.

Además, la Bioética es un término diferenciado y no coincidente con los de «deontología médica» o «ética médica»<sup>4</sup>, ya que estas disciplinas constituyen capítulos o aspectos importantes de la problemática bioética que incluye también cuestiones relativas a la manipulación genética (biotecnologías, ingeniería genética), preservación de especies no humanas, gestión de la biosfera, etc.

La Bioética cubre, pues, un amplísimo campo que va desde la deontología y ética médicas<sup>5</sup>, a la ecoética o ética ambiental. Para ilustrar ese amplísimo campo, Gilbert Hotois, en su obra «El paradigma bioético»<sup>6</sup>, realiza una enumeración empírica de los temas bioéticos que evidencia, a nivel indicativo, que no clasificatorio, la amplitud de temas objeto de la nueva disciplina. Hotois señala ocho grandes temas:

1. *Intervención en el ámbito de la reproducción humana*: control de la natalidad, aborto, IAC, IAD, FIV, donación de embriones, «madres de alquiler», elección de sexo, congelación de esperma, congelación de embriones, partenogénesis provocada, octogénesis, gestación de embriones humanos en especies no humanas, clonación, diagnóstico prenatal, consultorios genéticos, terapia genética, eugenesia positiva y negativa, control demográfico y esterilización de retrasados mentales.

2. *Intervenciones en el Patrimonio genético*: manipulación de ADN no humano, manipulación de ADN humano, reanimación de ADN muerto, incidencia de la medicina sobre la selección natural.

3. *Intervenciones sobre el envejecimiento y la muerte*: eutanasia activa o pasiva, senectud, encarnizamiento terapéutico, muertos vivos.

4. *Manipulación del cuerpo humano*: extirpación y trasplante de órganos (incluido el de tejidos, especialmente el nervioso), prótesis.

5. *Manipulación de la personalidad*: neurocirugía, investigaciones sobre el control de la conducta, psicotrópicos y neuroquímica, intervenciones electroquímicas.

6. *Manipulación de seres y medios vivos no humanos*: nocividad de la sociedad tecnológica dañina para la vida vegetal y animal, experimentación con animales, conservación de especies, nuevos materiales mutagénicos, armas biológicas.

7. *Experimentación con humanos*: embriones y humanos en todas las etapas de desarrollo (infancia, edad adulta, tercera edad) y

---

4. «Sería un error reducir el ámbito de la bioética al de la ética médica o convertirla en deontología profesional.» (D. GRACIA, *op. cit.*, p. 12); en igual sentido J. M. SERRANO, *Cuestiones de bioética*, Speiro, Madrid, 1991, p. 16.

5. El horizonte teórico y práctico último de la ética médica es esencialmente terapéutico; tiene la finalidad de devolver al individuo a una integridad natural (la salud), que ha sido perturbada.

6. P. 190.

según situaciones distintas (voluntarios, mercenarios, prisioneros...) con miras terapéuticas o, simplemente, experimentales.

8. *Manipulaciones transespecíficas*: híbridos y quimeras no humanos, fertilizaciones transespecíficas (test de esterilidad en hombres), manipulaciones transespecíficas con implantación de elementos humanos (células, ADN, órganos).

Como puede apreciarse, se trata de un conjunto amplísimo de cuestiones con una incuestionable dimensión ética, en donde los valores que entran en juego sólo pueden resolverse mediante actos de elección; cuestiones suscitadas por el cada vez mayor poder de intervención tecnocientífica en el ámbito de la vida orgánica (especialmente, aunque no exclusivamente, sobre el hombre).

## 2. La Bioética como resultado del cambio producido en las técnicas científicas

Resulta sorprendente, no obstante, comprobar como la Bioética, surgida hacia 1970, es consecuencia inevitable del profundo cambio producido en las técnicas científicas que paralelamente vienen arrojando resultados tecnológicos verdaderamente relevantes. ¿Cómo se ha producido ese cambio tan vertiginoso y sorprendente? En nuestro siglo, ese cambio se ha producido por obra de tres grandes revoluciones científicas que cronológicamente operan en el campo de la Física (A), en el de la Biología (B) y en el de la Medicina (C).

A) En la primera mitad de siglo asistimos a un creciente interés por la investigación física que, tras el descubrimiento del átomo, hace que esta ciencia se convierta en reina de las ciencias, en la ciencia por antonomasia.

B) Muy pronto, esa primacía, que desde la segunda guerra mundial venía otorgándose a la Física, va a verse frenada por la «revolución biológica», cuyo centro de interés se sitúa en el descubrimiento de los genes o clave genética y que desarrolla la biología molecular. Lo decisivo aquí, lo auténticamente relevante, es que en ambos casos —en Física y en Biología— se trata de descubrimientos realizados en el orden más pequeño de la materia, tanto orgánica como inorgánica, e igualmente en ambos casos se establecen ecuaciones a fin de interpretar lo codificado: la «mecánica cuántica» en Física, la «clave genética» (el «mapa genético», el «codigo genético») en Biología molecular. Un campo éste en donde, desde 1953 hasta hoy, los logros conseguidos han superado no sólo la ficción novelada, sino incluso los propuestos como meras hipótesis por los propios científicos.

El desarrollo vertiginoso alcanzado por la Ingeniería Genética viene dado —según mostró el Dr. Hernández Yago en la espléndida conferencia pronunciada en los cursos de Verano de la Universidad

del Atlántico <sup>7</sup>— por una serie de descubrimientos que sucintamente enumeramos:

— El punto de partida hay que situarlo en el descubrimiento de la «estructura en doble hélice del ADN», desvelado por Watson y Crick, curiosamente en un artículo de una sola página, publicado en la revista «Nature» en 1953 <sup>8</sup>.

— Confirmando el modelo de Watson y Crick, en 1961, Marmur y Doty descubren el fenómeno de la «renaturalización del ADN», estableciendo la posibilidad de hibridación entre cadenas de ADN que sean complementarias <sup>9</sup>. Son estos procesos de hibridación los que proporcionan la posibilidad de usar un fragmento de ADN convenientemente marcado como sonda para determinar si en un determinado organismo hay un ADN idéntico a él. Lo relevante del descubrimiento es que pueden diagnosticarse, con un alto grado de fiabilidad, enfermedades con una base genética si se posee el ADN del gen afectado, o del gen normal <sup>10</sup>.

— Al año siguiente, en 1962, Arber descubre la existencia de «enzimas de restricción» que reconocen secuencias específicas de nucleótidos en la doble hélice de ADN y la cortan a ese nivel. Para un profano el descubrimiento puede carecer de relevancia, pero tal vez quedará realmente asombrado cuando sepa que el uso de estas enzimas permite determinar de forma inequívoca la identidad de una persona y ello es posible tan sólo a partir de una pequeña muestra

---

7. HERNÁNDEZ YAGO, J. (Subdirector del Centro de Investigaciones Citológicas), «El proyecto Genoma Humano», 24 agosto 1992, *IX Cursos de Verano de la Universidad del Atlántico*, Fundación Alfredo Brañas, La Coruña.

8. El ADN está constituido por dos cadenas simples complementarias, pero no idénticas, que se disponen en hélice y que se mantienen juntas por enlaces de hidrógeno que se establecen entre las bases nitrogenadas de una y de otra cadena. Estos enlaces sólo se forman entre la adenina de una cadena y la timina de la otra, y análogamente entre la guanina y la citosina, de modo que la secuencia de nucleótidos de una cadena determina la de la complementaria.

9. El proceso de renaturalización del ADN consiste en el hecho de que si separamos las dos cadenas de una doble hélice —fenómeno denominado «desnaturalización» y que se produce elevando la temperatura o el pH— y después restauramos las condiciones iniciales, ambas cadenas vuelven a reconstruir la doble hélice. Lo mismo puede afirmarse respecto a la posibilidad de hibridación de una cadena simple de ADN y otra de ARN que sea complementaria de aquella.

10. Puede servir también un fragmento de ADN de una zona próxima al gen, que vaya asociada al mismo y cuya secuencia de nucleótidos sea asimismo diferente en el caso normal y en el patológico. Por ejemplo, la leucemia mielocítica crónica es una enfermedad que está asociada a un intercambio de ADN entre los cromosomas 9 y 22. En un porcentaje muy elevado de casos tal intercambio se puede diagnosticar fácilmente porque afecta a un fragmento muy grande de ADN que supone un cambio en la morfología de los cromosomas —cromosoma Philadelphia— fácilmente identificable examinando los cromosomas al microscopio óptico. Sin embargo, hay casos en los que la cantidad de ADN intercambiado no es detectable por este método. La identificación y aislamiento de la región de ADN normal en la que se produce ese intercambio ha permitido su utilización como sonda para detectar si el ADN de un paciente es normal o, por el contrario, presenta alguna alteración.

de sus células (por ejemplo, a través de un cabello) <sup>11</sup>. En medios judiciales el interés que esta técnica ha despertado es enorme, máxime si se considera que actualmente se puede multiplicar la cantidad de ADN presente en unas pocas células <sup>12</sup>.

— En 1966, Nirenberg, nuestro Nobel Severo Ochoa y Khorana descifran el «código genético», sobre la base del descubrimiento que de la polinucleótido fosforilasa realiza en 1955 el grupo de investigadores dirigidos por Severo Ochoa <sup>13</sup>.

— En años sucesivos, y en esa carrera ya imparable de la investigación genética, el cúmulo de descubrimientos no cesa: Gellert descubre el enzima ADN-ligasa que permite soldar fragmentos de ADN (1967); Boyer-Cohen y Berg (entre 1972 y 1973) desarrollan las técnicas de clonado de ADN; Sauger y Barrel, Maxam y Gilbert desarrollan métodos de secuenciación rápida del ADN (1975-1977) <sup>14</sup>.

— En fin, tan sólo hace algunos meses, los medios de comunicación de todo el mundo daban a conocer la primera demostración de que los embriones humanos pueden ser divididos y replicados en múltiples copias idénticas, mantenerlos congelados y hacerlos crecer más tarde. La viabilidad de la «clonación humana» ya es un hecho, según han mostrado los científicos norteamericanos que venían trabajando en este proyecto en el Centro Médico Universitario Georges Washington, bajo la dirección de Jerry Hall <sup>15</sup>, y que dan a conocer, curiosa y significativamente, en una reunión internacional que sobre fecundación in vitro se celebró en Montreal.

---

11. Los fragmentos de ADN que se obtienen tras su tratamiento con un conjunto de este tipo de endonucleasas presentan unos tamaños que son los característicos de cada individuo, y la ordenación de dichos fragmentos, de acuerdo con su longitud, mediante electroforesis («mapa de restricción») constituye a modo de un *código de barras* específico de cada individuo.

12. Técnica PCR, iniciales de «polimerase chain reaction».

13. La información genética contenida en el ADN se transmite al sistema celular de síntesis de proteínas, de modo que una cierta secuencia de nucleótidos del ADN dirige la formación de una proteína con una secuencia única de aminoácidos. El mecanismo por el cual se transmite esa información es el siguiente: cada secuencia de tres nucleótidos contiguos en el ADN especifica a un aminoácido concreto. De este modo, la información contenida en el ADN es más que suficiente para especificar 20 aminoácidos, ya que el número de permutaciones de cuatro nucleótidos distintos, tomados de tres en tres, asciende a 64, mientras que el número de aminoácidos es sólo de 20.

14. Estos y otros datos actuales en CHERFAS, J. *Introducción a la Ingeniería Genética*, Alianza Univ., Madrid, 1984, pp. 96 y ss.

15. El logro aparece publicado en la revista «Science», octubre 1993. Arthur Caplan, director del Centro de Bioética de la Universidad de Minnesota, conocido especialista en estos temas, afirma que el descubrimiento científicamente no es algo muy significativo, pero levanta de nuevo las consabidas preocupaciones legales y morales. El Vaticano ha calificado de «opción perversa» la clonación de embriones humanos a través de un artículo del teólogo Gino CONCETTI, aparecido en «L'Observatore Romano» de 1 de noviembre de 1993.



La rápida investigación en este campo ha supuesto una transformación extraordinaria en la Genética que, de ser una ciencia que se ocupaba del estudio de la herencia y la variación en los seres vivos, ha pasado a ser la ciencia que estudia el material hereditario bajo cualquier nivel o dimensión, si bien, a partir de los años sesenta, se ha centrado en la tecnología molecular de los ácidos nucleicos, cuya aplicación ha dado lugar a lo que el Premio Nobel Nathans ha denominado Nueva Genética, que abarcaría términos como «ingeniería genética», «manipulación genética», «tecnología del ADN recombinante». En definitiva, controlar la actividad de los genes significa hoy tener una fácil vía de acceso a todos los mecanismos vitales que son consecuencia de la actividad de los mismos.

Sin duda, lo relevante en estas cuestiones viene dado por la falta de información que el gran público tiene o muestra por estas materias. Son datos que están reservados a una pequeña parte de la comunidad científica y sólo ella es capaz de captar la relevancia y las repercusiones que pueden seguirse de tales descubrimientos. Especialmente, desde que se inició el proceso de nuevas técnicas de ADN recombinante, la polémica ha ido suscitándose cada vez con mayor intensidad. Una polémica que, si bien en un principio nació en el seno de la propia comunidad científica, día a día va progresivamente generalizándose y ampliándose a otros campos y disciplinas; la filosofía, la antropología, la ética, el derecho, los medios de comunicación se interesan y son capaces de entrever en toda su cruda realidad la trascendencia de los logros conseguidos en Ingeniería Genética.

De aquí que en 1973 los asistentes a la Conferencia de Gordon, sobre ácidos nucleicos, expusieran su «seria preocupación» ante el desarrollo de la capacidad técnica de unir moléculas de ADN procedentes de distintos seres vivos. En 1974, P. Berg y otros científicos envían una carta a dos de las revistas más prestigiosas en el ámbito científico: «Nature» y «Science». En ella alertan sobre los riesgos que podrían seguirse fruto del desarrollo descontrolado de las nuevas tecnologías. Al año siguiente se celebra la Conferencia de Asilomar y en el transcurso de la misma se señalan las directrices que habían de regular las técnicas de ADN-recombinante, hecho este que supone un hito sin precedentes en la historia de la ciencia contemporánea <sup>16</sup>.

Hasta hace pocas décadas, y me atrevería a afirmar que aún hoy, la comunidad científica ha sido capaz de funcionar con un alto grado de autonomía e independencia <sup>17</sup>, seleccionando libremente el campo y el objeto de su investigación sin que el gran público tuviera apenas

---

16. Vid. J. R. LACADENA, «Manipulación genética», en la muy completa obra de J. GAFO, *Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 1988, p. 147. También del mismo autor, *Problemas éticos de la manipulación genética*, Eds. Paulinas, Madrid, 1992.

17. Así se pronuncia J. MACCONNELL (del Hilton Head Island, s.c. de EE. UU), *Proyecto Genoma Humano y Opinión Pública*, pp. 39 y 40.

interés por las múltiples y a veces disparatadas investigaciones que, en diferentes puntos de la tierra, venían realizándose. Pero, en la actualidad, los medios de comunicación vienen colaborando decisivamente a una nueva concienciación que ha posibilitado el hecho de que el ciudadano, mínimamente informado, se sienta cada vez más involucrado, de forma directa, en las iniciativas científicas, exigiendo información sobre la planificación y ejecución de aquéllas, sobre todo cuando intuye que en el centro de las mismas está en juego la dignidad e integridad de la persona <sup>18</sup>.

A partir de los descubrimientos reseñados se dispone de los medios necesarios para abordar importantes proyectos de Ingeniería Genética entre los que por su trascendencia internacional cabe destacar el Proyecto Genoma Humano, que intenta ubicar los aproximadamente 100.000 genes que poseemos en los diferentes cromosomas y determinar cuál es la secuencia de los 3.000 millones de pares de bases o de nucleótidos que componen todo el ADN del ser humano.

El Proyecto aparece por primera vez propiciado en un *meeting* celebrado en Alta (Utah, EE. UU.), en 1984, y tenía como fin desarrollar métodos que permitieran detectar niveles de mutaciones producidas por exposición a radiaciones de baja energía y agentes ambientales, para concluir que la consecución de este fin suponía casi tanto trabajo como secuenciar el genoma completo.

En España apenas unos pocos científicos conocían la existencia del citado Proyecto hasta que, gracias a la iniciativa de Santiago Grisolia, Presidente del Comité de la UNESCO para el Proyecto Genoma Humano, se han celebrado hasta hoy tres importantes reuniones. El primer y segundo Workshop on International Cooperation for the Human Genome Project se celebró en Valencia y reunió, en octubre de 1988 y en noviembre de 1990, respectivamente, a un gran número de especialistas, entre los que se encontraban los Premios Nobel Watson, Gilbert y Dausset. En la primera de las reuniones se abordaron los aspectos científicos del Proyecto; en la segunda, los aspectos éticos <sup>19</sup>.

---

18. En el punto primero de la Declaración de Valencia sobre Cooperación Internacional para el Proyecto Genoma Humano y en posteriores Declaraciones se afirma que «... los científicos participantes asumen su responsabilidad para asegurar que la información genética sea utilizada sólo para aumentar la dignidad humana y alientan un debate público sobre las implicaciones éticas, sociales y legales del uso de la información genética». De igual forma, en el punto cinco se dice: «Los miembros de la Conferencia creen que la información resultante de la cartografía y secuenciación del genoma humano debe ser de *dominio público* y disponible para científicos de todos los países». En *Proyecto Genoma Humano*, Conseil Valenciá de Cultura y Fundación BBV, Valencia, 1990, p. 29.

Un balance muy detallado de la génesis, ámbito internacional, objetivos y repercusiones del Proyecto Genoma Humano se desarrolla en la Tesis doctoral que, bajo mi dirección, ha elaborado C. García Miranda. Sin publicar.

19. *Proyecto Genoma Humano*, Consell Valenciá de Cultura, Valencia, 1990; *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Fundación BBV, 1.ª ed., 1991.

Tres años después, mayo de 1993, Grisolia promueve la Reunión Internacional sobre «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», que financiada por la Fundación BBV se celebró en la Universidad de Deusto, en la que se dieron cita prestigiosos juristas nacionales y extranjeros que abordaron los aspectos jurídicos del Proyecto. La libertad del hombre, el derecho a la intimidad y el uso de la información genética, el legado genético y el principio de culpabilidad, la patentabilidad de los descubrimientos genéticos, el genoma humano y el contrato de seguro, los límites penales de la manipulación genética, la identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas, implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales, fueron los títulos de las ocho ponencias desarrolladas y debatidas a lo largo de las cinco sesiones de trabajo en las que por gentileza del BBV tuve la oportunidad de participar.

C) Y, en fin, en los últimos veinte años asistimos a la tercera de las mentadas revoluciones: me refiero a la que se opera en el campo de la Medicina, la cual ha avanzado en los últimos años más que en veinte siglos. Una revolución que alberga en su seno un cuádruple avance:

1. Un avance en la relación médico-paciente, que de una relación paternalista («todo para el paciente pero sin el paciente») ha pasado a regirse por el principio del derecho al consentimiento informado del paciente —autonomismo—, recogido como derecho en el primer Código de los derechos del paciente de 1972, así como en los puntos 6 y 10 de la Carta del Enfermo de la CEE, de mayo de 1979<sup>20</sup>.

2. Paralelamente un avance en las técnicas de la medicina que pasa por la aparición de técnicas de fecundación *in vitro*, diagnósticos quirúrgicos prenacimiento, trasplantes, cambio de sexo, hasta una tecnificación de la muerte que cualquiera puede observar en la actualidad en cualquier unidad de cuidados intensivos de un hospital.

---

20. De igual forma se establece en: Ley General de la Sanidad (25 abril de 1986), art. 10, pp. 6 y 9; Código de derechos primarios del enfermo, puntos 6 y 10; Principios de Ética Médica Europea, art. 12; Código de Deontología Médica de 1979, art. 21; Código de Ética y Deontología Médica de 31 de marzo de 1990, art. 10 (y en general, todo el capítulo III: arts. 7-15).

Sobre las limitaciones en la aplicación del principio de autonomía y sus conflictos actuales, *vid.* D. BARCIA, «Aspectos éticos de la relación médico-enfermo», en *Cuestiones de Antropología y Bioética*, Publs. Univ. Murcia, 1993, pp. 103-106. En la misma obra, coordinada por el Prof. L. M. PASTOR GARCÍA, se incluyen artículos muy directamente relacionados con la temática aquí tratada. Un detallado estudio sobre «el consentimiento informado de los pacientes» se ofrece en el «Manual de Bioética General», direc. edit. de A. POLAINO-LORENTE, ed. Rialp, Madrid, pp. 328-339.

3. A estos avances hay que añadir una sorprendente evolución en las técnicas diagnósticas: de los rayos X al bisturí eléctrico, al escáner...

4. Y en fin, desde el punto de vista del usuario, la socialización que en los últimos años ha experimentado la asistencia sanitaria, con las consiguientes consecuencias positivas y negativas para todos.

Hasta aquí hemos descrito sucintamente los avances proporcionados por lo que hemos venido en llamar tres revoluciones científicas desarrolladas en la segunda mitad de siglo. ¿Qué repercusiones, qué objetivos fundamentales deben perseguir, especialmente las que operan en el campo de la biología molecular y la medicina? El afectado es el hombre y, en particular, su salud e integridad personal, de aquí que cualquier intento de manipulación en este campo deba ser rechazado enérgicamente, sobre todo si el riesgo y la amenaza de manipulación son hechos hoy harto frecuentes. Desde los hechos, en 1985, el prestigioso jurista alemán W. Benda afirmaba que, en los últimos años, una de las mayores amenazas para la dignidad del hombre venía dada por el uso descontrolado de la ingeniería genética <sup>21</sup>.

Parece, pues, que lo único que nos cabe esperar es confiar en que el sentido de responsabilidad del investigador y sus patrocinadores hagan que los resultados obtenidos por las nuevas ciencias contribuyan y se afanen en conseguir un único y fundamental objetivo: el terapéutico. Un objetivo dirigido al bien del hombre que respete y realice plenamente su dignidad, bien actuando en la dirección de la medicina predictiva (permitiendo diagnosticar anticipadamente la biografía patológica del hombre y, en consecuencia, de proteger de ciertas enfermedades a las personas predispuestas a contraerlas <sup>22</sup>, disminuyendo por tanto el riesgo de contraerlas, aliviando la enfermedad, diagnosticando la constitución genética y las disposiciones patológicas <sup>23</sup>) bien en la dirección de la aplicación del análisis del genoma al diagnóstico prenatal <sup>24</sup>, a los trabajadores <sup>25</sup>, a los

---

21. «Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Band 3, 1985, pp. 18 y ss.

22. La tarea primera y el fundamento científico de la medicina predictiva es la completa descodificación de los materiales del factor hereditario humano y la elaboración del mapa genético. El paso siguiente consiste en identificar genes defectuosos responsables de las enfermedades hereditarias y, por último, se pasará a identificar los genes en cuestión en el hombre concreto de que se trate.

23. Cuestiones de enorme trascendencia médica (¿qué es la salud?, ¿qué es la enfermedad?, y, sobre todo, ¿qué es la normalidad y la anormalidad?), jurídica (¿información de los datos y ocultación de los mismos?, ¿derecho al secreto sobre dichos datos?), y antropológica y social (¿hombres fuertes o débiles?, ¿blancos o negros?, ¿hombres o mujeres?, ¿rubios o morenos?).

24. El diagnóstico prenatal permite señalar determinadas cualidades patológicas del niño antes del nacimiento.

25. El análisis del genoma practicado a los trabajadores sirve para averiguar si existen peligros y enfermedades condicionados genéticamente y, por tanto, de gran incidencia y relevancia en la vida profesional del trabajador.

procedimientos judiciales <sup>26</sup>, y a todo el amplio campo del sistema de seguros <sup>27</sup>.

Todo lo hasta aquí expuesto viene a demostrar que en este campo ambivalente, en donde se conjugan ventajas y riesgos, habrá de tenerse siempre presente que el fin y el objetivo básicos de la terapia genética no debe ser otro que curar enfermedades o aliviar las existentes. Su Santidad Juan Pablo II viene insistiendo permanentemente en esta línea. Tanto en la alocución pronunciada ante la Academia Pontificia de las Ciencias (23 de octubre de 1982), como en la pronunciada ante los miembros de la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (29 de octubre de 1983) el Papa es rotundo en esta materia: lo fundamental es el objetivo terapéutico. «Debemos esperar que las nuevas técnicas de modificación del código genético en casos especiales de enfermedades genéticas y cromosómicas representen un fundamento de esperanza para la mayoría de los hombres afectados por ellas... A través de los trasplantes genéticos hemos de esperar que se puedan curar enfermedades específicas... Es preciso recordar también que muchas enfermedades hereditarias se podrán eliminar gracias al progreso de los experimentos biológicos... que el trasplante y alteración de genes pueda mejorar el estado de los que son víctimas de enfermedades cromosómicas. Eso permitirá también tratar a los más pequeños y débiles ya en el seno materno e inmediatamente después del nacimiento». En su alocución ante los asistentes, miembros de la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, volvió a repetir que «una intervención exclusivamente terapéutica, cuyo fin es la curación de diferentes enfermedades —como, por ejemplo, las atribuidas a malformaciones de los cromosomas— se puede considerar en principio deseable, en el supuesto de que aspire a promover el bien personal del hombre sin lesionar su identidad ni deteriorar sus condiciones de vida». Y añadió: «Ninguna intervención debe afectar en modo alguno a las fuentes de la vida humana.» <sup>28</sup>

### III. IMPLICACIONES ÉTICAS

Como consecuencia, y por la acción sincrónica de los resultados de estas grandes revoluciones científicas, de forma especial la que opera en el campo de la Biología molecular, puede afirmarse hoy que asistimos a un cambio profundo en el manejo de la vida; un

---

26. Especialmente utilizado para identificar al autor de un delito y, muy especialmente, para la prueba de la paternidad (a través de lo que se ha venido a denominar «huella dactilar genética»).

27. Especial relevancia en los contratos de seguro de enfermedad, de vida o de incapacidad laboral.

28. «L'Osservatore Romano», n.º 5, de 3 de febrero de 1984, 8.

cambio en el que el hombre ha pasado de mero espectador a coautor o manipulador de la misma; un cambio cuyas consecuencias afectan no «a una pequeña parte de la población» (como en el caso de la medicina de la reproducción), sino que, en el caso de la ingeniería genética, «nos afecta a todos»<sup>29</sup>.

Con todo, la consecuencia más evidente es que la ausencia de una legislación que regule las innegables consecuencias de la utilización de los conocimientos de la genética ha trasladado a un plano ético la responsabilidad de abordar conceptos que van desde el concepto mismo de la vida, pasando por cuando comienza y acaba ésta, hasta un amplio y complejo núcleo de problemas en donde las especulaciones, las hipótesis y los equívocos son harto frecuentes: desde la utilización de embriones y fetos humanos, pasando por la inseminación artificial, en especial su aplicación o no aplicación a lesbianas, viudas o solteras, incluso la posibilidad de seleccionar el sexo de los hijos deseados, el uso de tratamientos genéticos, la posibilidad de patentar genes humanos —sean resultado o no de manipulación—, hasta la posibilidad de recurrir a la selección genética para establecer las características de un nuevo ser.

Ante este cúmulo de realidades problemáticas preciso será determinar —como en su día lo planteó el Comité Directivo para los Derechos del Hombre, del Consejo de Europa— si la ética debe partir de actitudes personales o, por el contrario, no perder de vista el horizonte de la sociedad y de la Humanidad; o, por decirlo con otras palabras, en estas materias qué parece preferible: ¿atenerse a una ética de responsabilidades o a una ética de derechos? La legislación española, a la que más adelante me referiré, opta claramente por una ética de derechos (los derechos subjetivos implican, en cierto modo, un ámbito de libertad recortada, a fin de obtener el respaldo del ordenamiento jurídico).

En cualquier caso, se opte por una u otra, parece que todas estas cuestiones nos llevan a una redefinición de la esencia del ser humano. Las insistentes peticiones de patentes de genes así parecen sugerirlo. En Francia, por ejemplo, se ha establecido ya que el hombre es patentable, pero sin llegar a definir si el código genético ha de ser considerado como tal, o simplemente, como una pieza inerte —y también inerte— de un complejo rompecabezas biológico. La cuestión estribaría en dilucidar si el hombre es lo que es de un modo innato y regido por el azar o, por el contrario, la suma ordenada de los genes que lo componen, sin atender al proceso que ha determinado tal conjunto y nada más. Pero claro está que la utilización viciada de la selección genética, para llegar a definir las características de un ser humano, podría conducirnos a la «estandarización» de la

---

29. Johannes REITER, «Medicina predictiva-Análisis del genoma-Terapia genética», en *Bioética. Consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, traduc. y estudio preliminar de J. L. DEL BARCO, Ed. Rialp, Madrid, 1992, p. 79.

raza y como consecuencia a la alteración de un equilibrio capaz de poner en peligro la supervivencia de la Humanidad.

No obstante, cuestiones como éstas resultan fútiles cuando aún se sigue discutiendo si los derechos del niño han de prevalecer sobre los de la madre o si el embrión humano ha de ser considerado como persona o no.

Mientras esto ocurra, cualquier legislación que se establezca estará destinada a la controversia y obligará a los científicos a hacer mutis por el foro al amparo de la objeción de conciencia o al amparo del artículo 20.1.b) de la Constitución Española, donde se reconoce y protege el derecho a la producción y creación científica. Lo grave es que, mientras tanto, la vida, la libertad y la identidad humanas se mantendrán en entredicho; el juego de los derechos y deberes seguirá entrando en conflicto una y otra vez, dejando o mejor aún trasladando los problemas, como si de una patata caliente se tratara, a los tribunales de justicia que estando sometidos al principio *non liquet* se verán obligados a dictar sentencia; sentencias que, dada la complejidad e incluso la tremenda ambigüedad del contenido de las normas que regulan esta temática, llegan a poner en peligro no sólo la seguridad jurídica, sino también incluso la justicia material. Me refiero a los casos en los que el juez, al aplicar e interpretar la norma al caso controvertido, introduce una estimativa que va más allá de lo establecido en el contenido del texto normativo, llegando a una interpretación extensiva en donde los intereses ideológicos y partidistas resultan de todo punto evidentes.

#### IV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN BIOÉTICA

Del amplio complejo de cuestiones con las que se enfrenta la investigación bioética, algunas han suscitado el interés del legislador español, y el fruto de ese interés se encuentra hoy regulado en las leyes que a continuación me limito a enumerar.

1. En materia de *trasplante de órganos*:

— Constitución: artículos 10, 15, 43.

— Legislación:

— Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

— Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre (antes citada).

2. En materia de *investigación de la paternidad*.

— Constitución: artículos 15, 18 y 39.2.

— Legislación:

— Código Civil, artículos 127-141 (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del C. C. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio).

— Ley 35/1988, de 22 de nov., de Técnicas de reproducción asistida humana.

3. En materia de *Aborto*.

— Constitución: artículos 10, 15, 39.3, 43 y 49.

— Legislación:

— Código Penal, artículos 411-417 bis (Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio).

— Real Decreto 2409/1986, de 21 de nov., sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

— Jurisprudencia T. C.: Recurso de inconstitucionalidad núm. 800/1983, Sentencia 53/1985, de 11 de abril<sup>30</sup>.

4. En materia de *Transfusiones*.

— Constitución: artículos 10, 15, 16, y 43.

— Legislación:

— Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determinan con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre.

— Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

— Jurisprudencia T. S.:

— Auto de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S. de 22 de diciembre de 1984.

5. En materia de *Esterilización y Cirugía Transexual*.

— Constitución: artículos 10, 15, 43 y 49.

— Legislación:

— Código Penal, art. 428.

— Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil.

— Reglamento de 14 de nov. de 1958, del Registro Civil.

— Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos.

— Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

6. En materia de *Reproducción Asistida*.

— Constitución: artículos 10, 15 y 18.

— Legislación:

— Ley 35/1988, de 22 de nov., de técnicas de reproducción asistida humana.

7. En materia de utilización de *Embriones y Fetos humanos*.

— Constitución: artículos 10, 15 y 43.

— Legislación:

— Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

8. En materia de *Alimentación forzosa*.

— Constitución: artículos 10, 15, 16 y 43.

— Legislación:

---

30. *Vid.* un amplio comentario en A. LÓPEZ y A. FENOL DE LA MAZA, en «Humana Iura», Univ. de Navarra, 1993, pp. 91-129.



- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de sept., General Penitenciaria.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Jurisprudencia Constitucional:
- Sentencia T. C. 120/1990, de 27 de junio (resolutoria del recurso de amparo n.º 443/1990).
- Sentencia T. C. 137/1990, de 19 de julio (resolutoria del recurso de amparo n.º 397/1990).
- Sentencia T. C. 11/1991, de 17 de enero (resolutoria del recurso de amparo n.º 1881/1990).

9. En materia de *Contaminación*.

- Constitución: artículos 19, 35, 38, 43, 45.
- Legislación:
- C. Penal, art. 347 bis (introducido por L. O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del C. P.).

El jurista que se acerque a alguna de las leyes enumeradas aquí apreciará, de inmediato, que los contenidos de todas y cada una de ellas producen, de entrada, una sensación de vértigo, de inquietud y de zozobra que aconseja cerrar los ojos con el fin de no ver y de no hacer frente al cúmulo de problemas trascendentales que estas materias plantean. Y es que, realmente, el término bioética designa un ámbito en el que el conjunto de problemas se plantean y entretajan insistiéndose en ellos de una forma a la vez teórica y práctica, en donde además el compromiso personal se manifiesta y exige con una intensidad que en otros ámbitos apenas se aprecia porque se trata, en definitiva, de cuestiones que conciernen al hombre y que tratan sobre valores, sentido y fines inherentes a su ser individual, social y trascendente. Ahora vivimos la incertidumbre de las preguntas, probablemente, en un mañana no muy lejano, las jóvenes generaciones podrán vivir las respuestas.



## Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el Proyecto Genoma Humano \*

Por MONTSERRAT FIGUERAS, ANTONIO EZQUERRA  
y FRANCISCO SARRAGA

Lleida

SUMARIO: Introducción.—La terapia génica.—La Eugenesia.—La incidencia en el campo del empleo y de los seguros.—Distintas posturas.—Toma de postura.

### INTRODUCCIÓN

Lo primero que debe hacerse al introducir este trabajo es señalar la razón por la cual nos decidimos sobre el tema a tratar: Conflicto entre ciencia y derecho en el Proyecto Genoma Humano.

La primera razón quizá sea el hecho de que es un tema clásico por una parte, pues no es nueva la tensión entre avances científicos y Derecho, pero a la vez es un tema de candente actualidad, pues esos mismos avances siguen, valga la redundancia, avanzando, y se plantean problemas de regulación.

La segunda, y quizá más importante razón, es que nos encontramos ante unas muy novedosas y revolucionarias técnicas de manipulación genética, que producen conflictos no tan sólo jurídicos, sino morales y éticos, filosóficos en una palabra, de los cuales va a depender la admisión o no de esas técnicas. El conflicto principal está, partiendo de que la finalidad que persiguen estas técnicas es buena, si el fin justifica ese medio; si se deben poner límites a esas prácticas, o por el contrario la ley no debe poner traba alguna a la ciencia.

---

\* Este artículo formó parte de un trabajo de Seminario sobre «Biogenética y Derechos Humanos» dirigido por Montserrat Figueras y realizado en la Facultad de Derecho de la UDL (curso 1992-93).

Como vemos, se trata de problemas clásicos pero que retoman fuerza cada vez que la ciencia da un paso adelante.

A modo de acercamiento, nos parecen válidas las palabras de Catherine Lalumière, Secretaria General del Consejo de Europa, impulsor de una reciente reunión en Madrid para la elaboración de un convenio sobre bioética: «Este es un campo (de la triología genética) en el que no vale todo simplemente porque se pueda hacer. No se puede dar vía libre a los aprendices de brujo, para los que la tentación de manipular y de traficar con el patrimonio genético humano es demasiado grande y puede dar lugar a monstruos. La ley va a correr siempre detrás de la ciencia, pero queremos establecer una serie de *principios de respeto a los derechos humanos* para que se apliquen automáticamente a todas las novedades posteriores»<sup>1</sup>.

El proceso actual de cartografiado y secuenciación del genoma humano, comenzado en 1988, bajo los auspicios de la Organización del Genoma Humano (HUGO), se espera que finalice en el año 2005. Nos quedan, pues, menos de 15 años para elaborar esas leyes básicas a las que se refiere Lalumière, que regulen la enorme revolución que en todos los campos va a significar el poseer el conocimiento de la «receta básica de cada ser humano», como especie y espécimen único a la vez. Esto comportará sin duda una serie de problemas y tensiones que planteamos en este trabajo (y como todo avance científico revolucionario, muchos otros que nadie puede prever actualmente).

Analizaremos la postura de las diferentes confesiones religiosas en este nuevo campo que se nos abre. Trataremos la temática de la nueva terapia y diagnóstico de todo tipo de enfermedades, y la polémica en torno a su aplicación, con exclusividad a las células somáticas o su aplicación a una línea terminal (con lo cual pasaría la nueva información genética a los descendientes). También haremos referencia a la posibilidad de que surja una nueva «eugenesia», desenterrando, al tiempo, fantasmas del nazismo, la pureza de la raza y la eliminación de los «genéticamente más débiles». Finalmente, no nos olvidaremos de las repercusiones en el campo más práctico, esto es, la problemática en el mundo de los seguros (tasas más o menos altas según las enfermedades futuras «posibles» detectadas en el genoma de cada uno) o en empleo (contratación exclusiva de trabajadores objetivamente más cualificados, por sus genes) que ha llevado a algunos a plantear incluso la *teoría de un nuevo contrato social, basado en la desigualdad genética*.

Asimismo, debemos tener en cuenta que en los próximos treinta años se avecina un cambio radical en nuestra forma de concebir el mundo, ya que descifrar nuestro genotipo nos muestra que no somos tan diferentes como pensábamos, de un ratón, un árbol o de la leva-

---

1. *El País*, domingo 22 de marzo de 1992, p. 25.

dura, y a la vez nos muestra nuestra absoluta individualidad e irrepitibilidad como individuos aislados. Recogiendo una analogía que utilizan muchos científicos y filósofos, «somos libros únicos en la naturaleza, pero escritos con las mismas letras, con las mismas palabras y normas gramaticales, sobre el mismo papel»<sup>2</sup>.

Bien, pasaremos a la exposición de las cuestiones reseñadas, siendo conscientes de que se han adelantado en esta introducción una serie de conceptos que deberán ser aclarados a lo largo del trabajo.

## TERAPIA GENÉTICA

La aplicación de la medicina, que va contra la selección natural, ha favorecido la persistencia y reproducción de mutaciones que antiguamente desaparecían debido a la elevadísima tasa de mortalidad infantil. Estas formas de injusticia genética surgen al arrojar el dado genético que opera cuando se forman nuestro espermatozoide y nuestro óvulo. Esta variabilidad genética entre los humanos refleja el hecho de que el proceso de duplicación del gen no es perfecto, y que constantemente surgen nuevas mutaciones genéticas. No existe ninguna forma de parar este proceso. Es más, esta variación ha constituido la base de nuestra evolución. Sin la supervivencia diferencial de las variantes más idóneas, nosotros, los seres humanos, no tendríamos un cerebro con un potencial tan alto, que nos ha permitido desarrollar las lenguas, tanto habladas como escritas, que han servido de base para la creación de las distintas civilizaciones. La cuestión principal ante la que nos enfrentamos, a medida que desentrañamos los detalles del mensaje genético, es la forma en que vamos a tratar dichas diferencias entre los individuos<sup>3</sup>. Esto nos enfrenta ante dos cuestiones problemáticas y debatidas: por un lado, la ideología eugénica (de la que más adelante hablaremos ampliamente) y por otro la terapia genética.

En los últimos años se ha producido un giro de 180° en la forma de tratar las enfermedades (cambio que se verá cada vez más acentuado por los conocimientos que va aportando la investigación en este campo). Las enfermedades genéticas reflejan las deficiencias del material genético que redundan en la producción de productos genéticos anormales, proteínas, enzimas y otros productos génicos. Los productos génicos normales permiten funciones celulares y fisiológicas normales. Pero si son aberrantes y mutantes, el daño se afianza en la célula o el órgano y produce la enfermedad<sup>4</sup>. En toda la historia

---

2. *Ibidem*, p. 26.

3. WATSON, J., «Polimorfismo genético y entorno medioambiental», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, Bilbao, Fundación BBV, 1991, p. 37.

4. FRIEDMANN, Th., «Terapéutica genética», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, Bilbao, Fundación BBV, 1991, pp. 221 a 228.

de la medicina hasta el momento presente, las terapias se han dirigido a todos los lugares, salvo a la raíz de la deficiencia. Sólo hemos sido capaces de imaginar tratamientos de la enfermedad mediante la manipulación de los resultados, es decir, de las consecuencias físicas y metabólicas de los defectos genéticos y bioquímicos. Pero jamás ha sido posible imaginar el tratamiento de la causa real del problema, que es el gen mutante, hasta ahora, con la terapia genética. Ésta tiene, en principio, dos caminos: Por un lado, la terapia somática, en la que los genes dañados son reparados allí donde se encuentran. El tratamiento de las células somáticas del paciente produce sólo la corrección genética de un paciente individual, un tratamiento esperanzador y permanente de ese paciente sólo. En Estados Unidos se están realizando los primeros experimentos con seres humanos, con lo que la terapia somática existe ya.

El otro posible camino puede ser el tratamiento de las células germinales de un paciente, de forma que la corrección genética y metabólica se haga patente no sólo en él mismo, sino en su descendencia y en las generaciones futuras. Esta segunda variante, la «germline», nunca existirá como decidieron unánimemente todos los participantes del HUGO, porque la información externa no sólo se introduce en la célula, sino que se convierte en hereditaria, con lo cual abriría las puertas a una construcción del hombre a medida. El problema reside en que para investigar las bases de la terapia somática hay que llevar a cabo manipulaciones de las células germinales, construyendo, por ejemplo, ratones a medida, con lo que se obtienen conocimientos que luego podrían aplicarse al ser humano. Erwin Wagner, precursor de esta técnica en los ratones, nunca se atrevería a experimentar con un ser humano y, en cuanto a sus colegas, confía en el autocontrol de la comunidad científica, pero como él mismo indica, «no sabemos lo que nos depara el futuro»<sup>5</sup>.

Un somero repaso de la prensa más reciente nos muestra que los descubrimientos de conexiones entre enfermedades y disfunciones en los genes son cada día más frecuentes (Así, el cáncer de mama (*El País*, 14-3-1992), el mal de Alzheimer (*El País*, 23-3-1992) o incluso la dislexia (*El País*, 25-3-1992)...), por lo que cuando perfeccionemos nuestra tecnología y conocimientos para influir sobre ellos y «arrestarlos», los beneficios serán evidentes. Esto, sin embargo, nos plantea otra cuestión que puede ser muy importante a corto plazo, ¿qué debemos entender por enfermedad en este campo? Los conceptos de normalidad y anormalidad no tienen ni pueden tener, dirán algunos, una frontera clara en esta materia. Hay muchas características humanas y otras cualidades de inteligencia y personalidad que no representan necesariamente enfermedades que haya que eliminar, sino ras-

---

5. LANGENBACH, J., El mapa genético, en *El País*, «Ayer empezó el futuro», Madrid, 1991, pp. 35 y ss.

gos perjudiciales, pero que también pueden servir a metas importantes y útiles. Éstos también se exponen al ataque, o se hacen vulnerables o susceptibles de modificación. Este es el tipo de cualidades que podemos modificar, pero evidentemente no somos todavía capaces de comprender más cosas acerca de las consecuencias que a largo plazo pueden tener estas modificaciones <sup>6</sup>.

## LA EUGENESIA

Uno de los temores que más repiten los estudiosos que se refieren a esta materia es que las posibilidades que puedan abrir las nuevas técnicas y conocimientos genéticos propicien el renacer de las teorías eugenésicas.

La eugenesia es definida en las enciclopedias como «la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana»; un planteamiento teórico tan altruista e ilusorio ha creado históricamente en el terreno práctico algunos de los errores y aberraciones que ha cometido la humanidad.

La eugenesia nació como doctrina autónoma a finales del siglo XIX, y se convirtió en un movimiento social popular a partir de 1900, triunfando en Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y muchos otros países. La columna vertebral del movimiento la formaban gente blanca procedente de las clases medias y altas que se declaraba preocupada por evitar la degeneración social, la criminalidad, los tugurios; las nuevas enfermedades fueron consideradas patológicas sociales con una causa biológica... Pretendían, pues, la eugenesia como la aplicación de la genética a los problemas sociales <sup>7</sup>.

Basándose en el examen de experiencias médicas y de genealogías, aducían que los grupos de bajo presupuesto no eran pobres porque tenían oportunidades educacionales y económicas poco adecuadas, sino porque sus capacidades morales y educacionales, arraigadas en su biología, eran inadecuadas <sup>8</sup>.

Actualmente sabemos que todo lo que argumentaban eran patrañas y aberraciones científicas, pues aparte de no practicar el sesgo social basaban sus deducciones, no en el genotipo o genoma (que es el conjunto de los genes que tiene un individuo, lo único que tiene sólo base biológica), sino en el fenotipo, que son los caracteres observables o mensurables en el individuo (que están, a su vez, condicionados por el genotipo, pero no sólo por éste, sino que también

---

6. FRIEDMAN, Th., «Terapéutica genética», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 221 a 228.

7. KEULES, D. J., «La influencia de la eugenesia en la genética humana», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 391 a 404.

8. *Op. cit.*

por la acción ambiental). Además, muchos de los caracteres utilizados en sus argumentaciones eran ambiguos e invaluable.

A pesar de ello, que ya fue dicho por muchos científicos de la época, las teorías eugenésicas llegaron a tener influencia en la regulación legal. En Estados Unidos es tristemente famoso el caso Carrie Buck, que en 1927 fue esterilizada sin contar con su consentimiento, al amparo de una ley de Virginia que permitía imponer la esterilización a personas diagnosticadas como incapacitadas y que probablemente podían transmitir a sus descendientes deficiencias físicas, psicológicas y sociales. El Tribunal Supremo apoyó la constitucionalidad de la ley en el caso que llegó a ser conocida como BUCK *vr.* BELL, cuya argumentación era la siguiente: «Hemos visto en más de una ocasión que el bienestar público puede exigir el sacrificio de la vida de sus mejores ciudadanos. Sería extraño que no pudiera exigir a aquellos que ya socavan la fuerza del Estado menores sacrificios, percibidos con frecuencia como importantes por la personas afectadas, a fin de evitar que la incapacidad inunde nuestra existencia. Es mejor, para el conjunto del mundo, que en vez de tener que ejecutar a unos descendientes degenerados debido a sus acciones delictivas, o dejarles morir de hambre a causa de su imbecilidad, la sociedad pueda impedir que aquellos que están manifiestamente incapacitados sigan propagando su propia especie. El principio que apoya la vacunación obligatoria es lo bastante amplio como para justificar la ablación de las trompas de Falopio...»<sup>9</sup>

Esta ley de Virginia se convirtió en el modelo para los estatutos de esterilización de otros Estados. Se calcula que 50.000 personas fueron esterilizadas contra su voluntad en virtud de dichos estatutos. Pero esto fue solo el principio, también se admite que la ley de Virginia fue el modelo utilizado como parte del programa nazi de higiene social<sup>10</sup>.

Antes de la subida de Hitler al poder, había genetistas alemanes que ya defendían estas ideas. Pero antes de 1933 tan sólo se admitió en la República de Weimar la esterilización consentida y previa información. El partido nazi criticó estas limitaciones, reclamando una ley como la de Virginia, y se alió con los genetistas alemanes de ideología eugenésica. Una vez accedieron al poder, en 1933, se inició una estrecha cooperación entre ambos; los especialistas en genética pidieron apoyo para sus investigaciones y lo obtuvieron ampliamente; los nazis pidieron apoyo teórico y práctico para sus medidas raciales, y consiguieron todo el que deseaban<sup>11</sup>. Los resultados de dicha alianza son las peores aberraciones del nazismo: esterilización de esqui-

9. SMITH, J. D., «Determinismo biológico y concepto de la responsabilidad social. La lección de Carrie Buck», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., p. 171.

10. *Op. cit.*, pp. 169 a 180.

11. MULLER-HILL, B., «La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la historia», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., p. 381 y ss.



zofrénicos, maniaco-depresivos, alcohólicos, idiotas, de todos los alemanes de color, de los gitanos alemanes, la clasificación racial de la población de Polonia y Rusia, investigaciones en caso de origen judío dudoso, supresión de la vida de los pacientes psiquiátricos a partir de 1940, y finalmente las decisiones de vida o muerte de los internos de Auschwitz y del resto de campos de concentración.

Actualmente la situación ha cambiado bastante para que no tengamos miedo de que se repita la historia. Antes sólo los fenotipos eran susceptibles de evaluación, hoy se pueden determinar también los genotipos. En el pasado, el Estado y sus instituciones forzaban la esterilización, el aborto y la muerte, ahora estas decisiones se dejan al ciudadano individual. Antes, el saber sobre los presuntos genotipos (en realidad fenotipos) circulaban libremente entre las instancias estatales interesadas. Ahora están controladas<sup>12</sup>. Habría que plantearse, sin embargo, qué pasará con las compañías de seguros y las empresas privadas.

No debemos olvidar, de todas formas, la lección que nos da el pasado. Hay incluso quien augura un futuro aún más negro. Según ellos, la presión de las compañías aseguradoras para conocer el genotipo de sus posibles clientes o de las empresas, de sus futuros empleados puede obligar a que esta información circule libremente, provocando que la injusticia genética devengue injusticia social, que el hecho de hallarse cierto predominio en ciertos grupos étnicos de algún rasgo propicie el racismo (un racismo aún más radical, determinista y que se creará fundamentado en bases biológicas). *Por todo ello es urgente la regulación de esta materia antes de que la historia vuelva a pasarnos por delante, como acostumbra a suceder.*

Fuera de estas visiones apocalípticas hay quien augura también el surgimiento de una nueva eugenesia, basada esta vez en la utilización que el público va a realizar de los nuevos conocimientos y tecnologías genéticos. Así lo cree Elisabeth BECK-GERNSHEIM, que razona así su teoría: «... las tasas de natalidad están descendiendo, la descendencia se ha vuelto un recurso raro, cuyo éxito tiene que estar asegurado. Hay que corregir el mayor número de deficiencias posibles (que no sea bizzo, que no tartamudee...). El mensaje que nos transmite esta sociedad es claro, dada la competitividad, los padres tienen que darlo todo para proporcionarles a sus retoños unas «posibilidades iniciales óptimas». Aquí entra en escena la medicina reproductiva y la tecnología genética, para mejorar esas condiciones iniciales. Por todo lo dicho, una pareja de padres responsables no podrá arriesgarse a que su hijo nazca con el riesgo de una deficiencia, y deberá hacer todo lo que esté en sus manos para que esa posibilidad no exista. Así, deberán hacer uso de los recursos de la diagnosis prenatal, y en caso de que el resultado fuera negativo tendrían que

---

12. *Op. cit.*

abortar, o bien implantar el embrión. Así, pues, los deberes de los padres responsables empezarán antes del nacimiento, es decir, desde la procreación. Tendrán que preguntarse si su material genético es lo bastante bueno para las expectativas de su hijo, y si no es así será mejor que hagan uso de los bancos de óvulo y esperma, tras una cuidadosa selección. Actualmente son pocas las parejas que hacen uso de la tecnología médica, obedeciendo a distintas razones (estériles, grupos de riesgo, esterilizados que han cambiado de idea, individuos solitarios pero que desean tener un hijo...).

Pero con la transformación técnica y las posibilidades que ésta va desvelando puede llegar el momento en que el deseo de tener un niño vaya unido al deseo de poder decidir cómo se le quiere. Indirectamente, se nos está abriendo el camino hacia una nueva forma de «mentalidad de niño deseado». Y esto no es casualidad, sino que forma parte del programa de este Procedimiento; la tecnología reproductiva hace posible, a veces hasta necesaria, la selección. O usando las palabras de Jeremy Refkin: «La lógica inherente de esta tecnología es eugenésica». Un ejemplo claro de esto lo hallamos en los casos en que se utiliza un donante de esperma. O una madre portadora. En USA es una práctica común el utilizar estas técnicas, que los interesados reciban un catálogo en que los donantes y las madres portadoras están registrados según sus características presumiblemente más importantes. Si se puede elegir, ¿por qué no escoger lo «mejor»? Nos hallamos, pues, ante «niños a la carta»<sup>13</sup>.

*Aunque el proceso lógico que nos ha llevado hasta este punto no ha atacado nunca la ética (más bien son procesos racionales), el resultado ya nos plantea conflictos morales, y no hablemos del futuro.* Es una muestra más de que la ciencia no sólo adelanta a la regulación legal, sino incluso a nuestros planteamientos éticos y morales.

Otro ejemplo de esta «selección genética» de la descendencia lo constituye la diagnosis prenatal, que puede llevar a practicar el aborto (situación actual en Alemania) si la mujer no es capaz de continuar el embarazo porque existe una posibilidad seria de que el hijo nazca con lesiones graves e irreparables. La realidad es muy diferente, y la práctica social de selección conceptiva rebasa una y otra vez las fronteras normativas que intenta trazar el Código Penal. Cada vez se practican más abortos, incluso en aquellos casos en los que se esperan lesiones menores o subsanables, es decir, lesiones que pueden ser operadas<sup>14</sup>.

Está claro que se están abriendo las puertas a una nueva eugenesia, no basada esta vez en la pureza de razas ni en patrañas científicas, sino potenciada por la competitividad existente en la sociedad

---

13. BECK-GERNSHEIM, E., «La cigüeña traerá niños de encargo», en *El País: Ayer empezó el futuro*, Madrid, 1991, p. 32 y ss.

14. *Op. cit.*

actual, que no admite ningún defecto en sus individuos, y que lleva a los padres a utilizar todos los medios que tienen a su alcance para asegurar que sus hijos no fracasarán en un mundo tan duro. Esta presión social se acentúa todavía más en los casos en que la desigualdad genética provoca una auténtica minusvalía, pues ello conlleva, además del problema para la familia, una carga financiera para la sociedad que debe sustentar a dicho individuo considerado «inútil» según los patrones de productividad que utiliza la sociedad moderna<sup>15</sup>. Esto ha llevado a decir al genetista norteamericano BENTLET GLASS que «en el futuro ninguna pareja tendrá derecho a cargar a la sociedad con un niño deforme»<sup>16</sup>.

Por todo ello, no es exagerado decir que los fantasmas del pasado pueden despertar en cualquier momento y que la pesadilla de la ideología eugenésica más extremista vuelva a atentar contra la diversidad genética humana. Ahora bien, ¿debemos por ello renunciar a las ventajas que esta técnica nos ofrece? ¿No será mejor controlar, o al menos intentarlo, esas posturas extremas, y así aprovecharnos de esas ventajas? En las conclusiones contestaremos afirmativamente a estas preguntas.

## LA PROBLEMÁTICA EN EL CAMPO DEL EMPLEO Y LOS SEGUROS

La posibilidad de que la información derivada del cartografiado del genoma humano amplíe enormemente la capacidad de la prueba genética para «clasificar» a las personas en diferentes grupos, según deficiencias genéticas, nos hace plantearnos cómo será el futuro en el campo de la contratación laboral y de los seguros. El proyecto del genoma humano conlleva el riesgo de que las «predicciones genéticas»<sup>17</sup> (es decir, las predicciones acerca de la futura presencia de la enfermedad en un individuo que es portador de un gen asociado a la posibilidad superior al promedio de contraer una determinada enfermedad) sean utilizadas por los empresarios y aseguradores como mecanismo de selección.

Respecto a la temática de los seguros, podemos imaginarnos lo que sucederá comparando la situación con un supuesto parecido, como fue la aparición del SIDA. Cuando la enfermedad comenzó a extenderse, la reacción de los aseguradores fue obvia: las compañías de seguros comenzaron a exigir pruebas del VIH antes de suscribir

---

15. BAYEV, A., «Política en relación con el programa del Genoma Humano. Visión desde la URSS», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 99 a 106.

16. LANGENBACH, J., «El Mapa genético», en *El País: Ayer empezó el futuro*, Madrid, 1991, pp. 35 y ss.

17. CAPRON, A. M., «Comprobación, diagnóstico y prueba genética», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 419 a 436.

un seguro de vida o de invalidez<sup>18</sup>. Algunos grupos de presión se opusieron a la exigencia de esta prueba de VIH sosteniendo que la prueba no era infalible y que el desarrollo de la enfermedad, así como la transformación de una infección en una enfermedad real, no se conoce en su totalidad (al igual que ocurre con la información sobre «predicciones genéticas», tampoco se puede determinar cuándo el riesgo se convertirá en hechos). Esto puso a la industria de seguros ante un dilema; por un lado, el argumento se basaba en que la opinión pública se oponía a la prueba, mientras que, por otro, las compañías estaban obligadas a ceñirse a una gestión comercial sensata. En los Países Bajos se encontró una forma de solución para la prueba VIH, fijándola como obligatoria cuando el factor de riesgo era importante. El futuro nos mostrará la extensión de las pérdidas que sufrirán las compañías de seguros. Puede uno imaginarse que con la información genética se generará un debate parecido, pero a mucha mayor escala (pues en realidad en este caso no cabe hablar de cuándo el factor riesgo es importante o no con anterioridad a la prueba).

Respecto a la influencia en las relaciones laborales, señala Tomás SALA FRANCO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, que el principal problema jurídico que puede surgir del genoma en las futuras relaciones laborales es, sin duda, el del posible uso de la información que se proporciona<sup>19</sup>.

En teoría, la información derivada del genoma puede usarse en beneficio del trabajador (podría usarla para su orientación profesional, como mérito para ser seleccionado para un trabajo, o para evitar cambios de lugar o función de su trabajo), en beneficio de otros trabajadores y terceras personas (para evitar riesgos de las acciones de algún potencialmente incompetente o peligroso), en beneficio de la propia empresa (podría usar esa información para justificar discriminaciones en la selección de trabajadores o en la asignación de tareas) y en beneficio del interés general del Estado (podría usarla en interés de la protección preventiva de la salud). Es evidente que el uso de esta información por los diferentes colectivos que pueden hacer uso de ella chocaría con los intereses de los otros. Hay que tener en cuenta también que la información derivada del genoma pertenece al ámbito del *derecho fundamental a la intimidad del trabajador*, y que por tanto hay que respetarlo, y debe, por ello, el Estado controlar las prácticas empresariales para que no violen dicho derecho (no toda información será exigible, será necesaria una relación razonable entre la información que se pretende y la tarea a realizar...).

---

18. WHIT, G. W., «Tecnología genética, los seguros y el futuro», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 321 a 338.

19. SALA FRANCO, T., «El Proyecto genoma humano y las relaciones laborales», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, o. c., pp. 399 a 344.

En la mayor parte de los países existe una tendencia a mantener la información genética en un nivel confidencial, limitado a la esfera privada de cada persona. Las razones aducidas son que los aseguradores y patronos podrían hacer mal uso de ella. Pero con esto no se consigue erradicar el problema de la discriminación y selección en virtud de la información genética, pues aunque impidamos que alguien con un «mal retrato genético» pueda ser excluido por ello, ¿cómo impedir que aquel que tiene un «buen retrato» haga uso de él para conseguir un trabajo o suscribir un seguro barato? *Así, aunque sea de forma indirecta, si no se impone un estricto control, vía legal, la discriminación genética va a estar igualmente presente en el mundo actual.*

## DISTINTAS POSTURAS SOBRE LA MATERIA

Hemos visto hasta ahora la mecánica y finalidades, las ventajas y riesgos que plantea el proyecto genoma humano y en general todo tipo de intervención genética.

Todo nos ha permitido constatar, como se apuntaba en la introducción, *el entronque con consideraciones éticas de diversa índole.* Se intentará, por ello, exponer ahora las diversas posturas al entorno, con especial énfasis, como siempre que se habla de ética, a las confesiones religiosas, dada la importancia de la ascendencia que genera en sus seguidores.

### La Iglesia Católica

La Iglesia Católica se muestra favorable al proyecto en sí, al considerar «que todo avance y conocimiento científico es bueno en sí mismo, pues es bueno para la humanidad»<sup>20</sup> y confía en que «los científicos actúan en bien y no en mal de la humanidad»<sup>21</sup>.

Empero, se muestra reacia a una aplicación indiscriminada de esos conocimientos, y se centra ya en el campo de la investigación genética. Es por ello que diferencia tres campos de aplicación:

Se refiere en primer lugar a la diagnosis prenatal de enfermedades genéticas. Tampoco se declara contraria a esa diagnosis, siempre que «se respete la vida y la integridad del embrión y del feto humano», y «si va dirigida a la salvaguarda y curación como individuo»<sup>22</sup>.

La Iglesia piensa así, porque ve, como posible riesgo a comportar por esa diagnosis, un aumento del aborto selectivo, esto es, que al conocer las posibles enfermedades del hijo, los padres decidan abortar.

---

20. VARIOS, *Congregación para la doctrina de la fe*, Ciudad del Vaticano, 1975, p. 5.

21. *Op. cit.*, p. 5.

22. *Op. cit.*, pp. 14 y 15.

El fundamento a esa concepción lo apunta la Iglesia al decir que «el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia... demanda el respeto incondicional que se le debe moralmente al ser humano en su totalidad corporal y espiritual... y en consecuencia desde ese mismo momento sus derechos como persona deben ser reconocidos, y entre esos derechos está en primer lugar el derecho individual de todo ser humano inocente a la vida, derecho que es, además, inviolable»<sup>23</sup>.

En definitiva, señala que esa diagnosis tiende a mejorar la calidad de vida de los individuos, pero en ningún caso puede prevalecer esa calidad sobre la vida misma.

El segundo tema que plantea la Iglesia Católica es el de la medicina preventiva de las enfermedades, respecto del cual se declara abiertamente a favor, pues considera plausible que se descargue al individuo y a la sociedad del peso que suponen los desórdenes y anomalías genéticas<sup>24</sup>.

El tercer campo es el de la terapia genética. Es curiosa la postura al respecto, pues se manifiesta contraria porque también considera inaceptable la producción de embriones humanos «in vitro». Debemos, pues, ver por qué no acepta la fecundación «in vitro»; la respuesta: porque atenta contra la dignidad humana.

### **El Islamismo**<sup>25</sup>

La doctrina musulmana se declara favorable, como todos, a los avances científicos.

No tiene, empero, una postura general sobre el tema en cuestión; tan sólo se ha manifestado respecto de la fecundación «in vitro», y se ha manifestado en contra aduciendo que el Corán «ordena» al hombre (varón) la procreación, la práctica del acto sexual para mantener la especie. Siendo eso así deducen que sólo el acto sexual natural es válido para la procreación, desestimando cualquier alternativa. Otras razones aducidas en contra de la fecundación «in vitro» son:

— El impacto que puede sufrir el niño cuando conozca las técnicas usadas para su concepción.

— Posibilidad de elección de sexos, y con ello que nazcan más niñas que niños.

— La posibilidad futura, de que se puedan escoger los caracteres genéticos del niño (color de ojos, estatura...).

23. SERRA, A., «El punto de vista católico en sus implicaciones éticas», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, Bilbao, Fundación BBV, 1991, p. 133.

24. *Op. cit.*, pp. 134 y 135.

25. AZEDDINE GUESSOUS, «La procreación artificial: un punto de vista islámico», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, Bilbao, Fundación BBV, 1991, pp. 139 a 146.

Es por todo ello que la doctrina musulmana es favorable a un control de la aplicación de esos conocimientos científicos.

Han solicitado, además, una moratoria en el campo del avance de la ingeniería genética y de la procreación artificial aplicada al hombre.

### El punto de vista judío

Manifiesta que son tres los problemas que plantea el conocimiento detallado del genoma humano:<sup>26</sup>

— Puede darnos una información que respalde la idea de inferioridad genética de unas razas sobre otras, provocándose, así, discriminaciones raciales.

— La creación es de Dios, con lo cual la terapia genética es «jugar a ser Dios» y no debe practicarse.

— Las técnicas relacionadas con la manipulación genética pueden ser mal utilizadas en perjuicio y daño de la creación: no deben desarrollarse en absoluto.

Respecto del primer tema, señala que más bien ocurriría todo lo contrario, que el conocimiento genético-humano nos permitirá demostrar científicamente que no existen diferencias genéticas, pero tampoco intelectuales ni de conductas, que apoyen posturas discriminatorias.

También se manifiesta sobre la terapia génica y diferencia la somática de la germinal. Sobre la somática se muestra favorable, pues es, al fin y al cabo, una forma de curar las enfermedades, de reducir el sufrimiento humano. En todo caso, señala que su admisibilidad o inadmisibilidad no se puede predicar en general, sino que deben evaluarse en cada caso concreto y para cada individuo los beneficios y los riesgos que pueda comportar.

Lo mismo opina sobre la germinal.

### TOMA DE POSTURA

Vistos los problemas que plantea el conocimiento del genoma humano y las distintas posturas (las mayoritarias) adoptadas, se nos presenta el problema de posicionarnos nosotros mismos.

Lo primero que debe decidirse es si debemos enjuiciar el avance científico que supone el conocimiento del genoma en sí mismo, o por el contrario, debe ser enjuiciado por los resultados y finalidades.

---

26. HAIM AVIV, «Actitudes éticas de un científico judío en relación con la intervención genética», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, Bilbao, Fundación BBV, 1991, pp. 147 y ss.

Si optamos por lo primero, necesariamente deberemos basar nuestra decisión en concepciones, como la católica o la islámica, de claro fundamento moral, y en muchas, o las más ocasiones alejadas de la realidad.

Si optamos por lo segundo, podríamos ser tachados de amoraes o excesivamente utilitaristas. Nada más lejos de la verdad; somos conscientes de que no se puede caer en valoraciones exclusivamente utilitaristas de los actos, esto es, no se puede decir que una cosa, conducta o conocimiento, sea bueno o malo por los resultados que ésta produce. Así, con las debidas precauciones optamos por esta valoración según los resultados.

Se trata, por tanto, a nuestro entender de sopesar los pros y los contras que esos conocimientos pueden o van a traer y en base a ese análisis tomar una decisión.

Esas ventajas y desventajas creemos que han quedado bastante claras en la exposición; así, como ventajas, se podrán curar enfermedades y prevenirlas. Como desventajas, se puede producir una depuración de la raza vía aborto prenatal, desigualdades o discriminaciones raciales, sociales, laborales...

*Es precisamente en este punto donde entra en juego la ley, armonizando esos intereses, esos pros y esos contras.*

*¿Cómo creemos que debería ser esa ley?*

En primer lugar, partimos de la necesidad de una regulación legal, a fin de evitar los desmanes y abusos de esa técnica. En definitiva, debe haber una limitación a su aplicación, y decimos bien, a su aplicación, que no a su conocimiento. En ningún caso debe la ley ser un límite o una traba al desarrollo de la ciencia; ésta debe avanzar todo lo que pueda, aunque no a costa de todo lo que sea. ¿Qué deberá, por tanto, respetar la ciencia en su desarrollo? Creemos que pocas cosas, pero importantes. *En primer lugar la vida humana* (malo es el remedio a la enfermedad que se obtiene a costa de la vida de los enfermos). Hasta aquí, ningún problema, pues el proyecto genoma humano no trae riesgos a la vida de nadie. En segundo lugar, *¿debe respetar la dignidad humana?* Pensamos que no de una forma apriorística y absoluta; *aquí sí que nos mostramos plenamente utilitaristas al respecto*, y lo hacemos en base a una pregunta muy simple: *¿puede atentar contra la dignidad humana un procedimiento cuyo resultado es salvar la vida o hacer una vida mejor?* Creemos que no. *En todo caso, corresponde al «paciente» decidirlo, y negarse, en su caso, a que se conozca su genoma humano (ahí está la dignidad humana que debe respetar).*

Fuera de esos dos límites, nos parece que la ciencia debe moverse libremente, y el respeto por ésta de esos límites debe ser regulado legalmente.

En definitiva, la ciencia debe desarrollarse dentro de la ley, lo cual explica nuestra primera afirmación sobre la necesidad de regulación en cuanto al procedimiento.



Pero, ¿y en cuanto a la aplicación? ¿Cómo debería ser la ley? Ya hemos dicho que debe evitar abusos y desmanes. *En primer lugar es básico que se ponga la libertad del individuo «paciente» por encima de todo, esto es, que sea él quien, en última instancia, decida si va a ser o no estudiado su genoma humano.* Se plantea aquí la cuestión del diagnóstico prenatal y la libertad del *nasciturus*, que será explicado después.

*Una vez a salvo esa libertad individual, la ley deberá estar redactada en términos amplios que den cierto margen de libertad al médico, al científico.* No es adecuado negar esa amplitud, ni mucho menos prohibir el desarrollo de este ámbito científico, pensando en el fantasma del pasado, en que podrá ser usado para crear monstruos como en la época nazi, o para constatar la inferioridad genética de algunas razas. No podemos apoyarnos ahí, porque ese es un riesgo lógico y natural que no puede evitar la ley, y no por ello vamos a prescindir de las posibles ventajas. Podríamos hacer una analogía un tanto gráfica: La ley prohíbe los asesinatos, pero no por ello dejan de cometerse asesinatos; pues bien, la ley prohíbe los abusos genéticos, pero no por ello dejarán éstos de producirse.

En cuanto a la constatación de las desigualdades genéticas interraciales, los defensores de este argumento no merecen ningún calificativo en su favor, pues en el fondo de su pensamiento están ya esas desigualdades, y sólo falta demostrarlas. Parece que tengan miedo a convertirse ellos mismos en racistas.

Además, ¿por qué no ser positivos? ¿Por qué no pensar lo que posiblemente sea más cierto, esto es, que no existen tales presuntas desigualdades y ello nos lo puede demostrar el conocimiento del genoma humano?

*Tampoco debe suponer un obstáculo la problemática de la incidencia en el ámbito laboral y en el ámbito del seguro.* La ley reguladora del genoma humano debe ser estrictamente científica, o sea, dirigida a la obtención y aplicación de esos conocimientos científicos de cara a la prevención, constatación y curación de las enfermedades. Serán en todo caso las leyes laborales y las de los seguros las que deban impedir a empresarios y aseguradores el pedir de los solicitantes de trabajo y asegurados estos estudios genéticos, evitando así cualquier tipo de discriminación. O sea, dejar las cosas como están, y que conformen con los actuales chequeos médicos convencionales, que ya son exigidos.

*Más arduo y complejo es el problema del diagnóstico prenatal y posible aborto.* Plantea dos problemas:

— La dignidad del *nasciturus*. Estamos en lo de antes, no creemos que atente contra su dignidad, si ello no le va a producir ningún daño, y va a servir para constatar y quizá prevenir alguna enfermedad. Dicho de otra forma, no se puede decir a un enfermo que lo está porque no se quiso herir su dignidad de *nasciturus*.

En todo caso, debería tenerse en cuenta la voluntad de la madre.

— El aborto. Volvemos a estar aquí con falsas morales. ¿Cómo se puede argumentar que se abortaría más si se sabe que el niño nacerá con alguna enfermedad, cuando en muchos países el aborto es LIBRE en unos plazos, cuando ya en España se permite el aborto si el hijo ha de nacer con malformaciones físicas o síquicas? En todo caso, corresponderá a la ley del aborto delimitar los casos en que no es posible dicho aborto; V. gr.: Es lógico prohibirlo (por esta causa y en un país donde el sistema de aborto no sea el libre de plazos) si la enfermedad ha de desarrollarse cuando el nacido haya cumplido 50 años.

*En definitiva, y para concluir, pensamos que se debe olvidar el pasado, no cerrar los ojos al avance porque en el pasado se hayan cometidos abusos. Olvidémonos de Hitler y Menguele; que nada tiene de malo «perfeccionar la raza» si ese perfeccionamiento ha de revertir en una mejor sociedad y en una mejor calidad de vida, tanto para los «sanos» como para los «enfermos curados».*

Terminaremos con una transcripción de los cinco puntos básicos propuestos por BENO MÜLLER-HILL, del Instituto de Genética de la Universidad de Colonia (Alemania), en el II Seminario de Valencia, en noviembre de 1990, y que según él debería inspirar un posible Convenio Internacional, así como las leyes estatales: <sup>27</sup>.

— Cada persona tiene derecho a conocer su genotipo plenamente, en todo o en parte, e incluso a no conocerlo.

— El genotipo de una persona no debe ser determinado, a no ser que la persona lo haya solicitado específicamente. Sería una ofensa criminal determinar el genotipo de una persona sin estar autorizado por esta persona. Las excepciones, como el caso de las huellas digitales genéticas, deben ser tipificadas cuidadosamente.

— Los padres tienen derecho a conocer o ignorar los genotipos particulares de sus hijos cuando la manifestación de la enfermedad, producida por el genotipo particular, sobreviene antes de los dieciocho años. No tiene derecho a conocer los genotipos de sus hijos si su condición genética no incapacita a los hijos antes de los dieciocho años.

— Cada madre gestante tiene derecho a preguntar o no preguntar respecto de los genotipos de los no nacidos. Los genotipos de éstos no deben ser determinados sin previa autorización de la mujer gestante. Las compañías de seguros no deben tener derecho a solicitar el genotipo de un *nasciturus*. El aborto debe ser decidido por las mujeres gestantes y nunca por otras personas.

— Ningún tercero, compañía de seguros, empresario o similares tienen derecho a solicitar el genotipo de una persona particular o a determinarlo. El quebrantamiento de esta norma constituirá una transgresión delictiva.

---

27. MÜLLER-HILL, B., «La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la historia», en: *Proyecto Genoma Humano: ética*. Bilbao, Fundación BBV, 1991, pp. 381 y ss.

## **2. CIENCIA DEL DERECHO**



## Estructuras básicas de sistemas de regulación optimales. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas

Por HANS-PETER SCHWINTOWSKI

Berlín

### I. BASES: IDENTIDAD ESTRUCTURAL DE LA FORMACIÓN DE REGLAS EN LAS CIENCIAS FILOSÓFICAS Y NATURALES

Las reglas, en un sentido muy primitivo, son restricciones. Formas de comportamiento alternativas son restringidas.

Como tal, para el famoso perro de Pawlow, la señal de la campanilla tiene la función de una regla. Siempre cuando se escucha la señal, todas las otras actividades caninas posibles cesan, a favor de la disposición de comer (aumenta la salivación).

En el ámbito humano, la publicidad vive en alto grado de mecanismos regulatorios de este tipo. Obligaciones psicológicas de comprar pueden ser desencadenadas. El sistema jurídico reacciona por su parte con normas de protección, que permiten al consumidor «seducido» salir del asunto. El economista frunce consternado las cejas y ajusta en un análisis de gastos y beneficios aplicado a la empresa el alza de costos de transacción producidos por este modo de acción del sistema de derecho <sup>1</sup>.

El ético está contento. Ahora le toca a él probar si limitaciones de libertad, especialmente por la publicidad, son buenas o malas <sup>2</sup>,

---

1. Básico: SCHUMPETER, J., *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 7.<sup>a</sup> edición, 1987, Reproducción idéntica de la 4.<sup>a</sup> edición publicada en 1934 (1.<sup>a</sup> edición, 1911).

2. Decidir si una acción es buena o mala, y si lo es sencillamente para todos y no sólo para el uno u otro caso; investigar lo que queremos expresar si decimos que

si el consumidor realmente fue seducido o si probablemente hasta fue tomado bajo tutela, y tiene que probar si el sistema judicial posiblemente necesita una corrección. No hay duda; nosotros vivimos con reglas —restricciones de posibilidades de comportamiento alternativo—, casi no podemos imaginarnos vivir sin ellas.

Después de todo, la noción de «libertad» solamente surge, porque el espacio para la libertad de acción puede ser restringido, regulado. Libertad y regla, o para decirlo con los términos de la revolución francesa, libertad e igualdad, se condicionan, se relacionan al igual que la imagen y su reflejo. Se trata de que: sin igualdad no existe libertad y sin libertad no hay igualdad.

También se puede afirmar, como Robert PIRSING lo hace en su libro reciente: «Sin estática no hay dinámica y al revés»<sup>3</sup>.

O para citar a Manfred Eigen y así a la microbiología: Reproducción y mutación son condiciones básicas de sistemas evolutivos, o sea de sistemas vivos<sup>4</sup>.

¿De dónde toman estos sistemas sus reglas? ¿Cómo sabe un átomo de carbono si es prudente añadir a las más de dos millones de combinaciones carbónicas conocidas —este es un número más que 20 veces mayor que en el caso de otras combinaciones químicas en el mundo— una más?<sup>5</sup> ¿Realmente el origen de la vida proviene del azar?, como lo formulara audazmente Jacques Monod en 1970<sup>6</sup>, ¿o es justamente la necesidad, o sea, la regularidad, la formación de normas, la raíz de todo?, como nos lo demostraran Manfred Eigen o Bernd-Olaf Küppers con calculaciones<sup>7</sup>. Y ¿qué tienen que ver

---

está permitido o está prohibido actuar de tal o cual forma, y cómo se pueden sustentar expresiones de este tipo, son las preguntas básicas de la ética y filosofía moral. Compárese TUGENDHAT, E., *Probleme der Ethik*, Reclam-Tb, 1984, Prefacio, p. 3.

3. PIRSING, R. M., *Lila - oder ein Versuch über Moral*, Editorial S. Fischer, 1991 (edición original publicada bajo el título: *Lila; An Enquiry into Morals* aparecida en 1991 en la editorial Bantam Books, New York).

4. EIGEN, M., *Stufen zum Leben, Die frühe Evolution im Visir der Molekularbiologie*, Editorial Piper, 1987, pp. 57 y ss.

5. Lo viviente se compone de carbono y eso es probablemente así, porque este átomo es el más liviano y el más activo del IV grupo del sistema periódico de los elementos y además tiene posibilidades combinatorias químicas ambivalentes. «Normalmente, los metales positivos de los grupos I-III se combinan químicamente con los no-metálicos de los grupos V-VII y no con miembros de su mismo grupo. Pero el grupo al que pertenece el carbono se encuentra entre los metales y no-metales, de tal forma que el carbono se combina a veces con metales y a veces con no-metales...» Esta capacidad del carbono, como lo dice Robert PIRSING, en el lugar citado, pp. 166 y ss., es la razón por la cual la química de la vida es la química del carbono. «Lo que diferencia a todas las especies de animales y plantas es después de todo la forma diferente en que los átomos carbónicos escogen su combinación» (p. 167).

6. MONOD, J., *Zufall und Notwendigkeit Philosophische Fragen der modernen Biologie*, dtv-Tb, passim (Título original: *Le hasard et la nécessité*, publicado en 1970 en Éditions du Seuil, París).

7. EIGEN, M., *Stufen zum Leben*, en el lugar citado, pp. 33 y ss., 36, «Los genes que se encuentran hoy en día en los seres vivientes no pueden haberse formado accidentalmente, por decirlo así, a tiro de dados. Tiene que existir un objetivo, el

estas reglas con aquellas, que sistemas inteligentes se dan mediante la creación de derechos humanos, derechos de ciudadanos, derechos penales y administrativos, o varios inventos, como por ejemplo análisis de gastos y beneficios, teorías de circulación, competencia, mercado y empresa, que a fin de cuentas obligan a los éticos como Peter Koslowski a redactar *Principios de la economía ética* <sup>8</sup>?

Bueno, yo pienso que estas cosas se relacionan muy estrechamente, porque los sistemas de regulación de la inteligencia resultaron por su parte de los sistemas regulatorios de la biología (microorganismos) y éstos a su vez tenían su origen en la materia inanimada (carbonos). Esta compenetración produce —y ésta es mi tesis básica, la cual he explicado más a fondo en otro lugar <sup>9</sup>— que los principios estructurales para la formación de reglas, tal y cual los encontramos en la naturaleza, antepuesta a nuestra inteligencia, tienen que ser finalmente también válidos para el derecho, la economía y la ética.

Esto significa que las así llamadas leyes naturales empleadas como teoremas básicos por las ciencias naturales son hasta cierto punto también los teoremas básicos de cada ciencia filosófica, justamente porque se trata de procesos evolutivos con las mismas contribuciones básicas, materia y vida, conectados entre sí.

Una noción, una idea, una regla, no puede tener otra estructura básica que un microorganismo, porque si no, no sería comprensible para los aminoácidos combinados en nuestro ADN.

Lo mismo se podría decir de la siguiente manera: Todos los sistemas creados por el intelecto, como lo son la economía, el derecho y la ética, sólo pueden ser entendidos por nuestro ADN, porque la estructura básica de los pensamientos tiene que ser análoga a la estructura básica del ADN. De ello resulta que la formación de reglas en el derecho, la economía y la ética tiene que ser por lo menos estructuralmente idéntica a la de microorganismos vivientes.

Esto significa que los principios estructurales de la evolución no sólo reproducen los sistemas de la biología, sino también los sistemas de la inteligencia.

---

proceso de optimación orientado hacia la capacidad de funcionamiento. Aunque la eficiencia óptima podría ser realizable de diferentes formas, no puede ser lograda a través de simples pruebas a ciegas. La discrepancia en números entre secuencias realmente ensayables y todas las secuencias teóricamente posibles es tan grande, que intentos de explicación que trasladan el lugar de origen de la vida de la tierra al universo, no ofrecen una solución aceptable del problema... «Bernd-Olaf KÜPPERS, *Der Ursprung biologischer Information*, Editorial Piper, 2.<sup>a</sup> edición, 1990, pp. 126, 165 y ss.

8. Peter KOSLOWSKI, *Prinzipien der ethischen Ökonomie*, Editorial J. C. B. Mohr, 1988; compárese Elmar WAIBL, *Ökonomie und Ethik I, Die Kapitalismusdebatte in der Philosophie der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> edición, Editorial Frommann-Holzboog, 1988; el mismo *Ökonomie und Ethik II, Die Kapitalismusdebatte von Nietzsche bis Reaganomics*, Editorial Frommann-Holzboog, 1989.

9. SCHWINTOWSKI, *Zeitschrift für Rechtstheorie*, 1992, p. 35.

Sobre el fundamento de este concepto unificador de las ciencias filosóficas y de las ciencias naturales, o sea, un concepto que asocia significados (concepto de sinestesia), es oportuno preguntarse en primer lugar en qué medida el genoma (la totalidad de informaciones hereditarias) humano ofrece sitio para la formación de reglas en el ámbito de la inteligencia (II).

Se puede demostrar que el sistema de toma de decisiones del ser humano pone límites a la libre formación de reglas, la cual aún no ha sido objeto de investigación científica por parte de la filosofía.

En el siguiente paso se preguntará, en vista del ámbito de la libre formación de reglas, de qué forma y con cuáles consecuencias se reencuentran los principios estructurales de la naturaleza en los sistemas de regulación (III). En este contexto se discutirá al mismo tiempo qué rol cumple la ética y en qué punto influye en este sistema.

Aparte de esto se opinará sobre los requisitos que tienen que ser cumplidos, para poder sustraer reglas de un contexto ético y/o económico y reformularlas en reglas de derecho con carácter impositivo.

## II. LÍMITES GENÉTICOS DE LA LIBRE FORMACIÓN DE REGLAS

### 1. Estructuras determinadas

Es quizás sorprendente si mantengo que una parte de los sistemas regulatorios corrientes se basa en *estructuras* innatas. Hasta el punto en que esto es el caso, usamos palabras por las cuales un programa de conducta genético es reclamable. No sabemos aún cómo esto funciona exactamente neurológicamente, pero el hecho de que funciona me parece obvio. Si, por ejemplo, unas personas se encuentran en una *situación conflictiva*, para todos nosotros es completamente natural que exista por lo menos la posibilidad de una *solución al conflicto*.

Normalmente hasta tenemos ideas precisas de cómo podría hacerse.

Por ejemplo, si un lado cede o mediante un compromiso entre ambos lados o mediante compensación —indemnización por daños y perjuicios— o bien mediante fuerza bélica en el peor de los casos.

Esta enumeración de posibilidades para la solución de un conflicto no es completa, pero lo que a mí me interesa es preguntar: ¿qué es lo que queremos decir, al formular que algo como un conflicto ha sido solucionado? La ofensa no ha desaparecido de la faz de la tierra, aunque se haya pagado por ella una multa y/o se haya efectuado una indemnización por daños y perjuicios. Y ¿qué pasa si socios o naciones se aseguran mutuamente estar finalmente reconciliados?



Lo que sucede en estos casos y lo que llamamos solución de conflictos, sólo puede tener esta facultad, si en nuestro ADN existen estructuras que, influenciadas por ciertas palabras, oraciones o comportamientos, están dispuestas a acomodarse a nuevos estados de simetría.

La solución de conflictos tiene que ser estructuralmente (!) un programa de conducta firmemente establecido, pero no idéntico en su contenido, en todos los seres humanos.

Así códigos penales parecen ser para algunas personas previsores de conflictos de antemano, para otras en cambio no es así. Lo que en estos casos sucede exactamente en nuestras cabezas no lo sabemos aún con seguridad absoluta, pero me parece ser una cuestión muy importante investigarlo.

De todos modos, se puede decir que sistemas reguladores con carácter decisivo —y a esto se suman por ejemplo sistemas de economía y derecho— dependen por lo menos en parte de estructuras de decisión innatas, porque en caso contrario una toma de decisión **no sería posible (!)** <sup>10</sup>.

La pregunta es qué parte de las reglas puede ser entendida como innata, o sea, fijada.

Hoy en día varios hechos indican que las estructuras de la lógica, de la argumentación, de resultados posibles, de las leyes del discurso racional general <sup>11</sup> y de los argumentos irracionales como el sentido del honor, la venganza o el altruismo, pueden ser determinados <sup>12</sup>.

Para aquellos que pudieran tener problemas con la idea de que estructuras de decisión pudieran ser innatas, quisiera señalar el ejemplo simple de los trenes estacionados lado a lado. Si uno de los trenes se pone en marcha, su cerebro decide que usted se puso en marcha o su cerebro decide que el otro tren arrancó, aunque una decisión en esta situación sea imposible.

Del mismo modo reacciona nuestro cerebro a las famosas ilusiones ópticas en los cuadros del pintor M. C. Escher, cuando por ejem-

---

10. Probablemente, la transmisión hereditaria y el medio ambiente conforman una estructura de condiciones que se influyen mutuamente, la cual representa el requisito por principio para el desarrollo de vida e inteligencia; más a fondo: RADIGK, W., *Kognitive Entwicklung und zerebrale Dysfunktion*, 1986, pp. 12 y ss.; Ilya PRIGOGINE, *Die physikalisch chemischen Wurzeln des Lebens* en H. MEIER (editor), *Die Herausforderung der Evolutionsbiologie*, 1988, pp. 19 y ss.; Renato DULBECCO, *Der Bauplan des Lebens*, 1987, passim; B.-O. KÜPPERS, en el lugar citado, passim; trascendente: PRIGOGINE-STENGERS, *Dialog mit der Natur*, 5.ª edición, 1986, passim; especulativo: R. SHELDRAKE, *Das Gedächtnis der Natur*, 1990.

11. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978.

12. Desde el punto de vista de la lingüística, aquí se incluye la teoría de Chomsky de la gramática generativa, compárese J. LYONS, *Noam Chomsky*, 4.ª edición, 1976; revelador H. HAARMANN, *Universalgeschichte der Schrift*, 1990.

plo escaleras son interpretadas igualmente acercándose como alejándose<sup>13</sup>.

Lo realmente significativo en este caso no es *cómo* decide nuestro cerebro, sino el hecho *que* decide, aunque la situación no sea decidable.

Los ejemplos pueden ser aumentados, demuestran que nuestro cerebro tiene una estructura reguladora y decisiva determinada, que posibilita lo que llamamos solución de conflictos y yo pienso que sería una cuestión interesante para la ciencia jurídica, pero también para la ética y la economía, esclarecer más a fondo este punto.

Con mucha probabilidad se demostraría que no solamente para el asunto de la solución de conflictos, sino también para la cuestión del planteamiento de problemas, las estructuras genéticas son por lo menos co-responsables.

Podemos decir en todo caso: En caso de que y hasta el punto en que nuestras estructuras reguladoras se basan en determinantes innatas, son casi automáticamente correctas, puesto que no son alterables<sup>14</sup>.

## 2. Acondicionamiento<sup>15</sup>

En estrecha relación con estructuras determinadas se encuentra el fenómeno de formación de reglas en proceso de solidificación, lo que se denomina en la biología de la conducta «acondicionamiento».

Un niño no nace con una religión determinada, el niño crece en ella y un día ese dogma posiblemente se ha vuelto tan importante, que muerte y guerra son aceptadas antes que la renuncia al dogma.

En este caso estructuras regulatorias que en un primer momento fueron variables deben haberse transformado en estructuras casi genéticas.

Quizás esto sea también así en una parte de nuestros delincuentes, que muchas veces «aprenden» durante su desarrollo en la niñez, que, desde el punto de vista del grupo en el que se crían, lo más provechoso es delinquir.

Por el momento sólo existen algunas sospechas sobre el cómo de tal solidificación de reglas en cerebros humanos. Parece existir una relación entre el suministro de opiáceos corporales (somáticos), así llamadas «dosis de endorfinas» y estructuras de comportamiento.

---

13. Compárese la ilustración de D. R. HOFSTADTER, Gödel, Escher, Bach, 1988, passim.

14. Ya que aprendiendo y a través de manipulaciones genéticas se pueden cambiar hasta cierto punto las estructuras innatas, las cosas no son tan simples como aparecen. Pero la tesis arriba mencionada es por el momento la más razonable y practicable.

15. Nota de la traductora: lo que en la sicología de la conducta se denomina en alemán «Prägung».

Existen enfoques científicos interesantes sobre la «Química de la psique» que con cierta probabilidad traerán en las próximas décadas importantes cambios en el conocimiento sobre nosotros mismos <sup>16</sup>.

### 3. Estructuras variables

Al lado de esto se encuentran estructuras regulatorias, que son variables, es decir, que no están determinadas (o «geprägt») genéticamente. La cantidad de las posibles formas de comportamiento del ser humano tiene su sitio aquí <sup>17</sup>.

Si alguien quiere celebrar un contrato de alquiler o de compra, contraer matrimonio con otro, o engañar, desencadenar una guerra o hacer las paces, son ejemplos de formas de conducta, en las cuales estructuras reguladoras deberían ser variables. Aquí, a este nivel se da el gran problema entre el derecho y la ética, formulado muy brevemente: la pregunta por el derecho correcto, o bien por la «regla correcta».

En este contexto me parece conveniente descubrir la relación con las ciencias naturales, que podría ser también de gran ayuda práctica para la pregunta por la «regla correcta».

Se trata del principio de indeterminación, que Heisenberg demostró en 1927. Esta relación deducida de la mecánica cuántica indica, que la posición  $q$  y el impulso  $p$  de una partícula no pueden ser determinados al mismo tiempo con una exactitud discrecional. La inevitable indeterminación de la posición inicial impide también la exacta precalculación de los movimientos futuros de la partícula <sup>18</sup>.

Esto significa, dicho más simplemente: la determinación precisa de estructuras variables en la naturaleza sólo es posible en aproximación, siempre quedan relaciones inexactas, siempre quedan unos márgenes de tolerancia que obligan a cambios en el sistema, a correcciones, dicho en una palabra: a desarrollo.

Este principio imanente a la física se encuentra además en concordancia con los principios básicos de la vida, según los cuales

---

16. Profundiza: S. H. SNYDER, *Chemie der Psyche, Drogenwirkung im Gehirn*, edición alemana, 1988; STRICKBERGER, *Genetik*, 1988, pp. 523 y ss.; B. G. HOEBEL, *Neurogene und chemische Grundlagen des Glücksgefühls*, en GRÜTER/REHBINDER (editores), *Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik*, 1983, pp. 87 y ss.; ibíd también: P. D. MACLEAN, *Die drei Dimensionen der Entwicklung des Gehirns und des Rechts*, pp. 114 y ss.; así como R. D. MASTERS, *Evolutionsbiologie, politische Theorie und die Entstehung des Staates*, pp. 15 y ss.

17. Ejemplos desde el punto de vista de la biología antropológica en EIBL-EIBESFELS, «Stammesgeschichtliche Anpassungen im Verhalten des Menschen», en *Biologische Anthropologie*, 2.<sup>a</sup> parte, 1972, pp. 3, 48 y ss.; Chr. VOGEL, *Gibt es eine natürliche Moral?*, en H. MEIER (editor), *Die Herausforderung der Evolutionsbiologie*, 1988, pp. 193 y s.

18. Dtv. *Atlas de la física atómica*, 1976, p. 19.

todos los sistemas vivientes están marcados por tres elementos característicos: autorreproducción, mutabilidad y metabolismo <sup>19</sup>.

Mutabilidad representa, al igual que el Principio de la Indeterminación de Heisenberg, el principio de variabilidad de la naturaleza por principio, en todo caso según las reglas de la evolución, conforme a las cuales aquellos mutantes que mejoran, o sea optimizan, el grado de adaptación a un cierto entorno, toman el lugar de las estructuras «fijas» del momento. Trasladado al sistema de inteligencia, es posible formular el siguiente Principio de Flexibilidad:

Una especulación —refutable— induce a creer que las reglas que obligan a conductas rígidas e inalterables son tendencialmente incorrectas. De ahí resulta que: a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legitima tiene que ser más fuerte <sup>20</sup>.

Así a cada quien le resulta natural que en el tráfico tiene que existir una dirección de circulación normada, pero que sería absolutamente inaceptable si no se pudiera, en casos de emergencia, desviar al lado opuesto de la vía de circulación.

Quien da muerte a personas es generalmente castigado fuertemente; sin embargo, esto no sucede si el homicidio es cometido en casos de legítima defensa o en una situación bélica reconocida.

Maximizar la ganancia es para el empresario una meta legítima, pero deja de serlo si para alcanzarla se toleran graves peligros para el medio ambiente.

Asimismo restricciones de libertad como las impone el estado a sus ciudadanos pueden ser necesarias y oportunas. Pero tienen que estar sustentadas por un proceso de ponderación, que permita excepciones a la regla, atenuantes y superaciones de la regla.

Sistemas arbitrarios tendrían especialmente problemas por el aquí formulado Principio de Flexibilidad, ya que están obligados a formar reglas estáticas, o sea tendencialmente arbitrarias, que en todo caso normalmente se basan solamente en procesos ponderativos formales y permiten sólo excepcionalmente procesos de ponderación materiales.

A mi parecer, el valor de este Principio de Flexibilidad para la discusión ética y de derecho de las naciones casi no puede ser sobrestimado. La ventaja decisiva frente a las fórmulas empleadas hasta ahora está en que surge una medida cuantitativa y transparente para las categorías de lo «malo» y de lo «bueno», la cual no requiere una determinación material en el sentido de establecer reglas específicas o formas de conducta.

19. EIGEN, M., en el lugar citado, p. 57.

20. De ahí resulta, que una regla no puede ser una relación estática del «si-entonces», sino que carga en su interior su propia posibilidad de superación. Para los juristas esto se expresa en el «principio de proporción».

El Principio de Flexibilidad evita entonces una determinación positiva de lo que es bueno y malo, y este hecho es completamente análogo a las leyes básicas de la evolución. En vez de la determinación positiva, un principio abierto, dinámico, el principio del mejor argumento, es introducido, un proceso de evolución hacia la mejor regla en cada caso.

Mientras una regla existente sea óptima, se impondrá. Surge una regla mejor, será descartada.

Esto es correcto en la naturaleza y no puede ser falso en el sistema de nuestra inteligencia, que por su parte representa un progreso frente a nuestra simple existencia biológica.

### III. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES PARA LA FORMACIÓN DE REGLAS EN LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA

#### 1. La regla «correcta» no existe

Lo que sigue versará sobre el sector que desde tiempos muy antiguos es el campo de acción del derecho, la economía y la ética: el sector del comportamiento variable. Aquí se trata de lo malo y de lo bueno, de libertad e igualdad, de la distribución de recursos escasos —del *suum cuique tribuere* en el sentido aristotélico—, de orden y solución de conflictos, en breve: de derecho y moral<sup>21</sup>.

Del hecho de que tratamos formas de conducta variables resulta en un principio que no existe una regla concebible, que pueda pretender ser la única correcta. Genocidios, guerra, tortura, asesinato, espiar o explotar, y las normas que legitiman estas conductas, son ejemplos de una conducta detestable, no hay duda. Pero se trata lamentablemente de formas **posibles** de comportamiento. La tortura, por ejemplo, era hasta hace doscientos años un medio probatorio absolutamente indiscutido en el proceso inquisitorio. En Hannover fue suprimida en 1822 y en Gotha todavía en 1828<sup>22</sup>.

Emplumar, embrear, ahogar o enterrar vivo eran las penas de muerte previstas en la Edad Media tardía y en la Modernidad por la Carolina. Al perjurio se le cortaban los dedos con los cuales juró, al

21. Más a fondo: R. DREIER, «Recht und Moral», en *Recht und Moral, Ideologie*, Suhrkamp-Tb, 1981, pp. 180 y s.; P. KOSLOWSKI, *Prinzipien der ethischen Ökonomie*, 1988, passim; John RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 5.ª edición, Suhrkamp-Tb, 1990 (Original: *A Theory of Justice*, 1971, publicada en President and Fellows of Harvard College); Ernst TUGENDHAT, *Probleme der Ethik*, passim.

22. Alrededor de 1500 la tortura era común; se abusó terriblemente de ella. También la primera codificación moderna del derecho penal, la Carolina de 1532, se atenía a la tortura, pero trataba de restringir (levemente) su aplicación. Recién a mediados del siglo XVIII comenzó un movimiento, iniciado por Federico el Grande (1740), a cuyo final se dio la abolición de la tortura (Gotha, 1828); más a fondo: F. HAFT, en el lugar citado, *Aus der Waagschale der Justitia*, dtv-Tb, pp. 11 y ss.

proxeneta se le cortaba la oreja, al ladrón se vaciaban los ojos o se le cortaba la mano. Cortar la lengua, picota y expatriación forzosa eran otros castigos corporales. Tuvo que pasar mucho tiempo hasta que este sistema penal fuera superado. El suplicio de la rueda, que a nosotros hoy en día nos parece tan inhumanamente cruel, existía en Prusia, por ejemplo, hasta 1851<sup>23</sup>.

Así tormentos que desprecian a la condición humana pertenecían, hasta hace menos de trescientos años, al repertorio generalmente aceptado del derecho penal.

Y también hoy en día existen en todas partes guerras «santas» y otras, que son percibidas como justas o por lo menos justificadas.

Además la supresión de la pena de muerte aún no encaja en el casillero de las «naturalidades éticas».

Este catálogo incompleto de ejemplos corrobora la frase: si formas de conducta y las reglas que las legitiman son variables, o sea, posibles, entonces ninguna regla puede pretender ser la necesariamente correcta.

De lo dicho resulta que ya en un principio simples categorías de concepción, como lo son lo «bueno» y lo «malo», sólo son imaginables, si son concebidas como determinaciones necesarias<sup>24</sup>.

Mi tesis es la siguiente: sistemas de regulación óptimos, es decir, sistemas que protegen al desarrollo al nivel de la inteligencia frente a restricciones, se dan, si las siguientes cuatro condiciones se cumplen:

- (1) Condición funcional (condición de función).
- (2) Condición óptima (condición de optimización).
- (3) Condición correctiva (condición de corrección).
- (4) Condición de inseguridad.

## 2. El «cuadrado mágico»: La estructura básica para los sistema óptimos de regulación

### (1) *Condición funcional (condición de función)*

Es imposible renunciar a la condición funcional, ya que a través de ella se pone en claro que todas las normas que impedirían la realización de un objetivo tienen que ser eliminadas. De ahí resulta

---

23. Más a fondo: F. HAFT, en el lugar citado, p. 91: «Por cierto que en ese entonces, antes de cada ejecución se le entregaba al verdugo una orden del gabinete, que le ordenaba dar garrote al delincuente antes de comenzar con el suplicio de la rueda».

24. «La tarea de la ética como filosofía *práctica*, como doctrina de la conducta correcta, no puede ser solamente la argumentación o el último argumento para reglas, sino que tiene que ser asimismo la transmisión de normas muy corroboradas al mundo de la vida y la acción», así P. KOSLOWSKI, en el lugar citado, p. 6; parecido: E. TUGENDHAT, en el lugar citado, pp. 132 y ss.

que, a la inversa, aquellos objetivos tienen que ser eliminados, para cuya realización no se dispone de normas suficientemente funcionales. Aquí se demuestra la interdependencia entre función y objetivo, por la cual se renunció a una *condición del objetivo* independiente. Esta relación parece ser muy similar a la de entre las nociones de libertad y regla; es válido afirmar: Sin objetivo no hay función, sin función no hay objetivo.

La condición de función obliga, por tanto, a dar reglas que apunten a la meta, como lo hacen por ejemplo las reglas de estática para construcciones en la arquitectura o como lo hacen las reglas de conducir a la derecha e izquierda para el tráfico vehicular.

De la regla de función resulta que en el derecho social, por ejemplo, aquél quien no tiene nada para sobrevivir necesita recibir ayuda. Esto no es acaso una contradicción al pensamiento mercantil, sino la consecuencia lógica de éste. Porque un sistema de economía de mercado requiere que los participantes en la competencia puedan influir innovativamente en el sistema, para de esta forma poder explotar al máximo el potencial de ideas y creatividad de todos los participantes. Por lo tanto, hay que cuidarse de que cada quien sea capaz de participar por lo menos en el sector básico.

En el ámbito de nuestro medio ambiente pertenecen a esta categoría de normas las disposiciones sobre la conservación del aire y agua puros y las reglas claras y transparentes sobre la eliminación de desperdicios químicos y sobre la explotación de plantas industriales peligrosas.

En el derecho de fármacos y en la protección de la salud se trata de la transparencia e información sobre los componentes y naturalmente de la prohibición de dosificaciones mortales.

Y en el derecho privado y de la empresa tiene que quedar claro quién puede y en qué medida disponer de derechos de propiedad y uso (*property rights*).

Los ejemplos podrían ser continuados interminablemente. Pero éstos prueban a mi parecer suficientemente la relación entre objetivo y función.

A la condición de función le es inherente un efecto incidente, que no es obvio. Ya que solamente las reglas adecuadas para lograr el objetivo son admisibles, todas las reglas contradictorias y con ellas también las metas con finalidades opuestas son eliminadas.

La regla aristotélica del *suum cuique tribuere*, según la cual a cada quien hay que ceder lo suyo, fracasaría según ya lo afirmaba Schopenhauer, por el hecho de que a nadie se le puede asignar lo que ya tiene.

Aquí existe una contradicción entre función y objetivo.

En cambio, una regla funcional sería aquella que dijera más o menos que cada quien tiene derecho a una parte del patrimonio del pueblo, la cual le posibilitaría por lo menos sobrevivir.

Contradicciones semejantes contienen normas como: «No matarás» o «ama a tu prójimo como a ti mismo».

Justificaciones de homicidios en el primer caso, como lo son la legítima defensa o la guerra, demuestran la contradicción y el hecho de que es imposible dar al prójimo lo mismo que te das a ti mismo, a no ser que no te des nada, lo demuestra en el segundo.

Los ejemplos indican que la regla de función obliga a distinguir con precisión entre fórmulas programáticas y reglas con carácter directivo. Fórmulas programáticas en todo caso no satisfacen las exigencias de las condiciones funcionales, pero pueden enriquecer las discusiones bajo el punto de vista de la optimización.

De este asunto se ocupa la segunda condición.

## (2) *Condición optimal (condición de optimización)*

En el caso particular se podrá discutir dónde exactamente se dibuja la línea fronteriza entre reglas, que son necesarias para la realización de un objetivo en el sentido de la regla de función y aquellas reglas que posiblemente sólo son deseables.

Se puede decir, que un «Trabant»<sup>25</sup> reúne las condiciones funcionales para valer como automóvil. Pero no se pondrá en duda que se podría fabricar mejor, que no existe una buena razón por la cual se definiría el estándar técnico de este coche como generalmente aceptado. Esto significa que no basta solamente con crear y describir condiciones que son compatibles con el objetivo, sino que más bien depende de hacer todo para que funcione **lo mejor posible**.

La condición óptima, tal y cual está formulada aquí, pone principalmente al mejor argumento en el primer lugar.

Técnicamente se demuestra esta primacía en el arriba formulado Principio de Flexibilidad, según el cual reglas que obligan a conductas rígidas e inalterables son tendencialmente incorrectas, esto quiere decir que a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legítima tiene que ser más fuerte.

Dos cosas son distinguibles: que las condiciones de función y optimización están estrechamente ligadas, que conducen a un proceso permanente de ponderación sobre la pregunta de cuáles son las reglas óptimas para llegar a una meta y por otro lado cuáles son las metas posibles de alcanzar, en vista de las funciones disponibles.

Pero en un punto, las condiciones de función y optimización son decisivamente diferentes. Como condiciones funcionales sólo sirven aquellas reglas que se hayan impuesto como reglas guía, como reglas

---

25. Nota de la traductora: El Trabant fue el VW-Escarabajo de la antigua República Democrática Alemana.



de decisión o como reglas de función. Frente a esto se encuentra el nivel de optimación como un campo de discusión abierto, es decir, como espacio experimental, en el cual se presentan, discuten, experimentan y posiblemente desechan, más o menos de forma juguetona, modelos de formación de reglas óptimas.

A este nivel se desarrolla una parte importante de la discusión científica sobre nuevos o mejores estándares de conducta, aquí se entretajan la discusión de derecho, de economía y la de la ética con las propuestas de los técnicos y científicos de las ciencias naturales. De esta forma pide el «Análisis económico del derecho», desarrollado por Coase y Posner en los Estados Unidos, desde mediados de los años 70, «preferir las leyes más útiles a las que más cuestan»<sup>26</sup>.

Este concepto, cercano a las ideas de utilidad de Bentham<sup>27</sup>, por el cual Coase y Posner recibieron entretanto el Premio Nobel, no obstante, no ha podido imponerse hasta el momento ni en los Estados Unidos ni en Europa como condición de función para sistemas de derecho<sup>28</sup>.

Esto tiene que ver especialmente con que las nociones de costos y beneficios no son diferenciables con exactitud, es decir, que las ideas del análisis económico del derecho tienen más bien el carácter de fórmulas programáticas, parecidas a los ejemplos formulados anteriormente, con las cuales se une la tarea de derivar de éstas, reglas de funcionamiento manejables.

Sin embargo: La discusión básica en el ámbito de la condición de optimación se desarrolla igual como «l'art pour l'art». Cada propuesta, que realmente optimiza condiciones de función, se impondrá a la final, cambiará un día del campo de las condiciones de optimación al campo de las condiciones de funcionamiento y así será posiblemente expulsada de aquí algún día.

La importancia que tiene para este proceso la transparencia de información y adjuntamente la creación de ideas nuevas, se pone en claro en este punto.

---

26. Compárese el trabajo básico de ambos autores en la versión alemana en el compendio de ASSMANN/KIRCHER/SCHANZE, *Ökonomische Analyse der Rechts*, 1978, passim; además: Peter BEHRENS, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986, passim; SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986, passim.

27. J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, al respecto: F. A. v. HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, 2.º tomo, 1981, p. 207.

28. En vista de la crítica, compárese FEZER, «Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach», en *Juristen Zeitung*, 1986, pp. 817 y ss.; el mismo nuevamente: «Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts», *Juristen Zeitung*, 1991, pp. 104 y ss.; el mismo, «Das Verursacherprinzip: Lehrformel oder regulative Idee?», *Juristen Zeitung*, 1990, pp. 1042 y ss.; OTT/SCHÄFER, «Die ökonomische Analyse des Rechts-Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?», *Juristenzeitung*, 1988, pp. 213 y ss.

Para poder posibilitar técnicamente esta realización de una nueva regla como regla de funcionamiento es necesaria una tercera condición, y es el mecanismo de corrección, la condición de corrección.

### (3) *Condición correctiva (condición de corrección)*

A través de esta condición se garantiza la dinámica entre condiciones funcionales y condiciones óptimas. En el fondo, la condición correctiva resulta lógicamente de la condición funcional y de la condición optimal, ya que posibles trastornos funcionales indican reglas suboptimales.

La condición correctiva pone en claro que fallas que se dan a lo largo del tiempo tienen que ser corregidas. Así la condición correctiva actúa como una regla con prioridad y desencadena de esta forma automáticamente adaptaciones al sistema en el sentido del hiperciclo biológico, actúa por tanto optimizando el sistema.

Es importante hacerse presente que este efecto se da sin que esté preformulado lo que es bueno o malo para un sistema.

El campo de acción abierto propio del sistema es el que posibilita su adaptación, su optimización permanente.

Para los juristas, la regla de corrección es un instrumento relativamente conocido, el que llaman interpretación teleológica de las normas, o sea, interpretación por el significado. En los límites de la interpretación teleológica se discute si los jueces están autorizados para perfeccionar el derecho o si están ligados a la facultad de decisión reservada al parlamento. Aquí se trata de una problemática de conveniencia, que en vista del ámbito jurídico anglo-americano no debe ser sobrevalorada. En Alemania, el legislador mismo se deja corregir por el tribunal constitucional.

### (4) *Condición de inseguridad*

Una última y complicada categoría es conformada por aquellos casos, en los cuales es *inseguro* qué hacer (condición de inseguridad). Incertidumbres de esta forma pueden existir al nivel de función como al nivel de optimización.

¿Es que la función de protección de la salud está en duda porque no prohibimos fumar o consumir bebidas alcohólicas?

¿Tenemos que prescindir de la energía atómica, plantas químicas peligrosas, etc., bajo puntos de vista funcionales o deberíamos hacerlo por lo menos bajo aspectos de optimización?

¿El catalizador realmente optimiza los costos para los perjuicios del medio ambiente?

¿Tenemos que prescindir aún más temprano de los hidrocarburos clorados, de los hidrocarburos de fluoro o de los bifenílicos policloros?

O ¿tienen que ser armonizados los sistemas sociales y laborales de la CE?

Todos estos casos están marcados por el hecho de que hoy por hoy no existe una regla posible que pueda pretender ser una regla correcta, ya que se sabe muy poco de las relaciones interactivas en cada caso concreto. Lamentablemente aún desconocemos qué conducta adopta, en estos casos, la naturaleza, nuestro microorganismo.

A pesar de esta incertidumbre existen dos consideraciones convenientes que indican que también en esta situación puede ser aconsejable formar normas:

— Es conveniente admitir en una situación decisiva incierta varias reglas diferentes, porque de esta forma sistemas diferentes pueden competir a través del «trial and error» (prueba y error), de tal forma que a medio plazo las incertidumbres son superadas.

— Aquí puede ser útil un estándar básico uniforme para evitar, especialmente a favor de los participantes económicamente débiles, estímulos a quedar sin explicación debajo del nivel.

#### IV. CONSECUENCIAS - PREGUNTAS PENDIENTES

Algunas preguntas me parecen haber sido resueltas. Si es cierto que la formación de reglas en el ámbito de la inteligencia es estructuralmente idéntica a aquella que conocemos de los sistemas situados delante como lo son la materia, vida/espacio, entonces la gran pregunta por la relación entre derecho y moral, es resuelta por la misma naturaleza. Reglas son morales siempre y cuando obedecen al Principio de Flexibilidad.

La discusión *ética* tendría su sitio bien acomodado en el ámbito de las condiciones óptimas. Su tarea sería poner a prueba la esencia de las condiciones funcionales vigentes y preguntar si no sería mejor aspirar a reglas mejores y óptimas. La *economía* tendría que del mismo modo si la relación de costos y beneficios con ciertos parámetros económicos no podría ser mejorada. Para la realización de condiciones de función económica basta normalmente un mecanismo de mercado capaz de funcionar.

Solamente en el momento en que el mercado no funciona se necesitaría de reglas de función con carácter impositivo, si por ejemplo aún no existe un mercado o si existen distorsiones de competencia, como las hay típicamente en los mercados para la seguridad de la salud, servicios sociales o trabajo.

*Reglas de derecho* serían, según lo dicho, aquellas que se necesitarían para la imposición de un óptimo de adaptación, las que empero no se imponen por sí solas por falta de un mecanismo de mercado suficiente.

La antigua y difícil pregunta por la validez del derecho se respondería por la estructura evolutiva del sistema regulatorio. Las normas, que tienen carácter funcional, que corresponden a los requerimientos del Principio de Flexibilidad y que son aceptadas en grado suficiente (¡en libertad!) por la sociedad, son válidas.

Queda pendiente la pregunta si tiene que existir una relación cuantitativa entre regla y libertad y si es necesaria la existencia de lo mismo entre regla y corrección (frecuencia de mutación).

En la microbiología parecen existir tales relaciones <sup>29</sup>.

La inercia de ideas tradicionales, el argumento «así lo hemos hecho desde siempre» parece señalar que posiblemente existe algo parecido en la evolución de nuestros sistemas regulatorios. Y finalmente se deduce de estas reflexiones más que el medio ambiente y la densidad de población no sólo tienen que conducir a diferentes estrategias de adaptación en el ámbito de materia y vida, sino también en el ámbito de la inteligencia.

Si esta suposición es correcta, entonces no existe el sistema regulatorio y ético optimal.

Encontraríamos más bien varios sistemas, que probablemente estarían en competencia con el resultado de que debería existir algo como «mercados para la ética» o «mercados para el derecho».

Así el antiguo problema filosófico de valores absolutos sería superado.

(Trad. Anna Jasper)

---

29. Manfred EIGEN, en el lugar citado, pp. 61 y ss.: «Para que las copias falladas no desplazan a la secuencia dominante, la cuota de fallas no debe sobrepasar un cierto número... Sobrepasar el límite de fallas produce inestabilidad. Ésta se da siempre en el momento en que aparece una mutante selectivamente ventajosa... Para los resultados cuantitativos tienen importancia ... la cuota de fallas, la longitud de la secuencia, la eficiencia reproductiva en comparación con la eficiencia media de la dispersión de los mutantes, así como el tamaño de la población. Existen experimentos de Spiegelman y Biebricher que demuestran que procesos naturales realmente se desarrollan de esta manera».

## El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy

Por MARIO RUIZ SANZ

Tarragona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. RACIONALIDAD PRÁCTICA Y CONOCIMIENTO JURÍDICO.—II. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA JURÍDICA. a) La dogmática como actividad. Las funciones de la dogmática jurídica. b) La dogmática como resultado. Los enunciados dogmáticos.—III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

### I. INTRODUCCIÓN. RACIONALIDAD PRÁCTICA Y CONOCIMIENTO JURÍDICO

Comenzaba Kant su opúsculo titulado *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, con estas significativas palabras: «Se denomina teoría incluso a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad, y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación. Por el contrario, no se llama práctica a cualquier manipulación, sino sólo a aquella realización de un fin que sea pensada como el cumplimiento de ciertos principios representados con universalidad. Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre la teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace para el tránsito de la una hacia la otra, pues al concepto del entendimiento, concepto que contiene la regla, se tiene que añadir un acto de la facultad de juzgar por medio del cual el práctico distingue si algo cae bajo la regla o no. Y como, por otra parte, para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción (porque se

daría un *regressus in infinitum*), puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juzgar; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo (...) Esa máxima —que ha llegado a ser bien común en nuestros días, tan abundantes en dichos como parcos en hechos— ocasiona el mayor daño cuando afecta al ámbito moral (al deber de la virtud o del derecho), pues se trata ahí del canon de la razón (en lo práctico), donde el valor de la práctica depende por completo de su conformidad con la teoría subyacente, y donde todo está perdido cuando las condiciones empíricas —por ende, contingentes— de la ejecución de la ley se convierten en condiciones de la ley misma, por tanto cuando una práctica calculada en orden a un resultado probable —probable con arreglo a la experiencia que se acumuló hasta la fecha— queda autorizada para dominar la teoría, que es subsistente por sí misma.»<sup>1</sup>

A pesar del tiempo transcurrido desde aquel clásico y conocido ensayo kantiano, lo que en el mismo se denunciaba como la escisión entre teoría y práctica no es una cuestión claramente superada. En la conciencia jurídica actual todavía se mantienen concepciones tradicionales de la ciencia del Derecho que la sitúan como un saber eminentemente teórico, quedando el actuar práctico del jurista completamente subyugado y relegado a la aplicación estricta de la norma jurídica a través de los conocidos mecanismos de la subsunción. Llevar la distinción entre teoría y práctica jurídicas a sus últimas consecuencias, primando absolutamente el primer ámbito sobre el segundo, supone una separación progresiva entre el Derecho y la sociedad, o con otras palabras, conduce hacia la neta distinción entre la producción de las normas jurídicas y su aplicación dentro de un determinado contexto social, cuyo corolario podría consistir en un claro anquilosamiento normativo. Sin embargo, y analizando la labor que realiza el científico del Derecho, puede observarse que éste actúa a través de diversos niveles interrelacionados y estrechamente vinculados unos a otros. Según E. Díaz, «puede decirse que el trabajo del jurista, como el de todo científico, se realiza y lleva a cabo en tres planos diferentes, pero íntimamente conexiónados entre sí: uno, el plano de la descripción; dos, el plano de la explicación y sistematización; tres, el plano de la operatividad y aplicación a la realidad»<sup>2</sup>. Ante todo, es preciso evitar que las normas jurídicas carezcan

1. Vid. KANT, E., *Teoría y práctica* (trad. de J. Miguel Palacios, M. Francisco Pérez y Roberto Rodríguez), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 3 y ss.

2. A partir del estudio de una obra del prof. Ruiz-Giménez, tratando el problema específico de la ciencia jurídica, E. Díaz comenta, respecto a las normas jurídicas, la existencia de tres planos correlativos en la labor del jurista: «a) trabajo de localización de las normas válidas utilizables para el tratamiento de un caso concreto; b) trabajo de interpretación de las normas, de conexión de normas para la construcción

de proyección social, es decir, que resulten inaplicables o se haga una aplicación injustificada de las mismas. Para este mismo autor, «el trabajo necesario para la aplicación del Derecho, trabajo rigurosamente científico, implica una labor de investigación-interpretación y de construcción-reelaboración (de la norma y de la realidad) que constituye la dimensión más radical y profunda en que se sitúa la función del jurista y de la Ciencia jurídica en la sociedad de nuestro tiempo»<sup>3</sup>.

Por otro lado, es incuestionable que en las sociedades actuales se requieren altos niveles de justificación en toda clase de decisiones jurídicas a adoptar por todo tipo de operadores del Derecho. Con ello se alude constantemente a la necesidad de legitimar el tratamiento de los conflictos nacidos en el seno de la sociedad y que son resolubles por la vía administrativa o jurisdiccional. En un Estado de Derecho hay que exigir de todos aquellos agentes jurídicos que tomen decisiones públicas que las fundamenten y las justifiquen. El modelo de racionalidad construido por las teorías de la argumentación jurídica, que han cobrado especial relevancia hoy en día, intenta responder a estas exigencias<sup>4</sup>. Tanto el legislador, como los jueces, funcionarios administrativos, abogados, juristas en general, etc., si no quieren ver peligrar esa necesaria relación entre el Derecho y la sociedad, entre teoría y práctica jurídicas, deben actuar, en sus respectivas tareas de conformar el Derecho, guiados por razonamientos prácticos, orientados por pautas racionales. No obstante, hay que tener en cuenta, como indica J. de Lucas, «que el razonamiento jurídico

---

de instituciones y conceptos jurídicos fundamentales, y de sistematización de unas y otras —normas e instituciones— en un todo coherente de carácter general; c) trabajo, finalmente de aplicación de las normas, para la resolución de los casos concretos de la vida real y para la implantación de un cierto sistema de valores en una determinada sociedad». *Vid.* DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977, pp. 69 y ss.

3. *Vid.* *Ibid.*, pp. 71 y ss.

4. Para las diversas teorías de la argumentación jurídica, el concepto de racionalidad jurídico-instrumental propio de las doctrinas clásicas iusprivatistas no es ni suficiente ni adecuado. La racionalidad jurídica no sólo consiste en seguir determinadas pautas de interpretación partiendo de taxativas fuentes del Derecho, establecidas por cada ordenamiento jurídico. Además de la necesidad de una racionalidad institucional o «interna», fundamentada en las propias relaciones entre las normas y principios de un mismo ordenamiento, cobra especial importancia la noción de aceptabilidad racional de las decisiones, vinculada con la argumentación y el convencimiento. Partiendo, fundamentalmente, de la distinción entre racionalidad según fines y racionalidad según valores en Weber, y sobre todo del concepto de acción comunicativa de Habermas, el gran logro de estas teorías actuales ha sido el mostrar la independencia de la racionalidad práctica o discursiva respecto a la racionalidad teórica, y la consiguiente necesidad de reivindicar la importancia de la primera en el razonamiento jurídico. Acerca del concepto de aceptabilidad racional, sobre el que insistiremos más adelante, puede verse AARNIO, A., *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Co., 1987. En este trabajo ha sido utilizada la edición castellana *Lo racional como razonable* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

sea una especie del razonamiento práctico comporta, entre otras cosas, que se trata de un razonamiento de condiciones suficientes, pero no necesarias, algo que encontramos ya en la teoría clásica acerca de la razón práctica, que tendría como emblema el *dictum* kantiano (nuestra necesidad de actuar excede siempre nuestra posibilidad de conocer), y que es definida como correcta *ratio* cuyo resultado —su “verdad”— ha de ser permanentemente corregida: su conclusión es un juicio de valor o normativo, no un juicio de verdad o falsedad. Supone, pues, reconocer un uso específico de la razón cuyo sentido es la acción, la conducta, que nos permite justificar, orientar, evaluar los comportamientos»<sup>5</sup>. La primera cuestión a dilucidar, por tanto, es cómo puede y debe construirse un concepto adecuado de racionalidad práctica, a su vez aceptable y aplicable al mundo jurídico. R. Alexy ha hecho especial hincapié en el concepto de razón o racionalidad práctica, partiendo de la discusión de las teorías de Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Lorenzen, Schwemmer, Perelman, y especialmente de las ideas de Habermas. Aquel autor trata de construir una teoría general del discurso práctico racional y de estudiar cuáles son las relaciones de este discurso general con el discurso práctico jurídico<sup>6</sup>. Para Alexy, «un enunciado normativo es correcto o verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional»<sup>7</sup>. En principio, conviene advertir que previamente a la discusión sobre la racionalidad de los argumentos jurídicos deben fundamentarse racionalmente los juicios prácticos o morales en general<sup>8</sup>. La teoría procedimental de este autor parte del establecimiento de cinco principios generales de racionalidad práctica, que son condiciones necesarias para argumentar racionalmente, y que son los siguientes: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad. El discurso jurídico es para Alexy un caso especial del discurso práctico general donde se discuten cuestiones prácticas, con una pretensión

5. *Vid.* DE LUCAS, J., «El razonamiento jurídico como razonamiento moral limitado», ponencia presentada al seminario sobre Racionalidad y Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1992.

6. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt, 1978. Para este trabajo ha sido utilizada la edición castellana, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

7. *Vid.* ALEXY, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *Derecho y filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Barcelona/Caracas, ed. Alfa, 1985, pp. 43 y ss.

8. Según indica el propio Alexy, «no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional». *Vid.* ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa* núm. 5, Alicante, 1989, pp. 139 y ss.



de corrección y dentro de determinados límites<sup>9</sup>. Con ello, advierte que la ciencia del Derecho no se circunscribe al aspecto puramente descriptivo de las normas jurídicas, sino que deben precisarse las reglas o procedimientos utilizables para justificar las decisiones jurídicas. El razonamiento práctico-jurídico se lleva a cabo mediante reglas pragmáticas, referidas al comportamiento de los hablantes, que no garantizan que los resultados obtenidos a través de las mismas sean ciertos o verdaderos, sino correctos y, por tanto, racionales. Tal y como afirma Atienza, refiriéndose a la obra de Alexy: «El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas específicas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática.»<sup>10</sup>

Según concreta Alexy, una teoría de la argumentación jurídica tiene que satisfacer cuatro condiciones de adecuación: las decisiones jurídicas deben realizarse (i) dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, lo que remite a la noción de sistema jurídico (ii) tomando en cuenta los precedentes judiciales y (iii) enmarcada en la dogmática elaborada por la ciencia del Derecho practicada institucionalmente, y además (iv) debe ser fundamentable correcta o racionalmente<sup>11</sup>. Por tanto, el procedimiento de argumentación jurídica o discurso jurídico tiene un carácter institucionalizado, es decir, se regula por normas jurídicas obligatorias, que a su vez deben estar justificadas. Habría que añadir, siguiendo a Atienza, que en Alexy pueden distinguirse dos tipos de argumentación jurídica: la argumentación jurídica en sentido estricto, llevada a cabo por la dogmática jurídica, y la argumentación jurídica en sentido amplio, que incluiría también la argumentación legislativa, la argumentación del juez, la de las partes en el proceso, la de la opinión pública, etc.<sup>12</sup>

El objeto de este trabajo es el estudio y análisis de la argumentación jurídica en sentido estricto, es decir, del papel que juega la dogmática jurídica o ciencia del Derecho en la teoría de la argumentación de Alexy. La importancia que este autor otorga a la dogmática jurídica es fundamental. Se trataría de una visión superadora de la concepción iusprivatista que ha dominado la conciencia jurídica decimonónica y que ha atribuido hasta ahora a la ciencia del Derecho un carácter eminentemente descriptivo o cognoscitivo, reduciendo su función a la descripción de las normas vigentes en un determinado ordenamiento jurídico y a la reproducción y transmisión del conocimiento jurídico. Esta visión tradicional se limitó a asignar a la dog-

9. Cfr. al respecto ALEXY, R., 1989, pp. 205 y ss.

10. Vid. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 193.

11. Cfr. ALEXY, R., 1985, pp. 55 y 56.

12. Cfr. ATIENZA, M., 1991, pp. 192 y 193.

mática el estudio del contenido del Derecho positivo. La consecuencia más significativa de esta visión iusprivatista es la opinión bastante generalizada, incluso actualmente, de que la dogmática jurídica es irrelevante porque no resuelve los problemas más importantes de la sociedad. Como hemos comentado con anterioridad, la inoperancia práctica del saber dogmático se ha producido por la separación entre teoría y práctica jurídicas, que ha reducido el círculo de destinatarios de tal conocimiento, desligándolo de los problemas sociales y jurídicos más urgentes y acuciantes por solucionar en cada momento. Sin embargo, ya hemos tenido ocasión de exponer que esta visión reduccionista no puede ser aceptable ni tiene sentido hoy en día. La dogmática jurídica no responde en la actualidad a ese modelo iusprivatista porque realiza otras funciones, interviniendo en el campo de las decisiones públicas y resolviendo también problemas importantes de carácter práctico. Como afirma Calsamiglia, la dogmática jurídica no sólo tiene funciones cognoscitivas, sino también justificadoras e ideológicas, ya que «no sólo trata del contenido del derecho positivo, sino que usa el arsenal conceptual de la teoría general del derecho y sugiere respuestas a problemas usando argumentos de política jurídica (...) Las teorías justificadoras no tienen por qué ser o irracionales o iusnaturalistas. La razón tiene un papel importante a la hora de justificar las decisiones, especialmente las decisiones institucionales. Ahondar en cuáles son los principios que defiende nuestra sociedad y la coherencia de las decisiones concretas con la estructura de principios valorativos es la gran tarea de las teorías justificacionistas. La dogmática —sin duda de una forma incompleta— constituye uno de los precedentes y uno de los modos de justificar decisiones públicas»<sup>13</sup>.

En el sentido apuntado, las funciones que debe desarrollar la dogmática jurídica no son específicamente negativas, sino también positivas o creadoras. La vinculación inquebrantable del jurista al Derecho positivo, aceptando las normas que le son dadas como «dogmas» y limitándose a reproducirlas sin que quepa su discusión a un nivel práctico, no es, ni mucho menos, la tarea primordial a desarrollar por la ciencia del Derecho actual. La función positiva exige que, además de explicar su contenido, el jurista penetre en la justificación y la valoración de las normas. Señala al respecto E. Díaz que «la Dogmática jurídica no debe sólo, ni siquiera preferentemente, aparecer en su aspecto, digamos negativo, de obstáculo o límite que el jurista no puede sobrepasar en su trabajo de aplicación del Derecho positivo. La seguridad jurídica exige, en efecto, que la norma sea respetada y que no se introduzcan por los órganos jurisdiccionales elementos y criterios valorativos contrarios a esa normatividad, que-

---

13. *Vid.* CALSAMIGLIA, A., «Las funciones de la dogmática jurídica», ponencia presentada al seminario sobre Crítica de los paradigmas de la teoría del Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1991.

dando así enmarcada la actividad del jurista dentro del sistema normativo de que se trate. Pero lo importante de la Dogmática jurídica, como ciencia auténtica, consiste en su faceta afirmativa de investigación en profundidad y de reconstrucción del sistema normativo para su correcta aplicación y realización en una sociedad»<sup>14</sup>.

R. Alexy es uno de los autores que ha puesto de manifiesto la importancia y trascendencia de la dogmática jurídica en la actualidad<sup>15</sup>. La intención principal del presente trabajo es analizar y discutir la concepción mantenida por este autor en torno a la dogmática o ciencia del Derecho, y comentar algunas de sus posibles consecuencias en relación a la toma de decisiones jurídicas.

## II. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

Qué debe entenderse por dogmática jurídica no resulta fácil de delimitar, pues no existe una definición aceptada con carácter general. La misma ambigüedad del concepto de Derecho, unida a la dificultad de diferenciar entre ciencia del Derecho y su objeto, complican la posibilidad de definirla. No obstante, cabe entender por dogmática jurídica, en su acepción usual y estricta, a la ciencia del Derecho o jurisprudencia. Con un carácter algo más específico, pero no por ello exenta de cierta generalidad, la define Aarnio como aquella parte de la ciencia del Derecho consagrada a la interpretación y a la sistematización de las normas jurídicas<sup>16</sup>. El punto de partida consiste, pues, en revisar ciertas características y presupuestos que se le atribuyen con carácter general por parte de la doctrina. En principio, pueden señalarse dos sentidos o puntos de vista diferentes al enfocar la cuestión de explicar el concepto de dogmática jurídica: cabe entenderla como una actividad y también como un resultado<sup>17</sup>.

A) Como actividad. La dogmática realiza una serie de actividades específicas. Calsamiglia la sitúa como el saber específicamente jurídico que estudia el aspecto normativo del Derecho y por ello se la denomina ciencia jurídica en sentido estricto. Los juristas dogmáticos forman una comunidad con unos presupuestos y unas reglas de

---

14. Vid. DÍAZ, E., 1977, p. 74.

15. Respecto a la argumentación dogmática, ALEXY, R., 1989, pp. 240 y ss. En un artículo más reciente, de 1990, junto a Ralf Dreier, publicado en *Ratio Juris*, al que también haremos referencia, perfila un concepto de jurisprudencia acorde con las directrices ya aportadas en aquel trabajo anterior.

16. Cfr. AARNIO, A., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (publié sous la direction d'A. J. Arnaud), Paris-Bruxelles, LGDJ et Story-Scientia, 1988, pp. 106-107.

17. Sobre esta distinción puede verse ALEXY, 1989, nota 112, p. 244, donde se citan referencias bibliográficas a propósito de la distinción entre dogmática como actividad y como resultado.

juego que determinan el marco de su actividad<sup>18</sup>. Para Atienza, el objeto de estudio del dogmático es un sistema jurídico determinado<sup>19</sup>, dotado de vigencia, y en el que sus proposiciones se efectúan desde un punto de vista interno —en sentido hartiano—, reconociendo además en su actividad una dimensión sociológica y política<sup>20</sup>.

B) Como resultado. La dogmática jurídica puede ser también definida como un sistema de enunciados, al mismo tiempo que es una disciplina científica. Antes de entrar en el análisis de tales enunciados, conviene señalar que Alexy sostiene una concepción dualista de la dogmática o jurisprudencia, pues la define como *a general juristic theory of law and legal science* (teoría del Derecho y ciencia jurídica)<sup>21</sup>. Esta definición supone la superación de la tradicional dicotomía entre teoría y práctica, ya que cabe distinguir en aquella al menos dos sentidos: uno normativo, es decir, que trata de explicar cómo debe ser comprendida y practicada, y otro descriptivo, referido a cómo es entendida generalmente. Pero esta dualidad no es suficiente. Frente a la ya clásica distinción entre escuelas o teorías del discurso racional analíticas (que ponen un especial énfasis en la estructura lógica de los argumentos), empíricas (que se ciñen a explicar qué clases de argumentos se utilizan y qué efectos producen los mismos), y normativas (que intentan fundamentar el discurso a través de criterios normativos racionales), este autor propone una definición novedosa e integradora: la jurisprudencia contiene las tres dimensiones señaladas<sup>22</sup>.

18. Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, 1986, p. 78.

19. Respecto a la relación entre el sistema jurídico y la dogmática jurídica, Caracciolo afirma que: «La denominada ciencia jurídica dogmática presupone que es posible reelaborar el material normativo del que tiene que dar cuenta en términos de la noción de sistema, esto es, en términos de relaciones entre normas (...). La reelaboración sistemática de un material normativo —limitada por el problema o problemas que tienen que ser resueltos— constituye una de las tareas de la denominada dogmática jurídica (...). No obstante, esa tarea de sistematización supone la previa identificación del material normativo admisible». Vid. CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 12 y 15. También puede verse al respecto: LUHMANN, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag Kohlhammer GbH, 1974, de la que existe edición en castellano: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de Ignacio de Otto), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

20. Cfr. ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, ed. Barcanova, 1985, pp. 275-276.

21. Cfr. ALEXY, R., and DREIER, R., «The Concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1, March 1990, pp. 1-13.

22. Este autor concede una especial importancia al concepto de «generalidad» aplicado a la teoría del Derecho («a general juristic theory of law»), puesto que tal añadido supone romper con la caracterización tradicional de la dogmática jurídica como aquel Derecho de un cierto o concreto sistema legal, para ampliarla al Derecho de «todos los posibles sistemas legales». Dado que la jurisprudencia es un sistema de enunciados, la nota de la generalidad supone que existen en aquella las tres dimensiones señaladas: (i) en la dimensión analítica, generalidad significa la necesidad de

Según sugiere el mismo Alexy, resulta preferible hablar de enunciados dogmáticos, ya que el uso de argumentos sistemático-conceptuales, junto a otros argumentos, en especial argumentos prácticos de tipo general, es necesario y racional. La definición que proporciona este autor se formula a partir de cinco condiciones: «Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo.»<sup>23</sup>

Después de haber expuesto brevemente los dos sentidos aplicables a la dogmática jurídica, desarrollaremos con mayor minuciosidad ambas perspectivas de análisis.

#### **A) La dogmática como actividad. Las funciones de la dogmática jurídica**

En relación al primer aspecto comentado, es decir, la dogmática jurídica como actividad, es esta una disciplina plurifuncional.

Calsamiglia afirma que la dogmática presenta un carácter híbrido al contener tanto aspectos cognoscitivos como prácticos, desarrollando tanto funciones descriptivas como prescriptivas en las que el elemento ideológico cobra especial relevancia<sup>24</sup>. Por su parte, Atienza atribuye a la jurisprudencia el carácter de disciplina normativa respecto a su objeto (las normas jurídicas), a su método y a su función, pero a su vez se trata de una actividad valorativa que se orienta hacia la aplicación e interpretación del Derecho persiguiendo un fin eminentemente práctico, por lo que también le atribuye ese doble carácter<sup>25</sup>.

En su teoría de la argumentación jurídica, Alexy se refiere al carácter «pluridimensional» de la dogmática jurídica, ya que distin-

---

realizar un análisis lógico-estructural tanto del sistema jurídico global como de ciertos conceptos jurídicos (norma, permiso, obligación, prohibición, etc.); (ii) en la dimensión empírica, generalidad supone que los enunciados jurídicos deben ser examinados y comprobados; (iii) y en la dimensión normativa, generalidad quiere decir dos cosas: universalidad/validez (universality of validity) de los enunciados, y «posibilidad de generalizar» (generalizability) como criterio de justificación racional y de corrección de los enunciados normativos, estando ambos sentidos conectados: «generalizability in the sense of rational justification forms an argument in favour of the universality of validity». Habría que matizar que atribuir a la jurisprudencia la nota de generalidad no impide que aparezcan subdisciplinas en la misma, debido a un innegable y necesario alto grado de especialización jurídica profesional. Cfr. ALEXY, R., and DREIER, R., 1990, pp. 10-13.

23. *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 246.

24. Cfr. CALSAMIGLIA, A., 1986, cap. V, pp. 129 y ss.

25. Cfr. ATIENZA, M., 1985, pp. 274 y ss.

gue, como ha sido señalado unas líneas más arriba, tres dimensiones en la misma: 1) *empírico-descriptiva*, donde se describe el Derecho vigente, 2) *analítico-lógica*, respecto a su análisis sistemático y conceptual, y 3) *práctico-normativa*, referida a la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos<sup>26</sup>. Aunque el planteamiento básico no difiera en esencia de los dos anteriores, introduce una dimensión intermedia entre el aspecto descriptivo (o intención cognoscitiva) y el aspecto prescriptivo (o intención práctica). La introducción de esta nueva dimensión no carece de sentido: la dimensión analítico-lógica incluiría tanto el análisis de los conceptos jurídicos como la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios, y por tanto no tendría una naturaleza ni propiamente cognoscitiva ni descriptiva, sino que poseería elementos de ambas.

La dimensión práctico-normativa quedaría exclusivamente referida a la búsqueda de criterios para resolver los problemas jurídicos, es decir, se trataría de una teoría de la justificación de argumentaciones jurídicas relativa a la proposición y fundamentación de la interpretación de una norma existente, de una nueva norma, institución o de una decisión judicial, incluso de la posible elaboración de una contrapropuesta. Con ello, la intención práctica del jurista dirigida hacia la justificación de decisiones es la vía para la introducción en el Derecho de criterios metajurídicos que en su caso servirían al objeto de modificar el propio Derecho positivo. En este sentido, puede hacerse una distinción entre el estudio y análisis de la relación entre normas, conceptos y principios jurídicos dentro del ordenamiento, que correspondería a una dimensión analítico-lógica, y por otro lado, la propia argumentación, construcción y reformulación del derecho, que correspondería a lo que Calsamiglia llama el «análisis interno del derecho», cuya finalidad es el justificar las decisiones, y que a su vez coincidiría con la dimensión práctico-normativa propuesta por Alexy.

No es tan importante distinguir y deslindar entre estas dimensiones. No se trata de establecer compartimentos estancos, sino de observar las posibles relaciones y conexiones que existen entre ellas. Como afirma el propio Alexy: «La descripción del Derecho vigente presupone un determinado instrumental conceptual, el análisis lógico del Derecho vigente no es posible sin su descripción, y para elaborar propuestas de normas y de decisiones, puesto que éstas tienen lugar en el marco del ordenamiento jurídico existente, es necesario el conocimiento de este ordenamiento jurídico.»<sup>27</sup>

Este autor reconoce que las tareas atribuidas a la dogmática<sup>28</sup> no son suficientes desde el punto de vista justificativo, pues mediante

---

26. Cfr. ALEXY, R., 1989, pp. 241-242.

27. *Vid. ibíd.*, p. 242.

28. La dogmática jurídica tendría, en sentido estricto, tres tareas: (1) el análisis

el análisis lógico-deductivo no pueden alcanzarse nuevos contenidos normativos y además pueden darse carencias respecto a las argumentaciones concluyentes a la hora de justificar decisiones jurídicas. Ello le lleva a reformular la noción de dogmática en términos de enunciados, restando importancia al sentido de la misma como actividad. Sin embargo, puede darse una caracterización funcional que sea operativa a partir de las dimensiones previamente establecidas, es decir, a partir de la formulación de la dogmática jurídica en sentido amplio. Dicha formulación gira en torno a la noción de sistema jurídico. Para Atienza: «la dogmática jurídica, en relación con el sistema jurídico, cumple las tres siguientes funciones: a) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; b) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos»<sup>29</sup>. Que la dogmática suministre criterios tanto para resolver los problemas prácticos como para reformular el Derecho vigente quiere decir que existe tanto un aspecto cognoscitivo o reconstructivo como un aspecto prescriptivo o justificatorio. La tercera función que desarrolla, o sea, la elaboración de un sistema conceptual con el contenido fundamental del Derecho aplicable, tiene especial importancia para lograr el mayor grado posible de efectividad jurídica. La construcción de un sistema dogmático permite la existencia de modelos de solución que puede adoptar el jurista sin tener que recurrir a una estricta legalidad formalista ni tampoco a la absoluta arbitrariedad en la toma de decisiones. El juez, al fundamentar sus decisiones, debe disponer de un sistema que le permita decidir casos no aisladamente, sino con el material normativo disponible. Incluso la construcción de un sistema dogmático contribuye a descubrir y sugerir nuevas preguntas al jurista cuando la decisión no esté del todo determinada. Según argumenta J. Esser: «Un sistema dogmático puede ser un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización.»<sup>30</sup>

---

lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 243.

29. Vid. ATIENZA, M., 1985, p. 276.

30. Citado por ALEXY, R., 1989, p. 260. Este importante poder social de la dogmática jurídica como motor de la transformación y del cambio en el Derecho se desprende también de la concepción de N. Luhmann: «El surgimiento de la dogmática jurídica presupone un cierto “nivel de organización” del sistema jurídico, en concreto la posibilidad de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas. Si esta posibilidad está garantizada se desplaza dentro del sistema jurídico la forma dominan-

## B) La dogmática como resultado. Los enunciados dogmáticos

Como ha sido previamente comentado, para Alexy es conveniente entender por dogmática jurídica no un mero conjunto de actividades, sino de enunciados. Este autor atribuye a estos enunciados una serie de características tal que *Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo*<sup>31</sup>. El problema fundamental estaría en determinar qué tipos de enunciados pueden formar parte de la misma. Las cuatro primeras características enumeradas por este autor no plantean mayores problemas para su aceptabilidad, pero a nuestro juicio la quinta característica, es decir, que los enunciados tengan un contenido normativo<sup>32</sup>, plantea al menos la necesidad de determinar cuándo un enunciado tiene ese contenido.

Para C. E. Alchourron y E. Bulygin caben cuatro tipos de enunciados jurídicos: 1) Enunciados que prescriben actos coactivos. Son normativos y jurídicos, y por tanto forman parte del sistema jurídico. 2) Enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas, pero que no establecen sanciones. Son normativos, pero aisladamente no serían jurídicos y sólo adquieren ese carácter cuando forman parte de un sistema jurídico; por ejemplo, las normas de competencia. 3) Enun-

---

te de plantear el problema y tratar el caso. El problema ya no está solamente en la relación entre la expectativa normativa y el comportamiento efectivo, sino en último término en la relación entre la norma como premisa de decisión y la misma decisión. Se elaboran relaciones entre programas de decisión de vigencia general y decisiones de casos, se habla de "aplicación" del derecho (...). La dogmática jurídica nos ofrece una de las varias soluciones funcionalmente equivalentes para el problema de poner en relación las relaciones de aplicación del derecho, con notables ventajas en lo que se refiere al control sobre cantidades incontrolables de decisiones. Si nos apoyamos en esta concepción resultarán modificaciones esenciales en la imagen habitual de la dogmática. La dogmática ya no podrá situarse como una rótula en el eje fijación de normas-aplicación de normas, ni tampoco podrá ser limitada a la función de una ayuda de subsunción, ni a la función de una elaboración detallada de unos supuestos de hecho legales indeterminados, ni a la construcción jurídica de realidades para hacerlas subsumibles. Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión. (...) La dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico.» *Vid.* LUHMANN, N., 1983, pp. 31-34.

31. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 246.

32. Para Alexy significa que estos enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con enunciados empíricos.



ciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados. No son normas, pero en conexión con normas tienen relevancia normativa, y son jurídicos cuando integran el sistema; por ejemplo, una definición jurídica. 4) Enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema. Carecen de toda relevancia normativa en general y jurídica en particular; por ejemplo, los enunciados de una declaración política<sup>33</sup>. Los enunciados de los apartados tercero y cuarto carecen de contenido normativo y, por tanto, no se podría hablar de los mismos como enunciados dogmáticos. Sin embargo, ello no sería congruente con las actividades que lleva a cargo la dogmática, comentadas en el apartado anterior<sup>34</sup>.

Es fundamental para establecer una clasificación, aunque sólo sea aproximativa, entender que el contenido normativo puede ser atribuido a un enunciado por la comunidad dogmática. Para Alexy existirían: 1) Definiciones de los genuinos conceptos jurídicos. En contra de la opinión de los autores anteriores, sí tienen contenido normativo; por ejemplo, la expresión «legítima defensa». 2) Definiciones de otros conceptos jurídicos, que sólo pueden considerarse enunciados dogmáticos si son establecidos en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente para que la formulación del concepto sea lo más precisa posible; por ejemplo, el concepto «alevoso» debe ser dotado de contenido normativo por la ciencia dogmática para que tenga relevancia jurídica. 3) Enunciados que expresan una norma no extraída de la ley. En principio podría dudarse de su carácter de pertenencia a la dogmática tal como aquí se ha determinado, pero para que un enunciado sea considerado perteneciente a la misma no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino que lo consideren propiamente dogmático, es decir, que se dé en el discurso jurídico y pueda por tanto tener consecuencias jurídicas. 4) Descripciones y caracterizaciones de estados de cosas. Son aceptados en la misma medida que los anteriores. 5) Formulaciones de principios. Son reconducibles a descripciones de estados de cosas por su alto nivel de generalización. Necesitan premisas adicionales para poder ser aplicados, pero cobran virtualidad como los anteriores<sup>35</sup>. Por tanto, la noción de enunciado dogmático debe entenderse

---

33. Cfr. ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1971, pp. 106-107.

34. Así, por ejemplo, una definición jurídica o el contenido de una declaración política puede tener efectos normativos a través de la actividad dogmática. En la práctica científica los juristas dogmáticos sistematizan el Derecho eligiendo un cierto número de enunciados provenientes de la legislación, de la costumbre o de la jurisprudencia y procuran a partir de los mismos determinar sus consecuencias normativas. Esto parece claro respecto a las definiciones jurídicas, aunque enunciados del cuarto tipo, como pueden ser declaraciones políticas, serían casos límite, pues su pertenencia al sistema jurídico resulta al menos dudosa.

35. Cfr. ALEXY, R., 1989, pp. 246-250.

en un sentido amplio. Un enunciado no es dogmático por sí mismo, porque reúna determinadas características intrínsecas. Su pertenencia o no a un determinado sistema jurídico depende de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho.

Otro problema que aparece respecto a este tipo de enunciados es su posible fundamentación. Alexy entiende que existe un uso no justificatorio de los enunciados dogmáticos, pues éstos pueden utilizarse sin necesidad de ser fundamentados. Ello sucede cuando uno de estos enunciados no es puesto en duda, pues su aceptación constituye una opinión dominante entre los juristas. Los únicos requisitos que deben cumplirse son dicha aceptación y la comprobación de tales enunciados<sup>36</sup>. Un sistema jurídico no puede dotarse a sí mismo de instrumentos de identificación. La labor sistematizadora de la dogmática jurídica debe entenderse en el sentido de la necesidad de construir un sistema a partir de una serie de enunciados que puedan ser aceptados y comprobados e incluso reformulados en otro sistema. Lo específico de los enunciados dogmáticos es que pueden ser comprobados sistemáticamente<sup>37</sup>. La comprobación sistemática puede hacerse de dos formas: a) en sentido estricto, comprobando la compatibilidad lógica de los enunciados entre sí, es decir, que no exista contradicción entre ellos, y b) en sentido amplio, comprobando la compatibilidad en general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados. Aquí se trataría de justificar decisiones a partir de los mismos enunciados. Según Alexy, el hecho de que un enunciado dogmático supere una comprobación sistemática en sentido estricto es una condición necesaria pero no suficiente para su aceptabilidad. Por tanto, la justificación práctica de los enunciados de un sistema debe hacerse con la ayuda de otros enunciados. La simple coherencia interna en un sistema, la ausencia de contradicciones entre los enunciados del mismo, no es suficiente para asegurar que en el sistema se den las funciones de estabilidad y progreso propias de los sistemas que componen un orden jurídico. Por ello, añade que ante la decisión de un caso singular es necesario elegir entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo con enunciados prácticos de tipo general<sup>38</sup>. En resumen, las reglas de juego de la dogmática serían fundamentalmente tres:

---

36. Cfr. *ibíd.*, pp. 250 y ss.

37. Resulta necesario en este contexto distinguir entre fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos. Según Alexy, una fundamentación tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados, y una comprobación cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que derivan de un enunciado, bien sea aisladamente o bien conjuntamente con otros enunciados. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 251.

38. Cfr. *ibíd.*, p. 258.

1) *Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.*

2) *Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.*

3) *Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.*

Estas reglas no son útiles para determinar qué enunciados pueden formar parte del sistema, pero tienen importancia para la fundamentación de decisiones, ya que esta fundamentación no puede hacerse sólo con los enunciados dogmáticos de las que derivan, sino que además son necesarios enunciados empíricos que derivan de las propias convicciones de los agentes jurídicos, del consenso de lo que se ha denominado «comunidad dogmática». La fundamentación puede ser suficiente mediante argumentaciones prácticas generales dentro del mismo discurso, sin necesidad de acudir a hipotéticas meta-normas que cierren el sistema. La idea del consenso entre la comunidad jurídico-dogmática debe estar basada en la aceptabilidad racional de la argumentación jurídica, tal como lo ha indicado Aarnio<sup>39</sup>. Este autor formula un principio regulativo de la dogmática jurídica, partiendo de la idea de la aceptabilidad racional de las decisiones, a su vez fundamentado en la noción de audiencia o auditorio universal de Perelman. Tal principio regulativo es el siguiente: *La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente*<sup>40</sup>. La maximización de la aceptabilidad racional queda referida a las valoraciones relevantes para solucionar un determinado problema jurídico: «cuanto más miembros racionales de esta audiencia ideal acepten la posición, tanto mayor es la relevancia social de la misma. Si la posición pudiera ser aceptada por la mayoría de tales miembros, sería la más relevante de todas las posiciones rivales con respecto a ese problema jurídico»<sup>41</sup>. Puede aducirse como contraargumento, como hace Ruiz Manero respecto a algunos trabajos anteriores de Aarnio, que la aceptación de hecho entre la comunidad jurídica puede alcanzarse a través

39. El concepto de dogmática jurídica mantenido por Aarnio no se encuentra muy alejado de la concepción sustentada por Alexy. El primero la define a partir de cuatro elementos: «La dogmática jurídica está ligada siempre —al menos en un cierto grado— a suposiciones básicas jurídico-positivistas, toma como punto de partida una cierta lista de fuentes del derecho, depende de ciertas reglas y principios metodológicos y, en ciertas situaciones, toma decisiones basadas en valores.» Cfr. AARNIO, A., 1991, pp. 51 y ss.

40. Cfr. *ibíd.*, p. 286.

41. *Vid. ibíd.*, pp. 286 y ss. Algunas precisiones en torno al principio regulativo del razonamiento jurídico mantenido por este autor, especialmente en torno al concepto de auditorio y el principio de la mayoría, pueden encontrarse en AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico» (trad. de Josep Aguiló Regla), *Doxa* núm. 8, Alicante, 1989, pp. 23 y ss.

de medios meramente manipulatorios o persuasivos, o incluso compulsivos; o que la aceptación o no de un determinado cuadro de valores básicos en dicha comunidad no es asunto de argumentación racional, sino de persuasión<sup>42</sup>. Pese a tales fundadas objeciones, que parten de la, no siempre nítida, distinción entre convencer y persuadir<sup>43</sup>, el criterio del consenso basado en la aceptabilidad racional puede ser un buen punto de partida para argumentar jurídicamente<sup>44</sup>.

---

42. Cfr. RUIZ MANERO, 1985, «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)», *Doxa* núm. 2, Alicante, 1985, pp. 209 y ss.

43. En torno a esta distinción, se dice que la justificación usada para convencer es aceptable racionalmente, mientras que los argumentos utilizados para persuadir implican meramente eficacia, pero no aceptabilidad racional por parte del auditorio. El propio Aarnio no desconoce el riesgo de tal confusión. Escribe que «la relevancia (social) no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal, sino en la *fuerza racional de la justificación*. Tal interpretación (que la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica llegaran a la conclusión de que es razonable aceptar la posición presentada) satisface también máximamente la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee la máxima legitimidad en esa sociedad». *Vid.* AARNIO, A., 1991, p. 287.

44. El problema fundamental en torno a la idea del consenso racional se encuentra en la distinción entre discursos ideales y reales. Para Alexy, el problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en cada cuestión práctica. El consenso ideal es aquel que presenta tres características: a) un número de participantes igual e ilimitado, b) un tiempo eterno, y c) un conocimiento ilimitado, que quiere decir que los participantes posean una información empírica completa, y la capacidad y disposición completas para el intercambio de roles y completa carencia de prejuicios. El mismo autor afirma que: «Esta cuestión (la planteada más arriba) no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales, del discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso», pero en relación con los discursos reales «sólo es posible discursivamente lo que puede ser el resultado de un discurso (ya se trate de un consenso o un disenso), y sólo lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo. La relatividad, por ello, se refiere a cuatro cosas: 1) las reglas del discurso; 2) la medida de su cumplimiento; 3) los participantes, y 4) la duración del discurso (...) la teoría del discurso es una teoría no definida concluyentemente. El que la teoría no esté definida concluyentemente no significa, sin embargo, que sea inútil o que no pueda desplegar ninguna eficacia en la realidad (...) La aplicación de las reglas del discurso no llevaría ciertamente a la seguridad en toda cuestión práctica, pero sí a una considerable reducción de la existencia de irracionalidad. Si se desea utilizar los conceptos de relatividad y de objetividad de las normas morales, entonces se podría decir que el resultado del discurso no es ni sólo relativo ni sólo objetivo. Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso. Esto significa que la comprobación discursiva no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión, lo que justifica la utilización del concepto de corrección relativa». *Vid.* ALEXY, R., 1989, pp. 301-304.

### III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Tras haber analizado algunos de los sentidos que se le atribuyen a la dogmática, especialmente a través de la concepción sustentada por Alexy, donde adquiere mayor relevancia la noción de enunciados dogmáticos en los que es condición suficiente la aceptación y comprobación de los mismos, y que pueden ser justificados en última instancia sólo a través de argumentos prácticos de tipo general, este mismo autor se pregunta si existe alguna razón en favor de la opinión de que en las fundamentaciones jurídicas, aparte de las normas jurídicas, los enunciados empíricos y algunas formas de argumentos que sirven para la aplicación de las normas, sólo son importantes argumentos prácticos de tipo general. Esta última cuestión conecta con la distinción que realiza el propio autor de seis funciones que desarrolla la dogmática positivamente, como concreciones de las anteriormente citadas<sup>45</sup>, y que serían las siguientes:

1) *Función de estabilización.* Como la dogmática funciona institucionalmente, a través de la misma pueden fijarse, durante largos períodos de tiempo, determinadas formas de decisión. Pero esta función no debe ser sobrevalorada, pues los enunciados dogmáticos pueden ser modificados o rechazados en cualquier momento, y además en muchas fundamentaciones son necesarios también enunciados prácticos de tipo general.

2) *Función de progreso.* En conexión con la anterior, la dogmática institucionalizada posibilita la comprobación de los enunciados, ampliando la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetiva y personal.

3) *Función de descarga.* Si los enunciados dogmáticos pueden ser comprobados y aceptados al menos de manera provisional, ello supone una descarga pues no es necesaria una nueva comprobación en muchos casos. No es necesario volver a discutir todo cada vez. Pero a pesar de ello, la dogmática también puede tener un efecto de carga, al aumentar las posibilidades de decisión<sup>46</sup>.

4) *Función técnica.* La dogmática jurídica desarrolla una función de información, promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica y así su capacidad de transmisión.

5) *Función de control.* La dogmática posibilita que las decisiones jurídicas no se tomen de manera aislada, sino en relación con una serie de casos decididos y todavía por decidir, acrecentando así la eficacia del principio de universalidad y de justicia.

---

45. Cfr. *ibid.*, pp. 255 y ss.

46. La coincidencia entre Alexy y Luhmann en cuanto a la importancia de la actividad dogmática en el Derecho se refleja en las funciones que ambos le atribuyen. Puede verse al respecto LUHMANN, N., 1983.

6) *Función heurística*. La dogmática dispone de un material o instrumental, es decir, de una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que sirven de base para la toma de decisiones. La sistematización de los argumentos dogmáticos es una función muy importante, como quedó anteriormente reseñado.

En relación a la importancia de la dogmática y de las funciones que la misma desarrolla en el contexto social, este autor afirma que «Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general. (...) En esta medida, la dogmática es racional. (...) La argumentación dogmática es racional en la medida que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general.»<sup>47</sup> Esto significa que además de la importancia de la utilización de argumentos dogmáticos, en última instancia el uso de argumentos prácticos de tipo general es necesario en el ámbito del discurso jurídico.

Una de las críticas más visibles e importantes hacia la concepción anterior sería, siguiendo a Atienza, la dudosa utilidad de la dogmática jurídica. El uso de argumentos dogmáticos, tal y como lo formula Alexy<sup>48</sup>, no parece regir en ordenamientos jurídicos —como puede ser el español— en los que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales no forman parte de las fuentes obligatorias del sistema<sup>49</sup>. A pesar de estas limitaciones actuales respecto al papel o funciones a desarrollar por la argumentación dogmática, es cierto que todavía queda mucho por descubrir<sup>50</sup>, especialmente en los con-

47. *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 261.

48. La tercera regla de la dogmática (J. 12) dice que: «Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.» *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 261.

49. *Cfr.* ATIENZA, M., 1991, pp. 229-230. En relación al Derecho español, el Código Civil dispone en su art. 1.6.º, que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.» No obstante, existe un consenso bastante generalizado entre la doctrina para incluir entre las fuentes del derecho a la jurisprudencia, aunque con algunas limitaciones.

50. Sobre el futuro de la dogmática jurídica, Luhmann se plantea ciertas cuestiones desde el punto de vista de su análisis sociológico: «La cuestión de futuro de la dogmática jurídica ha de formularse con la correspondiente complejidad. Suena así: ¿Se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales?, ¿o no lo permite el número de conexiones del derecho con un sistema social en rápido cambio? ¿Se puede, en las circunstancias actuales, garantizar la integración social del derecho solamente en el plano más concreto de la producción y del cambio de programas jurídicos? ¿Impide la reforzada y acelerada producción de normas jurídicas, sólo por su rapidez, el ulterior desarrollo de la dogmática jurídica en conexión con un material normativo tan fluctuante? ¿La dogmática será capaz, debido a su potencial de abstracción, de desarrollar una flexibilidad que anticipe y comprenda también los cambios jurídicos? Finalmente: ¿Podría la producción de normas jurídicas, aun excluyendo por su cuantía y rapidez el desarrollo de una dogmática adecuada, compensar su falta, o se pagará la positividad del derecho al precio de un proceso de des-diferenciación de política y derecho, de tal forma que

textos reales de discusión. Un buen comienzo es, sin duda, el estudio y el análisis de las funciones que puede desarrollar la misma en el plano socio-jurídico. En el fondo, consistiría en dar un tratamiento no dogmático a la dogmática jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa* núm. 8, Alicante, 1990.
- *Lo racional como razonable* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRON, C. E./BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1971.
- ALEXY, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *Derecho y filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Barcelona/Caracas, ed. Alfa, 1985.
- *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa* núm. 5, Alicante, 1989b.
- ALEXY, R./DREIER, R., «The concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, Vol. 3, núm. 1, March, 1990.
- ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, ed. Barcanova, 1985.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, 1986.
- «Las funciones de la dogmática jurídica», ponencia presentada al seminario sobre Crítica de los paradigmas de la teoría del Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1991.
- CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- DE LUCAS, J., «El razonamiento jurídico como razonamiento moral limitado», ponencia presentada al seminario sobre Racionalidad y Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1992.
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977.
- KANT, E., *Teoría y Práctica* (trad. de J. Miguel Palacios, M. F. Pérez López, y R. Rodríguez Aramayo), Madrid, Tecnos, 1986.
- LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de Ignacio de Otto), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

---

la autonomía del sistema jurídico sólo se fundamente en la inercia, en la inamovilidad y en la inescrutabilidad de la masa de normas y no en la conclusividad y elegancia del argumento dogmático?». Para este autor, la respuesta a estas preguntas en relación a las funciones a desarrollar por la dogmática «depende muy esencialmente de lo que hagan los juristas cuando se le planteen tales preguntas». La dogmática jurídica «permanecerá o caerá según sea o no posible llevar las reflexiones y abstracciones jurídicas a un nivel que corresponda a la situación social o según que el ulterior desarrollo del derecho pase a la legislación y, por tanto, en gran medida a la política». *Vid.* LUHMANN, N., 1983, pp. 113 y 147, respectivamente.

- RUIZ MANERO, J., «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)», *Doxa* núm. 2, Alicante, 1985.
- VV.AA., *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (publié sous la direction d'A. J. Arnaud), Paris-Bruxelles, LGDJ et Story-Scientia, 1988.



## Definiciones en el Derecho

Por RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

Murcia

### I. INTRODUCCIÓN

Explicaré brevemente, a modo de introducción, en qué sentido utilizaré los dos términos que aparecen en el título de este trabajo: «definiciones» y «Derecho».

#### 1. El término «definición»

Las definiciones que hallamos en una teoría científica o en un documento cualquiera son cláusulas que sirven para fijar, aclarar o precisar el sentido de una expresión, que aparece varias veces en la teoría o en el documento.

Esa expresión, cuyo sentido la definición fija, aclara o precisa, cuyo sentido la definición define, se denomina *definiendum*. Y la forma en que la definición define la expresión llamada *definiendum* consiste en establecer una equivalencia, por convención, porque así se estipula, entre el *definiendum* y otra expresión llamada *definiens*, cuyo sentido ya se conoce o es más familiar que el *definiendum*.

Así, pues, la definición explica una expresión, el *definiendum*, cuyo sentido es desconocido o dudoso, mediante otra expresión, el *definiens*, cuyo sentido es más conocido o menos dudoso.

Como ejemplo puede servir la siguiente definición:

La semántica es la ciencia del significado.

En esta definición la expresión «semántica» es el *definiendum*, mientras que la expresión «ciencia del significado», el *definiens*. En ella se fija el sentido dudoso o desconocido de la expresión «semán-

tica» mediante la expresión «ciencia del significado», cuyo sentido es más familiar.

Dada la finalidad perseguida por las definiciones, es razonable exigir que la definición sea presentada antes de que el *definiendum* sea usado a lo largo de la teoría o el documento, o bien inmediatamente después de la primera vez que se haga uso del *definiendum*. Pues si el *definiendum* es usado mucho antes de ser definido, se corre el peligro de que cada uso del *definiendum*, previo a la definición, provoque incompreensión.

La teoría de la definición, que trata de los requisitos de las definiciones, sus características, sus clases, etc., constituye un extenso capítulo de la filosofía. Aquí voy a limitarme a señalar algunas características de las definiciones, relevantes para el tema que nos ocupa.

He dicho anteriormente, con intencionada imprecisión, que las definiciones son cláusulas. Podría haber dicho, más claramente, que las definiciones son enunciados (esto es, expresiones bien formadas con significado completo). Lo que sucede (y éste es el rasgo de las definiciones que es preciso destacar) es que esas cláusulas o enunciados que son las definiciones no pertenecen a ninguna de las dos clases de enunciados que nos son más familiares, es decir, no son enunciados asertivos, ni tampoco directivos o prescriptivos:

No son enunciados asertivos, porque los enunciados asertivos son verdaderos o falsos; en cambio, las definiciones no son verdaderas, ni falsas. Tampoco son (las definiciones) enunciados prescriptivos, porque las prescripciones son eficaces o ineficaces, cumplidas o violadas; en cambio, las definiciones no presentan ninguna de esas características.

## 2. El término «Derecho»

Por lo que respecta al segundo de los términos que aparecen en el título del presente trabajo, el término «Derecho», usualmente se incluyen bajo este término las leyes, las normas consuetudinarias, los principios generales del Derecho, a veces también las resoluciones jurisdiccionales e incluso algunas otras cosas.

Parece claro que ni el Derecho consuetudinario, ni los principios generales del Derecho (cualquiera que sea la concepción que se tenga de estas entidades) contienen definiciones. Y las definiciones que aparecen en algunas resoluciones jurisdiccionales no son sustancialmente diferentes de las contenidas en las leyes. Por esta razón, me limitaré a hablar de las definiciones contenidas en las leyes.

## II. LAS DEFINICIONES LEGALES COMO ENUNCIADOS CUALIFICATORIOS

En las teorías científicas, las definiciones constituyen un grupo autónomo de enunciados, bien diferenciado de las aserciones, que es el otro y principal grupo de enunciados que integran una teoría científica.

En el Derecho, en cambio, los dos grandes grupos de enunciados que encontramos son el de las prescripciones y el de los enunciados cualificatorios. Aquí las definiciones carecen de autonomía. Como veremos, hay muchas clases de definiciones legales; pero todas ellas integran una especie de enunciados jurídicos cualificatorios.

Examinaremos, en primer lugar, las definiciones legales que podemos llamar «de tipo estándar».

## III. DEFINICIONES LEGALES DE TIPO ESTÁNDAR

### 1. La forma típica de la definición

Entre las definiciones legales de tipo estándar, algunas revisten la forma típica de la definición. Como ejemplo puede servir el único enunciado contenido en el párrafo primero del artículo 530 del Código Civil, que dice:

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

Otra forma más rigurosa, pero artificial, de formular esta definición es la siguiente:

X es una servidumbre si y sólo si X es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

En esta definición, el *definiendum* es la expresión «servidumbre», y el *definiens*, la expresión «gravamen impuesto...». Como en cualquier definición, la citada definición contenida en el artículo 530 del Código Civil sirve para fijar por convención el sentido de una expresión, la expresión «servidumbre», que es usada varias veces en el documento, en este caso en el Código Civil.

Y, correctamente, dicha expresión aparece en el primer artículo del capítulo dedicado a las servidumbres; aparece antes de que sea usado repetidamente el término («servidumbre») definido en ella.

La equivalencia que el legislador establece entre las expresiones «servidumbre» y «gravamen impuesto...» significa, por un lado, que toda servidumbre es un gravamen impuesto..., y, por otro lado, que todo gravamen impuesto... es una servidumbre. Dicho de otro modo: en la citada definición las servidumbres son calificadas como gravá-

menes impuestos..., y los gravámenes impuestos... son calificados como servidumbres.

De este modo, queda en evidencia por qué la definición citada es un enunciado cualificatorio. Aunque, en realidad, más que un enunciado cualificatorio, es una conjunción de dos enunciados cualificatorios.

Aquí se halla, precisamente, la diferencia específica que distingue a las definiciones del resto de los enunciados jurídicos cualificatorios: una definición legal es equivalente a una conjunción de dos enunciados cualificatorios, cada uno de los cuales es el enunciado recíproco del otro.

También son ejemplos de definiciones legales de tipo estándar, que revisten la forma más típica de la definición, los siguientes enunciados jurídicos:

— El primer enunciado del artículo 430 del Código Civil («Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona»).

— El único enunciado del artículo 1.521 del Código Civil («El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago»).

— El único enunciado del artículo 1.538 del mismo código («La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra»).

— El único enunciado del 1.665 del Código Civil («La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»).

Respecto a ellas son válidas las mismas o análogas observaciones a las realizadas respecto a la definición de servidumbre contenida en el artículo 530: están correctamente situadas en el Código Civil, al comienzo de los títulos, capítulos o secciones correspondientes, y cualquiera de ellas es equivalente a una conjunción de dos enunciados cualificatorios, cada uno de los cuales es el enunciado recíproco del otro.

Todas las definiciones últimamente citadas tienen la misma forma que la primera de «servidumbre», y que es la forma típica de la definición: en ellas aparece, en primer lugar, el *definiendum*; después la cópula «es»; y por último el *definiens*.

Sin embargo, y a pesar de su tipismo, respecto a ellas surge ya el principal problema de interpretación que se plantea en el tema de las definiciones legales, a saber: el de determinar con certeza cuándo un enunciado legal es un enunciado cualificatorio ordinario y cuándo se trata de una definición, o sea, de una conjunción de dos enunciados cualificatorios. Pues ni siquiera la forma citada, tan típica de las definiciones, garantiza que el enunciado en cuestión sea una definición.

Fijémonos en el único enunciado del 618 del Código Civil. Este enunciado dice lo siguiente:

La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

Formalmente, no hay diferencia entre este enunciado y el primero del 530. El 618 dice: «La donación es un acto...»; el del 530 dice: «La servidumbre es un gravamen...». Por ello, y dado que el enunciado del 530 es, según hemos observado anteriormente, una conjunción de enunciados cualificatorios, uno se inclinaría a interpretar análogamente el enunciado del 618. O, dicho de otra manera, a primera vista parece que el sentido del 618 es el siguiente: «Toda donación es un acto de liberalidad... y todo acto de liberalidad... es una donación».

Sin embargo, el artículo siguiente, el 619, contiene un único enunciado que dice así:

Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Éste es un enunciado cualificatorio que atribuye la calificación de donación a determinados actos, que en rigor no son de pura liberalidad. Sin embargo, según la interpretación ofrecida anteriormente del 618 como definición, toda donación es un acto de liberalidad (un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente...).

La forma de evitar esta aparente oposición entre los dos artículos consiste en no interpretar el artículo 618 como una definición (a pesar de su forma tan típica de la definición); consiste en no interpretarlo como: «Toda donación es un acto de liberalidad... y todo acto de liberalidad... es una donación».

Para evitar la citada oposición, es necesario interpretar el 618 como un enunciado cualificatorio ordinario, que atribuye el calificativo de donación a determinados actos, o sea, es necesario interpretarlo en el sentido siguiente: «Todo acto de liberalidad... es una donación».

Estas observaciones revelan que el hecho de que un enunciado legal presente la forma típica de la definición no es un síntoma inequívoco de que se trate de una definición.

## 2. Otras formas de definiciones legales de tipo estándar

A) Otra forma muy utilizada por el legislador para formular definiciones consiste en alterar levemente la que vengo llamando «forma típica de la definición», o sea, la estructura *definiendum-cópula-definiens*, y colocar en primer lugar la cópula, después el *definiendum* y por último el *definiens*.

Ejemplo de definición legal que presenta esta forma es el único enunciado del artículo 1.216 del Código Civil, que dice así:

Son [cópula] documentos públicos [*definiendum*] los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley [*definiens*].

Otros ejemplos análogos son los siguientes:

— El único enunciado del artículo 453 del Código Penal («Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio»).

— El único enunciado del 457 del Código Penal («Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona»).

— El único enunciado del artículo 500 del mismo código («Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas»).

B) Otra estructura que también utiliza el legislador para formular definiciones es la integrada por la forma verbal «hay», a continuación el *definiendum*, y por último el *definiens* precedido de una expresión como «cuando» o «siempre que». Como ejemplo puede servir el primer enunciado del artículo 392 del Código Civil, que dice:

Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.

Otros ejemplos análogos al anterior son los siguientes:

— El primer enunciado del artículo 1.267 del Código Civil («Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible»).

— El segundo enunciado del mismo artículo («Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal...»).

— El único enunciado del 1.269 del mismo código («Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas...»).

Una ligera variante respecto a las formas anteriores es la utilizada en el único enunciado del 1.254 del Código Civil: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

C) Hay definiciones legales en cuyo *definiens* aparece una lista de términos. Algunas de las definiciones anteriores son, en el fondo, de este tipo. Pero un ejemplo más claro es el único enunciado del artículo 12 del Código Penal, que dice así:

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

- 1.º Los autores.
- 2.º Los cómplices.
- 3.º Los encubridores.

En esta definición, el *definiendum*, el término «responsable criminalmente de los delitos y faltas», es definido mediante un *definiens* integrado por una *disyunción* (no por una conjunción) de tres términos: los términos «autor», «cómplice» y «encubridor».

Una forma más rigurosa, pero artificial, de formular esta definición sería la siguiente:

X es responsable criminalmente de un delito o falta si y sólo si X es autor o X es cómplice o X es encubridor (de un delito o falta).

Es un hecho familiar a cualquier jurista que muchas definiciones legales son similares a la última citada, en las que el *definiens* está integrado por una lista de términos. En todos estos casos dicha lista ha de ser entendida también en forma disyuntiva, a fin de interpretar correctamente la definición.

Por ejemplo, la definición contenida en la Constitución Española de 1978, artículo 81, párrafo 1: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

En el Código Civil abundan las definiciones de este tipo. Empezando por el artículo 1, párrafo 1.º, que dice: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; el artículo 17, que comienza diciendo: «Son españoles de origen...», y continúa con una lista de términos.

También los enunciados legales de este tipo plantean la duda de si se trata realmente de definiciones, esto es, de si la lista de términos contenida en el aparente *definiens* es o no exhaustiva. Serán definiciones si y sólo si la lista de términos es exhaustiva.

D) En ocasiones, para formular una definición, el legislador sustituye en la estructura *cópula-definiendum-definiens*, la *cópula* «son» o «es» por las expresiones «se considera(n)», «se reputa(n)» o similares.

Esto sucede, por ejemplo, en el enunciado contenido en el artículo 258 del Código Penal, que dice lo siguiente:

Se consideran armas de defensa [y ahora viene el *definiens*] las pistolas, revólveres y pistolas automáticas de todos los modelos y calibres, con excepción de las pistolas ametralladoras.

Lo mismo ocurre en el único enunciado del párrafo primero del 433 del Código Civil, que dice:

Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Pero tampoco la presencia, en un enunciado legal, de las expresiones «se reputa» o «se considera» garantiza que estemos ante una

definición. Por ejemplo, el artículo 335 del Código Civil dice lo siguiente:

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

Formalmente, este enunciado no se diferencia del enunciado, antes citado, contenido en el 433 del mismo código, que dice: «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». Pero mientras este último es casi con certeza una definición, el enunciado del 335 no es una definición. Pues según el artículo siguiente, el 336, «tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones..., los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios».

No parece que exista, pues, una forma o fórmula, cuyo uso o presencia en un enunciado asegure que el enunciado en cuestión es una definición legal.

#### IV. DEFINICIONES DE TIPO NO ESTÁNDAR

Entre las definiciones legales de tipo no estándar cabe incluir todas las que vamos a examinar a continuación.

##### 1. Definiciones indirectas

Las definiciones indirectas son definiciones corrientes, pero expresadas de forma indirecta o mediante una perífrasis.

Ejemplos:

— Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente

[único enunciado del artículo 1.445 del Código Civil].

— Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra

[único enunciado del 1.709 del Código Civil].

— Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste

[único enunciado del párrafo primero del artículo 1.822 del Código Civil].

Una manera normal, directa, de formular, por ejemplo, la segunda de las definiciones recién citadas sería la siguiente:

El contrato de mandato es aquel en el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.



## 2. Definiciones condicionales

Mientras que las definiciones de tipo estándar tienen la forma «X es A si y sólo si X es B», las definiciones condicionales tienen la siguiente forma: «Si P entonces X es A si y sólo si X es B».

Esta forma condicional la observamos en el único enunciado del 376 del Código Civil, que dice así:

Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección.

Una manera de formular esta definición, que revela su naturaleza condicional, es la siguiente:

Si X e Y son dos cosas incorporadas, entonces X es principal si y sólo si Y se ha unido a X para adorno, uso o perfección de X.

## 3. Definiciones incidentales

Las definiciones que denomino «incidentales» son aquellas que el legislador formula incidentalmente, mientras está formulando otro enunciado jurídico. Ejemplos famosos de definiciones incidentales son las llamadas «definiciones entre paréntesis» del Código Civil alemán.

También en nuestro Derecho hay definiciones incidentales, aunque no sean entre paréntesis, sino entre comas. Por ejemplo, el único enunciado del artículo 407 del Código Penal dice lo siguiente:

El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

El legislador está formulando aquí un precepto que establece una pena para aquel que matare a otro. Pero, de manera incidental, introduce a la vez una definición de homicida, como aquel que mata a otro.

Definiciones incidentales hallamos también en el artículo 405 del Código Penal («El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor») y en el 217 del mismo código [«Serán castigados como rebeldes, con la pena de prisión mayor:...» (sigue una lista de términos, que constituye el *definiens* de esta definición incidental de rebelde)]. También el artículo 106 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985, que define lo que es cheque, contiene dos definiciones incidentales: la de librado (quien debe pagar) y la de librador (quien expide el cheque).

#### 4. Definiciones metalingüísticas

Definiciones metalingüísticas son aquellas en las que sea el *definiendum* sólo, sea a la vez el *definiendum* y el *definiens*, pertenecen al metalenguaje.

Examinemos, por ejemplo, el primer enunciado del párrafo segundo del artículo 530 del Código Civil. Este enunciado dice literalmente lo siguiente:

El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante.

En esta definición, el *definiendum*, o sea, la expresión «predio dominante», pertenece al metalenguaje. Pues lo que esta definición dice literalmente no es que predio dominante es el inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, sino que la denominación, la expresión «predio dominante», se refiere (se aplica) al inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre.

Definiciones de este tipo hallamos también en el único enunciado del artículo 660 del Código Civil («Llámanse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular»); en el único enunciado del 667 del mismo código («El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento»); y en el único enunciado del artículo 678 también del Código Civil («Se llama ológrafo el testamento cuando...»). El único enunciado del artículo 85 de la Constitución Española es también de este mismo tipo («Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos»).

Un ejemplo quizá distinto de los anteriores es el único enunciado del párrafo segundo del artículo 635 del Código Civil, que dice:

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Parece que el sentido de este enunciado es el siguiente:

Por la expresión «bienes futuros» se entiende (lo mismo que por la expresión) «bienes de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación»;

o también:

La expresión «bienes futuros» es sinónima de la expresión «bienes de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación».

Bajo estas últimas formulaciones, tanto el *definiendum* («bienes futuros») como el *definiens* («bienes de que el donante...») pertenecen al metalenguaje.

Mas las expresiones «se entienden» o «se entenderán», que encontramos en enunciados legales, son ambiguas. A veces se usan para formular definiciones metalingüísticas; pero otras veces significan simplemente «se consideran» o «se considerarán», en cuyo caso el enunciado legal en que aparecen, caso de ser una definición, probablemente no es una definición metalingüística.

Por ejemplo, el artículo 510 del Código Penal comienza diciendo: «Se entenderán llaves falsas...»; y a continuación sigue una lista de términos. Aquí probablemente nos hallamos ante una definición de tipo estándar no metalingüística.

De todos modos, la cuestión del sentido preciso de las expresiones «se entiende», «se considera», «se reputa», etc., de si sirven para expresar definiciones metalingüísticas o definiciones no metalingüísticas, carece de importancia, dado que en definitiva entre unas y otras no existe más que una diferencia de estilo literario.

Por último, cabe observar que tampoco la presencia de la expresión «se entiende» en un enunciado legal es síntoma inequívoco de que el enunciado en cuestión es una definición. Por ejemplo, el párrafo primero del artículo 142 del Código Civil contiene un único enunciado, que dice:

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Este enunciado jurídico, que contiene la expresión «se entiende», no es una definición legal, a pesar de las apariencias. Pues el artículo citado continúa con otros dos enunciados, que dicen lo siguiente:

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

## V. PATOLOGÍA DE LAS DEFINICIONES LEGALES

Bajo este epígrafe hay que incluir los defectos o errores cometidos por el legislador, a la hora de formular definiciones, entre los que cabe mencionar los que dan título a los subapartados siguientes.

### 1. Ausencia de fórmulas inequívocas de definición

El primer defecto que se observa en las definiciones legales es el ya apuntado de que no existe ningún signo, ni fórmula o estructura sintáctica, cuya presencia o uso en un enunciado legal garantice que el enunciado en cuestión es una definición. El legislador establece

las definiciones mediante enunciados que poseen estructuras equívocas; y para decidir si uno de esos enunciados es una definición o un enunciado cualificador ordinario es necesario consultar otros enunciados legales.

El criterio para decidir estas cuestiones parece ser el siguiente. Sea A uno de esos enunciados polémicos que nos plantean dudas acerca de si se trata o no de una definición, y cuyo aparente *definiendum* es una expresión E. Si existe otro enunciado jurídico cualificador B, que atribuye la calificación E a ciertas entidades, entonces A no es una definición; si no existe ese otro enunciado jurídico cualificador B, entonces A sí es una definición<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, sería deseable que el legislador regularizara una fórmula o estructura sintáctica para establecer definiciones, de tal modo que su presencia o ausencia en un enunciado legal fuera suficiente para determinar si dicho enunciado es o no es una definición, sin necesidad de consultar otros enunciados legales.

## 2. Definiciones formalmente incorrectas

Son formalmente incorrectas aquellas definiciones legales en las que el legislador pretende definir a la vez dos expresiones. El resultado de estos intentos es que no se consigue definir ninguna de las dos expresiones.

Esto es precisamente lo que sucede en el primer enunciado del artículo 1 del Código Penal. En dicho enunciado, el legislador pretende definir a la vez lo que es delito y lo que es falta, al establecer:

Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

El propio legislador debió sentir la insuficiencia de dicha definición, dado que creyó necesario volver de nuevo sobre el mismo tema en el artículo 6 del mismo código, cuyo texto literal es:

Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves.  
Son faltas las infracciones a las que la ley señala penas leves.

Sería preferible sustituir el enunciado del párrafo primero del artículo 1 y los dos enunciados del artículo 6 por los dos siguientes enunciados:

Son delitos las acciones u omisiones, dolosas o culposas, que la ley castiga con penas graves.  
Son faltas las acciones u omisiones, dolosas o culposas, que la ley castiga con penas leves.

---

1. En el mismo sentido, ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 52.

### 3. Definiciones inútiles

Inútiles son aquellas definiciones de expresiones que el legislador no usa nunca o usa sólo una vez. ¿Para qué sirve definir una expresión, si no se hace uso de ella?

Ejemplos de definiciones inútiles son las definiciones incidentales, antes mencionadas, de «homicida» y «reo de parricidio», dado que el legislador no usa esas expresiones en otros enunciados.

También parece inútil la definición contenida en el párrafo segundo del artículo 635 del Código Civil, antes citada. El texto literal de este artículo es el siguiente:

La donación no podrá comprender los bienes futuros.  
Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de hacer la donación.

En el primer enunciado de este artículo el legislador usa la expresión «bienes futuros»; en el segundo enunciado, el legislador define dicha expresión. Y en ningún otro enunciado o artículo el legislador vuelve a usar la expresión citada. Habría sido preferible, por ello, que el legislador formulara un único enunciado, que dijera:

La donación no podrá comprender los bienes de que el donante no puede disponer al tiempo de hacer la donación.

### 4. Definiciones mal situadas

A) Al comienzo se ha aludido a la necesidad de que la definición de una expresión preceda al uso de la misma, o de que, en el caso de que el uso de una expresión preceda a su definición, la preceda inmediata o casi inmediatamente.

Esta exigencia es violada por el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al definir las expresiones «autos», «providencias» y «sentencias» en el artículo 369 de dicha ley, a pesar de que mucho antes vienen siendo usadas las expresiones citadas.

B) También están mal situadas las definiciones incidentales por el mero hecho de serlo, o sea, por el hecho de estar formuladas a la vez que se formula otro enunciado. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, es deseable separar unos enunciados de otros.

Una violación múltiple de esta exigencia la hallamos en el artículo 806 del Código Civil. El texto literal de este artículo es el siguiente:

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

A continuación el artículo 807 define quiénes son herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo). Pero volvamos al 806.

El único enunciado de este artículo contiene: 1.º Una definición de «legítima»; 2.º Una explicación de por qué el testador no puede disponer de los bienes que integran la llamada «legítima»; y 3.º Una definición incidental metalingüística de la expresión «herederos forzosos».

Mas, comenzando por el final, ¿a qué sirve esa definición incidental de «heredero forzoso», si ya el artículo siguiente contiene una definición suficiente y correcta de lo que son herederos forzosos? Dicha definición incidental, no sólo está mal situada, como todas las definiciones de esa clase, sino que resulta innecesaria, redundante, al lado de la definición del 807.

Por otra parte, parece también innecesario que el legislador exponga las razones por las que el testador no puede disponer de determinados bienes. El legislador, además, parece mezclar ahí una definición (la definición de «legítima») con una prohibición (la prohibición, dirigida al testador, de disponer de ciertos bienes).

A la vista del contenido de los artículos 806 y 807, habría sido preferible, a mi juicio, proceder de la siguiente manera:

En primer lugar, formular la definición de «heredero forzoso» contenida en el 807.

En segundo lugar, establecer la siguiente definición de «legítima»:

Legítimas son las porciones de bienes reservadas por la ley a los herederos forzosos.

Y, en tercer lugar, formular la prohibición de que el testador no puede disponer de las legítimas.

Sin embargo, si tenemos en cuenta además lo que dicen los artículos 808 y siguientes, habría bastado en realidad con la definición de «heredero forzoso».

Pues por lo que respecta a la definición genérica de «legítima», parece innecesaria, dado que los artículos que acaban de ser citados definen en qué consisten las legítimas de cada una de las clases de herederos forzosos. Y en cuanto a la prohibición de disponer de las legítimas, ésta aparece posteriormente en el artículo 813 (cuyo primer enunciado dice así: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la Ley»).

En definitiva, el artículo 806 del Código Civil, no sólo viola principios elementales de técnica legislativa, sino que es además completamente superfluo.

## Forma performativa (\*\*) (\*\*\*)

Por AMEDEO G. CONTE \*

Pavia

Können wir uns denn darin nicht irren, dass wir eine Frage verstehen?

¿No podemos estar equivocados cuando pensamos que comprendemos una pregunta?

LUDWIG WITTGENSTEIN

SUMARIO: 1. Performatividad thética vs. performatividad athética. 1.1. «Davar». 1.2. Dos formas de performatividad.—2. Génesis de la teoría de la performatividad. 2.1. Performatividad en Leonhardus Lessius. 2.2. Performatividad en Erwin Koschmieder.—3. Condiciones de validez pragmática de los performativos: condiciones praxeológicas vs. condiciones praxeonómicas. 3.1. Condiciones praxeológicas de validez pragmática. 3.2. Condiciones praxeonómicas de validez pragmática.—4. Performatividad thética (theticidad).—5. Performatividad thética en deóntica. 5.1. Desconocimiento de la theticidad en Karl Olivecrona. 5.2. Reconocimiento de la theticidad en Herbert Spiegelberg.

### 1. PERFORMATIVIDAD THÉTICA VS. PERFORMATIVIDAD ATHÉTICA

#### 1.1. «Davar»

En hebreo existe una palabra que significa tanto «palabra» como «cosa». Esta palabra es «davar» (o «dabar»). Que una palabra signifique dos conceptos opuestos, antitéticos (como «palabra» y «co-

---

\*\* Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994.

\*\*\* Traducción española de Carlos Alarcón Cabrera.

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Pavia, Italia.

sa)), parece paradójico. Sin embargo, existen casos en los cuales ocurre lo que dice Ramón Pérez Ayala: «La cosa y la palabra es uno mismo». Existen casos en los cuales la enunciación (*enunciazione, Ässerung, énonciation, utterance*) de un enunciado (*enunciato, Satz, énoncé, sentence*) realiza lo que el enunciado significa. Este es el fenómeno del que surge la teoría de la performatividad<sup>1</sup>.

## 1.2. Dos formas de performatividad

1.2.1. ¿Y qué cosa significa «realizar lo que el enunciado significa»? Para responder a esta pregunta, examinaremos dos casos en los cuales la enunciación de un enunciado realiza lo que el enunciado significa.

(i) La enunciación del enunciado «Te lo agradezco» realiza el acto de agradecimiento que el enunciado «Te lo agradezco» significa.

(ii) La enunciación del enunciado «El interdicto tiene el domicilio del tutor», en el contexto de un código (Código civil italiano, art. 45), realiza el estado de cosas que el enunciado significa: lo realiza adscribiendo a todo interdicto el domicilio del tutor.

1.2.2. La heterogeneidad de los dos ejemplos que he puesto se manifiesta al instante. Una cosa es realizar un *acto*, un *Akt* (entendiendo «realizar» en el sentido del verbo alemán «verwirklichen»), y otra cosa es realizar *un estado de cosas*, un «*Sachverhalt*»<sup>2</sup>.

1.2.2.1. En referencia al paradigma aristotélico: *prâxis* vs. *poïesis*, en un primer momento llamé a los actos performativos de la primera especie «actos de prâxis»; a los actos performativos de la segunda especie, «actos de poïesis».

1.2.2.2. Más recientemente, he propuesto para las dos especies de performatividad, respectivamente, los términos «performatividad athética» y «performatividad thética»:

---

1. El adjetivo inglés «*performative*» es un neologismo derivado del verbo «*to perform*» («realizar»). Se remonta al filósofo del lenguaje John Lagshaw Austin (1911-1960), autor de «*How to Do Things with Words*» [Cómo hacer cosas con palabras], obra póstuma de 1962. El término inglés «*performative*» ha sido acogido por las principales lenguas: el alemán «*performativ*», el francés «*performatif*», el polaco «*performatywny*», el italiano «*performativo*», el español «*performativo*». Frecuentemente, el adjetivo ha sido sustantivado: los performativos se llaman en inglés «*performatives*», en alemán «*Performative*», en polaco «*performatywy*» (sin la «n» antes de la segunda «y»: «*performatywy*» significa «los performativos»; «*performatywny*», con la «n», significa «performativo»).

El concepto de «performatividad» es uno de los conceptos-llave de la disciplina llamada «pragmática».

2. Para los dos sentidos de «realizar» existen, en alemán, dos verbos distintos con la misma etimología (ambos proceden de la raíz del verbo «*wirken*», «obrar», del sustantivo «*Werk*», «obra», del adjetivo «*wirklich*», «real»). Estos dos verbos con la misma raíz son «*verwirklichen*» y «*erwirken*».



(i) Es thética (del griego «*thésis*», «acto de posición») la performatividad de las enunciaciones que realizan un estado de cosas (por ejemplo: la enunciación del enunciado «El interdicto tiene el domicilio del tutor»).

(ii) Es athética (es decir, no-thética) la performatividad de las enunciaciones que no realizan un estado de cosas, sino un acto (por ejemplo: la enunciación del enunciado «Te lo agradezco», que no realiza ningún estado de cosas, sino que simplemente realiza el acto de agradecimiento que el enunciado «Te lo agradezco» significa).

## 2. GÉNESIS DE LA TEORÍA DE LA PERFORMATIVIDAD

La teoría de la performatividad (*performatività, Performativität, performativité, performativity*), o, más brevemente, de los performativos, surge de la tematización (y problematización) del fenómeno (aparentemente obvio) llamado (por Erwin Koschmeider) «*Koinzidenzfall*» («caso de la coincidencia»). Existen casos en los cuales el *hacer* coincide con el *decir*. Ejemplo clásico: la enunciación del enunciado «Prometo venir mañana» (enunciado que, formalmente, es un enunciado declarativo, un *Deklarativsatz*, una *declarative sentence*) no describe una promesa, sino que es una promesa; el hecho de proferir este enunciado no es una representación [*Darstellung*] de una promesa, sino una realización, una materialización de una promesa; el acto de la promesa no es objeto de *Darstellung* (representación), sino (como escribe Erwin Koschmeider) de *Auslösung* (realización, producción, efectuación).

### 2.1. Performatividad en Leonhardus Lessius

Una icástica descripción de este fenómeno que Erwin Koschmeider llamara «*Koinzidenzfall*» y que sería estudiado, en pragmática (*pragmática, Pragmatik, pragmatique, pragmatics*), con el nombre de «performatividad», aparece en Leonhardus Lessius (en flamenco, Lenaert Leys) (1554-1623), *De justitia et de iure*, 1609.

2.1.1. Los performativos que Lessius analiza son la promesa [*promissio*] y la donación [*donatio*]. Escribe Lessius:

«*Promissio et donatio sunt signa quaedam practica, efficientia id ipsum, quod significant.*

Qui enim dicit: “Promitto tibi”, “Do tibi”, non solum significat internam cogitationem et affectum dandi, sed etiam ipsum actum donationis et promissionis, qui in hisce verbis sub tali intentione prolatis [...] consistit».

Paráfrasis:

«La promesa [*promissio*] y la donación [*donatio*] son signos prácticos [*signa practica*] que realizan aquello que significan [*significant*].

De hecho, decir «Te prometo», o «Te doy», no sólo significa una intención (la intención de prometer o de dar), sino también un acto (el propio acto [*ipsum actum*] de la promesa, o, respectivamente, el propio acto de la donación), acto que consiste [*consistit*] precisamente en esas palabras [*in hisci verbis*] pronunciadas con tal intención».

2.1.2. Para la teoría de la performatividad, esta larga cita de Lessius es relevante porque Lessius distingue dos cuestiones: una cuestión de semántica (*semántica, Semantik, sémantique, semantics*) y una cuestión de pragmática (*pragmática, Pragmatik, pragmatique, pragmatics*)<sup>3</sup>.

(i) La *primera* es una cuestión de *semántica*: concierne a la semántica del enunciado «Promitto tibi» y del enunciado «Do tibi». ¿Cuál es el significado de enunciados como «Promitto tibi» y «Do tibi»? ¿Qué es lo que dichos enunciados significan?

A la cuestión (de semántica) del significado de estos enunciados, Lessius responde: Un enunciado como «Promitto tibi» o como «Do tibi» es un enunciado (*enunciato, Satz, énoncé, sentence*) cuya enunciación (*enunciación, Ässerung, énonciation, utterance*) significa [*significat*] un acto, un *actus* (y, concretamente, el acto de la promesa [*actus promissionis*], en el caso del enunciado «Promitto tibi»; el acto de la donación [*actus donationis*], en el caso del enunciado «Do tibi»).

(ii) La *segunda* de las dos cuestiones es una cuestión de *pragmática*: no concierne al estatuto *semántico* (al significado) de *enunciados* (*enunciati, Sätze, énoncés, sentences*), sino al estatuto *pragmático* de *actos* (*atti, Akte, actes, acts*). ¿En qué consiste el acto (*atto, Akt, acte, act*) que los enunciados «Promitto tibi» y «Do tibi» significan [*significant*]?

A la cuestión de pragmática Lessius responde: el acto de la promesa [*actus promissionis*] consiste en la enunciación de un enunciado, en la enunciación de las palabras «Promitto tibi» («in hisce verbis [...] prolatis»). Análogamente, el acto de la donación [*actus donationis*] consiste en la enunciación de las palabras «Do tibi» («in hisce verbis [...] prolatis»).

2.1.3. El enunciado significa el acto; el acto, a su vez, consiste en la enunciación del enunciado. Estas dos tesis de Lessius no son equivalentes. La segunda tesis (la tesis de pragmática: el acto consiste en la enunciación del enunciado) no es la transformación en pasiva

---

3. Semántica y pragmática son dos de las tres partes en las que el filósofo americano Charles William Morris dividió la semiótica [*semiotic*]. La semántica [*semantics*] estudia las relaciones entre los signos y los significados; la pragmática [*pragmatics*] estudia las relaciones entre los signos y quienes los usan, entre los signos y sus intérpretes; la sintáctica [*syntactics*] estudia las relaciones de los signos entre sí.

de la primera. La tesis que Lessius afirma (a propósito de los enunciados «Promitto Tibi» y «Do tibi») no son las dos tesis (equivalentes; la segunda es la traducción en pasiva de la primera) (i) y (ii):

- (i) Las palabras («Promitto tibi», «Do tibi») significan el acto.
- (ii) El acto (el *actus promissionis*, el *actus donationis*) es significado por las palabras,  
sino otras dos tesis, la segunda de las cuales no es la transformación en pasiva de la primera; en concreto, las dos tesis (i) y (iii):
- (i) Las palabras («Promitto tibi», «Do tibi») significan el acto.
- (iii) El acto (el *actus promissionis*, el *actus donationis*) consiste en las palabras<sup>4</sup>.

(Consistir en no es: ser significado por.)

## 2.2. Performatividad en Erwin Koschmieder

Sin referencia a Lessius, y en contexto diferente, la singularidad del fenómeno caracterizado por Lessius (las palabras significan el acto; el acto consiste en la enunciación de las palabras que significan el acto) es sutilmente destacada por el lingüista alemán Erwin Koschmieder.

2.2.1. En la enunciación de un enunciado como:

«Ich segne dich hiermit»  
«Yo te bendigo»,

la acción (La *Handlung*) designada por el verbo consiste [*besteht*] en la enunciación [*Ausseprechen*] del propio enunciado [*Satz*]:

«Die [...] Handlung besteht im Aussprechen des Satzes.»  
«La acción [...] consiste en la enunciación del enunciado.»

2.2.2. El plano del performativo (del *Koinzidenzfall*), del mismo modo que el plano del imperativo, es (escribe Koschmieder en referencia a Karl Bühler) el de la *Auslösung*, el de la realización o efectuación. Pero entre performativo [*Koinzidenzfall*] e imperativo existe una diferencia, que, icásticamente, Koschmieder formula así:

«Der Koinzidenzfall [...] heischt [...] keine Auslösung wie der Imperativ, sondern er "ist" Auslösung.»  
«A diferencia del imperativo [*Imperativ*], el performativo [*Koinzidenzfall*] no prescribe, no exige [*heischt*] una realización, una efectuación, una *Auslösung*: el performativo "es" [*ist*] en sí mismo realización [*Auslösung*].»

---

4. La tesis (ii):  
(ii) El acto (el «actus promissionis», el «actus donationis») es significado por las palabras  
no coincide con la tesis (iii):  
El acto (el «actus promissionis», el «actus donationis») consiste en las palabras.

En el *Koinzidenzfall*, no existe ni descripción (representación) de un acto (*in hypotesi*: del acto de la bendición, del acto de bendecir), ni prescripción de un acto, sino ejecución, efectuación, realización [*Auslösung*] de un acto. Frente a la alternativa: descripción (en términos de *Sein*, de ser) o prescripción (en términos de *Sollen*, de deber ser), existe otra alternativa: la realización (la *Auslösung*).

### 3. CONDICIONES DE VALIDEZ PRAGMÁTICA DE LOS PERFORMATIVOS; CONDICIONES PRAXEOLÓGICAS VS. CONDICIONES PRAXEONÓMICAS

Un acto performativo es un acto. En tanto que acto, tiene condiciones de validez (en polaco: no *obowizywanie*, sino *ważność*) de validez pragmática [*ważność pragmatyczna*]. Las condiciones de validez pragmática son de dos especies:

(i) Condiciones praxeológicas (*condizioni praxeologiche di validità, praxeologische Gültigkeitsbedingungen, conditions praxéologiques de validité, praxeological validity-conditions*) y

(ii) Condiciones praxeonómicas (*condizioni praxeonomiche di validità, praxeonomische Gültigkeitsbedingungen, conditions praxéonomiques de validité, praxeonomical validity-conditions*).

Correlativamente, existen dos especies de validez pragmática y dos especies de invalidez pragmática.

Las dos especies de validez pragmática son la validez praxeológica (*validità praxeologica, praxeologische Gültigkeit, validité praxéologique, praxeological validity*) y la validez praxeonómica (*validità praxeonomica, praxeonomische Gültigkeit, validité praxéonomique, praxeonomical validity*).

Las dos especies de invalidez pragmática son la invalidez praxeológica (*invalidità praxeologica, praxeologische Ungültigkeit, invalidité praxéologique, praxeological invalidity*) y la invalidez praxeonómica (*invalidità praxeonomica, praxeonomische Ungültigkeit, invalidité praxéonomique, praxeological invalidity*).

#### 3.1. Condiciones praxeológicas de validez pragmática

Las condiciones praxeológicas de validez derivan, *ab intra*, del propio concepto del acto (son conocidas, y reconocidas, por el *lógos*, y no impuestas théticamente por un *nómos*, por una regla, por una norma): no están determinadas, *ab extra*, por un *nómos*, en concreto por una regla anakástico-constitutiva sobre la validez del acto. Por poner un ejemplo, refirámonos al acto performativo por antonomasia: la promesa (*promessa, Versprechen, promesse, promise*). Una condición praxeológica de validez de una promesa (del acto de la promesa) es que el objeto de la promesa sea un acto futuro. (Una pro-

mesa que sea promesa de un acto pasado es praxeológicamente inválida, inválida por razones que el *lógos* determina desde un punto de vista teórico).

La mejor contribución a la teoría de las condiciones praxeológicas de validez pragmática es una obra de un fenomenólogo alemán discípulo de Edmund Husserl: Adolf Reinach, quien dedicó al tema el ensayo *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* [Los fundamentos *a priori* del derecho civil], 1913.

### 3.2. Condiciones praxeonómicas de validez pragmática

A diferencia de las condiciones praxeológicas (determinadas desde un punto de vista teórico por el *lógos*), las condiciones praxeonómicas de validez están théticamente determinadas, *ab extra*, por un *nómos*, en concreto por una regla anankástico-constitutiva sobre la validez. Un posible ejemplo de condición praxeonómica de validez de la promesa es la licitud deóntica del acto prometido. Si esta condición necesaria de validez praxeonómica subsiste, es praxeonómicamente inválida toda promesa que sea promesa de un acto ilícito.

## 4. PERFORMATIVIDAD THÉTICA (THETICIDAD)

Los performativos más relevantes para la deóntica y para la filosofía del lenguaje normativo son los performativos théticos (*performativi thetici*, *thetische Performative*, *performatifs thétiques*, *thetic performatives*).

4.1. Para clarificar el concepto de performatividad thética (theticidad) cito veinticinco ejemplos de performativos théticos: la convocatoria (de una asamblea), la avocación (de una causa por parte de un juez), la revocación (del mandato), el otorgamiento del mandato, la acusación, la condena, el perdón, la excomunión, la dimisión, la abdicación, la nominación, la ordenación (de un sacerdote), la absolución por parte del sacerdote al terminar la confesión (en alemán: *Absolution*; por contra, la absolución por parte del juez es llamada *Freispruch*)<sup>5</sup>, la promulgación, la derogación, la invalidación, la anu-

---

5. La absolución por parte del juez tras un proceso penal (en alemán: «*Freispruch*», en holandés: «*vrijspraak*») y la absolución por parte del sacerdote tras la confesión (en alemán: «*Absolution*», en holandés: «*absolutie*») tienen, en español, el mismo nombre. Pero, en realidad, «*Freispruch*» y «*Absolution*» son dos actos asimétricos, con presuposiciones antitéticas: A diferencia del «*Freispruch*», la «*Absolutio*» presupone la no inocencia. La inocencia es declarada en el «*Freispruch*», y constituida en la «*Absolution*».

A diferencia de la absolución [«*Freispruch*»], la absolución por parte del sacerdote [«*Absolution*»] presupone la no inocencia y, théticamente, pone (restablece) la inocencia del penitente.

lación, la convalidación, la rescisión, la apuesta, la expulsión, la ren-  
dición, la renuncia, la convocatoria de un concurso, la descalifica-  
ción, el reconocimiento (*Anerkennung*) de un Estado (en derecho  
internacional)...

4.2. Detengámonos en siete de estos performativos théticos.

(i) Invalidar un acto (un testamento, en el derecho; o, en el  
juego del fútbol, un gol) no es decir que es inválido, sino hacerlo  
inválido.

(ii) Consagrar una iglesia no es predicar de ella (rhéticamente)  
el *status* de lugar sagrado, sino adscribirle (théticamente) dicho *sta-*  
*tus*.

(iii) Lo mismo ocurre con la secularización: la secularización  
de una iglesia no es un acto rhético, sino thético.

(iv) En la absolución (por parte del sacerdote: en alemán, *Ab-*  
*solution*), la inocencia no es objeto de declaración (el sacerdote no  
declara, falsamente, la inocencia: al contrario, presupone que no hay  
inocencia), sino de constitución.

(v) Excomulgar a alguien no es comunicar su no-pertenencia a  
la comunidad de los fieles, sino que es adscripción o producción  
(*Herstellung*) de tal condición. En el acto de la excomunión, la no-  
pertenencia a la comunidad de los fieles no es objeto de *rhêsis*, sino  
de *thêsis*; no es objeto de *descripción*, sino de *adscripción*; no es  
objeto de *constatación* [*Feststellung*], sino de *constitución* [*Festset-*  
*zung*]; no es objeto de *Darstellung* [representación], sino de *Hers-*  
*tellung* [producción]. La excomunión no es *imperativa*, sino *opera-*  
*tiva*.

(vi) Acusar (*accusare, beschuldigen, accuser, accuse*) no es  
afirmación (athética) de responsabilidad, sino adscripción (thética)  
de responsabilidad.

(vii) Derogar una ley no es decir que es inválida, sino hacerla  
inválida.

4.3. A la *performatividad thética* se refiere Karl Olivecrona  
cuando habla de imperativos performativos. Por contra, la performa-  
tividad a la que se refiere Erwin Koschmieder en su teoría del *Koin-*  
*zidenzfall* es la performatividad no thética, la *performatividad athé-*  
*tica*.

La performatividad de Olivecrona es la performatividad thética  
de aquél que, con las palabras que dice (con sus *Worte*), altera el  
mundo.

La performatividad de Koschmieder, por contra, es la performa-  
tividad athética de aquél que, con las palabras que dice (con sus  
*Worte*), simplemente realiza (efectúa) actos.

En referencia a la distinción de Aristóteles entre dos especies de  
acción: *prâxis* y *poïesis*, la performatividad *athética* podría llamarse  
performatividad de *prâxis*; la performatividad *thética* podría llamarse  
performatividad de *poïesis*.

## 5. PERFORMATIVIDAD THÉTICA EN DEÓNTICA

¿Cuáles son las relaciones entre performatividad y normatividad? Sobre las relaciones entre performatividad y normatividad existen (en deóntica y en filosofía del lenguaje normativo) dos doctrinas diametralmente opuestas: la *primera* afirma la primacía de lo deónico, y considera lo performativo como una especie de lo deónico; por contra, la *segunda* doctrina reconoce la especificidad de la performatividad thética, e incluso contrapone explícitamente la deonticidad a la theticidad. La primera es la teoría del sueco Karl Olivecrona; la segunda es la teoría del alemán Herbert Spiegelberg.

### 5.1. Desconocimiento de la theticidad en Karl Olivecrona

La teoría de la normatividad de los performativos (o mejor: de un subconjunto de performativos, en concreto de los performativos théticos) es mantenida por el sueco Karl Olivecrona. La enunciación de un enunciado como «Fiat lux» (enunciación que es *operativa*, thética, y no *imperativa*, deóntica) es, para Olivecrona, imperativa: «Fiat lux» es un imperativo anómalo, un imperativo adeónico que él llama (con un *oxymoron*) imperativo performativo. (A la *adeonticidad* de los imperativos performativos Olivecrona contrapone la *deonticidad* de los imperativos que él llama «imperativos de acción»).

El nombre sueco de los (*adeónicos*) «imperativos performativos» es «*performativa imperativer*» (una variante de este nombre es «*performativska imperativer*»); el nombre sueco de los (*deónicos*) «imperativos de acción» es «*handlingsimperativer*».

### 5.2. Reconocimiento de la theticidad en Herbert Spiegelberg

Karl Olivecrona desconoce la específica theticidad de los performativos théticos, considerándolos un subconjunto de los imperativos.

La especificidad de los performativos théticos es, por contra, reconocida por el filósofo alemán Herbert Spiegelberg (1904-1990). La contribución de Spiegelberg a la teoría de la performatividad es analizada en un reciente estudio de Paolo di Lucia.

Las aportaciones de Spiegelberg a la teoría de la performatividad son al menos tres. Estas tres aportaciones conciernen a la posible función (valencia) thética de tres formas lingüísticas, cuya función (valencia) primaria es deóntica:

- (i) el imperativo futuro latino,
- (ii) el subjuntivo latino,
- (iii) el verbo modal alemán «*sollen*».

### 5.2.1. *El imperativo futuro latino*

El *imperativo futuro* latino puede tener no sólo valor deóntico (por ejemplo: «Estote parati», «Estad preparados»), sino también valor thético (por ejemplo: «Ita ius esto», «Sacer esto», «Dis sacer esto», en las *Doce Tablas*; «Heres esto» en los testamentos).

### 5.2.2. *El subjuntivo latino*

El *subjuntivo* latino puede tener tanto valor deóntico o exhortatorio («*coniunctivus cohortativus*»: por ejemplo, «Gaudeamus igitur», «Alterius non sit qui suus esse potest», «Moriatur pro rege nostro Maria Theresia»), como valor thético («*coniunctivus constitutivus*»: por ejemplo, «Anathema sit», «Fiat lux»).

### 5.2.3. *El verbo modal alemán «sollen»*

El verbo modal alemán «*sollen*» (el verbo deóntico por antonomasia; es más, el verbo de la deonticidad, que aparece en términos como «*Sollnorm*», «*Sollsatz*», «*Sollsatzlogik*», «*Sollgeltung*», «*Sollensgeltung*» ...) puede tener no sólo valor deóntico, sino también valor thético. Por ejemplo, «*sollen*» tiene valor thético (expresa un *Festsetzungssollen*, el *Sollen* de una *Festsetzung*) en el enunciado:

Buchstabe «S» soll das Satzsubjekt bedeuten.

En efecto, este enunciado no se traduce al español como:

La letra «S» debe designar el sujeto del enunciado

sino como (prescindiendo de «*soll*»):

La letra «S» designa el sujeto del enunciado.

La forma verbal «*soll*» (escribe Spiegelberg) tiene aquí una función thética: tiene

«die fuktion, einen noch gar nicht bestehenden Sachverhalt [...] aufzusetzen»

«la función de constituir o instituir [*aufsetzen*] un estado de cosas [*Sachverhalt*] no preexistente (no existente todavía)».



## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Normas y paradojas*. Madrid, Tecnos, 1993.
- «Validez pragmática. Una discusión con A. G. Conte», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 70 (1993), pp. 341-354.
- AMSELEK, Paul (ed.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*. París, Presses Universitaires de France, 1986.
- AUSTIN, John Langshaw, *How to Do Things with Words*. London, Oxford University Press, 1962.
- AZZONI, Giampaolo M., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*. Padova, CEDAM, 1988.
- CARCATERRA, Gaetano, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979.
- *Le norme costitutive*. Milano, Giuffrè, 1974.
- CONTE, Amedeo G., «Aspekte der Semantik der deontischen Sprache». En: CONTE, Amedeo G./HILPINEN, Risto/WRIGHT, Georg Henrik von (eds.), *Deontische Logik und Semantik*. Wiesbaden, Athenaion, 1977, pp. 59-73.
- «Aspetti della semantica del linguaggio deontico», en DI BERNARDO, Giuliano (ed.), *Logica deontica e semantica*. Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 147-165.
- , *Filosofia del linguaggio normativo I*. Torino, Giappichelli, 1989.
- «Minima deontica», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 65, 1988, pp. 427-475.
- «Regola costitutiva, condizione, antinomia», en SCARPELLI, Uberto (ed.), *Studi in onore di Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 1983, pp. 21-39.
- CONTE, María-Elisabeth, «Délocutivité, performativité, contreperformativité». En: SERBAT, Guy (ed.), *E. Benveniste aujourd'hui*. Tome I. París, Société pour l'Information grammaticale, 1984, pp. 65-76.
- «La pragmática linguística», en SEGRE, Cesare (ed.), *Intorno alla linguística*. Milano, Feltrinelli, 1983, pp. 94-128.
- «Semiotica dell'enunciazione», en *Paradigmi*, 5, 1987, pp. 49-63.
- DI LUCIA, Paolo, *L'universale della promessa* [próxima edición].
- «L'atto della promessa», en Galli, Giuseppe (ed.), *Interpretazione e promessa*. Genova, Marietti [próxima edición].
- DESSELHORST, Malte, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln/Graz, Böhlau, 1959.
- GARDIES, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*. París, Presses Universitaires de France, 1987.
- KOSCHMIEDER, Erwin, *Zeitbezug und Sprache*. Leipzig-Berlin, Meiner, 1929.
- KOSCHMIEDER, Erwin, «Zur Bestimmung der Funktionen grammatischer Kategorien», en *Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Abteilung*, neue Folge, 1945.
- LESSIUS, Leonhardus [Lenaert Leys], *De justitia et de jure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*, Antverpiae, 1609.
- MORPURGO-TAGLIABUE, Guido, «Asserzioni e valutazioni», en *Giornale critico della filosofia italiana*, 41, 1962, pp. 437-462.
- MORPUNGO-TAGLIABUE, Guido, «Un'eredità di J. L. Austin: i performativi», en *Lingua e stile*, 15, 1980, pp. 65-93.
- NOWAK, Leszek, «Performatywy a język prawny i etyczny», en *Etyka*, 3 (1968), pp. 147-158.
- OLIVECRONA, Karl, «Election and Creation». En: *Studi in onore di Emilio Betti*, Vol. I. Milano, Giuffrè, 1962, pp. 383-388.
- OLIVECRONA, Karl, «Legal Language and Reality», en Newman, Ralph A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, New York, Bobbs-Merrill, 1962, pp. 151-191.

- OPALEK, Kazimierz, «“Doing Things with Word” and the Law», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 1973-1974, pp. 233-243.
- REINACH, Adolf, «Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes», en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, pp. 685-847.
- ROSS, Alf, «The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives», en Olson, Raymond E./Paul, Anthony M. (eds.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972, pp. 197-212.
- ROSSETTI, Andrea, «Performativi in Jean-Louis Gardies: verità, verificabilità, verofunzionalità», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 71, 1994.
- SAVOINI, Gian Pietro, «Performatività e validità in Alf Ross», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12, 1982, pp. 343-407.
- SEARLE, John R., *Speech Acts*, London, Oxford University Press, 1969.
- SPIEGELBERG, Herbert, *Gesetz und Sittengesetz*. Zürich, Niehans, 1935.
- *Sollen und Dürfen*, Dordrecht, Reidel, 1989.
- SZTYKGOLD, Jerzy, «Negacja normy», en *Przegląd filozoficzny*, 39, 1936, pp. 492-494. Traducción italiana de Jerzy Wróblewski y Amedeo G. Conte, «Negazione di norme», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 69, 1992, pp. 241-245.
- ZAGAR, Igor Z., *Zagatnost performativnosti ali kako obljubiti*, Ljubljana, Drzavna zalozba Slovenije, 1989.

## Conflictos normativos y análisis lógico del derecho

Por FRANCISCO JOSÉ DÍEZ AUSÍN

San Sebastián

### RESUMEN

El propósito de este trabajo es describir el fenómeno de los conflictos normativos —más concretamente, jurídicos— y su relevancia para un análisis lógico del derecho y del razonamiento judicial. Aceptar la presencia de conflictos y, por ende, de contradicciones en los sistemas jurídicos puede llevar a la siguiente disyuntiva en relación con el análisis lógico: por un lado, tenemos que la presencia de contradicciones hace que una teoría o cuerpo de creencias —el derecho, en este caso— se trivialice desde un punto de vista lógico, ya que un principio básico de la lógica (deóntica) clásica nos dice que de una contradicción puede derivarse cualquier otro enunciado; por el otro, parece que para no llegar a una conclusión como la anterior no queda más remedio que renunciar al análisis lógico de los sistemas jurídicos y de las inferencias que se realizan a partir de ellos. Sin embargo, aquí vamos a defender y esbozar una tercera vía, que permite la asunción de conflictos normativos sin que esto conlleve una trivialización del derecho: se trata de las lógicas (deónticas) paraconsistentes<sup>1</sup>.

A continuación intentaremos dar una caracterización de lo que entendemos por conflictos normativos en derecho, para luego pasar a ver algunas propuestas que pretenden negarlos o minimizarlos —lo cual, de algún modo, salvaría la posibilidad de análisis desde la lógica

---

1. Las lógicas deónticas clásicas, en tanto que extensiones de la lógica clásica, admiten el principio *ex falso sequitur quodlibet*, mientras que, paralelamente, las lógicas deónticas paraconsistentes no lo admiten, ya que no lo hacen tampoco las lógicas paraconsistentes de las cuales son extensiones. La caracterización deóntica de una lógica viene dada por la introducción en el alfabeto del lenguaje lógico de los operadores O (obligatorio), P (permitido) y Ph (prohibido).

(deóntica) clásica—; y, finalmente, presentaremos muy someramente el fundamento de las lógicas (deónticas) paraconsistentes.

## 1

Los jueces han de tratar frecuentemente con conflictos normativos a la hora de aplicar la ley<sup>2</sup>. Decimos que existe un conflicto normativo cuando diferentes normas<sup>3</sup> establecen cualificaciones legales incompatibles para el mismo caso concreto o para la misma clase de casos concretos<sup>4</sup>. Esta incompatibilidad se da entre dos normas bien cuando una ordena o permite una acción y la otra la prohíbe (normas contradictorias), bien cuando, aun no siendo mutuamente contradictorias, ante un determinado caso concreto, el cumplimiento de una de las normas impide o excluye el cumplimiento de la otra<sup>5</sup>. Bajo esta definición se pueden incluir también aquellos casos en los que dos normas no son estrictamente incompatibles (no dan lugar a una contradicción lógica) pero sí son fácticamente incompatibles, esto es, no pueden ser «realmente» aplicadas o cumplidas. Es la situación que se produce cuando, por ejemplo, en virtud de un contrato debemos trabajar de cinco de la mañana a cinco de la tarde en una empresa de Madrid y en virtud de otro debiéramos trabajar de cinco de la tarde a cinco de la mañana en una mina de Asturias. O cuando, por ejemplo, debemos ayudar a paliar el hambre en Sudán y debemos, también, ayudar a paliarlo en Etiopía, pero disponemos de recursos para hacerlo sólo en uno de ellos. Como dice Iturralde (1989, pp. 79-

---

2. Se suele utilizar también el término «antinomias normativas» atendiendo al sentido etimológico del vocablo «antinomia», del griego *αντι* (contra) y *νομος* (ley). A lo largo de este capítulo utilizaremos indistintamente las expresiones conflictos normativos o antinomias normativas.

3. Se da por supuesto que ambas normas son válidas y que pertenecen al mismo sistema jurídico.

4. MORGENTHAU (1965, p. 39) recoge en su definición de antinomia normativa la distinción entre incompatibilidad de dos normas ante un determinado caso concreto e incompatibilidad ante una clase o categoría de casos concretos: ... *l'antinomie est la contradiction entre deux lois ou principes dans leur application pratique, soit à un seul cas, soit à une catégorie de cas particuliers*. BULYGIN (1977, p. 297) define así la idea de conflicto normativo: ... *due norme si dicono contraddittorie, quando l'osservanza dell'una esclude logicamente l'osservanza dell'altra*. PERELMAN (1979, pp. 57-58) lo hace de este modo: *Se dirá que en un sistema de derecho nos encontramos en presencia de una antinomia cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de conformarse a una sin violar la otra*.

5. SÁNCHEZ-MAZAS (1973, p. 97) llama al primer tipo de incompatibilidad «incompatibilidad a priori» y al segundo, «incompatibilidad a posteriori». En su cálculo de las normas, otorgará dos operadores distintos y dos expresiones aritméticas distintas a cada una de ellas.

80), toda incompatibilidad estricta tiene como consecuencia una incompatibilidad de tipo factual, pero no al contrario. Sin embargo, en ambos casos nos vemos impelidos a tomar una decisión, ya que una norma impide (estrictamente o simplemente de modo factual o empírico) el cumplimiento de la otra. Veamos ahora algunos ejemplos de conflictos normativos:

1. En el Código Civil español encontramos las siguientes dos normas sobre la cuestión de la transmisibilidad de los derechos sucesorios sujetos a condición suspensiva:

(a) El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos. (Art. 759.)

(b) La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento. (Art. 799.)

Ambos artículos son contradictorios, ya que uno niega lo que el otro afirma.

2. (c) Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. (Art. 14 de la Constitución española de 1978.)

(d) La mujer casada seguirá la condición del marido (vecindad civil)... (Art. 14 del Código Civil español, vigente hasta la reforma introducida por ley 11/1990, de 15 de octubre.)

En este caso, se podría decir que no hay una estricta contradicción entre ambas normas, ya que no existe una coincidencia nominal entre las descripciones de la acción prescrita en dichas normas. Sin embargo, parece que el cumplimiento de la segunda impide o excluye el cumplimiento de la primera, y viceversa. Así, estamos también ante un conflicto normativo cuando la acción descrita por una norma es más amplia o abarca la acción descrita por la otra norma que está en conflicto con ella.

3. (e) Están exentos de responsabilidad criminal: el menor de dieciséis años. (Art. 8, 2.º del Código Penal español.)

(f) Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. (Art. 12 de la Constitución española de 1978.)

El conflicto surge con los casos en que personas entre dieciséis y dieciocho años cometen un delito.

4. (g) Cualquier acto intencional o negligente que cause un daño a otras personas coloca al que ejecuta tal acto bajo la obligación de pagar una compensación por los daños.

(h) Aquel que causa el acto dañino en defensa propia o de otros no es responsable del daño causado <sup>6</sup>.

---

6. Éste es un ejemplo hipotético que nos servirá más adelante para considerar otras cuestiones. Sin embargo, son muchas las normas positivas que son excepciones de otras. Un ejemplo, quizá no muy afortunado —seguramente un constitucionalista

Éste es el caso de normas conflictivas estructuradas como normas generales y excepciones. Es lo que en las teorías formales del razonamiento común se conoce también como razonamiento prototípico<sup>7</sup>. Quizá algunos rechacen estos casos como casos de conflicto o contradicción; en el apartado 2 argumentaremos en favor de nuestra perspectiva.

5. El artículo 48.4 del Tratado Constitutivo de la CEE junto con el artículo 1 de la Ley 1/1993, de 23 de diciembre, permiten que ciudadanos de la comunidad europea puedan acceder a empleos en la administración pública española. Por el contrario, los artículos 13.2 y 23 de la Constitución española conceden esta posibilidad únicamente a los ciudadanos españoles.

Sin embargo, no siempre es fácil determinar una relación de incompatibilidad entre dos normas, ya que puede suceder que a una misma calificación deóntica (obligación, permisión, prohibición) corresponda más de una forma gramatical y que términos que, a primera vista, parezcan indicar una determinada relación deóntica tengan un significado ambiguo. Asimismo, las acciones descritas en las normas que entran en conflicto no tienen por qué coincidir completamente (una, por ejemplo, puede incluir a la otra, como hemos visto en el caso 2). Además, no todos los enunciados que aparecen en los códigos legales incluyen calificaciones deónticas (por ejemplo, las definiciones o las reglas de procedimiento, entre otras). Sin embargo, también se producen incompatibilidades entre dos enunciados no-deónticos o entre uno deóntico y otro que no lo es. Es lo que se denomina como «antinomia no deóntica»<sup>8</sup>.

Se suelen distinguir, según la mayor o menor extensión de las normas, tres tipos de conflictos o antinomias normativas: total-total, total-parcial y parcial-parcial. Un conflicto entre dos normas será total-total cuando ninguna de ellas pueda ser aplicada o cumplida sin entrar en conflicto con la otra. (Es el caso de nuestros ejemplos 1 y 4). Será total-parcial cuando una de ellas no puede ser aplicable o cumplida sin entrar en conflicto con la otra, mas ésta otra tiene un campo adicional de aplicación distinto al conflictivo. (Es el caso de nuestros ejemplos 2 y 3). Será parcial-parcial cuando dos normas tienen un ámbito de aplicación en que entran en conflicto y otros en que no se producen conflictos.

---

podría sacarle pegas— es el siguiente: la excepción al artículo 14 de la Constitución española («Los españoles son iguales ante la ley...») que supone el artículo 57 de la misma, que indica la preferencia del varón sobre la mujer en la línea sucesoria de la corona.

7. LUKASZEWICZ (1990, p. 85).

8. ITURRALDE (1989, p. 83) se refiere a la presencia en una misma ley de definiciones diferentes de un mismo término, al establecimiento respecto de un mismo hecho de presunciones incompatibles y a la formulación de principios irreconciliables.

En los sistemas jurídicos contemporáneos concurren una serie de factores que pueden apuntarse como causantes de los conflictos normativos:

— La multiplicidad de fuentes de derecho.

Las normas jurídicas pueden (y suelen) ser establecidas por diferentes autoridades. En los modernos sistemas jurídicos, la democracia y el pluralismo por un lado, y la necesidad de regulación administrativa por otro, requieren que los poderes para estatuir o crear normas estén repartidos entre diferentes estamentos y autoridades. Éstos pueden establecer prescripciones contradictorias.

— La dinámica de los sistemas jurídicos.

Para afrontar los cambios políticos y sociales, el legislador puede producir nuevas normas o eliminar aquellas que se consideran obsoletas. Al introducirse cambios en los sistemas jurídicos pueden darse conflictos con las normas que ya estaban establecidas. Para prevenir estos conflictos, el legislador tiene la posibilidad de eliminar expresamente las prescripciones previas o modificarlas, aunque muchas veces la complejidad de los modernos sistemas legales hace muy difícil esta tarea<sup>9</sup>.

— La protección legal de intereses en conflicto.

El derecho tiene que vérselas con contextos sociales complejos donde se dan conflictos de intereses y de valores que tienen relevancia jurídica. Esto se manifiesta en la posibilidad de adscribir a un acto concreto una pluralidad de cualificaciones legales, que pueden ser incompatibles. Esto es lo que sucede con las normas generales y sus correspondientes excepciones (ejemplo 4).

— La indeterminación semántica y sintáctica del lenguaje legislativo.

La indeterminación semántica y sintáctica de las normas puede dar lugar a interpretaciones conflictivas de las mismas. El lenguaje legislativo tiene su fundamento en los lenguajes naturales y, por tanto, se ve afectado de los fenómenos de ambigüedad y vaguedad propios del lenguaje natural. Ambigüedad tanto semántica o léxica (homonimia, polisemia), como sintáctica (por el uso de términos lógicos fuera de un lenguaje lógico-formal y por la construcción gramatical de las oraciones). Vaguedad en tanto en cuanto el campo de aplicación de las palabras no está totalmente definido siempre. Pero además, el lenguaje legislativo presenta una terminología específica que hace de él un lenguaje especial, como ocurre con otras «ciencias» o áreas específicas de conocimiento. Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera pensarse, los problemas de indeterminación antes mencionados también afectan al lenguaje legal propiamente dicho: poli-

9. Existen en los sistemas legales no sólo normas que fijan la conducta de los ciudadanos imponiendo deberes, obligaciones, etc., sino también una pluralidad de normas dirigidas al establecimiento de poderes y competencias, a la determinación de las normas jurídicas válidas, etc.

semia de términos legales como «título», problemas para determinar expresiones valorativas («igualdad», «prejuicio moral»), ambigüedad de las calificaciones deónticas («poder», «derecho») —como hemos señalado anteriormente—, ambigüedad derivada de los signos de puntuación, etc.<sup>10</sup>

Por todo lo dicho hasta el momento, nos inclinamos a pensar que los sistemas legales constituyen conjuntos inconsistentes de enunciados o, si se prefiere, que dan a lugar a contradicciones verdaderas (bien directamente, bien indirectamente, i. e., ante un determinado caso o circunstancia concretos). La noción clásica de inferencia lógica no sirve, por tanto, para derivar consecuencias racionales<sup>11</sup> de un determinado sistema jurídico, ya que contiene el principio según el cual de la contradicción se sigue cualquier cosa (*ex falso sequitur quodlibet*).

## 2

A pesar de que la presencia de conflictos y contradicciones en el ámbito del derecho parece una hipótesis muy plausible, a tenor de lo comentado hasta ahora, es muy frecuente la pretensión de minimizar e incluso de rechazar esta posibilidad, quizás en un intento (vano) de sostener a la lógica clásica como un instrumento de análisis válido. Así, no es raro encontrar en la doctrina jurídica una distinción entre conflictos o antinomias aparentes (*prima facie*) y conflictos reales. Los primeros son aquellos en los que prevalece una de las normas en conflicto, en virtud de determinados criterios establecidos en el derecho positivo, la doctrina o la jurisprudencia. Los segundos son aquellos para los cuales no hay criterio de resolución aplicable. Así se quiere restar importancia al papel de los conflictos (de las contradicciones) en el marco legal. G. Boland, por ejemplo, excluye del concepto de antinomia toda contradicción normativa que sea resuelta a posteriori sobre la base de los criterios clásicos de solución (jerárquico, cronológico y de especialidad)<sup>12</sup>. Sin embargo, hay que distinguir entre lo que es constatar la existencia de una contradicción o conflicto normativos y lo que es decidir u optar, posteriormente,

10. La «ciencia» jurídica ha desarrollado directrices interpretativas para abordar los problemas de indeterminación semántica (WROBLEWSKI, 1985). Son las técnicas tradicionales de interpretación literal, sistemática y teleológica. Sin embargo, ofrecen únicamente un grado muy limitado de guía, ya que son muy generales. Por ejemplo, no siempre la dicción literal de un precepto lleva a su aplicación estricta e ineludible —algo que en principio parece bastante claro—. Los tribunales pueden alterar el tenor literal de una determinada norma. [Véase en RODRÍGUEZ MOURULLO (1988, pp. 48 y ss.)].

11. De ninguna manera parece racional derivar de los conflictos jurídicos cualquier conclusión —algo que, de hecho, no sucede en la práctica jurídica.

12. G. BOLAND (1965, p. 185). [Tomado de ITURRALDE (1989, p. 84)].



entre una norma u otra. El que un juez, por ejemplo, dé una respuesta en un caso con normas en conflicto (impelido por el principio de inexcusabilidad), no quiere decir, a nuestro entender<sup>13</sup>, que el conflicto en sí haya sido resuelto. Éste puede perfectamente volver a reaparecer y, lo que es más, otro juez podría dar una solución diferente al caso —como es bastante habitual por otro lado—. El alcanzar soluciones no elimina las contradicciones del sistema jurídico, con lo que aceptando la lógica clásica como instrumento de análisis nos veríamos de nuevo ante la «trivialización» del sistema, por la vía del principio *ex falso sequitur quodlibet*. Los criterios de resolución de los conflictos normativos sirven, como mucho<sup>14</sup>, para optar, al decidir sobre un caso concreto, por una norma en lugar de otra, pero no para eliminar o derogar normas de un sistema jurídico. En todo caso, y como recoge Aguiló Regla al final de un interesante artículo sobre la derogación en la obra de Kelsen (Aguiló Regla, 1991, p. 257), podría aceptarse que el único de tales criterios con capacidad derogatoria sería el principio cronológico o de *lex posterior*, mas no los otros dos (el de especialidad y el de jerarquía).

Al hilo de esta reflexión es interesante hacer notar que el anterior enfoque «minimizador» encierra una confusión entre dos procesos: el proceso de reformar o revisar un sistema jurídico y el proceso de inferir o extraer consecuencias a partir de premisas contradictorias. Sin embargo, aunque relacionados, estos procesos no deben de modo alguno confundirse. En el derecho<sup>15</sup>, el proceso de revisión compete —excepción hecha del Tribunal Constitucional, en el caso español— al poder legislativo, mientras que el proceso de decisión está reservado al poder judicial<sup>16</sup>. Así, el hecho de que ante dos normas en conflicto, la mayoría de los jueces opten por hacer prevalecer una de ellas, no quiere decir que la otra quede derogada —al menos, derogada *sensu estricto*—. Podemos decir que esta última está más o menos debilitada, lo que debería influir en el legislador a la hora de reformar el sistema, pero nada más<sup>17</sup>. Esta apreciación resulta

13. De manera similar se manifiestan Alchourrón y Bulygin, al hilo de un comentario sobre el «primer Kelsen», cuando dicen que ... *if contradictions must be eliminated, then there is such a thing as a contradiction that must be eliminated. Q. E. D.* (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981, p. 113).

14. Los criterios clásicos para la resolución de conflictos normativos no siempre son suficientes para decidir entre una norma u otra y, además, pueden chocar entre sí. Véase ITURRALDE (1989, pp. 128 y ss.).

15. Aquí nos estamos refiriendo a sistemas de «statutory law», como el español.

16. Kelsen expresa este extremo del siguiente modo: ... *los conflictos entre normas permanecen no resueltos a falta de normas derogatorias expresamente establecidas o tácitamente presupuestas, y (...) la ciencia del Derecho es incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como es incompetente para dictar normas jurídicas.* (KELSEN, 1973, p. 274. [Tomado de AGUILÓ REGLA (1991, pp. 251-252)].

17. Podría considerarse como una hipótesis sobre el origen de esta confusión el

aún más interesante al constatarse que buena parte de las teorías formales del razonamiento que se están desarrollando en el ámbito de la inteligencia artificial (I. A.) tienden asimismo a confundir o equiparar los procesos de revisión y de decisión con premisas contradictorias. El razonamiento en derecho no sería más que un caso particular del razonamiento considerado en general y, por tanto, nos inclinamos a pensar que, como sucede con el derecho, los procesos de revisión de creencias y de decisión no son equivalentes: cuando tenemos una evidencia en contra de alguna creencia no abandonamos totalmente dicha creencia, sino que nos fiamos menos de ella —tanto menos como grande haya sido la evidencia en contra—; sin embargo, sí que podemos alcanzar alguna conclusión. Para utilizar un ejemplo clásico y hasta manido en la literatura sobre I. A., tenemos por un lado la creencia de que todas las aves vuelan; nos dicen, por el momento, que Tweety es un ave e inferimos, consiguientemente, que Tweety vuela. Pero luego nos informan de que Tweety es un pingüino, y sabemos que los pingüinos no vuelan, por lo que cambiamos nuestra conclusión anterior y sostenemos, ahora, que Tweety no vuela. Sin embargo, aunque hemos cambiado nuestra decisión (o, por qué no, nuestra creencia) con respecto a Tweety, ello no implica que debamos abandonar asimismo la creencia de que todas las aves vuelan. Podemos mantenerla, aun a sabiendas de que Tweety —los pingüinos— son una excepción. (Si las excepciones se multiplicasen, nuestra confianza en la creencia general iría disminuyendo.) Este tipo de razonamiento no elimina las contradicciones, sino que más bien establece una relación dialéctica entre creencias y excepciones —de diversa fuerza o intensidad— a dichas creencias.

Relacionado con la cuestión de las reglas generales y sus excepciones (uno de los tipos de conflicto con el que podemos toparnos, como hemos comentado al principio), existe otro enfoque minimizador de las contradicciones en el razonamiento judicial. Éste pasa por la reformulación de (todas) las normas de un sistema legal atendiendo a sus excepciones, para así eliminar la inconsistencia. En nuestro ejemplo 4, las normas (g) y (h) podrían reformularse del siguiente modo:

4'. (g + h) Quien cometa un acto intencional o negligente que cause daño a otras personas y no lleve a cabo ese acto en defensa propia o de otros, coloca al que ejecuta tal acto bajo la obligación de pagar una compensación por los daños.

Esta estrategia encierra también importantes problemas. Por un lado, parece difícil llevar a cabo una reformulación de este tipo en un sistema jurídico concreto. La multiplicidad de las fuentes legales, la dinámica de los sistemas legales y, en general, la complejidad de

---

hecho de que las máximas latinas, con las que tradicionalmente se han identificado los criterios de resolución de conflictos en el derecho, introduzcan el término *derogat*.

los modernos ordenamientos jurídicos, a la que nos hemos referido anteriormente, hacen de la reformulación una tarea prácticamente imposible<sup>18</sup>. ¿Cómo estaríamos seguros de que hemos considerado todas las posibles excepciones a una norma? ¿Y las excepciones a las primeras excepciones? ¿Hasta dónde nos llevaría un proceso de este tipo? La reformulación de dos normas como las anteriores es sencilla, ya que se trata de enunciados correlativos<sup>19</sup>. Además, ¿no habría que reformular a su vez esta nueva norma atendiendo al criterio de edad penal expuesto en la norma (e) del ejemplo 3?:

4 \*. (g + h + e) Quien cometa un acto intencional o negligente que cause daño a otras personas y no lleve a cabo ese acto en defensa propia o de otros y sea mayor de dieciséis años coloca al que ejecuta tal acto bajo la obligación de pagar una compensación por los daños.

Por otro lado, los sistemas legales que incluyen normas generales y excepciones permiten el razonamiento con información incompleta (no-monotónico). El razonamiento judicial es típicamente un razonamiento con información incompleta; se pueden derivar las conclusiones de una norma general siempre y cuando se cumplan las condiciones que la satisfagan y ninguna excepción sea derivable. Si nueva información permite que las condiciones de una excepción se satisfagan, entonces debe desecharse la conclusión de la norma general. El juez deriva la conclusión de una norma no sólo cuando sabe positivamente que no se cumple la excepción, sino también cuando no tiene información sobre dicha excepción. Este aspecto se pierde con la estrategia de la reformulación. Siguiendo con nuestro ejemplo, supongamos que sabemos que «César ha agredido a su profesor de lógica». En ausencia de más información, un sistema con la norma (g) [y con la norma (h); un sistema, por tanto, inconsistente] nos permitiría derivar legalmente la conclusión de que «César tiene la obligación de pagar una compensación por los daños que haya causado». Esta conclusión, tan inmediata, no puede obtenerse en un sistema legal (consistente) que contenga la norma (g + h) o la norma (g + h + e). Nada puede derivarse de (g + h) si no se cumplen las

18. GORDON (1988, pp. 115-116) establece un paralelismo entre la dificultad que supone manejar cuerpos amplios de leyes y el problema para organizar grandes sistemas de software. Para el segundo caso, Gordon resalta la utilidad de los lenguajes de programación que contemplan clases de objetos que pueden ser desestimados en determinados casos especiales. La nomonotonicidad funciona así como un control de la complejidad de los sistemas de software. De manera similar, sucedería con los sistemas jurídicos.

19. SÁNCHEZ-MAZAS (1987) ha llevado a cabo una reformulación del conjunto de normas implicadas en los requisitos del matrimonio, para su propuesta de aritmetización de las relaciones deónticas conocida como el «Programa *Ars Judicandi*». Esta reformulación y aritmetización, de inspiración neoleibniziana, es muy interesante y rica, mas se refiere a una parte muy bien delimitada del derecho: «De los requisitos del matrimonio» (arts. 44-48 del Código Civil español), complementada con los artículos referidos a la mayoría de edad y la emancipación (arts. 314-321 del mismo código).

dos condiciones que impone la norma. Lo mismo sucede con (g + h + e). Si después sabemos que «César llevó a cabo la agresión como un acto de defensa propia», podremos derivar legalmente —en la opción inconsistente— que «César no tiene obligación de pagar compensación alguna a su profesor de lógica» —en virtud de (h)—, desechándose la anterior conclusión. La norma (h) y, en general, todas las excepciones son preferidas cuando entran en conflicto con la norma general <sup>20</sup>.

## 3

Después de las anteriores consideraciones, podemos afirmar que se ha afianzado nuestra convicción en la existencia de conflictos normativos. El problema radica, al menos para el que crea necesario un tratamiento lógico del razonamiento correcto en asuntos jurídicos, en que tales situaciones conflictivas provocan, desde la perspectiva de la lógica clásica, una trivialización del sistema jurídico en cuestión. En lógica clásica, de la presencia de una contradicción podemos derivar cualquier otro enunciado, i. e., cualquier aserto que pueda ser expresado en el lenguaje jurídico puede ser derivado, aunque sea una auténtica estupidez o no tenga ningún sentido. Esta regla, expresada con la máxima latina *ex falso sequitur quodlibet*, se conoce como principio de Pseudo-Escoto (o de Cornubia <sup>21</sup>) y puede tener diversas formulaciones:

- (i)  $\neg A \rightarrow (A \rightarrow B)$
- (ii)  $A \rightarrow (\neg A \rightarrow B)$
- (iii)  $(A \wedge \neg A) \rightarrow B$

La consecuencia es que, al poderse probar cualquier cosa, no se puede distinguir lo verdadero —en tanto que demostrable— de lo falso.

Parece entonces que estuviéramos abocados a un abandono de cualquier pretensión de análisis lógico-formal del razonamiento y de las estructuras jurídicas, ya que resulta inadmisibile tal «trivialización» de las inferencias y de los sistemas jurídicos. Además, esto choca con la práctica jurídica cotidiana donde, al encontrarnos con un conflicto entre dos o más normas, el sistema no se paraliza. Una conclusión así es la que parece sostener el «último Kelsen», quien, en palabras de Aguiló Regla, acepta que los conflictos de normas

20. Sobre la pertinencia o no de desarrollar sistemas de lógica deóntica no monotónicos para dar cuenta de estas situaciones de información incompleta pueden consultarse los recientes trabajos de ALCHOURRÓN (1993) y MAKINSON (1993).

21. Es más correcto llamarla «regla de Cornubia», ya que parece ser que el primero en formularla fue el lógico medieval Juan de Cornubia.

son posibles e incluso frecuentes, pero que éstos no tienen una naturaleza lógica (AGUILÓ REGLA, 1991, p. 251). —La postura del «primer Kelsen» había sido la de negar la existencia simultánea de normas contradictorias.

Sin embargo, sí es posible un análisis lógico del derecho compatible con la asunción de premisas (normas) contradictorias y es utilizando lógicas (deónticas) paraconsistentes, que permiten alcanzar conclusiones rigurosamente establecidas partiendo de premisas tales —y no llegando a cualquier conclusión—, ya que las lógicas (deónticas) paraconsistentes no aceptan la regla de Cornubia.

Las lógicas paraconsistentes han tenido un desarrollo reciente, principalmente a partir de los años 50-60 con los trabajos de Jaskowski y Da Costa, aunque existen los precedentes de J. Łukasiewicz y N. A. Vasil'ev<sup>22</sup>. Podemos distinguir tres grandes familias o corrientes de lógicas paraconsistentes: (a) la relevantista (b) la de Da Costa y sus colaboradores, y (c) la transitiva<sup>23</sup>. Las tres han dado lugar a sistemas deónticos que toleran la existencia de conflictos normativos, aunque sus motivaciones, características y formalizaciones son bien diferentes<sup>24</sup>. Dejamos para un trabajo posterior la comparación exhaustiva de los diferentes enfoques deónticos paraconsistentes. Para nuestro propósito en el presente artículo basta con constatar la posibilidad de un tratamiento lógico riguroso que acepta los conflictos.

En la actualidad, el que esto escribe está desarrollando junto con el Prof. Peña sistemas axiomáticos de lógica deóntica paraconsistente basados en la lógica transitiva<sup>25</sup>. A continuación mostramos esquemáticamente el último<sup>26</sup>:

---

22. Puede obtenerse una completa información sobre el desarrollo y diversos aspectos de las lógicas paraconsistentes en PRIEST, ROUTLEY & NORMAN (eds.) (1989), una auténtica «biblia» de la paraconsistencia.

23. Para el enfoque de Da Costa y colaboradores y el transitivo, lo que hay de erróneo en la lógica clásica es el tratamiento de las negaciones, mientras que para los relevantistas el problema de la lógica clásica reside en el condicional. Para un estudio comparativo de estas tres familias, véase (PEÑA, 1984, 1991, pp. 271 y ss.).

24. En el enfoque relevantista, tenemos los trabajos de PRIEST (1987, cap. 13) y ROUTLEY y PLUMWOOD (1989). Entre los trabajos de Da Costa y colaboradores podemos señalar los siguientes: DA COSTA y CARNIELLI (1986), PUGA, DA COSTA y CARNIELLI (1986) y PUGA y DA COSTA (1987). Enmarcados en el enfoque transitivo están los trabajos de PEÑA (1988, 1991a) y DÍEZ AUSÍN y PEÑA (1993).

25. Una presentación sistemática de la lógica transitiva puede encontrarse en un completo libro de su principal cultivador (PEÑA, 1991).

26. Su semántica y algunas consideraciones relativas al principio de permisión («lo que no está prohibido, está permitido»), al problema de las lagunas en derecho y al principio lógico de tercio excluso serán presentadas próximamente en una ponencia titulada «Setup Semantics of a System of Fuzzy Deontic Logic». A este respecto, algunos han desarrollado una lógica que, además de paraconsistente, es paracompleta, con el fin de dar cuenta del problema de las lagunas (GRANA, 1990, pp. 58 y ss.). En nuestra ponencia defendemos que tal extremo no es necesario.

Tomamos como lógica sentencial subyacente el sistema P10, que es una extensión de la lógica E de Anderson y Belnap. Las convenciones notacionales son a la Church.

*Símbolos primitivos:*

p, q, etc., como letras esquemáticas.

$\wedge$  (conjunción)

$\rightarrow$ , la implicación, ' $\rightarrow$ ', es una conectiva tal que  $\vdash_{P10} p \rightarrow r$  sólo si  $\vdash_{P10} p \supset r$ , mas no a la inversa.

N (que representa a la negación no clásica; la negación clásica  $\neg$  se define aplicando el operador H —que se lee: es totalmente verdadero que— a la negación N:  $\neg p$  abr[evia] a HNP).

Ph (prohibido).

P (permitido).

$\Delta$ : entre dos hechos cualesquiera, p y q, puede haber una relación de causación, que expresamos mediante el símbolo ' $\Delta$ '.  $[p \Delta q]$  significa que el hecho p causa el hecho q<sup>27</sup>.

*Definiciones:*  $[p \vee q]$  abr a  $[N(Np \wedge Nq)]$ ;  $[p \Rightarrow r]$  abr a  $[L(p \rightarrow r)]$ ;  $[p \mid r]$  abr a  $[p \rightarrow r \wedge .r \rightarrow p]$ ;  $[p = r]$  abr a  $[L(p \mid r)]$ .

*Axiomas específicamente deónticos:*

Ax1  $p = r \rightarrow .Php \mid Phr$

Ax2  $p \Delta q \wedge p \supset q$  (las consecuencias causales de hechos son hechos).

Ax3  $p \Delta q \rightarrow .PNq \rightarrow Php$  (está prohibido hacer aquello que obliga a alguien a no ejecutar una acción a la que tenga derecho).

Ax4  $Php \rightarrow PNp$  (en la medida en que una acción está prohibida, abstenerse de ejecutarla está permitido).

Para terminar, voy a citar al Prof. F. Miró Quesada, acuñador del término «paraconsistencia» utilizado para nombrar estas lógicas tolerantes con la contradicción:

*«... quienes se alejan de la intuición y de la manera de pensar real de los hombres de derecho son quienes tratan de calcar la lógica jurídica sobre la lógica clásica.»*

(Del libro de homenaje en su 70 cumpleaños; p. 384)<sup>28</sup>

27. Las motivaciones para la introducción de esta conectiva están ligadas a un análisis y tratamiento de las paradojas de la lógica deóntica realizado en DÍEZ AUSÍN y PEÑA (1993).

28. SOBREVILLA y GARCÍA BELAÚNDE (1992).

## REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, J., «La derogación de las normas en la obra de Hans Kelsen», *Doxa*, 10, 1991, pp. 223-258.
- ALCHOURRON, C. E. y BULYGIN, E., «The Expressive Conception of Norms», en HILPINEN, R., ed., *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1981, pp. 95-124.
- ALCHOURRON, C. E., «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en MEYER, J. J. Ch. y WIERINGA, R. J., eds., *Deontic Logic in Computer Science*, Chichester, Wiley, 1993, pp. 43-84.
- BOLAND, G., «Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif», en PERELMAN, Ch., ed., *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1965.
- BULYGIN, E., «Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi», en DI BERNARDO, G., ed., *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 291-306.
- DA COSTA, N. C. A. y CARNIELLI, W. A., «On Paraconsistent Deontic Logic», *Philosophia*, 16, 1986, pp. 293-305.
- DÍEZ AUSIN, F. J. y PEÑA, L., «Un sistema de lógica deóntica sin principio de cierre», en BUSTOS, E. DE ECHEVERRÍA, J., PÉREZ SEDEÑO, E. y SÁNCHEZ BALMASEDA, M. I., eds., *Actas del I Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España*, Madrid, UNED, 1993, pp. 44-47.
- GORDON, T. F., «The importance of nonmonotonicity for legal reasoning», en FIEDLER, H., HAFT, F., TRAUNMÜLLER, R., eds., *Expert systems in law. Impacts on legal theory and computer law*, Tübingen, Attempto, 1988, pp. 111-126.
- GRANA, N., *Logica deontica paraconsistente*, Napoli, Ligouri, 1990.
- ITURRALDE, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989.
- KELSEN, H., «Derogation», en WEINBERGER, O., ed., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, pp. 261 y ss.
- ŁUKASZEWICZ, W., *Non-Monotonic Reasoning. Formalizations of Commonsense Reasoning*, New York, Ellis Horwood, 1990.
- MAKINSON, D., «Five Faces of Minimality», *Studia Logica*, 52, 1993, pp. 339-379.
- MORGENTHAU, L., «Les antinomies en droit social», en PERELMAN, Ch., ed., *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1965, pp. 39-62.
- PEÑA, L., «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas», *Theoria*, 7-8-9, 1988, pp. 67-94.
- *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid, CSIC, 1991.
- «El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica», *Isegoría*, 3, 1991a, pp. 43-79.
- PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
- PRIEST, G., *In Contradiction. A Study of the Transconsistent*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
- ROUTLEY, R. y NORMAN, J., eds., *Paraconsistent Logic. Essays on the Inconsistent*, München, Philosophia Verlag, 1989.
- PUGA, L. Z., DA COSTA, N. C. A. y CARNIELLI, W. A., «Kantian and Non-Kantian Logics», *Logique et Analyse*, 120-121, 1986, pp. 3-9.
- PUGA, L. Z. y DA COSTA, N. C. A., «Sobre a lógica deóntica não-clássica», *Crítica*, 55, 1987, pp. 19-36.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1988.
- ROUTLEY, R. y PLUMWOOD, V., «Moral Dilemmas and the Logic of Deontic Notions», en PRIEST, ROUTLEY y NORMAN, 1989, pp. 653-690.
- SÁNCHEZ-MAZAS, M., *Cálculo de las normas*, Barcelona, Ariel, 1973.

- «El programa Ars Judicandi», en PÉREZ LUÑO, A. E., ed., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 174-225.
- SARTOR, G., «Normative Conflicts in Legal Reasoning», *Artificial Intelligence and Law*, 1 (2-3), 1992, pp. 209-235.
- SOBREVILLA, D., y GARCÍA BELAÚNDE, D., eds., *Lógica, razón y humanismo. La obra filosófica de F. Miró Quesada C. Libro homenaje por su 70 cumpleaños*, Lima, Universidad de Lima, 1992.
- WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.



## La derogación en pocas palabras \*

Por JOSEP AGUILÓ REGLA

Alicante

### 1. PRELIMINARES SOBRE LA DEROGACIÓN

#### 1.1. El carácter dinámico del Derecho

Es un lugar común de la teoría del Derecho contemporánea la afirmación de que los sistemas jurídicos desarrollados se caracterizan por ser sistemas dinámicos. Con esta idea no se trata de expresar tan sólo que el contenido de los sistemas jurídicos (esto es, las normas que los componen) puede cambiar con el transcurso del tiempo, sino que todo sistema jurídico contiene reglas destinadas a regular su propio cambio. En oposición a lo anterior, estáticos serían aquellos órdenes sociales consuetudinarios en los que la única manera de cambiar sus normas consistiera

«en el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales, y luego en obligatorios, y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas» (HART, H. L. A., p. 115).

El carácter dinámico se predica, pues, de aquellos órdenes que contienen normas que designan qué miembros del grupo (y por qué procedimientos) pueden introducir nuevas normas y dejar sin efecto normas anteriores; esto es, se predica de los órdenes normativos que

---

\* Este artículo viene a ser un resumen de (y, al mismo tiempo, las conclusiones a las que se llega en) un libro que aparecerá publicado en México, en la Editorial Fontamara (Col. Biblioteca de ética, filosofía del Derecho y política), y que llevará por título *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*. Dado el carácter fuertemente sintético y no polémico de este artículo he optado por no incluir referencias bibliográficas a pie de página. En su lugar, al final del mismo se incluye la bibliografía básica que ha guiado la elaboración del libro.

prevén la posibilidad del *cambio deliberado* de sus normas. Pues bien, la derogación es una institución íntimamente relacionada con dicha propiedad del Derecho. Su función es la de determinar qué normas han quedado sin efecto como consecuencia de actos derogatorios realizados por quien es el titular de la potestad de dictar nuevas normas.

## 1.2. Fuentes y normas

1.2.1. La derogación, institución típicamente legislativa, es, por decirlo de algún modo y con las matizaciones que más adelante se verán, el complemento de la promulgación como acto deliberado de creación de normas jurídicas.

1.2.2. En contextos legislativos, la expresión «norma jurídica» es ambigua: en unas ocasiones se usa en el sentido de formulación de normas y, en otras, en el de contenido de esas mismas formulaciones. Para romper esa ambigüedad se propone denominar «fuentes» a las formulaciones de normas, esto es, a aquellas entidades cuya existencia depende de actos de promulgación; y «normas» a los contenidos de esas formulaciones y, así, su existencia dependerá de actos de interpretación de las fuentes.

## 1.3. Abrogatio y derogatio

La jurisprudencia romana distinguió entre *abrogatio* y *derogatio*. En *Digesto* 50, 16, 102 se recoge el siguiente texto de Modestino: «La ley puede ser derogada o abrogada: se deroga cuando se suprime una parte y se abroga cuando se elimina toda ella». Esta distinción, que ha perdurado en algunas lenguas románicas, no es usual, sin embargo, en español, donde la expresión «derogación» engloba ambos significados. En italiano, por ejemplo, la palabra *deroga* se usa en un sentido muy semejante al clásico y, así, se reserva para referirse al caso en que una ley especial exceptúa a una ley general.

## 1.4. La ambigüedad de «derogación»

La expresión «derogación» es ambigua. Se utiliza tanto para referirse al acto derogatorio, esto es, al acto mediante el cual la autoridad titular del poder normativo produce ciertos efectos derogatorios, como para aludir a los efectos que se derivan de la realización de dichos actos.

## 2. LOS ACTOS DEROGATORIOS

### 2.1. Tipología de los actos derogatorios

2.1.1. Hay cuatro casos que los juristas no dudan en calificar de derogación: A) El caso de las «cláusulas derogatorias concretas», es decir, aquéllas que mencionan a las formulaciones de normas que derogan. Me refiero a cláusulas del tipo: «queda derogado el art. x de la ley y». B) El caso de las «cláusulas derogatorias genéricas», es decir, aquéllas que no mencionan a las disposiciones que pretenden derogar. Estas cláusulas adoptan formulaciones semejantes a la siguiente: «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley». C) Los juristas consideran también un caso de derogación la determinación, en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, de las relaciones de preferencia entre normas jurídicas incompatibles. Así, ante un conflicto de normas, los juristas operan dando por supuesto que uno de los actos de promulgación de las normas incompatibles lo era también de derogación. En consecuencia, denominan principios derogatorios a los criterios que gobiernan la referida ordenación, esto es, a los principios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Y, finalmente, D) se considera también un caso de derogación a la sustitución de textos de las fuentes del Derecho (formulaciones de normas), aunque no cambie la regulación de la materia a que se refieren. Este último es el caso, por ejemplo, de los llamados textos refundidos.

2.1.2. Si se analizan brevemente estos cuatro casos, no es difícil observar que de ellos pueden extraerse dos tipos relevantes de actos derogatorios: los expresos y los tácitos, que se corresponden respectivamente con los casos A) y C). El caso B), esto es, el de «las cláusulas derogatorias genéricas», puede ser reducido al C) porque dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior*. Y el caso D) es irrelevante porque o bien se realiza incorporando cláusulas derogatorias concretas [en cuyo caso sería reducible al caso A)], o bien lo único que genera es redundancia.

### 2.2. Tipos de derogación

2.2.1. A partir de estos dos tipos de actos derogatorios, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje, puede hablarse de derogación expresa, que se realiza a través de las cláusulas derogatorias concretas, y de derogación tácita o por incompatibilidad, que supone la edición de normas incompatibles con las que se derogan.

2.2.2. Si se consideran estos dos tipos de derogación (con las características y efectos que más adelante se exponen), es fácil percatarse de las dificultades que entraña tratar a la derogación como

un fenómeno unitario; pues mientras que la expresa se configura como una relación entre actos normativos (de promulgación y de derogación), la tácita se configura como una relación entre normas (es el resultado de la solución de un conflicto de normas). Para ver con más claridad las referidas dificultades, considérese, por ejemplo, la distinción entre teoría dinámica y teoría estática del Derecho. Ella está construida sobre la base de observar el mismo objeto, el Derecho, bien como una secuencia de actos normativos, bien como un conjunto de normas resultado de esos actos. Si proyectamos esta distinción sobre los dos tipos de derogación salta inmediatamente a la vista que mientras que la derogación expresa constituiría un tema central de la teoría dinámica (relaciones entre actos), la tácita lo sería de la teoría estática (relaciones entre normas).

### 3. LA DEROGACIÓN EXPRESA

#### 3.1. Características y efectos de la derogación expresa

3.1.1. La derogación expresa opera sobre las formulaciones de normas, tiene lugar en el nivel de las fuentes. Para que ella se produzca es condición necesaria que la autoridad mencione las formulaciones que pretende derogar. Que cambie el conjunto de normas del sistema jurídico, esto es, el conjunto de acciones calificadas como obligatorias, prohibidas o permitidas, no es condición necesaria para afirmar que estamos ante un caso de derogación expresa: habrá derogaciones expresas que conlleven un cambio en dicho conjunto y otras que no.

3.1.2. Del hecho de que la derogación expresa opere siempre sobre las formulaciones de normas se sigue que la realiza directamente la autoridad edictora que tiene competencia para intervenir sobre aquéllas. Para que se produzca la derogación expresa no se requiere la intervención del intérprete o aplicador del Derecho. Este interpreta y, como consecuencia de ello, aplica las formulaciones de normas que le suministra la autoridad edictora.

3.1.3. No cabe hablar de incoherencia normativa como resultado de una derogación expresa. Entre la cláusula derogatoria concreta y la formulación de la norma que ella menciona no puede darse una contradicción, pues sus contenidos jamás pueden ser conflictivos. El único conflicto que puede darse es entre el acto de promulgación de la norma que se pretende derogar y el acto de rechazo representado por la cláusula derogatoria concreta.

3.1.4. El efecto que tiene la derogación expresa es el de limitar en el tiempo el papel de fuente del Derecho de una formulación de normas. Pero ello, en general, no implica su pérdida inmediata de validez, dado que para resolver los casos surgidos con anterioridad

a la derogación, en virtud del principio de irretroactividad, seguirán realizándose sobre ella interpretaciones operativas.

### **3.2. La «norma derogatoria»**

3.2.1. Con la expresión «normas derogatorias» se alude a las cláusulas derogatorias concretas, es decir, a aquellas disposiciones que son el resultado del ejercicio del poder derogatorio. Deben diferenciarse, por tanto, de las normas reguladoras de la derogación, que son aquéllas destinadas a conferir el poder derogatorio, indicar cómo debe ejercerse y fijar el alcance del mismo.

3.2.2. La teoría de la «norma derogatoria» ha tratado, en general, a la promulgación y a la derogación de manera completamente asimétrica. Mientras que ha contemplado la promulgación como un acto normativo y, en consecuencia, no se ha preguntado qué tipo de normas son las cláusulas de promulgación o sanción de un determinado texto normativo, ni qué efectos tendría su posible derogación, etc., ha tratado a las cláusulas derogatorias no como expresión de la realización de actos normativos, sino como normas y, consecuentemente, ha problematizado cosas tales como la doble derogación.

3.2.3. La explicación del tratamiento asimétrico entre promulgación y derogación se encuentra en que, dada la actual técnica legislativa, las cláusulas derogatorias van siempre en el interior de una fuente del Derecho, es decir, en el interior de lo promulgado, de lo susceptible de ser individualizado, cosa que, obviamente, no ocurre con las de promulgación.

3.2.4. Promulgación y derogación son actos normativos complementarios que tienen su razón de ser en el hecho de que la potestad legislativa, de la que son una manifestación, no se agota con su ejercicio puntual: la autoridad titular de dicha potestad puede ejercerla, en principio, cuantas veces quiera. Si ello es así, tanto las cláusulas de promulgación (del tipo «Sabad: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley») como las de derogación (del tipo «queda derogado el artículo X de la ley Y») deben ser vistas como expresivas de la realización de actos normativos que son el resultado del uso de las reglas que confieren dichos poderes normativos.

## **4. LA DEROGACIÓN TÁCITA**

### **4.1. Características y efectos de la derogación tácita**

4.1.1. La derogación tácita o por incompatibilidad opera en el nivel de los contenidos proposicionales de las formulaciones de nor-

mas. Ello supone que siempre que hay una derogación por incompatibilidad se produce un cambio en las normas del sistema.

4.1.2. Para que la derogación por incompatibilidad tenga lugar es condición necesaria que la autoridad editora de normas haya generado (a través de dos actos de promulgación) una incoherencia normativa. Otro elemento necesario de la derogación por incompatibilidad es la intervención del intérprete o aplicador del Derecho que debe, primero, detectar la inconsistencia y, segundo, realizar una ordenación (dar preferencia a unas sobre otras) de las normas conflictivas.

4.1.3. No toda incoherencia normativa da lugar a una derogación por incompatibilidad. Sólo hay derogación cuando la ordenación de las normas conflictivas se realiza aplicando el criterio de *lex posterior*. De la aplicación de los criterios de *lex specialis* y de *lex superior* no se sigue derogación alguna.

4.1.4. El efecto que produce la derogación tácita es el de limitar en el tiempo la aplicabilidad de la norma derogada. Ello no implica necesariamente su pérdida de validez, pues, en general y en virtud del principio de irretroactividad deberá seguir siendo aplicada en la resolución de los casos surgidos con anterioridad a la derogación.

## 4.2. Los criterios de *lex specialis* y de *lex superior*

4.2.1. El principio de *lex specialis* opera como un principio de individualización de disposiciones jurídicas complejas, pero no como un principio derogatorio. Para darse cuenta de ello, basta con percatarse de que la oposición «disposiciones generales» vs. «disposiciones especiales» es una de las técnicas más básicas de la organización de textos normativos y de que no tiene sentido decir que, por ejemplo, cuando el legislador promulga las disposiciones generales relativas a los contratos y las particulares relativas a cada uno de los tipos de contrato está simultáneamente promulgando y derogando las referidas disposiciones generales.

4.2.2. El principio de *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos pero nunca como un principio derogatorio. Sirve como fundamento para todas las formas de anulación o nulidad de normas jurídicas, pero verlo como un principio derogatorio —y, en consecuencia, ver a la nulidad como un caso particular de derogación— lleva a una visión deformada de los modos en que opera el Derecho. La derogación es un fenómeno perfectamente regular cuyo fundamento no es otro que el de responder a la exigencia de dejar abierta la posibilidad del cambio dentro del sistema. Dicho en otras palabras, la derogación y el principio de *lex posterior* responden a la exigencia de no dejar al sistema preso de la tradición. Su presencia en el interior del orden jurídico cumple la función —por decirlo en términos hartianos— de evitar los incon-

venientes que se derivarían del carácter estático de un régimen que contuviera sólo normas de obligación. El principio de *lex superior* —y todas las formas de nulidad que en él se fundamentan responde a una exigencia completamente diferente, por no decir opuesta. En virtud del principio de *lex superior* no se innova el sistema jurídico, sino todo lo contrario: se dan instrumentos para conservarlo. Todas las formas de nulidad responden a la idea de mantener, conservar la autoridad del Derecho.

## 5. DEROGACIÓN Y VALIDEZ

### 5.1. Los criterios de validez

5.1.1. La validez se predica de múltiples objetos: los actos normativos, las normas (en el sentido de entidades dependientes de la interpretación) y las formulaciones de normas (en el sentido de entidades dependientes de actos de promulgación).

5.1.2. Un acto normativo es válido cuando lo ha realizado el sujeto al que las metanormas de competencia (o reglas que confieren poderes) le habían conferido el poder y, además, lo ha hecho siguiendo el procedimiento típico. La validez predicada de los actos normativos está estrechamente relacionada con el reconocimiento de las fuentes del Derecho de creación deliberada. Los actos de promulgación son un tipo de los actos normativos, y su validez permite determinar la existencia de las fuentes del Derecho. La nulidad opera como complementario de la validez. Ello quiere decir que el producto de un acto normativo nulo no existe para el Derecho. Una formulación de normas dictada por una asamblea de estudiantes o un proyecto de ley que no recibe el suficiente número de votos en el parlamento jamás serán considerados leyes. Dichas formulaciones de normas no serán candidatas para ser interpretadas, ellas no existirán como fuentes del Derecho.

5.1.3. Una norma será válida si es el significado de una o varias formulaciones de normas que, a su vez, son el resultado de actos normativos válidos, esto es, si es el significado de alguna fuente del Derecho, y, además, es compatible con el resto de normas adscribibles a fuentes del Derecho de rango superior. En este contexto, la validez como predicado de las normas significa que el deber ser que ellas incorporan es lo jurídica o sistemáticamente debido. Si se atiende a lo dicho hasta ahora no es difícil advertir que la cuestión de la validez en el nivel de las normas está esencialmente vinculada con la jerarquía y la consistencia. El juicio de nulidad opera como complementario del de validez e implica que el deber ser de la norma nula no debería ser aplicado en la resolución de ningún tipo de casos.

5.1.4. La validez se puede predicar de las formulaciones de normas sólo por metonimia de la validez de los actos normativos de los

que ellas son el resultado o de la validez de las normas que ellas expresan. A partir de ahí se puede distinguir entre validez formal y validez material. La validez formal de una formulación de normas está vinculada a la validez del acto normativo del cual ella es resultado y quiere decir que dicha formulación es una fuente del Derecho de creación deliberada. La validez material de una fuente del Derecho está relacionada con las normas que ella contiene: una fuente del Derecho será materialmente válida si contiene normas válidas. Si se toma en cuenta esta distinción, expresiones como «ley inconstitucional» o «reglamento ilegal» pierden su carácter contradictorio.

## 5.2. Derogación y pérdida de validez

5.2.1. La derogación no puede ser definida como uno de los modos de perder validez de las fuentes del Derecho ni de las normas jurídicas.

5.2.2. La derogación expresa de una formulación de normas no implica que ella deje de ser válida, esto es, que deje de existir como fuente del Derecho. En general seguirá cumpliendo su papel de fuente del Derecho (sobre ella seguirán haciéndose interpretaciones operativas) al menos para los casos surgidos con anterioridad a la derogación y pendientes de resolución.

5.2.3. La derogación de una norma no implica su pérdida de validez. Que una norma sea válida quiere decir que lo prescrito por ella debe ser y las normas derogadas, en general, deben seguir siendo aplicadas a los casos surgidos con anterioridad a la derogación.

5.2.4. Cuando, como consecuencia de una derogación, se produce la pérdida de validez de una fuente o de una norma no es por efecto directo de aquélla, sino bien por la aplicación de ciertos principios especiales de la dinámica jurídica como, por ejemplo, los del Derecho penal, bien por una disposición expresa de la autoridad editora contraviniendo el principio de irretroactividad.

## 6. DEROGACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES

Como se ha visto, la derogación no puede ser definida como uno de los modos de perder validez de las normas jurídicas. Ahora bien, es un hecho que la teoría del Derecho, en general, la ha definido como tal. Conviene, pues, distinguir a la derogación de otras figuras afines que tradicionalmente han sido definidas también como modos de perder validez de las normas jurídicas.



## 6.1. Derogación y anulabilidad

6.1.1. La derogación y la anulabilidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho.

6.1.2. Las diferencias entre ambas instituciones se muestran claramente en las diferentes connotaciones que tienen el juicio de que una norma es nula y el de que una norma ha sido derogada. Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, desde un punto de vista interno, la norma en cuestión no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de normas de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto. Nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma *debe* seguir siendo aplicada en la resolución de casos pendientes. Y si lo prescrito por ella *debe ser* quiere decir que ella sigue siendo válida. Por otro lado, dicho juicio tampoco tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo.

## 6.2. Derogación y desuetudo

6.2.1. Por desuetudo suele entenderse la pérdida de validez de una norma jurídica por falta de eficacia, en el sentido de falta de aplicación, es decir, por el hecho de que los jueces no la apliquen en la resolución de casos. La derogación se distingue de la desuetudo

en que mientras aquélla es siempre el resultado de un cambio deliberado de voluntad normativa, ésta es el resultado de un proceso no deliberado. Además, en cuanto a los efectos, se distingue también porque la desuetudo implica que la norma «obsoleta» no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Otra cosa es, y aquí no se va a entrar en ello, que resulte problemático determinar las condiciones y el momento en que se produce la pérdida de validez por desuetudo.

6.2.2. La pretensión de vincular la desuetudo con la desobediencia generalizada es desacertada. La desuetudo puede y debe ser vista como un fenómeno regular perfectamente integrable dentro del sistema jurídico, cosa que no ocurre con la desobediencia. La desobediencia es simplemente desobediencia y la única consecuencia que puede extraerse de ella es que se ha violado lo prescrito por el sistema jurídico. Hay, sin embargo, muchos casos de pérdida de validez que se engloban bajo el rótulo de desuetudo que no pueden ser vistos como fenómenos irregulares. Así, por ejemplo, uno puede decir que una norma pierde validez por desuetudo cuando desaparecen del mundo las circunstancias previstas en la condición de aplicación —de forma que no haya oportunidad ni de cumplir ni de incumplir lo prescrito por la norma—, sin que con ello se aluda a algún fenómeno irregular. Las normas jurídicas protectoras de las ballenas, destinadas a intentar evitar su extinción, perderán validez el día que las ballenas desaparezcan. Pero también puede pensarse en casos más comprometidos. Por ejemplo, cuando los jueces dejan de aplicar una determinada norma porque de acuerdo con un razonamiento de principios o, más concretamente, en base al principio que establece que las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social en que han de ser aplicadas, consideran que la norma en cuestión ha dejado de ser aplicable a cualquier caso posible. Este último ejemplo nada tiene que ver con la desobediencia y es perfectamente integrable dentro del sistema jurídico.

### 6.3. Derogación y abolición

La abolición suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones. Así, mientras que la derogación se refiere a normas, la abolición afecta a aquellos entramados de normas a los que se alude con la expresión «institución». En este sentido, por ejemplo, se habla de la abolición de la pena de muerte, de la esclavitud, de la nobleza, de los diezmos, etc., en lugar de referirse a la derogación de todas las normas que prevén la pena de muerte como sanción, que regulan la esclavitud, etc. Podría pensarse, sin embargo, que esa es la única diferencia entre una figura y otra, de forma tal que toda abolición puede entenderse como un conjunto de derogaciones. Pero la abolición generalmente implica algo más que la derogación. Ya se ha

visto que el efecto normal de la derogación, salvo que se especifique otra cosa o intervengan otros principios como los del Derecho penal, consiste en la limitación temporal de la aplicabilidad de las normas jurídicas, de forma que las normas derogadas seguirán siendo aplicables a las relaciones jurídicas que surgieron cuando la norma estaba en vigor. La abolición, por el contrario, suele tener un componente de ruptura del que carece la simple derogación. La abolición de una institución apunta, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo. Para mostrarlo con un ejemplo: la derogación de la ley de arrendamientos urbanos no supone la extinción de todas las relaciones jurídicas que se constituyeron previamente, pero la abolición de la esclavitud es incompatible con la existencia de esclavos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., «Técnica legislativa y documentación automática de legislación», en *Informatica e diritto*, enero-abril, 1990.
- «La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen», en *Doxa*, n.º 10, 1991.
- «Derogación, rechazo y sistema», en *Doxa*, n.º 11, 1992.
- ALCHOURRÓN, C. E., «Normative Order and Derogation», en Martino, A.A. (ed): *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam, New York-Oxford, 1982.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- «La concepción expresiva de las normas», en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
- «Sobre el concepto de orden jurídico», en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis...*, ob. cit.
- ALCHOURRÓN, C. E. y MAKINSON, D., «Hierarchies of Regulations and Their Logic», en Hilpinen (ed), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., «Sobre las reglas que confieren poderes» (en prensa: aparecerá en breve en un libro de homenaje a Ernesto Garzón Valdés).
- BULYGIN, E., «Teoría y técnica de la legislación», en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E.: *Análisis...* ob. cit.
- «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en Alchourrón, C. E.: *Análisis...*, ob. cit.
- «Tiempo y validez», en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E.: *Análisis...*, ob. cit.
- CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C. E. C., Madrid, 1988.
- CARCATERRA, G., *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milán, 1974.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Algunos modelos de validez normativa*, Cuaderno de trabajo n.º 21, Instituto de Filosofía del Derecho, LUZ, Maracaibo, 1979.
- GUASTINI, R., «Questioni di tecnica legislativa», en *Le Regioni*, año XII, n.º 2-3, mayo-junio, 1985.
- «In tema di abrogazione», en Luzzati, Claudio (ed): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffrè, Milán, 1987.
- *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.

- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. de G. Carrió), Editora Nacional, México, 1980, p. 115.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría General del Derecho y de la ciencia jurídica*, Ed. PPU, Barcelona, 1989.
- KELSEN, H., «Derogation», en Weinberger, O. (ed): *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Dordrecht, 1973.
- *Derecho y Lógica* (trad. de U. Schmill y J. Castro), UNAM, México, 1978.
- *La teoría pura del Derecho* (trad. de R. J. Vernengo), Ed. UNAM, México, 1982.
- *Teoría generale delle norme* (ed. de M. G. Losano, trad. de Mirella Torre), Einaudi, Torino, 1985.
- MENDONÇA, D., «Atti di abrogazione e norme abrogatrici», en *Analisi e diritto*, 1993.
- NAVARRO, P. E., «Promulgazione e abrogazione di norme giuridiche», en *Analisi e diritto*, 1993.
- NAVARRO, P. E. y REDONDO, C., «Derogation, Logical Indeterminacy, and Legal Expressivism», en *Rechtstheorie*, n.º 21, 1990.
- NINO, C. S., *La validez del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.
- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid, 1990.
- VIVER I PI-SUNYER, C., «La parte final de las leyes», en GRETEL: *La forma de las leyes (10 estudios de técnica legislativa)*, Bosch, Barcelona, 1986.
- VON WRIGHT, H., *Norma y Acción* (trad. de Pedro García Ferrero), Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

### **3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO**



## Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución Norteamericana

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La soberanía del parlamento inglés.—3. Un nuevo modelo de Constitución.—4. De los *rights of Englishmen* a los derechos del hombre. 4.1. El punto de partida. 4.2. La literatura revolucionaria. 4.3. Conclusión.

### 1. INTRODUCCIÓN

A partir de mediados del siglo XVIII en las colonias de Norteamérica nace y se desarrolla un clima de temor, fruto de la creencia en la existencia de todo un plan dirigido, desde Inglaterra, a abolir aquellos derechos que, desde los primeros asentamientos, los colonos habían disfrutado. En realidad, las primeras denuncias no habían nacido en las nuevas tierras. Precisamente los teóricos del pensamiento *whig* inglés del siglo XVIII habían abierto el camino, acusando reiteradamente al gobierno de estar sumido en la corrupción. La Constitución, sostenían, estaba enferma y sus únicos remedios eran las reformas políticas: sufragio de todos los hombres adultos, reconocimiento de mayores competencias a la Cámara de los Comunes, modificaciones en el sistema de representación parlamentaria para conseguir que éste se correspondiera con la real distribución de la población, plena libertad de expresión tanto en los asuntos civiles como religiosos, etc.

El clima de temor que respiraban estos autores, de crítica ante la que consideraban corrupta sociedad inglesa, preocupaba considerablemente en Norteamérica porque hacía tiempo que ciertos datos de la política colonial no hacían sino apoyar sus hipótesis. Precisamente en 1765, con la promulgación de la *Stamp Act*<sup>1</sup>, tales temores pare-

---

1. Tanto la «Navigation Act» de 1660 como las disposiciones aprobadas en

cían confirmarse definitivamente. Aunque en 1764 ya se había aprobado la *Revenue Act*, sin embargo, las reacciones que levantó esta disposición habían sido difusas<sup>2</sup>. La promulgación de la *Stamp Act*, por el contrario, fue todo un detonante, el disparo que puso en marcha una batalla ideológica en contra de las ilimitadas facultades del Parlamento inglés.

En el esfuerzo por expresar y concretar su herencia de libertad, la lucha que en ese momento iniciaron los colonos no sólo consiguió la derogación de la ya citada *Stamp Act*, sino que fue el punto de partida de un combate ideológico, constitucional y político que, bajo la fuerza y la presión de la necesidad histórica, y a partir de los principios tradicionales ingleses, les condujo a una reformulación de principios capitales como el del fundamento y alcance de la soberanía del Parlamento inglés sobre las colonias, la tradicional noción de Constitución, e incluso a superar el mismo concepto de *rights of Englishmen*. En las páginas que siguen intentaremos aproximarnos al estudio de la transformación y reelaboración de estos principios por parte de los ideólogos revolucionarios. Creo necesario advertir que, dados los límites del presente trabajo, la exposición se ceñirá, tan sólo, al estado de la cuestión durante el período previo a la Declaración de derechos (1765-1776), dejando para ulteriores análisis el posterior período constituyente.

## 2. LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO INGLÉS

La tradición inglesa del siglo XVII, arrancando de una concepción teórica cuyos representantes serían, entre otros, Bodino y Hobbes, había sostenido que en el Estado debía existir un poder único y supremo. Como sabemos, tal teoría, en la práctica, había servido para justificar el absolutismo monárquico. A partir de las guerras civiles de los años cuarenta y de la Revolución de 1688, el poder soberano

---

1696 dotaban al gobierno inglés de la potestad de controlar y aprovechar, en su propio interés, el comercio con las colonias. Sin embargo, en el resto de los asuntos las colonias poseían de hecho un alto grado de independencia. La «Stamp Act» rompía definitivamente con estos principios al gravar con tasas la venta de sellos. *Vid.* «The Stamp Act» (March 22, 1765), en COMMAGER, H. S., *Documents of the American Revolution*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1968, pp. 53-55. Sobre las razones en las que se apoyaba la conveniencia política de la «Stamp Act», *vid.* «Introducción» a FICHT, T., y otros, «Reasons Why the British Colonies in America should not be Charged with Internal Taxes» (New Haven, 1764) en BAILYN, B., (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, Volume I, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1965, p. 379.

2. Sobre las reacciones que produjo esta disposición, *vid.* HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, *op. cit.*, pp. 139 y ss. En general, sobre la crisis de la «Stamp Act» y las protestas que la disposición levantó entre los radicales «whig», *vid.* GUTTRIDGE, G. H., *English Whiggism and the American Revolution*, University of California Press, 1979, pp. 58 y ss.



se fue atribuyendo progresivamente al Parlamento. Tras la «Gloriosa Revolución» se entendió que toda potestad de carácter absoluto debía quedar depositada, no en un hombre, ya que era demasiado alto el riesgo que ello conllevaba, sino en un órgano constitucional. El Parlamento era el más adecuado para ello, ya que su estructura era «... tan equitativa y matemáticamente proporcional» y «los estados contribuyen tan ordenadamente a su composición» que su poder absoluto y arbitrario «no resulta peligroso ni necesita ser restringido»<sup>3</sup>. Tal concepción queda expresada en el Acta Declaratoria de 1766, en la cual se sostenía que el Parlamento, constituido por el Rey de Gran Bretaña, los lords y los comunes:

«... han tenido, tienen y deberán tener absoluto poder y autoridad para crear normas y estatutos con suficiente fuerza y validez para vincular a las colonias y personas de América y todas las circunstancias...»<sup>4</sup>.

De acuerdo con estos principios, que debían mucho a Henry Parker, el Parlamento se constituía en el creador e intérprete de la ley, en el poder predominante y superior del Estado. Esta doctrina se hallaba en última instancia legitimada por el principio de supremacía del pueblo, latente en épocas de normalidad y manifiesto solamente en momentos de rebelión contra gobiernos tiránicos<sup>5</sup>. De acuerdo con estas ideas, la Revolución de 1688 se había interpretado como un cambio de titularidad en el poder, sin que llegase a alterarse la calidad de éste. Frente a la figura del monarca continental, en Inglaterra el Parlamento se constituía en poder supremo y soberano<sup>6</sup>.

Esta era la base sobre la que descansaron los argumentos ingleses que se oponían a las reclamaciones coloniales. Si el Parlamento poseía la suprema autoridad era innegable su capacidad para gravar con impuestos a los norteamericanos. En caso contrario, y como señalaba en 1766 Ingersoll, si el Parlamento «carece de esa facultad para Norteamérica, carece en absoluto de poder, y entonces Norteamérica es, en definitiva, un reino en sí mismo»<sup>7</sup>.

Pero esta concepción, que hacía descansar toda la noción de soberanía en el Parlamento de Gran Bretaña, necesariamente debía cho-

---

3. JUDSON, M. A., «Henry Parker and the Theory of Parliamentary Sovereignty», en *Essays to McIlwain*, cit. en BAILYN, B., *op. cit.*, p. 187.

4. «Declaratory Act» (March 18, 1766) en COMMAGER, H. S., (editor), *Documents of American History*, *op. cit.*, p. 60.

5. *Vid.* BAILYN, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1992. Existe traducción castellana con el título de *Los Orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, trad. A. Vanasco, Paidós, Buenos Aires, 1972, p. 187.

6. *Vid.* GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 250.

7. *Vid.* INGERSOLL, J., «Mr. Ingersoll's Letters Relating to the Stamp-Act» (New Haven, 1766), en BAILYN, B., *Pamphlets of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 119.

car con la teoría y la práctica colonial. Como señala Asís, «la concepción inglesa del Parlamento como el poder absoluto con autoridad suprema, como ya señaló Blackstone... no podía existir en América del Norte»<sup>8</sup>. En Norteamérica, y propiciada por la anterior situación de abandono inglesa, existía una tradición política que atribuía un gran poder real al mismo pueblo a partir de facultades reconocidas a través de las Cartas coloniales, en otros casos asumidas en los *covenants*, y habitualmente ejercitadas en las Asambleas coloniales<sup>9</sup>. Las provincias habían gozado de una amplia autonomía y la Corona, aunque había ejercido su autoridad, fundamentalmente mediante su derecho al veto, no había actuado propiamente como un poder soberano. El poder efectivo había residido en el pueblo. Por ello, las teorías inglesas como la de la representación «virtual» de los súbditos ingleses en el Parlamento no llegaban a ser comprendidas en Norteamérica porque precisamente allí la voluntad del pueblo era el verdadero origen del poder político. Las ficciones carecían de sentido cuando la práctica era tan evidente.

Por todo ello pronto surgió ante los colonos un problema de teoría política difícil de resolver. Para Bailyn, el modo de atenuar, reinterpretar e incluso echar por tierra este principio fundamental de la Constitución inglesa, la suprema soberanía del Parlamento, fue una de las principales cuestiones que debieron abordar los norteamericanos. Para este autor los esfuerzos realizados en este campo dieron lugar a un fascinante espectáculo, siendo ejemplo de ajuste creativo de las ideas a la realidad<sup>10</sup>.

La primera cuestión que se planteó giró en torno al principio inglés que defendía la unidad de la noción de soberanía. Si se entendía que ésta residía exclusivamente en el Parlamento inglés era difícil admitir, como pretendían los norteamericanos, que también gozaran de ella las Asambleas coloniales. Esta demanda atrajo numerosos ataques desde Inglaterra. Se les achacaba, en palabras de Burke, estar poniendo «en tela de juicio la soberanía misma» e intentando transformar los principios básicos en los que descansaba la autoridad del Estado<sup>11</sup>. Pero los teóricos revolucionarios no estaban dispuestos a admitir que sus Asambleas carecían de todo poder y se planteaban cuál debía ser la posición de estas Cámaras, que hasta entonces habían actuado prácticamente como órganos soberanos en cuestiones de carácter interno. Lo que era evidente es que si acataban

---

8. ASÍS ROIG, R. DE, «El modelo americano de derechos fundamentales», en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 53.

9. Vid. KETCHAM, R., *From Colony to Country. The Revolution in American Thought, 1750-1820*, New York, MacMillan Publishing Co., Inc., 1974, p. 60.

10. Vid. BAILYN, B., *Los Orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, *op. cit.*, pp. 188-189.

11. En BAILYN, B., *Los Orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, *op. cit.*, p. 194.

sumisamente la teoría tradicional inglesa no podían negar que la potestad de imponer gravámenes era una facultad inherente a la suprema autoridad legislativa del Parlamento.

Jaime Otis, ideólogo revolucionario, llevó a cabo uno de los primeros intentos de justificar la postura colonial. Siguiendo una personal interpretación de los principios sostenidos por Coke en el caso *Bonham*<sup>12</sup>, Otis intentó interponer la «equidad natural» entre el Parlamento y las colonias, defendiendo que existían principios superiores de equidad y justicia que el Parlamento no podía transgredir, de tal modo que en el caso de hacerlo las disposiciones emanadas de este órgano serían inválidas e inaplicables por los tribunales. En sus palabras: «si las razones que pueden aducirse en contra de una ley demuestran claramente que es contraria a la equidad natural, los tribunales ejecutivos podrán declarar la nulidad de dicha ley»<sup>13</sup>. Como es bien conocido, estos principios tuvieron gran importancia en el desarrollo de la doctrina del *judicial review*.

En definitiva, para Otis el poder del Parlamento quedaba de hecho limitado por una serie de principios inmutables, interpretados y aplicados por los tribunales, que por ello se situaban en un plano superior al de la propia Cámara legislativa. Entre estos principios se hallaba la facultad de las Asambleas coloniales de aprobar sus propios gravámenes internos, capacidad derivada del derecho de propiedad:

«El Parlamento no puede imponer impuestos a ciudadanos no representados en él del mismo modo que 2 y 2 no son 5. ¿Existe alguna libertad donde la propiedad es sustraída sin consentimiento? ¿Puede afirmarse con algún color de verdad, justicia o equidad que las colonias están representadas en el Parlamento?»<sup>14</sup>

Resulta evidente que estas conclusiones iban a provocar múltiples ataques. Para salvar la supremacía del Parlamento, Otis afirmó que éste automáticamente decretaría la nulidad del acto que contradecía a los mismos principios constitucionales. Pero la figura de un Parlamento autocorrectivo al que se refiere en su panfleto<sup>15</sup> *Rights of*

---

12. Vid. THORNE, S., «Dr. Bonham's Case», en *The Law Quarterly Review*, núm. CCXVI, October, 1983.

13. OTIS, J., «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (Boston, 1764), en BAILYN, B. (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 454.

14. OTIS, J., «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (Boston, 1764), en BAILYN, B. (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 447.

15. Entendemos por panfleto un tipo de escrito, generalmente breve, mediante el cual se exponían principios de teoría política, ensayos históricos, alegatos políticos, sermones religiosos, etc. Durante los años que antecedieron a la Revolución Norteamericana proliferaron este tipo de textos conteniendo argumentos y opiniones sobre las circunstancias políticas por las que atravesaban las colonias, alcanzando un alto grado de difusión y contribuyendo de un modo decisivo a la configuración del sustrato ideológico que apoyó la rebelión (vid. CONDIT, L., *A Pamphlet about Pamphlets*, The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1939; BAILYN, B., *Los Orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, op. cit.).

*the British Colonies Asserted and Proved*, publicado en Boston en 1764, no gustó a nadie. Señalar que el Parlamento era omnipotente y soberano, y sostener que debía invalidar aquellas normas que transgrediesen ciertos principios de equidad era, de acuerdo con la teoría política inglesa, además de una incoherencia, un error histórico. Pero, a pesar de todo, el mérito de sus argumentos, reside en gran parte, en ser el punto de partida de una lucha ideológica que, en definitiva, conducirá a hacer descansar todo el concepto de soberanía en quien realmente la había poseído desde sus mismos orígenes, el pueblo norteamericano.

Otro esfuerzo por poner límites a la soberanía del Parlamento inglés partió de la defensa de la existencia de dos ámbitos de gobierno, uno «interno» y otro «externo». Fue Stephen Hopkins con su panfleto *The Rights of the Colonies Examined*<sup>16</sup> uno de los autores que más contribuyó a implantar esta distinción. Hopkins sostenía que la obediencia de las colonias a la metrópoli sólo era debida cuando se tratara de asuntos en los que el propio Parlamento poseyera competencia y en concreto, en el supuesto de los gravámenes, cuando éstos recayeran directamente sobre el tráfico, la importación o exportación de productos, etc. Por el contrario, el Parlamento inglés carecía de competencia para regular materias de *internal government*. En ese caso sólo las Asambleas coloniales se hallaban capacitadas para intervenir vinculatoriamente. En realidad, también este autor estaba negando la existencia de un poder absoluto e indivisible según sostenían con los postulados constitucionales ingleses.

Pero pronto, bajo la iniciativa de Dickinson, los colonos descubrieron que defender esa distinción podía llegar a ser muy peligroso. En realidad se abandonaba la facultad de imponer gravámenes a la sólo voluntad del Parlamento, de tal modo que si éste deseaba cargar a las colonias con abusivos impuestos, y que éstas se vieran obligadas a aceptarlos, sólo tendría que incluirlos entre los de carácter «externo».

Dickinson dio un paso adelante en sus *Letters from a Farmer in Pennsylvania* al defender un concepto distinto de soberanía. Limitó el poder del Parlamento al imprescindible para mantener las conexiones de un imperio, ciñéndolo a regular el comercio y algunos otros aspectos de la economía, negando así su capacidad para fijar impuestos. Sostenía que un imperio difería de una nación unitaria y que, por ello, el cuerpo soberano de aquél no era supremo necesariamente en todos los lugares y en todas las materias. En realidad, estaba trasladando una gran parte de la soberanía del Parlamento inglés a las Asambleas de las colonias y, por tanto, quebrantando los tradicionales principios de unidad y absolutez. Las Asambleas colo-

---

16. HOPKINS, S., «The Rights of Colonies Examined», en BAILYN, B. (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit.

niales, de acuerdo con Dickinson, poseían un poder prácticamente soberano en su ámbito territorial con respecto a las materias de su competencia <sup>17</sup>.

En realidad Dickinson estaba buscando el modo de justificar lo que hasta entonces había sido una realidad, la práctica autonomía de las Asambleas legislativas coloniales. Es interesante hacer notar que en éste, como en otros muchos aspectos de la Revolución Norteamericana, la práctica política se había adelantado a la teoría y precisamente el intento se centraba en ajustar y hallar los necesarios argumentos para justificar la situación real.

El resultado de estos esfuerzos fue una nueva concepción de las relaciones entre un imperio y sus colonias. Como señalaba Hickes, los diversos pueblos que integran el imperio se hallan gobernados desigualmente por el Parlamento, de tal modo que «la índole y el grado de su dependencia (del Parlamento)... no son exactamente iguales». Para respetar la libertad real de las colonias, las leyes del Parlamento sólo deben afectar a casos y situaciones concretamente estipulados, ya que, en palabras de Hickes, «en tanto que el poder del Parlamento británico es considerado soberano y supremo en todo sentido, la libertad en Norteamérica es sólo un sueño lisonjero y sus beneficios sombras engañosas...» <sup>18</sup>.

Para Inglaterra estos puntos de vista eran inadmisibles. Los teóricos constitucionales continuaban insistiendo en la indivisibilidad de la soberanía, en la incongruencia de mantener un *imperium in imperio*. Por otro lado, a los revolucionarios norteamericanos les era realmente difícil llegar a explicar razonadamente cuál era la línea divisoria entre las competencias del Parlamento y las de las Asambleas coloniales y poder así justificar legalmente su postura. Llegaron a entender que en el supuesto de ser obligados a elegir entre todo o nada sólo podrían defender esta última opción: «hay más razones para temer las consecuencias de un poder supremo absoluto y sin freno, ya sea que lo ejerza una nación o un monarca, que las que podrían derivar de la independencia total» <sup>19</sup>.

En el debate que tuvo lugar entre Thomas Hutchinson, gobernador de Massachusetts, y las dos Cámaras de la Asamblea de la colonia en 1772, publicado bajo el título de *The Speeches of His Excellency Governor Hutchinson to the General Assembly... With the Answers of His Majesty's Council and the House of Representatives Respectively...* se vertieron importantes ideas. Hutchinson partía del ya referido punto de vista inglés sobre la indivisibilidad de la sobe-

17. DICKINSON, J., «Letters from a Farmer in Pennsylvania to the Inhabitants of the British Colonies», en MORISON, S. E. (editor), *Sources & Documents Illustrating the American Revolution. 1764-1788*, Oxford University Press, 1977, pp. 34 y ss.

18. HICKES, «Nature and Extent of Parliamentary Power», en BAILYN, B., *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 129.

19. Vid. BAILYN, B., *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 131.

ranía, mientras que la Asamblea planteaba otra salida: el reconocimiento de dos legislaturas absolutas, la de Gran Bretaña y las de cada una de las colonias, cuyo contacto se estableciera en la persona del rey. Ante la imposibilidad de convencer al Parlamento de Inglaterra de que la soberanía podía ser dividida, buscaban un argumento que pudiera justificar la aceptación de una confederación de Estados soberanos que mantuviesen su unidad a través de una única monarquía, la inglesa. Así señalaba Moses Mather<sup>20</sup> que si se insistía en la contradicción de dos poderes supremos dentro de un Estado, la única vía sería excluir totalmente a las colonias del control del Parlamento.

Estas ideas fueron sostenidas con fuerza por James Wilson en su panfleto *Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament*, publicado en Filadelfia en 1774. En él defendía que no existía una línea de separación entre los poderes del Parlamento en las colonias y las facultades de las que éstas gozaban, en sus palabras ... *such a line not exist*<sup>21</sup>. En su opinión un imperio se compone de Estados independientes cuyo vínculo de unión es precisamente la Corona. Esta teoría la aplicaba también al caso de Irlanda, cuyos habitantes tampoco deberían hallarse sujetos al Parlamento inglés. La vinculación al monarca inglés y la obediencia al Parlamento se hallaban fundados en distintos principios: el de protección y el de representación<sup>22</sup>. En suma, las colonias sólo se hallaban vinculadas al Rey mediante una alianza fundada en el deber de protección, que recaía sobre el monarca, y la correlativa obligación de obedecer por parte de las colonias<sup>23</sup>.

La fórmula a la que se refiere Wilson es la que aparecerá claramente reflejada en la Declaración de Independencia. Efectivamente, Jefferson no dirigirá sus ataques al Parlamento Británico, sino que, como ya Paine había realizado en su panfleto *Common Sense*, achacará directamente al monarca todos los agravios sufridos. La ruptura con el Parlamento ya se había producido años antes en las mentes de los colonos. Jefferson entiende, por ello, que los lazos que deben romper las colonias son los que les unen al monarca inglés, lazos

20. MATHER, M., «America's Appeal», en BAILYN, B., *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 135.

21. WILSON, J., «Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament» (Philadelphia, 1774), en COMMAGER, S. E. (editor), *Sources & Documents Illustrating the American Revolution, 1764-1788*, op. cit., pp. 104 y ss.

22. WILSON, J., «Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament» (Philadelphia, 1774), en COMMAGER, S. E. (editor), *Sources & Documents Illustrating the American Revolution, 1764-1788*, op. cit., p. 108.

23. WILSON, J., «Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament» (Philadelphia, 1774), en COMMAGER, S. E. (editor), *Sources & Documents Illustrating the American Revolution, 1764-1788*, op. cit., pp. 113 y ss.

que voluntariamente habían asumido. La Declaración de Independencia se concibe como una quiebra de la fidelidad hasta ese momento ofrecida al monarca, basada precisamente en su falta de protección. En la Declaración que surge del Congreso General de 1776 se reflejará claramente la ruptura del contrato: «... declarando que renuncia a nuestra fidelidad y nos retira su protección»<sup>24</sup>. Se trata de un rechazo de vínculos no impuestos, sino voluntariamente asumidos de modo previo, del tal modo que la negación de fidelidad a la Corona británica no se entenderá como una rebelión contra un poder legalmente establecido, sino tan sólo como la quiebra de un pacto por incumplimiento de una de las partes.

Como ya se ha señalado, el final de toda esta batalla ideológica conducirá a hacer descansar todo el principio de soberanía en quien realmente la había poseído desde sus mismos orígenes, el pueblo norteamericano. En este sentido, la ruptura de los vínculos que unían a Norteamérica con el monarca se efectuará «en nombre y por la autoridad del buen pueblo de estas colonias...»<sup>25</sup>. Frente al concepto, ya superado, de una soberanía unitaria y absoluta que reposaba en el Parlamento Británico, se alzaba la idea de que la soberanía real residía en el pueblo, y tal principio fue el que quedó reflejado en el texto legal que proclamaba la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

### 3. UN NUEVO MODELO DE CONSTITUCIÓN

Al compás de estos cambios era lógico que, bajo la presión revolucionaria norteamericana, también se transformará radicalmente el mismo modelo tradicional de Constitución inglés. Antes de 1776 éste se hallaba perfectamente asentado en ambos lados del Atlántico. Como es bien conocido, más que de un documento escrito se trataba de un conjunto de instituciones y órganos, de un «orden constituido»<sup>26</sup>, entendido como conjunto de leyes, costumbres e instituciones que conformaban el sistema político<sup>27</sup>. En Bolingbroke, político inglés que ejerció gran influencia en Jefferson, hallamos expresadas estas ideas cuando, sin dejar de insistir en la inmutabilidad de la

---

24. «Declaración de los Representantes de los Estados Unidos de América reunidos en Congreso General» (agosto 4, 1776), en JEFFERSON, T., *Autobiografía*, en KOCH, A.; PEDEN, W. (editores), *Autobiografía y otros escritos*, trad. A. Escohotado y M. Saenz de Heredia, Madrid, Tecnos, 1987, p. 26.

25. «Declaración de los Representantes de los Estados Unidos de América reunidos en Congreso General» (agosto 4, 1776), en JEFFERSON, T., *Autobiografía*, en KOCH, A.; PEDEN, W. (editores), *Autobiografía y otros escritos*, op. cit., p. 29.

26. Vid. BAILYN, B., *Los Orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, op. cit., p. 74.

27. Vid. KETCHAM, R., *From Colony to Country. The Revolution in American Thought, 1750-1820*, New York, MacMillan Publishing Co., Inc., 1974, p. 60.

Constitución inglesa y en su carácter soberano, afirmaba que la entendía como:

«... conjunto de leyes, instituciones y costumbres que provienen de ciertos principios fijos de la razón, dirigidos a ciertos fines fijos del bienestar público, que componen el sistema general conforme al cual la comunidad ha consentido en ser gobernada»<sup>28</sup>.

En principio tales ideas habían sido perfectamente transmitidas y asimiladas en las colonias. John Adams se refería a la Constitución como a «un armazón, un esquema, un sistema, una combinación de poderes con un cierto fin, a saber, el bien de toda la comunidad»<sup>29</sup>. Este armazón o esquema que constituía la Constitución era elogiado, tanto por ingleses como por americanos. James Otis llegó a referirse a él como a un sistema dotado de enorme grandeza, imbuido de la sabiduría de sus antepasados:

*See here the grandeur of the British constitution! See the Wisdom of our ancestors!*<sup>30</sup>.

Pero los colonos, partiendo de este concepto y buscando justificar su negativa a aceptar aquellas medidas inglesas que entendían como injustas y arbitrarias, insistieron en un aspecto de la Constitución que, con el tiempo, llegó a situarse en el primer plano de la cuestión. Bajo la pluma de los radicales norteamericanos el término «Constitución» progresivamente fue desplazándose en las colonias desde el campo de las instituciones al de los principios. La noción de «Constitución» fue significando cada vez más «restricciones impuestas al gobierno en orden a proteger las prerrogativas (derechos) de las personas»<sup>31</sup>.

No podemos, sin embargo, dejar de hacer notar que la teoría política inglesa nunca había dejado absolutamente de lado la idea de que la Constitución, además de instituciones, contenía unos ciertos derechos morales, principios de razón y justicia. Tales principios para muchos se hallarían contenidos en el *common law*<sup>32</sup>. En esta línea, para algunos los actos del Parlamento tenían un carácter meramente declarativo, no constitutivo. Como hace notar Bagehot, las disposiciones del Parlamento no pretendían imponer nuevas prescripciones, sino que enunciaban o limitaban el sentido de una norma existente,

28. BURNS, J. H., «Bolingbroke and the Concept of Constitutional Government», en *Political Studies*, vol. X, 1962, pp. 264-276.

29. Vid. ADAMS, J., «Works», en BAILYN, B., *op. cit.*, p. 74.

30. OTIS, J., «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (Boston, 1764), en BAILYN, B. (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 60.

31. Vid. KETCHAM, R., *From Colony to Country. The Revolution in American Thought, 1750-1820*, *op. cit.*, p. 60.

32. Vid. sobre este punto HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, *op. cit.*, pp. 263-264.



intentando siempre respetar los principios originales<sup>33</sup>. También Blackstone señalaba este carácter de la Constitución. Ésta, para él, estaría además constituida por un cuerpo de derechos inherentes a los súbditos, derechos que él concebía como de exclusivo patrimonio de los ingleses<sup>34</sup>.

Pero en las colonias se avanzó mucho más. Debido al conflicto suscitado y a su constante deseo de fijar límites al Parlamento inglés, se fomentó especialmente este enfoque, se insistió constantemente en destacar que lo básico en el concepto de Constitución eran estos principios, fundamentos extraídos de la razón y la justicia. Ello no puede extrañarnos, ya que en realidad, y con la ayuda de los argumentos de Coke, los colonos habían llegado a interpretar sus Cartas coloniales como un tipo de Constitución en la que se contenían sus derechos y libertades frente al Parlamento inglés, al monarca y a las disposiciones ministeriales<sup>35</sup>. Como sabemos, ya en 1764 James Otis pudo llegar a sostener públicamente que una disposición del Parlamento «... en contra de la Constitución se hallaba viciada de nulidad» y es obligación de las Cortes «dictaminar la derogación de tal resolución»<sup>36</sup>. James Otis buscaba afanosamente tales principios en el *common law*. Recordemos que de algún modo se estaba refiriendo a la existencia de derechos que el Parlamento no podía infringir, que lo superaban porque se hallaban por encima de esta institución.

Pero Coke en el *Boham's case* no había querido significar lo que Otis, llevado de su celo por los derechos de las colonias, creía entender<sup>37</sup>. Él trataba de sostener la existencia, en el seno de la Constitución, de una serie de principios de equidad y justicia que, por ser parte de ésta, el Parlamento debía respetar. El problema surgía al confrontar este concepto de Constitución con el tradicional inglés, y de ahí la contradicción que tantos autores achacaron a Otis: no cabía, por un lado, negar la sumisión al Parlamento inglés en razón de la

---

33. BAGEHOT, W., *La Constitución Inglesa*, trad. A. Posada, Madrid, La España Moderna, p. 317.

34. Para Blackstone existían propiamente unos derechos absolutos de los ingleses, los cuales derivaban de la Constitución y podían ser fijados en la seguridad, propiedad y libertad. Al mismo tiempo, otro tipo de derechos tenían el carácter de auxiliares y se hallaban encaminados a proteger y afirmar los anteriores. Éstos eran, entre otros, la limitación de las prerrogativas regias, el derecho a la solicitud de justicia ante los Tribunales, el derecho a portar armas en defensa propia, la posibilidad de acudir al rey o a la Cámara por agravios. De acuerdo con estas nociones, Blackstone expone la noción de Constitución en función de los derechos y libertades (BAKER, E., «Blackstone on the British Constitution», en *Essays on Government*, Oxford, 1945, p. 143).

35. *Vid.* HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, *op. cit.*, p. 122.

36. OTIS, J., «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (Boston, 1764), en BAILYN, B. (editor), *Pamphlets of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 455.

37. *Vid.* THORNE, S., «Dr. Bonham's Case», en *The Law Quarterly Review*, núm. CCXVI, october, 1983.

Constitución, cuando el mismo Parlamento era parte de la Constitución.

Precisamente los teóricos del radicalismo *Whig*, que desde Inglaterra predicaban la resistencia a la tiranía y a la opresión y denunciaban la existencia de graves amenazas para los derechos y libertades tradicionales del pueblo inglés, fomentaban una reformulación del modelo constitucional tradicional. Norteamérica dio un paso adelante: pronto llegaron a comprender que la Constitución inglesa no representaba para ellos las garantías que desesperadamente necesitaban. No se trataba, como ya hemos señalado, de una idea totalmente original: sus Cartas coloniales les habían permitido mantener y defender sus privilegios precisamente por su carácter de documentos escritos. Pero poco a poco, la idea de la necesidad de un texto escrito, como único medio de protección de sus derechos y privilegios, fue ganando más adeptos. De este modo, tanto la legislación ordinaria, los actos ejecutivos, e incluso las decisiones de los jueces, se hallarían subordinados a los términos de tal texto, garantizándose así los derechos y libertades coloniales.

#### 4. DE LOS *RIGHTS OF ENGLISHMEN* A LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Como ya se ha señalado, la noción de «derechos de los ciudadanos británicos» fue, del mismo modo que el principio de soberanía y la noción de Constitución, sometido a fuertes presiones, y de ellas resultó también profundamente afectado.

Debemos partir del hecho de que desde los primeros asentamientos en Norteamérica los colonos defendieron un modelo histórico de derechos que se apoyaba en los tradicionales *rights of Englishmen*<sup>38</sup>. También en los primeros documentos formales a través de los cuales manifestaron su negativa a acatar las normas inglesas hallamos un claro y predominante concepto de «derechos»: se trataba de aquellas prerrogativas que se disfrutaban por el sólo hecho de ser ciudadano británico, que descansaban en la Constitución, de la que una parte muy importante era el *common law*, y que se hallaban ratificadas en las Cartas coloniales respectivas.

Pero el punto de partida, el modelo histórico inglés, evolucionará progresivamente hasta desembocar en un sistema fundamentalmente racional. De este modo, durante los años previos a la Declaración

---

38. *Vid.* sobre este punto PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, Madrid, 1989, pp. 63 y ss.; asimismo ASÍS ROIG, R. DE, «El modelo americano de derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 58-70.

de 1776 podremos encontrar dos posturas claramente definidas: a) la historicista, que abogaba por la defensa de las tradicionales prerrogativas inglesas; y b) otra, de corte racionalista, más abstracta, que fundaba sus demandas en una *natural law*. Así, algunos americanos, como Patrick Henry, sostenían una visión limitada de los derechos, ceñida al ámbito geográfico inglés, más acorde con los principios del *common law*. Frente a ellos se hallaban los que, con Jefferson a la cabeza, defendían la noción de derechos del hombre. Estas dos líneas, aunque en principio antagónicas, se mostraron en muchas ocasiones claramente compatibles, dando lugar en muchas ocasiones a un modelo mixto de fundamentación de derechos. Como afirma Peces-Barba:

«El viejo y buen derecho de los ingleses se combina con el iusnaturalismo racionalista. Frente al caso inglés y al francés, en el modelo americano reforma y ruptura, continuidad e innovación no se plantean como alternativas incompatibles, sino como dimensiones compatibles, aunque en una progresiva potenciación del punto de vista rupturista racional y abstracto necesario para justificar la interrupción de los lazos con la metrópoli»<sup>39</sup>.

Precisamente será en la última fase del desarrollo de la ideología revolucionaria cuando el antiguo y tradicional concepto inglés perderá la partida ante los puntos de vista iusnaturalistas. La Declaración de 1776 puede ser entendida como el culmen de este proceso. En este sentido, y como brillantemente se ha señalado, nos hallaremos ante «una curiosa mezcla de argumentos históricos como punto de partida y de argumentos racionales como punto de llegada»<sup>40</sup>.

#### 4.1. El punto de partida

Al efectuar un repaso de las principales Cartas y documentos formales que definían los derechos de los habitantes de las colonias, comprobamos que tales textos se referían a aquellas prerrogativas que, como súbditos británicos les eran inherentes. Entendían que, como ingleses, poseían ciertos derechos constitucionalmente reconocidos, aunque hasta entonces no habían profundizado excesivamente en su fundamento, contenido, límites, caracteres, etc.

Tras la promulgación de la *Stamp Act* y con ella, como ya se ha señalado, la confirmación de todos sus temores, los colonos comenzaron a profundizar en el fundamento de sus derechos, de tal modo que les fuera posible, con sólidos argumentos, exigir a Inglaterra el respeto de lo que siempre les había pertenecido. También en este

---

39. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», en *op. cit.*, p. 65.

40. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», en *op. cit.*, pp. 64-65.

punto debemos señalar que la práctica se adelantó a la teoría, ya que ésta tan sólo buscaba razones para justificar la defensa de los derechos tal y como se habían disfrutado desde los primeros asentamientos.

La primera reacción institucionalizada contra la *Stamp Act* la encontramos en Virginia. Las *Virginia Stamp Act Resolutions*<sup>41</sup>, elaboradas el 30 de mayo de 1765 con la aprobación de la *House of Burgesses*, insistían en lo que sería, a partir de ese año, un lugar común de la literatura revolucionaria. Estas Resoluciones, atribuidas a Patrick Henry, fueron publicadas en los distintos periódicos coloniales, lo cual sirvió para dar a conocer al pueblo el fondo de la cuestión<sup>42</sup>.

El texto contenía siete Resoluciones a través de las cuales se desarrollaban las conclusiones de la Asamblea. En la primera se recordaba algo que ya conocemos: los colonos poseían, como ingleses, todas las libertades, privilegios, franquicias e inmunidades... que desde tiempos inmemoriales habían disfrutado los habitantes de Gran Bretaña<sup>43</sup>. En realidad, toda la vida política colonial giraba alrededor de este concepto. Se trataba de aquellos derechos a los que Otis<sup>44</sup>, citando a Blackstone, se refería como *subject's birthrights* (derechos de los ciudadanos por su nacimiento). Por su parte, en la segunda Resolución se recordaba la ratificación de tales prerrogativas en las Cartas coloniales concedidas a Virginia. Entre estas facultades se hallaba la de participar en la elaboración de los propios impuestos.

Precisamente el derecho a participar en la elaboración de los impuestos, personalmente o por medio de representantes parlamentarios, era uno de los más característicos de la Constitución británica, sin el cual, como señalaban las *Virginia Stamp Act Resolutions ... the ancient constitution cannot exist*<sup>45</sup> (la antigua Constitución no puede existir). Por ello, y tras apelar a esta reconocida práctica, incluso admitida por el monarca inglés, concluían que sólo la *General Assembly* de esa colonia poseía el exclusivo derecho de imponer tasas e impuestos a los residentes en ella. Cualquier acción en otro sentido

41. Vid. «Virginia Stamp Act Resolutions» (may 30, 1765) en COMMAGER, H. S. (editor), *Documents of American History*, op. cit., pp. 55-56; también puede hallarse este documento en *Sources & Documents Illustrating the American Revolution, 1764-1788*, op. cit., pp. 14 y ss.

42. Vid. HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, op. cit., pp. 142 y ss.

43. «Resolved..., That the first adventures and settlers of this his Majesty's Colony and Dominion of Virginia brought with them, and transmitted to their posterity, and all privileges, franchises, and immunities, that have at any time been held, enjoyed, and possessed, by the people of Great Britain...» («Virginia Stamp Act Resolutions», may 30, 1765, cit. en COMMAGER, H. S., op. cit., pp. 55-56).

44. OTIS citaba a Blackstone en su panfleto «A Vindication of the British Colonies, against the Aspersions of the Halifax Gentlemen» (Boston, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 559.

45. «Virginia Stamp Act Resolutions», en COMMAGER, H. S. (editor), *Documents of the American Revolution*, op. cit., p. 56.

se consideraría como un intento de destruir las libertades americanas<sup>46</sup>.

En las *Resolutions of the Stamp Act Congress*, Declaración redactada tras el Congreso que, a instancia de James Otis, reunió a veintiocho representantes de nueve colonias<sup>47</sup>, volvemos a encontrar apelaciones a los *essential rights and liberties of the colonist*, de tal modo que los habitantes de las colonias poseen todos «los derechos y libertades inherentes a su nacimiento en el reino de Gran Bretaña». Se trata de derechos indubitables, entre los que se halla el ya citado a estar representado en la Asamblea que deba decidir y elaborar los impuestos<sup>48</sup>. Otro régimen o modo de imposición de tributos se hallaría en clara contradicción con lo dispuesto en la Constitución<sup>49</sup>.

A estas Declaraciones siguieron otras que surgían de las Asambleas de cada una de las colonias. Maryland, Massachusetts, Connecticut, etc., manifestaron igualmente su postura. John Adams se refería a estos *essential rights and liberties* cuando, en 1765, redactó las *Instructions of the Town of Braintree Massachusetts on the Stamp Act*. En ellas alegaba que las disposiciones de la *Stamp Act* eran inconstitucionales, ya que «... siempre hemos entendido como un gran y fundamental principio de la Constitución que ningún hombre libre debería ser sujeto a impuestos a los cuales él no ha otorgado su consentimiento...»<sup>50</sup>. Sostenía que tal prerrogativa era un derecho fundamental, ya que a nadie se le podía sustraer su propiedad sin su propio asentimiento. En conclusión, la *Stamp Act* contradecía los derechos reconocidos por el *common law* y por los *essential fundamental principles of the British constitution*, por lo que negaba sus *rights and liberties*<sup>51</sup>.

También las Cortes de Justicia, como la de Virginia, llegaron a expresar su alarma. Es interesante hacer notar, por su interés para la doctrina del *judicial review of legislation*, que asimismo en las *Northampton County Resolutions on the Stamp Act* se establece con radicalidad que «la citada ley no obliga ... a los habitantes de esta colonia, ya que se trata de una disposición inconstitucional»<sup>52</sup>. En la misma línea, en la abrumadora literatura panfletaria que sigue a

46. «Virginia Stamp Act Resolutions», en COMMAGER, H. S. (editor), *Documents of the American Revolution*, op. cit., p. 56.

47. Virginia, New Hampshire, North Carolina y Georgia no enviaron delegados.

48. Vid. ASÍS ROIG, R. DE, «El modelo americano de derechos fundamentales», op. cit., p. 56; asimismo HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, op. cit., pp. 144-145.

49. Vid. «Resolutions of the Stamp Act Congress» (october 19, 1765), en COMMAGER, H. S. (editor), op. cit., p. 58.

50. «Instructions of the Town of Braintree Massachusetts on the Stamp Act» (october 14, 1765), en COMMAGER, H. S. (editor), op. cit., pp. 56-57.

51. «Instructions of the Town of Braintree Massachusetts on the Stamp Act» (october 14, 1765), en COMMAGER, H. S. (editor), op. cit., p. 57.

52. «Northampton County Resolutions on the Stamp Act» (february 11, 1766), en COMMAGER, H. S. (editor), op. cit., p. 59.

la *Stamp Act* hallamos la misma exigencia de respeto a los derechos de los ciudadanos ingleses.

#### 4.2. La literatura revolucionaria

Si seguimos el camino que, sobre esta concreta cuestión, fue trazando la literatura revolucionaria no podemos dejar de referirnos a un panfleto crucial para la transformación del modelo historicista de derechos en las colonias: *A Letter from a Gentleman at Halifax*, publicado en 1765 por Martín Howard. Este autor, partidario de las prerrogativas de la Corona en las colonias, en su citada obra, escrita como réplica al ya mencionado folleto de Hopkins *Rights of Colonies Examined*, sostenía que sólo cabía hablar de dos tipos de prerrogativas: las personales y las de carácter político. Entre las primeras se hallaban el derecho a la vida, la libertad y la seguridad. Estos derechos estaban garantizados a los colonos, de igual modo que al resto de los ingleses, ya que se trataba de prerrogativas adquiridas por el nacimiento (*every subject birthday*), reconocidas a todo súbdito inglés, ya se hallara en Inglaterra, en medio del océano o en las colonias. A su vez, los derechos de carácter político eran aquellos que surgían de las leyes positivas y que se referían fundamentalmente a la organización del Gobierno. En las colonias tales derechos se hallaban limitados y definidos en las Cartas en las que reposaba la organización política de cada establecimiento. Los colonos carecían de esta clase de derechos con independencia de estos documentos formales, de tal modo que no podían exigir más de lo que se les había concedido<sup>53</sup> y, por supuesto, era un absurdo acudir a otras instancias para negarse a acatar las disposiciones del Parlamento. Afirmaciones similares habían sido sostenidas por Blackstone para quien *the colonies have no rights independent of their charters* (las colonias no tienen otros derechos que los contenidos en sus cartas). Las decisiones del Parlamento inglés les vinculaban decisivamente, ya que las Cartas coloniales habían sido otorgadas por este órgano. Para Howard:

«... por irrevocables e inherentes que sean los derechos, la jurisdicción del Parlamento sobre todo súbdito británico, que es algo igualmente inherente e irrevocable, se halla por encima de ellos»<sup>54</sup>.

Del punto de vista de este autor interesa especialmente destacar que insiste en un aspecto de la argumentación que precisamente ac-

53. HOWARD, M., «A Letter From a Gentleman at Halifax» (Newport, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 535.

54. HOWARD, M., «A Letter From a Gentleman at Halifax» (Newport, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 536.

tuará a modo de revulsivo que impulse la transformación del concepto de derechos en las colonias. Para Howard tanto los derechos concedidos por el *common law* como los asegurados por el Parlamento inglés, emanan de la misma y única fuente, la Constitución inglesa:

... *the rights of the individual and the power of the Parliament were equally part of the constitution...*<sup>55</sup>.

Por ello, y para él se trataba de una conclusión lógica, *no cabía ampararse en «los derechos de los súbditos británicos», recogidos en el «common law», y al mismo tiempo negar la jurisdicción del Parlamento inglés sobre ellos*. Tanto el Parlamento como las prerrogativas reconocidas por el *common law* eran parte de la misma Constitución británica, de tal modo que resultaba una incongruencia acogerse a una parte de la Constitución para negar la otra. El mismo se expresaba en estos términos:

«¿Podemos reclamar el *common law* como herencia, y al mismo tiempo tener la libertad de adoptar una parte de ella (la Constitución) y rechazar la otra?...»<sup>56</sup>.

Si se negaba la jurisdicción del Parlamento británico sobre las colonias, necesariamente se debería también negar la facultad de acogerse a los derechos que concede el *common law* a los súbditos británicos.

A este escrito respondió contundentemente Otis. En su panfleto *A Vindication of the British Colonies, against the Aspersion of the Halifax Gentleman* publicado un año después que su ya referido *Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, contestaba a Howard afirmando que los principios del *common law* y las disposiciones del Rey y los Comunes no eran sino expresiones de Dios y la naturaleza, de tal modo que:

«... los derechos naturales absolutamente personales de los individuos son... el fundamento mismo de todas las leyes municipales de cierta importancia. Las Cartas coloniales habían sido concedidas, en todo caso, para aumentar los derechos que ya se poseían por las leyes de Dios y de la naturaleza, el *common law* y la Constitución de su país»<sup>57</sup>.

Otis no podía aceptar, como había sostenido Howard, que los colonos no poseían derechos con independencia de sus Cartas. Entre

55. HOWARD, M., «A Letter From a Gentleman at Halifax» (Newport, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 536

56. HOWARD, M., «A Letter From a Gentleman at Halifax» (Newport, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 537

57. OTIS, J., «A Vindication of the British Colonies, against the Aspersion of the Halifax Gentleman» (Boston, 1765), cit. en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, op. cit., p. 559.

otras cosas, advertía del peligro inherente a esta concepción, ya que siempre existiría la posibilidad, y para él no parecía algo extremadamente difícil, de que tales documentos fueran abolidos por el mismo monarca. Por el contrario, para Otis las relaciones entre Inglaterra y las colonias hundían sus raíces en la *nature and natural law*, aunque no desdeñando por ello la importancia de las Cartas. Como podemos comprobar en el panfleto *A Vindication of the British Colonies*, se contiene un ejemplo de la ya referida fundamentación mixta de los derechos.

También Dickinson se unió a la polémica. En su *An Adress to the Comitee of Correspondence in Barbados*, publicado en 1766, la propia Carta Magna había dejado de ser el documento del que emanaban los derechos de los súbditos británicos para convertirse, bajo la fuerza de sus argumentos, en:

«... una ceñida declaración, proclamación y promulgación, en nombre del Rey, los nobles y el pueblo, del sentido que éste último tiene de sus propios, originales, irrevocables y naturales derechos»<sup>58</sup>.

Asimismo Dulany, con su panfleto *Considerations on the Propriety of Imposing Taxes in the British Colonies for the Purpose of Raising a Revenue*, entraba en la polémica para contestar a William Knox, conocido *loyalist*. Este autor había sostenido que el *common law*, la Magna Carta y los *Bill of Rights* declaraban *with one voice* que los colonos se hallaban totalmente sometidos a una única autoridad, la del Parlamento británico. Por el contrario, para Dulany, las Cartas se hallaban fundadas en los *unalienable rights of the subjects*. Por ello habían dejado de ser la fuente de la que emanaban sus derechos para convertirse en su expresión. Las *Charters* eran sólo el modo de garantizar que:

«... sus privilegios como súbditos británicos serían efectivamente asegurados para ellos mismos y transmitidos a la posteridad»<sup>59</sup>.

Para Dulany, el derecho a no ser gravado con impuestos a los cuales no se ha prestado el propio consentimiento tenía su origen en el *common law*. La Magna Carta y los respectivos *Bill of Rights* no eran la fuente de esta tradicional prerrogativa inglesa, tan sólo la reconocían.

En el mismo sentido Adams defenderá un modelo de derechos de corte mixto, apelando a los *natural rights*, aunque sin olvidar el

58. DICKINSON, J., «An Adress to the Comitee of Correspondence in Barbados» (Philadelphia, 1766), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 51.

59. DULANY, D., «Considerations on the Propriety of Imposing Taxes in the British Colonies for the Purpose of Raising a Revenue...» (Annapolis, 1765), en BAILYN, B. (editor) *Pamphlets of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 635.



peso de la Carta Magna y la Constitución británica. Este autor llegará a sostener que: *It is the glory of the British Constitution, that it has its foundation in the law of God and nature*, en un característico intento por aunar ambos modelos de derechos. Pero, como sostiene Howard<sup>60</sup>, Samuel Adams fue inclinando sus preferencias hacia un modelo de fundamentación de corte racionalista, llegando a sostener que, en última instancia, las demandas coloniales se fundaban en los inalienables derechos de la humanidad. Meses antes de la Declaración de Independencia apelará a los derechos comunes de los hombres, derechos fundados en la ley de Dios y de la naturaleza. La Magna Carta, afirmaba: *is in substance but a constrained Declaration, or proclamation, and promulgation in the name of King, Lord, and Commons of the sense the latter had of their original, inherent, indefeazible natural Rights...*<sup>61</sup>.

También en Jefferson esta polémica se resolverá en favor de los derechos de la naturaleza humana. Es quizás este autor el que con más claridad se decantará por una solución de corte racionalista. En su panfleto *A Summary View of the Rights of British America* Jefferson afirma tajantemente que sólo cabe fundar las reclamaciones coloniales en:

«... los derechos que Dios y las leyes han otorgado igual e inherentemente a todos»<sup>62</sup>.

Y en otro pasaje de este mismo panfleto sostiene que sus antepasados, antes de emigrar a América, eran «titulares de derechos que la naturaleza ha otorgado a todos los hombres...» Los colonos poseían derechos naturales y en ellos se fundó su organización política. Sólo estos derechos permitirán rechazar las pretensiones del Parlamento inglés sobre las colonias, de tal modo que para Jefferson Norteamérica constituye:

«... un pueblo libre que reclama sus derechos como derivados de las leyes de la naturaleza y no como regalos de su primer magistrado...»<sup>63</sup>.

Estas prerrogativas, en suma, dejan de descansar en el derecho inglés para derivarse directamente de la naturaleza y del Dios de la naturaleza: «... el Dios que nos dio la vida, nos dio al mismo tiempo la libertad...»<sup>64</sup>.

60. Vid. HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, op. cit., p. 167.

61. ADAMS, S., «The Rights of the colonist», en CUSHING, H. A., *Writing of Samuel Adams*, II, New York, 1904, p. 355.

62. JEFFERSON, T., «A Summary View of the Rights of British América», en KOCH, A.; PEDEN, W. (editores), *Autobiografía y otros Escritos*, trad. A. Escohotado, M. Sáenz de Heredia, Madrid, Tecnos, 1987, p. 310.

63. JEFFERSON, T., «A Summary View of the Rights of British América», en KOCH, A.; PEDEN, W. (editores), *Autobiografía y otros Escritos*, op. cit., p. 319.

64. JEFFERSON, T., «A Summary View of the Rights of British América», en KOCH, A.; PEDEN, W. (editores), *Autobiografía y otros Escritos*, op. cit., p. 320.

### 4.3. Conclusión

El progresivo abandono del modelo historicista tradicional inglés era algo evidente y muchos se mostraron, como en 1774 señalaba James Duane, disconformes con estos argumentos. Para este autor la apelación a las Leyes de la Naturaleza era algo demasiado abstracto y peligroso que, en definitiva, suponía desvincularse de la Constitución de Inglaterra<sup>65</sup>. Por otro lado, a Jefferson, cabeza de la postura racionalista, se le achacará el acudir a la noción de derechos naturales como mera fórmula de conveniencia, e incluso el negar cien años de evidente tradición historicista en las colonias<sup>66</sup>. Pero lo bien cierto es que ante el cariz que iban tomando los acontecimientos y los términos en los que se desarrollaba el discurso político, muchos fueron conscientes de que sólo la fórmula de los derechos del hombre podría justificar las posturas más radicales<sup>67</sup>. Si en un primer momento la controversia se había centrado en los límites y competencias del Parlamento inglés, lo que ahora se pretendía era desvincularse totalmente de él. Sólo un derecho natural al autogobierno podría justificar ante el resto del mundo la postura de un pueblo que renegaba de la que hasta entonces había sido su «madre patria». No debemos olvidar que la Declaración de Independencia de 1776 trataba de justificar la decisión de separarse de Inglaterra ante el Tribunal del mundo: «... el respeto debido al juicio del género humano exige que se declaren las causas que obligan a ese pueblo a la separación»<sup>68</sup>. Ello suponía explicar al mundo, en un lenguaje universal, las razones y argumentos en los que apoyaban su voluntad de desvincularse del imperio inglés. Es innegable que sólo la filosofía de los derechos naturales aportaba, de acuerdo con los intereses norteamericanos, fuerza lógica, peso y calidad a la argumentación.

Por ello, y a modo de conclusión, podemos sostener que el movimiento revolucionario efectuó un proceso de racionalización del empirismo historicista anglosajón, una transformación del concepto histórico tradicional de derechos de los súbditos ingleses, aunque sin

---

65. Estas afirmaciones de James Duane fueron recogidas en ADAMS, J., «Notes on Debates in the Continental Congress» (september 8, 1774), cit. en COLBURN, H. T., *The Lamp of Experience. Whig History and Intellectual Origins of the American Revolution*, Williamsburg, Virginia, Published for the Institute of Early American History and Cultura, University of North Carolina Press, 1965, p. 190.

66. Sobre este tema, *vid.* especialmente HOWARD, A. E. D., *The Road from Runnymede*, *op. cit.*

67. *Vid.* LEONARD, D., «To All Nations of Men» (Boston, 1773), ensayo publicado dentro del conjunto de obras a las que el mismo autor denominó *Massachusettsensis*, en HYNEMAN, C. S.; LUTZ, D. S. (editores), *American Political Writing During the Founding Era, 1760-1805*, Volume I, Indianápolis, Liberty Press, pp. 209 y ss.

68. *Vid.* «Declaration of Independence» (july 4, 1776), en COMMAGER, H. S., (editor), *Documents of American History*, *op. cit.*, p. 100; asimismo en PECES-BARBA, G.; HIERRO, L.; ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, p. 107.

llegar nunca a excluir absolutamente los argumentos históricos <sup>69</sup>. El texto de la Declaración de Independencia será el culmen de este proceso. Esta evolución de un modelo historicista a otro de marcado carácter racionalista hallaría un importante motor en la necesidad de desvincularse de la tradición inglesa, de negar la jurisdicción del Parlamento inglés sobre las colonias, conservando, al mismo tiempo, las prerrogativas que desde los primeros asentamientos se habían disfrutado <sup>70</sup>.

---

69. Prueba de ello es que los derechos cuya lesión denuncia la Declaración de 1776 son propiamente los tradicionales ingleses y que incluso la misma estructura de este texto responde al modelo del «Bill of Rights» inglés.

70. *Vid.* COLBOURN, H. T., *The Lamp of Experience. Whig History and Intellectual Origins of the American Revolution*, *op. cit.*, p. 193.



## Las canas de Kant

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

Es un problema dialogar con Kant, porque el que hace esto no puede evitar la sensación de ser algo así como un zarramplín advenedizo que es consciente de que está jugando con un *pokerman* mucho más astuto que él. La astucia kantiana es la propia de un hombre que ha conseguido componer una obra inteligente, aporética, evocadora, contradictoria y, sobre todo, sugerente. Una obra que tiene algo de eterno, quizá porque refleja fielmente problemas humanos. El Kant mayor, ya casi anciano en 1781 cuando publica su *Crítica de la Razón pura*, no renuncia a nada: ante cada problema sigue dos líneas argumentativas paralelas, y esto provoca una cierta inasibilidad de su obra. Es irónico en ocasiones (me refiero a la «Crítica de la razón pura»), alegre y festivo cuando quiere; inteligente siempre.

Sugiere, ciertamente, y una habilidad suya incomparable es de lograr hacer evocar lo que él no afirma e incluso lo que combate. Me atrevería a decir que lo que Kant hizo posible en el siglo XIX no encuentra apoyo decidido en sus textos, cuando no ha sido expresamente impugnado por él mismo. Sugerir una cosa y lograr otra sin duda más popular, más simpática, de modo que él aparece como el profeta de una nueva vitalidad que no mantiene, es un mérito innegable y singular del Immanuel Kant.

Tenemos, pues, una mentalidad kantiana y la obra de Kant: dos términos compatibles y antitéticos, según se mire. El mismo Kant nos advierte que «lo que en este caso se halla en disputa no es la *cosa*, sino el *tono*»<sup>1</sup>, y suele ser fiel a este saber matizar sobre el tono que excluye interpretaciones apodícticas sobre el tema. Como es obvio, el estudioso tiene dos caminos. Uno es estudiar la menta-

---

1. *Crítica de la razón pura*. Trad. de P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988, A 744, p. 594. En la cita transcrita se refiere al conjunto de su obra, no a un tema particular. Las intensidades son del propio Kant.

lidad kantiana, cosa que ya hice en «*La Cabeza de Jano*». El otro es asomarse a la obra «crítica» de Kant sin los prejuicios que se adquieren tras la lectura de «*La Cabeza de Jano*». Como ya hice lo uno, me parece decente proceder a lo otro.

¿Qué quiere estudiar usted sobre Kant en un simple artículo? Yo le diría que como se habla mucho de «la generalización propia del imperativo categórico kantiano», pretendo meter mis narices en las intimidades kantianas sobre este problema. Desde luego, sin esperar una respuesta rotunda: como al estudiar un tema no se puede pretender más certeza que la que ese mismo tema permite, me atenderé, como Kant, al *tono*, y dejaré para otros las discusiones más sustanciales.

## 1. ¿EXISTE LA RAZÓN?

No molestaré al lector recordándole el escalonamiento que hizo Kant entre intuición, entendimiento y razón. Tardíamente introdujo el «juicio» entre el entendimiento y la razón, pero es posible que no fuera una cuña muy afortunada: aunque no deja de ser significativo que la vertiente más importante de la facultad de raciocinar quedara excluida de la razón. Lo que nos indica, de paso, que la razón kantiana poco tiene que ver con «razonar», «racionalizar» y cosas por el estilo. En A 796<sup>2</sup> nos dice que «la razón barrunta objetos que comparten para ella el mayor interés. Con el fin de aproximarse a tales objetos, emprende el camino de la mera especulación, pero éstos huyen ante ella. Es de esperar que tenga más suerte en único camino que le queda todavía, el del uso práctico». Ha advertido anteriormente que «tiene que haber en algún lugar un ámbito de conocimientos positivos pertenecientes al ámbito de la razón pura... De lo contrario, ¿a qué habría que atribuir su anhelo inextinguible de hallar un suelo firme situado enteramente fuera de los límites de la existencia?»<sup>3</sup>. Pero nuestro pequeño filósofo no ha conseguido que la *simple* razón pura o razón teórica nos lleve a conocimientos positivos: y es que la *simple* razón posee una utilidad que es únicamente negativa, ya que no vale para ampliar nuestro conocimiento, sino sólo para deshacer entuertos académicos<sup>4</sup>. Es preciso ir más allá de los ámbitos

2. Sigo la numeración de la primera edición de la *Crítica de la razón pura*, según la edición ya citada.

3. *Ibidem*.

4. «La mayor —y tal vez la única— utilidad de toda filosofía de la razón pura es tan sólo negativa, ya que no sirve como órgano destinado a ampliar, sino como disciplina limitadora. En lugar de descubrir la verdad, posee el callado mérito de evitar errores». Cfr. *Crítica de la razón pura*, citada en lo sucesivo como CRP, A 795, p. 624.

de la crítica de la razón pura (teórica) y atisbar una dimensión de la razón que sólo puede ser hecha posible por la libertad del hombre.

«Práctico es todo lo que es posible mediante libertad.»<sup>5</sup> Si superamos las categorías del entendimiento y procedemos («deducimos») desde la libertad, es posible ampliar nuestro conocimiento puro. Pero la libertad no es suficiente como único esquema heurístico: son necesarios los *intereses de la razón*, auténticos motores de la especulación kantiana. Hemos visto cómo la razón se enfrenta a retos que no es capaz de responder. Pero si se encastra en la razón un interés del que no se puede prescindir sin destruir la razón misma, la razón ha de ser usada —y ello es *necesariamente* posible según Kant— para responder a las demandas que plantea ese interés. Quizá este planteamiento no convenza a muchos, pero lo sigue Kant. Claro que no podemos saber si también convencía a Kant.

Inicialmente, nuestro autor presenta la exigencia de la plenitud del Sistema como el interés supremo de la razón: «Son, pues, necesarios los conceptos puros de la razón de la totalidad en las síntesis de las condiciones, al menos como proyectos tendentes a proseguir, dentro de lo posible, la unidad del entendimiento hasta lo incondicionado»<sup>6</sup>. Esta unidad de las condiciones propias de la analítica en un todo incondicionado lo llama «sistema»: «Si echamos una ojeada a nuestros conocimientos del entendimiento en toda su extensión, vemos que lo peculiar de la razón a este respecto, lo que ella intenta lograr, es la sistematización del conocimiento, es decir, su interconexión a partir de un solo principio. Esta unidad presupone siempre una idea, la de la forma de un todo del conocimiento, un todo que es anterior al conocimiento concreto de las partes y que contiene las condiciones que determinan *a priori* la posición de cada parte, así como su relación con las demás»<sup>7</sup>. Esta tesis no la abandona a lo largo de toda su obra<sup>8</sup>, pero esta unidad incondicionada de las condiciones del conocimiento en general (válido para cualquier ser racional, además de los hombres), pronto cede paso a los intereses últimos de la razón: deducir la existencia de Dios y la inmortalidad del alma. En A 676 y ss. ya introduce el tema teológico dependiente de la unidad sistemática referida: Dios es el principio supremo regulador...

Dios está muy presente en la «Crítica de la razón pura». Aunque no queda muy claro si el dios kantiano es el resultado de la necesidad racional de unificar las condiciones contingentes en un Todo incondicionado, o si es la necesidad de admitir a Dios la que hace necesario que la razón emprenda la tarea de tal unificación de lo contingente

5. A 800, p. 627 de la CRP.

6. CRP, A 323, p. 316.

7. CRP, A 645, p. 532.

8. Desde A 645, y a lo largo de muchas páginas, reitera la idea de modos distintos.

para llegar a una meta fijada de antemano. Así, por ejemplo (y por alegar tan sólo ejemplos muy aislados) en A 694 escribe que «la unidad teológica completa es la perfección en sentido absoluto»), lo que da pie a pensar que Dios es un parásito de la razón. Pero en A 829 deduce la moral desde la innegable (para él) existencia de Dios<sup>9</sup>, y en A 813 nos informa, más literalmente, que «prescindiendo de Dios y de un mundo que de momento no podemos ver, pero que esperamos, las excelentes ideas de la moralidad son indudablemente objeto de aplauso y admiración, pero no resortes del propósito y de la práctica, ya que no colman enteramente el fin natural a todos y cada uno de los seres racionales, fin que la misma razón ha determinado *a priori* y necesariamente». Las implicaciones teológicas de la filosofía crítica kantiana son muchas, a veces con sabor rancio, y es preferible ahora dejarlas de lado. Inconvenientes, como decía, de una obra rica en sugerencias<sup>10</sup>.

*Los intereses de la razón* son dos, a fin de cuentas: la inmortalidad del alma y la existencia de Dios. «Pero, se dirá, ¿eso es todo lo que consigue la razón pura al abrir perspectivas que van más allá de los límites de la experiencia? ¿Nada más que dos artículos de fe?»<sup>11</sup>. «Pero ¿exigís acaso que un conocimiento que afecta a todos los hombres rebese el entendimiento común y os sea revelado únicamente por los filósofos? Eso que censuráis es precisamente la mejor confirmación de que lo afirmado hasta aquí es correcto, ya que revela lo que antes no podía pensarse, a saber, que en relación a lo que interesa a todos los hombres por igual, no puede acusarse a la naturaleza de parcialidad en la distribución de sus dones. La más elevada filosofía no puede llegar más lejos, en lo que se refiere a los fines más esenciales de la naturaleza humana, que la guía que

---

9. Se ha planteado el tema de los «sentimientos morales». ¿Y si sucede que tales sentimientos faltan por completo en una persona determinada? No habría modo de demostrarle que existe el *Faktum* de la moral. Sí lo hay, afirma Kant, porque existe Dios: «Ahora bien, nadie carece totalmente de interés por estas cuestiones, pues aun en el caso de que pretenda estar apartado del interés moral por falta de buenos sentimientos, le queda el suficiente para hacer que tema la existencia de Dios y la vida futura». Cfr. *loc. cit.*, p. 645 de esta edición.

10. A título muy orientativo, en A 576-587 defiende el argumento ontológico anselmiano como el único posible para admitir la existencia de Dios. En A 592 niega la licitud de este tipo de argumentos, con argumentación muy lúcida; pero en A 625 y 630 vuelve a indicar que es el único posible. En 409, 687 y 694 Dios aparece como la unidad incondicional o suma de las condiciones; a partir del párrafo 687 introduce la noción de teleología, aunque se trata de unos fines puramente formales que sólo responden a los intereses sistematizadores de la razón. En A 589, 634 y 816 se cumple la tesis clásica sobre la filosofía kantiana a tenor de la cual Dios es un parásito de la Moral. En cambio, en A 800 la Moral aparece como un subproducto de la existencia de Dios. Observaciones diversas sobre las relaciones entre Dios y la Moral se encuentran en los párrafos 815-829.

11. A 831, p. 645.



esa misma naturaleza ha otorgado igualmente incluso al entendimiento más común»<sup>12</sup>.

La razón posee, pues, sus motores, a los que Kant llama los intereses de la razón. En tanto que simple potencia, la razón —por así decirlo— sólo *funciona* al filo de las exigencias de estos intereses. De hecho, el de Königsberg no habla de la razón en los momentos cruciales, sino sólo del uso de la razón: la razón «es usada» nouménica u objetivamente bajo las exigencias que plantea la existencia de Dios y la inmortalidad del alma. No hay hombres (empíricos) que usen la razón. Que un individuo pretenda usar la razón es tan imposible como que ese individuo pretenda usar el globo terráqueo. Los sujetos concretos sólo usamos de la facultad del juicio, que nada tiene que ver con la razón. En la razón pura práctica todo está dado necesaria y objetivamente. Disculpe el lector que emplee adverbios tan contundentes: son los que usa Kant.

El prusiano es un fiel discípulo de Hume, pero quiere completarlo. Hume, en efecto, permaneció, y ahí se quedó, en el simple plano psicológico: la razón o las facultades racionales de que habla el inglés sólo son instrumentos al servicio de unas pasiones que posee el género humano. En consecuencia, lo único que permanece tras una lectura detenida de sus libros es un conjunto de *pasiones* que fueron entendidas también como sentimientos. Kant no duda de la validez del planteamiento humeano, pero quiere ir más allá del plano psicológico propio de los sentimientos. Hume tiene razón, pero no ha recorrido enteramente el camino. Le falta superar la intuición (Estética trascendental) y el entendimiento (Analítica trascendental) para llegar al plano específicamente racional, porque sólo la razón puede explicar realidades que son «naturales» al hombre.

Kant no habla de «pasiones», pero sí de *intereses*, que son hecho de la razón. «La meta final a la que en definitiva apunta la especulación de la razón en su uso trascendental se refiere a tres objetos: la libertad de la voluntad, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios»<sup>13</sup>. La razón pura (teórica) no puede hacer nada ante estos problemas: ha agotado su capacidad corrigiendo los excesos de la metafísica wolfiana. Pero «si estas tres proposiciones no nos hacen ninguna falta para el *saber* y, a pesar de ello, la razón nos la recomienda con insistencia, su importancia sólo afectará en realidad a lo práctico»<sup>14</sup>. Un lector crítico podría pensar que, aunque el hombre se preocupe por estos temas, esto no es motivo suficiente para declarar la legitimidad de la existencia de una *razón práctica* que es hecha posible por la existencia de Dios. Tema difícil, y quizá por ello Kant declara reiteradamente que estos «intereses» *constituyen* el uso práctico de razón: «Poco después veremos que en lo que al *uso*

12. A 831, p. 646.

13. A 798, p. 625.

14. A 799, p. 625. Intensidad de Kant.

*práctico* se refiere, la razón tiene derecho a postular algo que de ningún modo podrá suponer en el terreno de la mera especulación sin argumentos suficientes. En efecto, aunque todas estas suposiciones van en contra de la perfección de la especulación... en el terreno práctico tiene una posesión cuya legitimidad es incapaz de demostrar y, que de hecho, no podría probar»<sup>15</sup>.

Declaración increíblemente sincera, que parece cegar todo camino ulterior posible. Pero indica que, aunque la razón no sea capaz de probar o de demostrar nada arrastrada por las exigencias de sus *intereses*, «Es, por tanto, el adversario, el que tiene que presentar pruebas. Pero como éste, a la hora de demostrar el no-ser del objeto puesto en duda, sabe tan poco como el que afirma su realidad, queda evidente la ventaja del que sostiene algo como supuesto necesario desde un punto de vista práctico (*melior est conditio possidentis*). Las hipótesis sólo son, pues, aceptables en el campo de la razón pura como armas de guerra destinadas a defender un derecho, no a fundarlo»<sup>16</sup>. Aplica la praxis de las tesis doctorales a su filosofía: el doctorando ha de defender una tesis, que es una hipótesis. Aunque la tesis no está demostrada, es una hipótesis, y se le permite *defenderla* porque se aplica la regla «*melior est conditio possidentis*». De ahí que los miembros de la comisión juzgadora de la tesis hayan de *atacar* la tesis. Naturalmente, hoy las tesis doctorales no son así; pero así han sido durante muchos siglos, y a ello se refiere Kant.

Es el interés de la razón lo que nos lleva a las ideas inteligibles, a ese Sistema que él llama «dios». La razón es esa integración total de lo condicionado que excluye la contingencia propia de los conocimientos que adquirimos a través del entendimiento: la razón es el campo objetivo y necesario de lo incondicionado. Nada hay en ella que sea casual, arbitrario o contingente: los mandamientos morales no pueden ser el resultado de una voluntad divina porque en tal caso serían arbitrarios y contingentes, como lo es la obra de cualquier voluntad<sup>17</sup>. La razón persigue —y éste es su interés— la unidad necesaria e incondicionada. Tal *unidad* ha de existir porque «*non datur vacuum formarum*; es decir, no hay diferentes géneros originarios y primeros que se hallen, por así decirlo, aislados y separados

15. A 776, p. 612. Intensidad de Kant.

16. A 777, p. 613.

17. En A 818 se encuentra un texto básico para entender una fuerte dimensión de la moral kantiana. «Las ideas morales dieron lugar a un concepto de ser divino que considero ahora acertado, no porque la razón especulativa nos convence de su corrección, sino porque está en perfecto acuerdo con los principios morales de la razón... ha sido precisamente la interna necesidad de esas leyes la que nos ha llevado al supuesto de una causa necesaria o de un sabio gobernador del mundo que las haga efectivas. No podemos, pues, considerarlas a la inversa, como accidentales en virtud de ese sabio gobernador y como derivadas de su voluntad, sobre todo tratándose de una voluntad de la que no tendríamos concepto alguno si no la hubiéramos formado de acuerdo con tales leyes».

(por un intervalo vacío), sino que todos los diferentes géneros son simples divisiones de un único género supremo y universal»<sup>18</sup>. Esta explicación no deja de constituir —según mi parecer— una interesante muestra de cómo se vierten categorías geométricas en la realidad humana. Pero esta posible objeción no desanima a Kant: «esta ley lógica del *continuum* (*formarum logicarum*) presupone una ley trascendental (*lex continui in natura*). Sin ésta, la primera no haría más que desorientar el uso del entendimiento, por lo que éste tomaría acaso un camino opuesto al de la naturaleza. Esta ley tiene que basarse, pues, en fundamentos puramente trascendentales, no en fundamentos empíricos, ya que de ocurrir esto último, la ley sería posterior a los sistemas, cuando ha sido precisamente ella la que ha dado lugar a la sistematización del conocimiento de la naturaleza»<sup>19</sup>. Quizá no le convence mucho esta explicación, y más adelante indica que «el orden y finalidad de la naturaleza tienen que ser explicados desde fundamentos y de acuerdo con leyes igualmente naturales»<sup>20</sup>. Es decir, el sistema es «natural» y esta naturaleza explica la legitimidad del alargamiento del uso de la razón más allá de los límites primeros. O bien se puede argumentar que «este supuesto puedo asumirlo razonablemente, no sólo acudiendo a las demostraciones de los moralistas más ilustrados, sino al juicio ético de todo hombre que quiera concebir esa ley con claridad... si la razón exige que tales actos sucedan, ha de ser posible que sucedan. Tiene que poder haber, pues, un tipo de peculiar unidad sistemática, a saber, la unidad moral»<sup>21</sup>. Kant completa una vez más a Hume: éste había negado la posibilidad del principio de causalidad entendido de la forma usual y había dejado al mundo desorganizado. Kant sustituye el principio de causalidad por la peculiar *causalidad* de las exigencias de la unidad sistemática. Siempre se le puede objetar a Hume: ¿Por qué las pasiones exigen o causan...? Kant responde: porque los intereses de la razón exigen necesariamente o causan...

¿Existe la razón? Normalmente se ha entendido que la razón es algo así como la facultad que poseemos los hombres para hacer cálculos o silogismos bien sobre datos que hemos intuitido desde los sentidos, bien desde axiomas que hemos puesto. Esta noción de razón es ajena al pensamiento kantiano, que aleja las Matemáticas, por ejemplo, del campo de la razón<sup>22</sup>. El jugar con los conceptos del entendimiento (si es que ello es lícito) corresponde a la facultad del Juicio, pero en modo alguno a la razón. A la vista de este panorama, parece lícito preguntar si existe la razón según Kant.

---

18. A 659, p. 541.

19. A 660, p. 541.

20. A 773, p. 610.

21. A 807, p. 631.

22. *Vid.* CRPr, A 725-736, pp. 582-589 de la ed. cit.

Dejé apuntado poco antes que en los momentos decisivos nuestro autor se remite a un mundo inteligible o noménico del que *usamos*: «no es la idea en sí misma, sino su uso, lo que puede, o bien traspasar toda la experiencia sensible (*uso trascendente*), o bien respetar los límites de ésta (*uso inmanente*). La razón nunca se refiere directamente a un objeto, sino sólo al entendimiento y, por medio de éste, a su propio uso empírico. La razón no produce, pues, conceptos (de objetos), sino que simplemente los *ordena* y les da aquella unidad que pueden tener al ser ampliados al máximo»<sup>23</sup>. En A 771 matiza algo más al establecer que las ideas «están pensadas sólo problemáticamente, con vistas a servir de punto de referencia (en cuanto ficciones heurísticas) para establecer principios reguladores de uso sistemático del entendimiento en el campo de la experiencia. Sacadas de este contexto, no son más que productos mentales cuya posibilidad no es demostrable».

La idea racional es pura forma y, como tal, no es ni siquiera pensable. «Por más que la simple idea trascendental haya sido producida necesariamente en la razón de acuerdo con sus leyes originarias, podemos decir que el objeto de tal idea es algo de lo que no tenemos concepto alguno»<sup>24</sup>. Efectivamente, los conceptos únicamente se producen en el entendimiento, y la razón es la facultad superior al entendimiento que ordena sus conceptos. Parece que Kant concibe a la razón como en el «piso de arriba» del entendimiento y, al faltar la escalera que los comunique, los de arriba no pueden usar los utensilios de los del piso inferior. Cabe preguntarse si ya que no podemos tener conceptos de la razón, cabe algún tipo de intuición sobre ella. Contesta en A 338: «No es realmente posible formar un concepto intelectual de un objeto que tenga que adecuarse al requisito de la razón, es decir, de un concepto susceptible de ser mostrado o intuido». Si la razón no puede descender al piso primero, más difícilmente puede acceder al piso más bajo, el de la estética trascendental. Pero hay que dar una explicación de la razón, de ese poder o exigencia ordenadora-sistemática que es natural al hombre. Contesta más adelante que «todo nuestro conocimiento se refiere en definitiva a intuiciones posibles, pues sólo a través de éstas se nos dan los objetos. Ahora bien, un concepto *a priori* (un concepto no empírico), o bien contiene ya en sí una intuición pura...»<sup>25</sup>. Ignoro el alcance exacto de este texto. En esta parte de su *Crítica* está recapitulando sobre algunas ideas generales más propias de la analítica trascendental que no de la razón. Pero no deja de ser extraño que a estas alturas hable de «todo el conocimiento» como compuesto por algún tipo de intuición.

---

23. A 643, p. 531.

24. A 338, p. 326.

25. A 719, p. 579.

En general domina la tesis de que no podemos saber *qué* son las ideas: «Qué naturaleza posea en sí el fundamento que se sustrae a nuestros conceptos es algo que queda sin decidir»<sup>26</sup>. «Nada nos impide asumir esas ideas como objetivas e hipostáticas... En efecto, no habiendo en ellas contradicción, ¿cómo puede discutirse su realidad, teniendo en cuenta que el que lo haga sabe tan poco para negar la posibilidad de las mismas como sabemos nosotros para afirmarlas? Sin embargo, para asumir algo no basta la simple ausencia de obstáculos positivos... Así pues, esas ideas no han de aceptarse en sí mismas, sino simplemente como realidad de un esquema del principio regulador que unifica sistemáticamente todo el conocimiento de la naturaleza»<sup>27</sup>. Se trata, como indica poco después, «de un principio regulador cuya necesidad conocemos en sí misma, pero no el origen de esa necesidad»<sup>28</sup>. En definitiva, de nada nos sirven los conocimientos adquiridos desde la intuición y desde el entendimiento para conocer el mundo racional: «No pretendo —ni estoy autorizado a hacerlo— conocer el objeto de mi idea en lo que se refiere a qué pueda ser en sí mismo, pues carezco de conceptos para ello. Incluso los conceptos de realidad, sustancia, causalidad; más todavía, incluso el de necesidades en la existencia, pierden todo significado y constituyen designaciones vacías de conceptos carentes de todo contenido cuando osamos servirnos de ellos para salir del campo de los sentidos»<sup>29</sup>. Pienso que si Kant hubiera sido tan coherente en el examen de todas las categorías que usa, tendría que haber cuestionado igualmente el postulado del *sistema*. Pero temo que entonces se habría quedado sin su explicación filosófica.

Sin embargo, según Kant, la razón existe objetivamente, aunque nada podamos saber sobre *qué* es ella. Nos indica que las ideas trascendentales «no sirven sólo a la completud del uso empírico de la razón... Al contrario, se apartan totalmente de este objetivo y producen para sí mismas objetos cuya materia no toma de la experiencia y cuya realidad objetiva tampoco se basa en la completud de la serie empírica, sino en conceptos puros *a priori*»<sup>30</sup>. Una declaración muy comprometida, pero ya advertí que Kant no renuncia a nada y suele seguir dos líneas paralelas en cada explicación: «Estas ideas trascendentes poseen un objeto puramente inteligible que nos es lícito admitir, cómo no, en cuanto objeto trascendental del que no sabemos nada más»<sup>31</sup>. De acuerdo con sus explicaciones, si hay un objeto, ha de haber un concepto. No puede afirmar la existencia del concepto, porque permanecería en el campo del entendimiento y, por

---

26. A 681, p. 554.

27. A 673, p. 549.

28. A 676, p. 551.

29. A 679, p. 552.

30. A 565, p. 483.

31. *Ibidem*.

ende, sin posibilidad de superar a Hume. Pero tampoco puede negar rotundamente que no puede haber conceptos sobre objetos inteligibles, porque entonces no podría decir nada sobre la razón o mundo inteligible. Todo un problema. Encuentra una tercera vía declarando que «la razón humana posee una tendencia natural a sobrepasar ese campo; que las ideas trascendentales son tan naturales a la razón como las categorías del entendimiento»<sup>32</sup>, o bien que «no son invenciones arbitrarias, sino que vienen planteadas por la naturaleza misma de la razón y, por ello, se refieren necesariamente a todo uso del entendimiento». Es decir, son «naturales».

Quizá estas digresiones cansen al lector. Pretendo indicar, al traerlas a colación, que la razón kantiana está lejos de ser una facultad racionadora o calculadora al estilo de Hobbes. Esta razón compone un mundo distinto y propio, suyo de ella, común a todos los seres racionales, entre los que se encuentra el hombre. Nada tiene que ver con la experiencia: ni siquiera las categorías propias de la experiencia le sirven.

## 2. ¿IMPERATIVOS CATEGÓRICOS O LEYES INCONDICIONADAS?

El rótulo es algo equívoco porque en Kant un imperativo categórico es aquel que ordena incondicionadamente, a diferencia de los imperativos hipotéticos, que sólo «ordenan» bajo la hipótesis de que se quiera alcanzar algún fin que no es necesario. Ello implica que todo imperativo categórico es una ley incondicionada y no sirve, por tanto, la disyuntiva que uso en el título. Pero en la mentalidad kantiana se entiende usualmente que Kant propuso una fórmula para descubrir la conducta buena moralmente que consistiría en elevar la máxima a la ley mediante una generalización de las consecuencias que acarrearía la universalización de la máxima. Un tema espinoso, ciertamente, porque en este punto se aplica ejemplarmente la advertencia kantiana de que la discusión no recae sobre la cosa, sino sobre el tono.

El prusiano se plantea en la *Crítica de la razón práctica* desde qué libertad hay que partir. Desde el concepto usual de libertad, no, porque este concepto es meramente negativo (excluyente) y las ideas inteligibles postulan un concepto positivo de libertad: «Así pues, libertad y ley práctica incondicionada se implican recíprocamente una a otra. Ahora bien, yo no pregunto aquí si ellas son en realidad distintas, y si más bien una ley incondicionada no será tan sólo la propia conciencia (*Selbstbewusstsein*) de una razón pura práctica, y ésta, empero, idéntica con el concepto positivo de libertad, sino que

---

32. A 642, p. 530.

pregunto por dónde empieza nuestro *conocimiento* de lo incondicionado-práctico, si por la libertad o por la ley práctica. Por la libertad no puede empezar, porque de ella no podemos ni tener inmediatamente conciencia, pues su primer concepto es negativo, ni inferirla de la experiencia... Así pues, la ley moral de la que nosotros tenemos conciencia inmediatamente (tan pronto como formulamos máximas de la voluntad), es la que nos ofrece *primeramente...*»<sup>33</sup>.

Muy posiblemente Hegel se hubiera ahorrado muchas líneas de haber tenido en cuenta esta matización de Immanuel Kant. Pero él, polemizando siempre con el más conocido de los kantianos de su momento, Wilhelm Traugott Krug, luchó en realidad contra la mentalidad kantiana y no contra Kant en persona. Kant está muy lejos de entender la libertad práctica al modo iusnaturalista corriente en su momento, como una indeterminabilidad heterónoma de la libertad individual. Hay que decir, en descargo de Hegel, que la ambigüedad kantiana, que acuñó el término *persona jurídica*<sup>34</sup> para referirse al individuo que no admite más deberes que los que él mismo pacte, hizo posible la crítica contenida en el «derecho abstracto» hegeliano. Pero una cosa es la *juristische Person* kantiana (una categoría jurídica), y otra es la libertad práctica racional, que es una categoría moral. Y es que la doctrina jurídica de Kant poco tiene que ver con su doctrina ética. Debió influir decisivamente la edad.

Kant se pregunta cómo es posible la conciencia de la ley moral. «Nosotros podemos tener conciencia de leyes puras prácticas, del mismo modo como tenemos conciencia de principios puros teóricos, observando la *necesidad* con que la razón nos las prescribe»<sup>35</sup>. Se trata ahora de investigar la naturaleza de esa «necesidad» con que la razón prescribe las leyes a cada voluntad racional para ver si es la propia de una voluntad individual que *universaliza* su máxima, o se trata más bien de la necesidad de acomodar la propia voluntad a las leyes ya existentes. Al abordar este tema entramos en los que podríamos llamar «ontología de la acción».

En efecto, Kant está preocupado por la posibilidad de las acciones *en sí mismas*. Algunas declaraciones suyas pueden despistar porque podrían llevar a pensar que él propone únicamente un procedimiento puramente formal para descubrir la bondad-maldad de los actos. Veamos un texto suyo que puede inducir a entenderlo así. En el Teorema III de la «Crítica de la razón práctica» escribe que «si un ser racional debe pensar sus máximas como leyes prácticas universales,

33. *Op. cit.* Trad. de E. Miñana y M. García Morente. Espasa-Calpe. Madrid, 1984, pp. 48-49. Las intensidades son de Kant.

34. *Vid.* mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (1987), especialmente pp. 498-522.

35. *Crítica de la razón práctica*, cit., p. 49. En lo sucesivo la citaré con la sigla CRPr. Intensidad de Kant.

sólo puede pensarlas como principios tales que contengan el fundamento de determinación de la voluntad, no según la materia, sino sólo según la forma»<sup>36</sup>. Declaraciones de este tipo pueden dar pie a entender que él propone un cauce «no según la materia, sino sólo según la forma», entendiendo esta frase del modo como la entendieron los kantianos que estudié en «La Cabeza de Jano». Sin embargo, el peso del argumento carga sobre el *fundamento de la determinación de la voluntad*, y éste es el tema que hay que averiguar.

La voluntad del sujeto ha de ser *determinada* (suficientemente o válidamente) para actuar: si no es así, no podemos hablar de ley «moral». Kant rechaza todo móvil de la acción que provenga de la experiencia: conseguir dinero, o placer, etc. Él tiene una visión extremadamente peyorativa de este tipo de móviles, y cuando la voluntad se deja guiar por ellos Kant habla de «móviles patológicos» o de *arbitrium brutum*. Este es un problema que consideraré más detenidamente al tocar el tema de la autonomía. Baste por ahora esta indicación. En consecuencia, la voluntad no puede ser actuada (en un plano moral) por «algo» proveniente de la experiencia, porque de ésta sólo nos llega a los hombres el deseo sin fin de placer o felicidad. Las cosas u objetos del mundo de la experiencia no pueden constituir nunca el fundamento suficiente de la determinación de la voluntad individual si ésta pretende obrar moralmente: «La materia de un principio práctico es el objeto de la voluntad. Ese objeto es o no el fundamento de determinación de esta última. Si fuese el fundamento de determinación de la misma, estaría la regla de la voluntad sometida a una condición empírica (la relación de la representación determinante con el sentimiento de placer o dolor) y, por consiguiente, no sería una ley práctica»<sup>37</sup>.

Tengamos en cuenta la cruzada particular que Kant desarrolló contra el eudemonismo en la Moral: para él resultaba evidente que un sujeto que actúa persiguiendo su felicidad o placer (pues la Ilustración confundió eudemonismo con hedonismo) es un egoísta y, por esto mismo, está muy alejado de cualquier ley moral, a no ser para contradecirla. Si la materia del acto (un *bien* para el sujeto) no puede servir como fundamento de determinación de la voluntad, sólo queda (permanece) *la forma de ese mismo acto*. Por esta razón nos escribe que «ahora bien; si de una ley se separa toda materia, es decir, todo objeto de la voluntad (como fundamento de determinación), no queda de esa ley nada más que la mera forma de una legislación universal»<sup>38</sup>. La «forma de una legislación universal» como único móvil posible de la razón práctica: he aquí lo que nos interesa.

Como punto de partida podemos tomar un texto de la «Metafísica de las costumbres»: «es de la mayor importancia dejar sentada la

36. *Op. cit.*, p. 45.

37. *Op. cit.*, p. 45.

38. *Ibidem*.



advertencia: que a nadie se le ocurra derivar la realidad de ese principio de las propiedades particulares de la naturaleza humana. El debe-ser ha de ser una necesidad incondicionada de la acción»<sup>39</sup>. Quizá entendemos mejor esta idea cuando nos explica que «la razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma»<sup>40</sup>. Es posible que quiera indicar que sólo interesa la posibilidad misma de la acción una vez que ha superado el principio de no contradicción. En un largo texto vuelve a la carga e indica que «resulta completamente incomprensible para nosotros, hombres, la experiencia de cómo y por qué nos interesa la universalidad de la máxima como ley y, por tanto, la moralidad... Pero una cosa es cierta, a saber: que no porque nos interese tiene validez para nosotros (pues esto sería heteronomía), sino que interesa porque vale para nosotros, como hombres, puesto que ha nacido de nuestra voluntad, como inteligencia, y, por tanto, de nuestro propio yo; pero lo que pertenece al mero fenómeno (es decir, el hombre empírico) queda subordinado por la razón a la constitución de la cosa en sí misma»<sup>41</sup>. Del mismo modo que Hegel juega con la palabra «libertad», de la que hace derivar el sistema de la eticidad, Kant juega con el término voluntad: pero no se trata de la voluntad del individuo empírico, sino de la voluntad como inteligencia que hace que cada sujeto individual (el mero fenómeno) «queda subordinado por la razón a la constitución de la cosa en sí misma». Interesa, pues, la cosa en sí, esto es, la acción en sí, su posibilidad existencial o nouménica. Una conducta es en sí posible cuando no encuentra contradicción consigo misma, y el único procedimiento para comprobar esto es someterla al principio de no contradicción, es decir, elevar la máxima subjetiva a la universalidad propia de la ley. De este modo la razón muestra a los seres racionales (por tanto, también a los hombres) lo que «debe ser».

La ontología de Kant en el plano de la Ética es curiosa: ha rechazado el binomio placer-dolor (es decir, todo lo proveniente de la experiencia) como móvil moral del acto. La moralidad sólo puede consistir (es un problema de residualidad) en la adhesión del ser racional a la ley objetiva, pero no por un motivo que dependa del objeto (un motivo empírico y, por tanto, reductible a placer-dolor), sino por un móvil (*Triebfeder*) puramente inteligible que no puede ser otro que la ley por la ley misma. ¿Qué es lo que hace que la ley sea ley? Su universalidad: éste es el único móvil moralmente admisible. Toda aquella acción que sea *universal* (que en Kant es lo mis-

---

39. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de M. García Morente. Espasa-Calpe. Madrid, 1983, p. 78. De ahora en adelante citaré esta obra como MC.

40. MC, p. 91.

41. MC, p. 133. Intensidades de Kant.

mo que universalizable) se constituye en precepto o permiso de la ley: es ley porque es universal, porque posee la capacidad para llegar a ser universal.

Podría pensarse que es «el hombre» el que universaliza la máxima para comprobar si llega a ser ley. Me parece que la universalidad no es tanto tema de procedimientos como de móviles (morales). Una vez que Kant ha desechado el eudemonismo como fundamento de la ley moral, este fundamento de la ley (que es el mismo que el de los actos concretos) lo busca en la coherencia de la acción consigo misma, en la acción que es posible, esto es, en la acción *real*. Busca un suelo que justifique, de algún modo, el contenido de la ley y haga posible y creíble la existencia misma de las leyes morales objetivas.

La Ética kantiana es, pues, asunto inteligible o nouménico porque pertenece al ámbito de la Razón Pura, y no tema creado por los hombres. «Principios prácticos son proposiciones que encierran una determinación universal de la voluntad a cuya determinación se subordinan diversas reglas prácticas. Son subjetivos o máximas cuando la condición es considerada por el sujeto como valedera sólo para su voluntad; son, en cambio, objetivos o leyes prácticas cuando la condición es considerada como objetivo, es decir, valedera para la voluntad de todo ser racional»<sup>42</sup>. Nos dice que cuando la condición «es considerada» como objetiva... ¿Quién considera la objetividad de las condiciones? Avanza algo más en el desarrollo de este problema al indicarnos que «precisamente por eso, porque ese fundamento material de determinación sólo empíricamente puede ser conocido por el sujeto, es imposible considerar a esa tarea (*Aufgabe*) como una ley, porque ésta, como objetiva que es, tendría que contener en todos los casos y para todos los seres racionales el mismo fundamento de determinación de la voluntad»<sup>43</sup>. Es decir, la ética de Kant no consiste en una *tarea* o trabajo por el que un sujeto o sujetos universalicen (ellos) una máxima para comprobar si existe contradicción. No es una «actividad» racional propia del juicio humano.

Los hombres, el género humano, son irrelevantes ante la Ética. O, mejor dicho, sólo son relevantes en la medida en que poseen una razón —más allá del juicio— que les conecta con el mundo inteligible. «¿No se cree que es de la más urgente necesidad el elaborar por fin una filosofía moral pura, que esté enteramente limpia de cuanto pueda ser empírico y perteneciente a la antropología? Que tiene que haber una filosofía moral semejante se advierte con evidencia por la idea común del deber y de las leyes morales. Todo el mundo ha de confesar que una ley, para valer moralmente, esto es, como fundamento de una obligación, tiene que llevar consigo necesidad absoluta; que el mandato siguiente: no debes mentir, no tiene su

---

42. CRPr, p. 33.

43. CRPr, p. 42.

validez limitada a los hombres, como si otros seres racionales pudieran desentenderse de él, y asimismo las demás leyes morales; que, por tanto, el fundamento de la obligación no debe buscarse en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del universo en las que el hombre está puesto, sino *a priori* exclusivamente en conceptos de la razón pura, y que cualquier otro precepto que se funde en principios de la mera experiencia, incluso un precepto que, siendo universal, se asiente en fundamentos empíricos, aunque no fuese más que en una mínima parte, acaso tan sólo por un motivo de determinación, podrá llamarse una regla práctica, pero nunca una ley moral»<sup>44</sup>. Una ley moral no puede asentarse «ni siquiera en una mínima parte» en datos de experiencia. Es lógico que repudie su anterior formación wolfiana, que hacía descansar la Ética en datos psicológicos: «El camino que hemos de emprender (se refiere a la “filosofía práctica universal” de Wolf) es totalmente nuevo». Wolf cometió el error de considerar «el querer en general, con todas las acciones y condiciones que en tal significación universal le corresponden, y eso distingue su filosofía práctica universal de una metafísica de las costumbres... Pues la metafísica de las costumbres debe investigar la idea y los principios de una voluntad pura posible, y no las acciones y condiciones del querer humano en general, las cuales, en su mayor parte, se toman de la psicología»<sup>45</sup>. Los datos antropológicos, y consiguientemente los psicológicos, quedan expulsados del concepto de una «voluntad en general». No queda más que la «posibilidad en general» (*die Möglichkeit überhaupt*) de la acción en sí misma considerada. Por eso la mentira es mala: no porque haga daño a los hombres (entraríamos en el campo empírico del dolor humano), sino porque es un acto contradictorio o irreal, ya que toda mentira se anula a sí misma: el mentiroso pretende encontrar fe en los demás, a los que miente. Pero si considera la mentira universalizada (todos mienten) anula en sí mismo y en los demás esa fe que él espera encontrar mintiendo. Se trata de una acción *imposible objetivamente*. Porque tal como explica al final de la «Metafísica de las costumbres», «entre los principios *racionales de la moralidad* hay que preferir el concepto ontológico de la *perfección*»<sup>46</sup>.

El sujeto ha de descubrir el universo moral, y la única vía necesaria de acceso es lo que se conoce usualmente como «imperativo categórico»: «La regla del juicio bajo leyes de la razón práctica, es ésta: Pregúntate a ti mismo si la acción que te propones, a suponer que debiera acontecer según una ley de la naturaleza, de la cual tú mismo fueras una parte, podrías considerarla como posible por tu voluntad»<sup>47</sup>. Esto es, le es lícito a cada hombre echar mano de la

---

44. MC, pp. 18-19.

45. MC, pp. 20-21.

46. P. 105. Las intensidades son de Kant.

47. CRPr, p. 103.

facultad del Juicio para, a través de ella, atisbar la Moral que pertenece a la razón. Kant recalca esta licitud: «Es así, pues, permitido usar *la naturaleza del mundo sensible como tipo de una naturaleza inteligible*, mientras yo no traspase a esta última las intuiciones y lo que de ella depende, sino sólo le refiere la forma de la conformidad a una ley general»<sup>48</sup>.

Al expulsar de la moral todo dato empírico, es obvio que la utilidad, general o universal, no cuenta nada en la Ética kantiana. Los hombres tendemos a pensar que lo «útil» (en sentido clásico del término *utilitas*) es «bueno»; pero la de Kant no es precisamente una Ética de Bienes. Lo útil o bueno pertenece a lo «patológico», que sólo puede crear un *arbitrium brutum*. Él quiere un *arbitrium liberum* que se caracteriza, frente al arbitrio «bruto», en el desinterés de la voluntad del sujeto. Pretende un móvil de la voluntad subjetiva que no pueda estar afectado ni remotamente por el binomio placer-dolor, y sólo le queda la forma de la universalidad de la ley. La universalidad es cuestión formal u «ontológica» (como él la llama), y en modo alguno una consecuencia de nuestros actos. El hombre se comporta de forma *bruta* cuando persigue algún bien, «porque la esperanza de la existencia del objeto sería entonces la causa determinante del albedrío, y la dependencia de la facultad de desear de la existencia de alguna cosa tendría que ponerse a base del querer, dependencia que no puede ser buscada más que en las condiciones empíricas y, por consiguiente, nunca puede dar el fundamento para una regla necesaria y universal»<sup>49</sup>. Evidentemente, un deseo subjetivo (así parece interpretarlo Kant) nunca puede dar origen a una ley, ni siquiera cuando ese deseo persiga la felicidad universal: «El principio de la felicidad, si bien puede dar máximas, no puede nunca darlas tales que sean aptas para leyes de la voluntad, aun si se tomase como objeto de la felicidad *universal*. Pues el conocimiento de ésta descansa en meros datos de experiencia, como todo juicio sobre ella, depende de la opinión de cada cual, que además es muy variable, resulta que puede dar reglas *generales*, pero no *universales*... Pero la ley moral es pensada como objetivamente necesaria sólo porque debe valer para todo el que tenga razón y voluntad»<sup>50</sup>. Resulta patente que ninguna filosofía utilitarista puede encontrar apoyo en la obra kantiana, sino sólo un rechazo radical.

La raíz del problema está, parcialmente, en que para Kant no existen bienes humanos en el sentido aristotélico, por ejemplo. La prudencia no es para él la virtud de lograr una *vida buena*, alcanzando bienes propios del hombre, sino el instrumento de la *philautia*: «La máxima del amor a sí mismo (prudencia), sólo *aconseja*; la ley de

48. CRPr, p. 104. A pesar de la contundencia de la declaración transcrita, en las páginas que siguen, Kant deja el tema un tanto en el aire.

49. CRPr, p. 56.

50. CRPr, p. 59. Las intensidades son de Kant.

la moralidad *manda*»<sup>51</sup>. Poco después nos propone un ejemplo que ilustra esta noción de prudencia: «El que ha perdido en el juego puede enfadarse consigo mismo y su imprudencia, pero si tiene conciencia de haber hecho trampa en el juego (aun cuando por ello haya ganado) tiene que *despreciarse* a sí mismo en cuanto se compare con la ley moral. Ésta tiene, pues, que ser algo distinto del principio de la propia felicidad. Pues tenerse que decir a sí mismo: soy un *indigno*, aun cuando he llenado mi bolsa, tiene que tener otra regla de juicio que el aplaudirse a sí mismo y decir: soy un hombre *prudente*, pues he enriquecido mi caja»<sup>52</sup>. Rechaza, además, cualquier explicación eudemonista de la Ética porque entiende que se opone a la dignidad humana constituir un «deber» (en el sentido estricto del término) para perseguir una cosa: este «deber» es necesariamente falso. Desde los bienes no podemos extraer leyes, sino al revés: «Si el concepto de bien no es derivado de una ley práctica que le preceda, sino que más bien debe servir de fundamento a ésta, entonces sólo puede ser el concepto de algo cuya existencia promete placer, y así determina la causalidad del sujeto... La propiedad del sujeto, en relación con la cual tan sólo puede ser instaurada esa experiencia, es el *sentimiento* del placer o dolor, como receptividad perteneciente al sentido interno, y así el concepto de lo que sea inmediatamente bueno vendría a parar solamente a aquello con lo que inmediatamente está enlazada la sensación del *regocijo*...»<sup>53</sup>. Dejar la moral reducida a puro regocijo parece cosa poco seria. Además, «esto es y contrario al uso de la lengua, que distingue lo *agradable* del *bien*, lo *desagradable* del *mal*, y exige que el bien y el mal sean juzgados siempre por la razón, por consiguiente, por conceptos que se puedan comunicar universalmente y no por mera sensación que se limita a sujetos»<sup>54</sup>. Es indigno del ser racional «actuar para» conseguir algo fuera de él mismo, como si él fuera un medio para conseguir alguna cosa: «las máximas prácticas que se derivan del anterior concepto del bien sólo como medio no encerrarían como objeto de la voluntad nunca nada por sí mismas, siempre sólo algo bueno *para otra cosa*; el bien sería siempre sólo lo útil, y aquello que es útil debería siempre estar fuera de la voluntad»<sup>55</sup>. Un texto que, una vez más, se perdió Hegel cuando denunció la *Entfremdung* o *Zerrissenheit* a que conducía la filosofía moderna. Porque Kant, a su modo, aboga por la primacía de la *praxis* sobre cualquier actividad poiética; hasta el punto de que expulsa —como estamos viendo— la poiesis de la Ética. Precisamente la médula de cualquier utilitarismo reside en dejar muy en segundo término (o en desconocer) la vertiente práctica del acto hu-

---

51. *Ibidem*.

52. CRPr, pp. 60-61. Las intensidades son de Kant.

53. CRPr, p. 88. Las intensidades son de Kant.

54. *Ibidem*. Las intensidades son de Kant.

55. CRPr, p. 89. Intensidades de Kant.

mano para fundamentar la poiesis colectiva del hombre, es decir, del mayor número, de la generalidad, etc.

De todos modos, Kant a veces no desvincula moralidad y felicidad. Aunque «en la ley moral no hay el menor fundamento para una conexión necesaria entre la moralidad y la felicidad proporcionada a ella... sin embargo, en el problema práctico de la razón pura, es decir, en el trabajo necesario enderezado hacia el supremo bien, se postula esa conexión como necesaria: *debemos* tratar de fomentar el supremo bien, que por tanto tiene que ser posible»<sup>56</sup>. Esta declaración es coherente con lo que ya ha establecido en la «Crítica de la razón pura», en donde deriva la existencia de Dios desde la necesidad de una feliz recompensa de nuestro cumplimiento de la ley moral.

### 3. AUTONOMÍA Y PERSONALIDAD MORAL

Al filo de la versión usual del imperativo categórico kantiano se podría entender (como hicieron *Die Kantianer* de los siglos XVIII-XIX) que Kant consagró una noción de autonomía moral según la cual cada persona decide por sí misma, gracias a la universalización de su máxima, lo que ha de hacer. Si a este «decidir por sí mismo» añadimos la noción de «persona» o *Selbstzweck*, «ser un fin en sí mismo», tenemos entonces un cuadro de la doctrina kantiana ampliamente reproducido en el siglo pasado. Pero temo que tropezamos otra vez con la distinción entre Kant y la escuela kantiana.

Dejemos que sea Kant quien hable: «La *autonomía* de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conformes a ellas; toda *heteronomía* del albedrío, en cambio, no sólo no funda obligación alguna, sino que más bien es contraria al principio de la misma y de la moralidad de la voluntad. En la independencia de toda materia de la ley (a saber, un objeto deseado) y al mismo tiempo, sin embargo, en la determinación del albedrío por medio de la mera forma legisladora universal, de que una máxima puede ser capaz, consiste el principio único de la moralidad. *Aquella independencia*, empero, es libertad en el *sentido negativo*, ésta propia *legislación* de la razón pura y, como tal, práctica, es libertad en el *sentido positivo*»<sup>57</sup>. Una noción de libertad moral, como vemos, extremadamente próximo a la hegeliana. En el plano moral (otra cosa es en la *Rechtslehre* de la «Metafísica de las costumbres») la heteronomía nunca es contemplada como la imposición de un arbitrio ajeno; heteronomía únicamente puede significar determinación de la voluntad por un móvil empírico o patológico: «Por consiguiente, si

56. CRPr, p. 175. Intensidad de Kant.

57. CRPr, p. 54. Intensidades de Kant.

la materia de la voluntad, que no puede ser otra cosa más que el objeto de un deseo, enlazado con la ley, interviene en la ley práctica *como condición de su posibilidad*, se seguirá de ello heteronomía del albedrío, o sea dependencia de la ley natural de seguir cualquier impulso o inclinación, y la voluntad no se da entonces ella misma su ley, sino sólo el precepto para seguir racionalmente leyes patológicas»<sup>58</sup>. Lo contrario de la heteronomía es la autonomía o libertad «en el sentido positivo», que es la adhesión a la ley moral. «Así pues, la ley moral no expresa nada más que la *autonomía* de la razón pura práctica, es decir, la libertad, y ésta es incluso la condición de todas las máximas, bajo cuya condición solamente pueden éstas coincidir con la ley práctica superior»<sup>59</sup>.

La autonomía es la participación del ser racional empírico en el mundo inteligible o nouménico. Más adelante Kant vuelve sobre el tema y explica que autonomía es «la naturaleza suprasensible en cuanto nos podemos formar de ella un concepto que no es otra cosa más que *una naturaleza bajo la autonomía de la razón pura práctica*. La ley de esta autonomía es, empero, la ley moral; la cual, por tanto, es la ley fundamental de una naturaleza suprasensible y de un mundo puro del entendimiento, cuya copia (*Gegenbild*) debe existir en el mundo de los sentidos... Aquella podría denominarse *naturaleza modelo (natura archetypa)*, que nosotros conocemos en la razón, y ésta, en cambio, ya que contiene el efecto sensible de la idea de la primera... «naturaleza copiada» (*natura ectypa*)»<sup>60</sup>.

Desde la autonomía moral surge la noción de «persona»: «La personalidad moral no es más que la libertad de un ser racional sometido a las leyes morales»<sup>61</sup>. Esta realidad no tiene nada que ver con la «personalidad» como individualidad: «La personalidad psicológica no es más que la facultad del ser que tiene conciencia de sí en los diferentes estados de la identidad de su existencia»<sup>62</sup>. La «persona» es realmente un ser libre y noble porque ella misma es el deber, la ley moral. Permítaseme una cita extensa: «¡Deber! Nombre sublime y grande, tú que no encierras nada amable que lleve consigo insinuante lisonja, sino que pides sumisión, sin amenazar, sin embargo, con nada que despierte aversión natural en el ánimo y lo asuste para mover la voluntad, tú que sólo exigas una ley que halla por sí misma acceso en el ánimo, y que se conquista, sin embargo, y aun contra nuestra voluntad, veneración por sí misma (aunque no siempre observancia); tú, ante quien todas las inclinaciones enmudecen, aun cuando en secreto obran contra ti, ¿cuál es el origen digno de ti?

58. CRPr, p. 55. Intensidades de Kant.

59. CRPr, p. 54. Intensidad de Kant.

60. CRPr, p. 68. Intensidades de Kant.

61. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. No consta traductor. UNAM, México, 1978, p. 24.

62. *Ibidem*.

¿Dónde se halla la raíz de tu noble ascendencia...? <sup>63</sup>. El ser racional empírico se ennoblece por su acceso a esa dimensión de la realidad que es el «deber»: «No puede ser nada menos que lo que eleva al hombre por encima de sí mismo (como una parte del mundo de los sentidos) lo que le enlaza con un orden de cosas que sólo el entendimiento (debería haber escrito “la razón”) puede pensar y que, al mismo tiempo, tiene bajo sí todo el mundo y con él la existencia empíricamente determinable del hombre en el tiempo...» <sup>64</sup>. Desde esta dignidad del deber accedemos a la dignidad del hombre: «La ley moral es *santa* (inviolable). El hombre, en verdad, está bastante lejos de la santidad; pero la *humanidad* en su persona tiene que serle santa» <sup>65</sup>. El sujeto de la ley moral no es pues, el hombre empírico, sino la humanidad entera, portadora (junto con los demás seres racionales) de la moralidad. Y la peculiar dignidad del ser humano radica en que es inmanipulable, en que nunca puede ser medio para una arbitrariedad. Esto merece una explicación más detenida.

La Modernidad estuvo hondamente preocupada ante el problema de la arbitrariedad. En el plano de la teoría jurídica se encontró pronto un expediente para acabar con ella: todo hombre es igualmente libre en el «estado de naturaleza», y ello determina que nadie pueda imponer su *arbitrio* sobre otro. Un hombre sólo puede exigir algo a otro cuando este otro ha prestado libremente (arbitrariamente) su consentimiento a esa prestación. En el plano moral, el problema es, sin embargo, muy distinto: las leyes morales se presentan como heterónomas por definición, y la posibilidad misma de la moralidad no encuentra explicación en el esquema heurístico que diseñó la Edad Moderna. En el terreno jurídico cada hombre es siempre un «fin en sí mismo», pero esta exigencia fallaba por completo en el campo moral. Kant emprende la tarea de explicar que, también en la moralidad, cada sujeto es un *Selbstzweck*. Oigamos su argumentación: «En toda la creación puede todo lo que se quiera, y sobre todo lo que se tenga algún poder, ser empleado *sólo como medio*; únicamente el hombre, y con él toda criatura racional, es *fin en sí mismo*. Él es, efectivamente, el sujeto de la ley moral, que es santa gracias a la autonomía de su libertad. Precisamente por ella toda voluntad, incluso la propia voluntad de toda persona, dirigida sobre esta misma, está limitada por la condición del acuerdo con la autonomía del ser racional, a saber, no someterlo a ninguna intención que no sea posible» <sup>66</sup>. Entramos de nuevo en el tema que llamé «ontología de la acción»: el hombre es siempre un fin en sí mismo, en el que queda representada toda la humanidad, porque nunca puede ser sometido a una ley arbitraria: no puede ser sometido «a ninguna intención que

---

63. CRPr, p. 126.

64. CRPr, pp. 126-127.

65. CRPr, p. 127. Intensidades de Kant.

66. *Ibidem*. Intensidades de Kant.



no sea posible». Naturalmente, la *posibilidad* a que alude Kant no es la posibilidad física (que se expresa mediante el *Können*), sino la posibilidad moral, aquella acción que no se anula a sí misma cuando la máxima subjetiva se eleva a ley. En la medida en que el hombre sólo está obligado a actuar según la estricta necesidad metafísica, escapa a cualquier arbitrariedad: «Esta condición la añadimos nosotros con razón, hasta a la voluntad divina, en consideración de los seres racionales... pues que descansa en la personalidad de los mismos, por lo cual, tan sólo son fines en sí mismos»<sup>67</sup>. En efecto, si hubiera que obedecer los mandatos de Dios *solamente* porque son mandatos de una voluntad superior, entraríamos en el campo de la arbitrariedad, es decir, de la sujeción de un arbitrio a otro arbitrio. Pero en la medida en que nadie depende de un arbitrio extraño, sino sólo de lo que «es» y no puede ser de otra manera, ése es el campo de la personalidad, de la autonomía, de la libertad.

Aun a riesgo de ser reiterativos podemos preguntarnos de nuevo: ¿por qué hay que obedecer la ley moral? El peligro de una imposición voluntarista ya ha sido evitado. Los «bienes» que los hombres pueden alcanzar no constituyen motivo suficiente para mover eficazmente (en el plano moral) a la voluntad<sup>68</sup>. Podríamos decir imprecisamente que el hombre observa la *sublimidad* del deber (de la ley moral) y «se siente» (¿?) obligado a obedecerla porque surge en él una actitud de respeto hacia esa ley: «Aquello cuya representación como *fundamento de determinación de nuestra voluntad* nos humilla en nuestra propia conciencia de sí mismo, despierta, en cuanto es positivo y determinación, por sí respeto»<sup>69</sup>. Mejor que glosar a Kant, es dejar que él nos explique su versión del «respeto», *Achtung*: «Y así, el respeto hacia la ley no es motor para la moralidad, sino que es la moralidad misma, considerada subjetivamente como motor, porque la razón pura práctica, al echar por tierra todas las pretensiones del amor a sí mismo en oposición a ella, proporciona autoridad (*Ansehen*) a la ley que sola ahora tiene influjo»<sup>70</sup>. Se trata de un problema de prestigio: García Morente tradujo el término «Ansehen» como «autoridad» (de la ley), pero en el lenguaje cotidiano significa más bien «prestigio». Todo el peso de la Moral se ha trasladado a la ley racional: «El respeto hacia la ley es, pues, el único y al mismo tiempo indudable motor moral, así como también este sentimiento no se dirige a ningún objeto más que sólo por aquel fundamento. La ley moral determina primero objetiva e inmediatamente la voluntad en el juicio de la razón; la libertad, cuya causalidad es solamente de-

67. CRPr, pp. 127-128.

68. «Pero objeto del respeto, y por ende mandato, sólo puede serlo aquello que se relacione con mi voluntad como simple fundamento y nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación, sino que la domine». CFr. MC, p. 38.

69. CRPr, p. 111. Intensidades de Kant.

70. CRPr, p. 113.

terminable por la ley, consiste, empero, precisamente, en que reduce todas las inclinaciones... a la condición de observar su ley pura»<sup>71</sup>.

Obviamente, sólo puede sentir respeto hacia la ley aquel que posee una personalidad íntegra: un tramposo, un mentiroso (por aludir a los ejemplos que Kant suele aducir) nunca sentirá respeto ante ella. A esta cualidad de la personalidad, Kant la llama «buena voluntad», y esta expresión puede ser una pequeña fuente de confusiones. Efectivamente, puede pensarse que el sujeto *autónomo* (en el sentido usual de esta palabra, no en el kantiano) actúa según su buena voluntad, al margen de las consecuencias que pueda traer su actuación: es bien sabido que Kant expulsa la consideración de las consecuencias de nuestros actos del ámbito de la Ética<sup>72</sup>. Así resultaría esa «moral de principios de que habla Weber». Pero esta visión de la Moral es ajena a Kant. Algunos textos suyos pueden dar pie a pensar al modo de Weber; por ejemplo, cuando indica que «la segunda proposición es ésta: una acción hecha por deber tiene su valor moral *no en el propósito* que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta; no depende, pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del *principio del querer*, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad de desear»<sup>73</sup>. Pero este «principio del querer» no corresponde al hombre empírico, aunque le afecte a él: es demasiado sublime como para exigírselo a todos los hombres: «Ni en el mundo, ni en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una *buena voluntad*»<sup>74</sup>. Es una realidad extramundana, extrapsicológica, una ley de la razón pura producida por esa misma razón inteligible: «El verdadero destino de la razón tiene que ser el de producir una *voluntad* buena, no en tal cual respecto como *medio*, sino *buena en sí misma*»<sup>75</sup>. La «voluntad buena» no es medio para que el hombre empírico sea bueno: es un fin en sí mismo que se identifica con la misma ley moral.

Estas consideraciones quedan más claras si consideramos la naturaleza de la libertad del hombre: «La noción de *libertad* es una

71. CRPr, p. 116.

72. En CRPr, A 790 escribe que «la verdadera causa del uso de demostraciones apagógicas en diferentes ciencias es ésta: cuando los fundamentos de que se pretende derivar cierto conocimiento son demasiados numerosos o se hallan excesivamente velados, se ensaya la posibilidad de llegar a tal conocimiento a través de sus consecuencias. Sería el *modus ponens*, esto es, inferir la verdad de un conocimiento partiendo de la verdad de sus consecuencias, lo cual es sólo permisible cuando son verdaderas todas las consecuencias... Ahora bien, este procedimiento es impracticable, pues el ver todas las consecuencias de cualquier proposición que adoptemos es algo que excede nuestra capacidad».

73. MC, p. 37.

74. MC, p. 27. Intensidades de Kant.

75. MC, p. 32. Intensidades de Kant.

noción de la razón pura... En otros términos, es una noción que no puede tener objeto alguno adecuado en una experiencia posible, cualquiera que ella sea»<sup>76</sup>. La razón práctica es la que *produce* estas nociones de ley, libertad, etc.: «Consideremos ahora las acciones en relación con la razón, pero no con la especulativa, que trata de *explicar* esas acciones desde el punto de vista de su origen, sino sólo en la medida en que ella es la causa que las *produce*. En una palabra, confrontemos esas acciones con la razón en su aspecto *práctico*»<sup>77</sup>. Sin embargo, la libertad es también una noción antropológica o psicológica, porque a todo hombre se le exige que actúe con libertad o buena voluntad. Kant explica que todo objeto inteligible posee dos causalidades distintas, una «por su acción», y otra «por sus efectos», y esto se aplica a la libertad: «Doy el nombre de *inteligible* a todo aquello que no es fenómeno en un objeto de los sentidos. Teniendo esto en cuenta, si aquello que en el mundo sensible posee en sí mismo una facultad que no sea objeto de la intuición sensible, pero que le permita ser causa de los fenómenos, entonces podemos considerar la *causalidad* de ese ser desde dos puntos de vista distintos: en cuanto causalidad propia de una cosa en sí misma, como *inteligible* por su *acción*; en cuanto causalidad propia de un fenómeno del mundo sensible, como *sensible* por sus *efectos*»<sup>78</sup>. Naturalmente, no poseemos concepto alguno de esta libertad nouménica, porque las categorías de la razón no son expresables mediante conceptos; en tal caso, no podemos saber cómo esa causalidad o libertad inteligible puede operar en el mundo fenoménico. Pero si no podemos saberlo sí debemos suponerlo: «Aunque nunca podríamos conocer directamente ese carácter inteligible, ya que sólo percibimos lo que se manifiesta, debería *concebirse* de acuerdo con el carácter empírico, igual que debemos suponer un objeto trascendental que sirva de base a los fenómenos a pesar de que nada sepamos acerca de lo que tal objeto sea en sí mismo»<sup>79</sup>. El hombre es, pues, simultáneamente un sujeto inteligible y empírico, porque aunque su libertad es inteligible, tal libertad es eficaz en el mundo de los fenómenos, de modo que mundo nouménico y mundo fenoménico coexisten complementariamente: «De esta forma, libertad y naturaleza coexistirían en los mismos actos sin contradecirse, cada uno en su significación completa, según se confrontarán esos actos con su causa inteligible o con su causa sensible»<sup>80</sup>.

---

76. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., pp. 20-21. Intensidad de Kant.

77. CRPr, A 550, p. 474. Las intensidades de Kant.

78. CRPr, A 538, p. 467. Intensidades de Kant.

79. CRPr, A 540, p. 468. Intensidad de Kant.

80. CRPr, A 541, p. 469.

#### 4. UN COLOFÓN POSIBLE

Las lecturas que Immanuel Kant hizo de Hume debieron serle un revulsivo: se adaptó fielmente al marco que estableció el inglés pero intentó superarlo avanzando en lo que Kant llama el plano de la razón, que es independiente y superior al simplemente psicológico —terreno del entendimiento y del juicio—, según su propia terminología. Por este camino, progresando según lo que demandaban los intereses de la razón, recreó un sistema de Ética en el que la ley moral objetiva ocupa el punto central de referencia. Hizo una construcción acomodada a su mentalidad puritana: la ley moral está ahí, es un hecho, y la peculiar dignidad del hombre reside en que puede acceder a ese plano nouménico o inteligible.

Sin embargo, estaba situado en un momento histórico incómodo: la mentalidad dominante, y más en Centroeuropa, era la propia del iusnaturalismo moderno, que sólo consideraba individuos aislados y autónomos. Y la filosofía crítica kantiana fue puesta al servicio de esta mentalidad, aunque ello era una falta contra natura. Ciertamente, el mismo Kant contribuyó fuertemente a esta escisión entre su filosofía moral y la corriente kantiana, porque la *Rechtslehre* de la Metafísica de las costumbres es una obra contradictoriamente iusnaturalista. Deje indicado que debió bastante la edad: pocos años después de la publicación de la *Rechtslehre*, Kant fue retirado de su cátedra por debilidad senil. Además, siguiendo las trazas que marcó Theodor Schmalz, ya habían aparecido antes de 1796 una decena de obras jurídicas kantianas, y posiblemente el Kant anciano prefirió seguir el camino que resultaba a todos más evidente. Aunque quizá la explicación de fondo se encuentra en su formación doctrinal-religiosa: un puritano valoraba en mucho la Moral (a la que no podía dejar reducida a eudemonismo simplista), pero el Derecho no era para él más que uno de esos ámbitos vitales necesarios para la vida terrena pero irrelevantes para la Teología y la salvación eterna. Y, puestos a elegir, es posible que prefiriera seguir la corriente con más prestigio. Pero al precio de producir una cisura incontrolable entre su metafísica moral y su teoría ética.

## Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: Un filósofo del Derecho español del siglo XIX

Por ANA LLANO TORRES

Madrid

### 1. INTRODUCCIÓN

El último tercio del s. XIX y el primero del XX en España constituyen una etapa protagonizada, en el campo de la filosofía del derecho, por el debate jurídico, ético y religioso entre varios grupos contrapuestos<sup>1</sup>: los krausistas ligados a la Institución Libre de Enseñanza y a F. Giner de los Ríos<sup>2</sup>, los seguidores de la Escuela

---

1. Los estudios históricos sobre el período de la Restauración y sobre la artificialidad de la política canovista —y del siglo XIX en general— son innumerables. Cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J. y OTROS, *Historia general de España y América*, Madrid, Rialp, 1981, tomo XVI, pp. 3-69, 89-109, 275-464, de la segunda parte y pp. XIII-XXXV de la primera parte, COMELLAS, J. L., *Revolución y Restauración*; GARCÍA VILLOSLADA, R., *Historia de la Iglesia en España*, vol. IV, Madrid, B. A. C., 1963; CANALS VIDAL, F., *Política española: pasado y futuro*. Barcelona, Acervo, 1977; ABELLÁN J. L., *Historia crítica del pensamiento español*, Madrid, Espasa Calpe, 1989, tomo V, p. 446 y ss.; ARTOLA, M., *Partidos y programas políticos: 1808-1936*. Madrid, Aguilar, 1974, tomo I; SUÁREZ VERDEGUER, F., *Conservadores, innovadores y renovadores en las postrimerías del Antiguo Régimen*. Pamplona, Estudio General de Navarra, 1955; ID., *Planteamiento ideológico del siglo XIX español*, en *Arbor*, núm. 29, 1948; PÉREZ EMBID, F., *Los católicos españoles ante la política de la Restauración liberal*, en *Nuestro Tiempo*, 1958; GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Historia de las dos Españas*, Madrid, Editora Nacional, 1975; etc. Sobre el problema religioso de fondo, cfr. GÓMEZ MOLLEDA, M.<sup>a</sup> D., *Los reformadores de la España contemporánea*. Madrid, CSIC, 1981, 2.<sup>a</sup> ed. y su prólogo de PALACIO ATARD, V., *Educadores y reformadores*: ponen de manifiesto con gran claridad la importancia de las ideas religiosas para la comprensión auténtica de la trayectoria histórica que siguen los pueblos y encuadran la polémica y los choques entre católicos y krausistas españoles en el marco más amplio de la lucha entablada en ámbito europeo: a la concepción trascendente del hombre y del mundo propia del catolicismo, se opone la concepción moderna con su inmanencia.

2. Sobre el Krausismo, véase: DÍAZ, E., *La filosofía social del Krausismo es-*

Histórica, como M. Durán y Bas, E. Reynals y Rabassa, etc.<sup>3</sup>, y los neoescolásticos<sup>4</sup>. Estos últimos serán los continuadores de P. López Sánchez, J. M. Ortí y Lara, C. González, A. Pou y Ordinas, etc., que hacia mediados de siglo les precedieron en los primeros pasos de la elaboración de una teoría católica del derecho, siguiendo el movimiento iniciado con *La civiltà cattolica* y los italianos L. Taparelli, M. Liberatore y G. Sanseverino<sup>5</sup>. Se han venido rastreando los orígenes de esta renovación o restauración de la escolástica. Los intentos de fijar una fecha y los estudios relativos a las fuentes de este movimiento son numerosos<sup>6</sup>. La polémica que se ha entablado al res-

---

pañol, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1973; GIL CREMADES, J. J., *Krausistas y liberales*, Madrid, Dossat, 1981, 2.ª ed.; CACHO VIU, V., *La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, Rialp, 1962.

3. Sobre esta escuela, cfr., CAMPS Y ARBOIX, J., *Historia del derecho catalán moderno*, Barcelona, Bosch, 1958; PRAT DE LA RIBA, E., «Durán y Bas». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1912, núm. 18; CARRERAS ARTAU, T., *La filosofía universitaria en Cataluña durante el segundo tercio del siglo XIX*, Barcelona, CSIC, 1964; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny», *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVIII, núm. 3, 1979, pp. 587-641; núm. 4, pp. 769-819; año LXXIX, 1980, núm. 1, pp. 7-47; núm. 2, pp. 279-311; núm. 3, pp. 567-596.

4. Cfr., GIL CREMADES, J. J., *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica y Neotomismo*, Barcelona, Ariel, 1969. Este libro ofrece un marco de referencia completa: estudia las tres corrientes, atendiendo a las concomitancias que presentan, su evolución y su significado conjunto. La época de la Restauración borbónica se presenta como la época del positivismo. Si bien la mentalidad positiva no ejerció un influjo notorio en España, sí produjo una cierta inflexión en las posturas de los krausistas, los neotomistas y los seguidores de la escuela histórica. También ofrecen una visión de conjunto; DE CASTRO CID, B., *La filosofía jurídica de L. Recasens Siches*, Universidad de Salamanca, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1974, pp. 19-35; RECASENS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del derecho*, México, ed. Porrúa, 1975, p. 446 y ss.; LORCA NAVARRETE, J. F., *La filosofía jurídica española contemporánea. I. La herencia del s. XIX: La filosofía jurídica del krausismo y del neoescolasticismo*. Apéndice de FASSO, G., *Historia de la filosofía: siglos XIX y XX*, tomo III, Madrid, Pirámide, 1983, traducción al castellano por J. F. Lorca Navarrete.

5. Cfr. ABELLÁN, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*, Madrid, Espasa Calpe, 1989, tomo V, p. 446 y ss. Como se ha señalado por diversos autores contemporáneos, el tomismo, especialmente el relacionado con los temas jurídicos, es objeto de recepción: le llega a España desde Italia; Prisco, Taparelli y Sanseverino son conocidos entre nosotros poco antes de 1860. Cfr. GIL CREMADES, J. J., *El reformismo...*, cit., p. 158, p. 363; FABRO C., *Introduzione a S. Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*, Milano, Ares, 1983, p. 263 y ss. y la bibliografía allí citada.

6. Véase FABRO, C., *Storia della filosofia*, in collaborazione, Roma, 1959 (2.ª ed.), tomo II, p. 919 y ss., y la bibliografía allí citada, en especial, las investigaciones llevadas a cabo por el profesor Rossi sobre el colegio Alberoni, V. Buzzetti y sus fuentes. Existe versión española de la obra, *Historia de la Filosofía*, Madrid, Rialp, 1965; ID., *prefazione allo studio di G. ROSSI, La filosofia nel collegio Alberoni e il neotomismo*, Piacenza, 1959, p. 15 y ss.; NADDEO, P., *Le origini del neotomismo e la scuola napoletana di G. Sanseverino*, Salerno, 1940, p. 11 y ss.; MASNOVO, A., *Il Neo-tomismo in Italia. (Origini e prime vicende)*, Milán, 1923; BATLLORI, M., *Baltasar Masdeu y el Neoescolasticismo italiano, (Palermo, 1741-Mallorca, 1820)*, 1.ª y 2.ª parte. «Analecta Sacra Tarraconensa», vol. XV y XVI, 1942-1943; sobre la obra restauradora de un dominico español del s. XVIII, cfr. FORMENT GIRALT, E., «El car-

pecto entre unos estudiosos y otros se resume en dos posturas. De un lado, Fabro, Rossi y otros defienden el origen netamente italiano del movimiento renovador de la escolástica —su primera fuente se hallaría en el Colegio Alberoni y en los esfuerzos por recuperar y reavivar la tradición filosófica tomista, realizados por los Padres de la Misión—. De otro, Batllori, apoyado en la tesis de Masnovi, pretende haber demostrado el origen español del resurgimiento italiano y mundial de la escolástica que, por otra parte, no habría desaparecido nunca de España —los jesuitas de Cervera expulsados de España y, entre ellos, B. Masdeu, serían los impulsores del neotomismo en Italia—. Una y otra tesis han recibido el apoyo de importantes especialistas. En cualquier caso, parece que hay pruebas suficientes para afirmar la presencia de pensadores tanto en la España como en la Italia del s. XVIII que lucharon por la expansión y renovación de las doctrinas de Sto. Tomás y de los escolásticos, y que darían frutos importantes en los dos siglos siguientes.

En España, a finales del s. XIX, se forma y actúa un grupo de publicistas en torno a la figura de C. González. Algunos, como el marqués de Vadillo y J. Sánchez de Toca, militaron activamente en la Unión Católica presidida por A. Pidal y Mon<sup>7</sup>. Pero también pertenecieron a este círculo de seculares R. Rodríguez de Cepeda, que destacó por su conciencia de la acuciante problemática social del momento y por su importación de las ideas del italiano G. Toniolo y el francés Le Play, y L. Mendizábal Martín, que ha merecido juicios positivos por parte de algunos autores, por la mayor actualidad de sus planteamientos filosóficos y la presencia de elementos nuevos en su obra, si bien parece que peca de un excesivo eclecticismo<sup>8</sup>.

---

denal Boxadors. Un catalán universal del siglo XVIII. *Cristiandad*, 1979, núm. 585, pp. 303-309; para una versión del conjunto, cfr. la tesis doctoral reciente de AGUIRRE OSSA, J. F., *El poder político en la neoescolástica española del s. XIX*. Pamplona, EUNSA, 1986, p. 31-47.

7. GIL CREMADES, J. J., llamó la atención en *El reformismo español* sobre el interés y la necesidad científica de estudios sobre la Unión Católica y sobre Ceferino González, alma de aquella y de la restauración tomista, clave para comprender el catolicismo español de la modernidad. Se ha discutido mucho sobre la historia, el significado y las intenciones subyacentes a este movimiento político, así como sobre las razones de su fracaso. Véase el artículo de FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, F. J., «El pensamiento contrarrevolucionario español; la Unión Católica». *Verbo*, Speiro, núms. 193-194, 1981, y la tesis de MAGAZ FERNÁNDEZ, J. M.<sup>a</sup>, *La Unión Católica*. Roma, Iglesia Nacional Española, 1990.

8. Han juzgado a L. Mendizábal Martín como autor que, de alguna manera, inaugura una nueva etapa; DE CASTRO CID, *La filosofía...*, cit., p. 31; RECASENS SICHES, L., *Tratado...*, cit., p. 451; PÉREZ LUÑO, A., *El Derecho natural en la España del s. XX*, en *El Derecho Natural Hispánico*, Madrid, 1973, p. 136-137; ESCALONA MARTÍNEZ, G., *Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española (1770-1936)*. Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, U. C. M., 1982, tomo II, p. 646 y ss.; AGUIRRE OSSA, J. F., *El poder político en la neoescolástica del s. XIX*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 430, nota 62; GIL CREMADES, J. J., *El reformismo...*, cit. pp. 329-330.

Se trata de representantes destacados de la vertiente jurídica de la neoescolástica en España. Desde su actividad docente y sus compromisos sociales y/o políticos, quisieron responder a la llamada del Papa, y, con ello, a las necesidades de España.

El interés por el derecho en el movimiento neoescolástico del pasado siglo es evidente. Se comprende dentro del marco moralizante de la época, preocupado por la vertiente ética de los problemas y también por la importancia que se empieza a dar a los temas de la filosofía práctica en Italia. Si se tiene en cuenta el papel decisivo de Italia en el impulso y la renovación filosófica de la neoescolástica, este interés generalizado por lo jurídico bien podría ser una herencia del espíritu italino del momento. Junto a este factor, se ha mencionado el influjo que ejerció la incorporación de la corriente suareciana al interior de la neoescolástica española decimonónica <sup>9</sup>.

Dentro de esta corriente de la España del XIX, quisiera fijar la atención en uno de los iusfilósofos de finales de siglo que con mayor empeño se dedicó al estudio del Derecho: Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués <sup>10</sup>.

9. Cfr. AGUIRRE OSSA, J. F., *El poder político...*, cit., pp. 199 y ss., también C. FABRO, *Storia...*, cit., pp. 919 y ss., en su epígrafe sobre la reanudación del pensamiento escolástico en el s. XIX, señala que la Compañía de Jesús siguió, sobre todo en España y Alemania, la directriz de los maestros del s. XVI, especialmente de Suárez. La presencia de las ideas suarecianas en los pensadores católicos del s. XIX español ha sido atestiguada por GRABMANN, M., *Historia de la Teología Católica*, Madrid, Espasa Calpe, 1940, p. 345; CEÑAL, R., «La filosofía española en la segunda mitad del siglo XIX». *Revista de filosofía*, XV, núms. 58-59, 1956, p. 441; LLADO J., *Balmes y los pensadores católicos de la época*, Vich, 1926, p. 31; FRAILE, G., *Historia de la Filosofía Española*, Madrid, 1972, tomo II, p. 121; OLLERO, A., *Filosofía del derecho como contrasecularización. Ortí y Lara y la reflexión jurídica del s. XIX*, Granada, Universidad de Granada, 1974, p. 84. Un testimonio de la época se encuentra en SIMONET, F. J., «Elogio académico del doctor eximio, el venerable Padre F. Suárez de la Compañía de Jesús». Discurso de apertura del curso académico 1876-77 de la Universidad de Granada, *La Ciencia Cristiana*, serie I, vol. IX, 1879, p. 29 y ss.

10. Sobre R. Rodríguez de Cepeda, se podría decir lo que se ha afirmado de muchos pensadores del s. XIX: «Con ellos se ha cometido una especie de injusticia cada vez que se ha examinado su obra a la luz de un solo criterio de valor: el de lo espectacular. Lo que sí es verdad es que esos hombres, que hicieron de la verdad una asignatura de urgencia, no sintieron en el terreno de las realizaciones el mismo acuciamiento. Sus iniciativas y proyectos prácticos decaían pronto por falta de calor. Se entregaron a la defensa de los principios, pero se mostraron menos eficaces en el sostenimiento de empresas capaces de dar vida a movimientos cristianos de envergadura... tal vez por falta de conocimiento de la realidad en que se movían. Esto es algo que se advierte al hacer el estudio de sus actitudes. Aislaron del contexto general reformista unos cuantos puntos y los hicieron centro exclusivo de su interés sin dar oído a los que dominaban la perspectiva del conjunto. Las recetas elaboradas como consecuencia produjeron en ocasiones efectos contraproducentes. La magia de la fórmula hecha tiene fallos. Porque la vida es fluida y la receta fósil. Porque la receta es incapaz de estirarse hasta los considerandos todos de un problema no captado en su entera complejidad. Hubiera hecho falta un equilibrio para no caer en los dos extremos viciosos, el de aceptación y el de la oposición en bloque...». Cfr. GÓMEZ MOLLEDA, M.<sup>a</sup> D., *Los reformadores...*, cit., pp. 163-164. (La cursiva es mía.) Sin



Las razones que han motivado este estudio, sintéticamente, son: en primer lugar, la escasez de trabajos sobre las ideas y la problemática filosófico-jurídica de nuestro pasado más próximo<sup>11</sup>; en segundo término, la necesidad de tal investigación para llegar a una comprensión más completa de la historia española y del presente que nos toca afrontar. Este trabajo sería, por supuesto, una pequeñísima aportación a ese cuadro general. Por último, la constatación de la falta de estudios sobre los representantes más notables de la neoescolástica jurídica: el Marqués de Vadillo, R. Rodríguez de Cepeda, L. Mendizábal Martín, o sobre algunos de sus predecesores como A. Pou y Ordinas, P. López Sánchez, etc. Para llenar esta laguna, me decidí a estudiar a R. Rodríguez de Cepeda.

## 2. RESEÑA BIOGRÁFICA: EL PERFIL HUMANO DE R. RODRÍGUEZ DE CEPEDA Y LOS PRIMEROS PASOS DE SU CARRERA ACADÉMICA

Nació en Valencia el 11-2-1850, y murió en dicha ciudad en 1918. Su padre fue A. Rodríguez de Cepeda, jurista, Decano de la Facultad de Derecho y, más tarde, Vicerrector de la Universidad de Valencia. Por consiguiente, el ambiente académico y el mundo del derecho acompañaron a Rafael desde pequeño.

---

embargo, como veremos, se puede apreciar en ciertos rasgos de su pensamiento social una riqueza, un esfuerzo creativo y cierta actualidad que le hacen sobresalir entre los neoclásicos.

11. Entre otros trabajos sobre el pensamiento filosófico-jurídico y social del s. XIX español, figuran: DÍAZ, E., *La filosofía social del Krausismo español*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973; GIL CREMADES, J. J., *El reformismo español*, cit.; ID., *Krausistas y liberales*, Madrid, Dossat, 1981; ELÍAS DE TEJADA, F., *El hegelismo jurídico español*, Madrid, *Rev. de Derecho Privado*, 1944; LEGAZ LACAMBRA, L., «Libertad política y libertad civil según J. Costa», *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1946, vol. XVI, núms. 29 y 30, pp. 1-43; ID., «El Pensamiento social de Gumersindo Azcárate», *Estudios de Historia Social de España*, Madrid, 1960, Inst. Balmes de Sociología, t. IV, vol. 1.º, pp. 11-104; LÓPEZ CALERA, N. M.ª, «En torno al concepto del derecho en K. Ch. Fr. Krause», Granada, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 1962, núm. 2.º, pp. 349-372; LORCA NAVARRETE, J. F., *El derecho en A. Posada*, Granada, Universidad de Granada, 1971; OLLERO, A., *Filosofía del derecho como contrasecularización. Ortí y Lara y la reflexión jurídica del XIX*, Universidad de Granada, 1974; LAPORTA, F. J., *Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Edicusa, 1974; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Voluntarismo y formalismo en el Derecho. J. Costa, antípoda de Kelsen*, discurso ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986; y los siguientes estudios publicados en los *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 1971, núm. 11, fascículo 2.º, titulado «El pensamiento jurídico español del s. XIX»; OLLERO, A., «Los comienzos de la influencia neoescolástica; J. M. Ortí y Lara (1826-1904)»; GIL CREMADES, J. J., «El pensamiento jurídico español del s. XIX; F. Giner de los Ríos»; VALLS, F. J., «La filosofía del derecho de Dorado Montero (1861-1919)»; MONTORO BALLESTEROS, M. A., «El pensamiento jurídico español del s. XIX; E. Gil y Robles (1849-1908)».

En cuanto a los sucesivos pasos de su carrera, cursa el Bachillerato en Artes, se licencia más tarde en Derecho Civil y Canónico y recibe el título de doctor en la materia en 1880<sup>12</sup>.

Con anterioridad a su obtención de la cátedra de Elementos de Derecho Natural<sup>13</sup> —26-4-1886—, presta sus servicios como Auxiliar de la Facultad de Derecho de Valencia, supliendo a los distintos Catedráticos ausentes desde el 9-2-1882, lo que favorecerá en él una formación jurídica amplia. En esos años explicó materias relativas a las instituciones y la codificación del Derecho Civil español, asignaturas de Derecho Canónico, de Economía política y Estadística, de Hacienda Pública, etc.

Su constante preocupación por las cuestiones sociales, problema candente y acuciante en la sociedad de la época, motivó su compromiso en la búsqueda de soluciones, tanto en el campo especulativo como en el práctico. En este sentido figuró al frente del Movimiento Católico-Obrero de Valencia, representó a Valencia y Castellón en el Senado, y ocupó desde 1878 cargos de relevancia en la *Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia*<sup>14</sup>. Del mismo modo, en sus discursos y ponencias, o en su mismo manual, trató con frecuencia diferentes aspectos de la cuestión social, la reglamentación de las condiciones de trabajo, la función y los límites del derecho de propiedad, etc.<sup>15</sup>.

---

12. Cfr. Archivo Histórico Nacional, Universidad, leg. 443-26. Su expediente académico se encuentra en el Archivo de la Universidad de Valencia, leg. 633-22; *Expediente personal de D. Rafael Rodríguez de Cepeda, Catedrático Numerario*. El 23-6-1864 realiza en el Instituto de 2.<sup>a</sup> enseñanza de Valencia los ejercicios del grado de Bachiller en Artes, con la calificación de sobresaliente. El título se expide el 1-1-64. En 1877 hace los ejercicios de licenciatura en Derecho Civil y Canónico, por los que le dan sobresaliente y recibe el título de licenciado el 17-11-1877. Más tarde obtendrá sobresaliente por su discurso de grado de doctor. *Examen comparativo de las legislaciones de Francia e Inglaterra sobre sucesión hereditaria*, y recibirá el título de Doctor en Derecho Civil y Canónico el 25-2-1880. Cfr. los Escalafones existentes de 1873 a 1919, año de su baja por fallecimiento, en la Biblioteca Nacional. En los de 1910 y 1912-1918 consta que fue Decano y Senador.

13. *El expediente de su oposición a cátedra* se encuentra en el Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, leg. 5.342-29. La cátedra había sido ocupada hasta el momento por S. Gávila García.

14. Sobre estas Sociedades y su historia, cfr. NOVOA, E., *Las sociedades económicas de amigos del país*, de 1955; PATRONATO J. M.<sup>a</sup> QUADRADO, *Las reales sociedades económicas de amigos del país y su obra*, Asamblea del Pleno III, 1972, S. S., 1972. Sobre la sociedad de Valencia, pueden consultarse los estudios de ALEXANDRE TENA, F., *La Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia: marco jurídico, estructura social y financiación (1776-1783)*, Valencia, S.E.A.P.V., 1983; y *Catálogo documental del Archivo de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia, 1776-1876*, Valencia, Caja de Ahorros de Valencia, 1978.

15. La preocupación, interés y esfuerzo por encontrar soluciones reales a la grave cuestión social que mostró nuestro autor a lo largo de su vida y obra es un mérito que le ha sido reconocido por GARCÍA VILLOSLADA, R., *Historia de la Iglesia en España*, tomo IV, Madrid, BAC, 1963, p. 565 (aunque se equivoca al considerarle catedrático de Madrid); por AGUIRRE OSSA, J. J., *El poder...*, cit., p. 434; y por MON-

Se puede afirmar que R. Rodríguez de Cepeda fue un católico convencido que, en su vida y en su obra, trató de seguir las indicaciones pontificias. Como jurista de la neoescolástica trató de guiarse, con todos los límites que se quiera, por la llamada «filosofía cristiana»; por otro lado, como hombre de su tiempo, siempre se preocupó por el problema social, inspirándose en los principios cristianos. Mostró así su fidelidad a dos Encíclicas decisivas del Magisterio de León XIII: la *Aeterni Patris* (1879)<sup>16</sup> y la *Rerum Novarum* (1891)<sup>17</sup>.

### 3. SU OBRA. INFLUENCIAS

La obra de R. Rodríguez de Cepeda, como ocurre con la mayor parte de los profesores de Derecho Natural de la época que se encuadran en la misma corriente, no es muy extensa. Comprende la tesis doctoral, un manual de Derecho Natural, que constituye su obra principal, y una serie de artículos y discursos, diversas participaciones en Congresos españoles y extranjeros, algunas reseñas bibliográficas, etc., cuyo estudio me permitirá apreciar las líneas fundamentales del pensamiento del autor.

Su primer trabajo de investigación lleva como título *Examen comparativo de las legislaciones de Francia e Inglaterra sobre sucesión hereditaria*, que fue su tesis doctoral<sup>18</sup>. En ella se refleja ya la preocupación moralizante que recorrerá toda su obra. Resalta la importancia del régimen hereditario de la familia en todos los órdenes y defiende los principios inspiradores de la legislación inglesa: el es-

---

TERO, F., «El primer catolicismo social español, 1875-1912», en *Cien años de doctrina social. De la Rerum Novarum a la Centesimus annus. Corintios XIII*, núm. 62-64, 1992, p. 119-150. En este artículo —p. 123— se subraya la influencia del italiano Toniolo sobre Rodríguez de Cepeda. Cfr. TONIOLO, G., *Orientaciones y conceptos sociales al comenzar el s. XX*, Valencia, 1907, traducción española por el padre S. S., S. J., p. 123, nombra a Rodríguez de Cepeda entre los representantes del despertar de la doctrina y sentimientos católicos, en el s. XIX, junto a Cathrein, Pesch, en Alemania, a Cortés y Balmes, en España, a Sanseverino, Zigliara, Prisco y Taparelli, en Italia, etc. Respecto a sus publicaciones sobre el tema, véanse los apartados sobre la obra y el pensamiento del autor.

16. La encíclica de León XIII, del 4-8-1879, señala el inicio oficial de la neoescolástica, que ha abierto una nueva época en la vida de la Iglesia, y, a la vez, como decisión, representa la maduración de esfuerzos múltiples y arduos. Cfr. FABRO, C., *Introducción a S. Tommaso. La metafísica tomista e il pensiero moderno*, Milano, Ares, 1983, p. 259; pp. 157-165; y bibliografía allí citada, sobre el significado de esta encíclica en la historia y evolución del tomismo.

17. Cfr. MONTERO, F., *El primer catolicismo social y la Rerum Novarum en España*, Madrid, CSIC, 1983.

18. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Examen comparativo de las legislaciones en Francia e Inglaterra sobre sucesión hereditaria*, Valencia, Imp. Domenech, 1886, 2.<sup>a</sup> ed. El ejercicio fue realizado el 15-10-1879. Existe una versión manuscrita de él en el Archivo Histórico Nacional.

píritu tradicional y de libertad, el fortalecimiento de la autoridad del padre, la conservación de la familia como criterio, etc.

También datan de su primera época tres pequeños estudios que llevan por título: *Las sucesiones según el Código de Napoleón* (Madrid, 1880), *La Masonería pintada por sí misma* (Madrid, 1883) y el *Concepto cristiano del derecho*<sup>19</sup>.

En 1886, año en que accede a la Cátedra de Elementos de Derecho Natural de Valencia, escribe en la revista *La Ciencia Cristiana* dos breves comentarios sobre las obras de G. Kurth y T. Rothe<sup>20</sup>.

Siguiendo la tradición iniciada en 1884 con la publicación de los *Elementos de Derecho Natural* de J. Mendive<sup>21</sup>, escribe y publica su manual, cuya primera edición en dos tomos data de los años 1887-1888<sup>22</sup>.

A partir de ese momento, pronuncia y publica varios discursos, entre los que merecen ser destacados *Las clases conservadoras y la cuestión social* y *Exposición y juicio crítico de algunas teorías modernas del derecho*<sup>23</sup>. Cuenta, a su vez, con un prólogo al *Curso de Derecho Internacional* de L. Gestoso y Acosta<sup>24</sup>. También participa en numerosos congresos extranjeros, en los que predomina el estudio

19. Da noticia de ellos AGUIRRE-OSSA, J. F., *El poder político...*, cit., pp. 434-435.

20. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., «Examen de libros: Les origines de la civilisation moderne, par G. Kurth, professeur à l'Université de Liège, Paris, Lecoffre, 1886», *La Ciencia Cristiana*, II Serie, 1886, t. VIII. Tradujo esta obra años más tarde, en 1903; y «Examen de libros: Traité de droit naturel theorique et appliqué, par T. Rothe», *La Ciencia Cristiana*, II serie, 1886, t. VII, p. 534, cfr., también RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., «El Congreso Científico Internacional de Católicos», *La Ciencia Cristiana*, II Serie, t. VII, 1886, pp. 630-633. Se trata de una breve nota que anuncia el congreso que se celebrará en París, en 1887.

21. MENDIVE, J., *Elementos de derecho natural*, Valladolid, imp. Viuda de la Cuesta, 1884.

22. Será editado hasta siete veces, cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos de derecho natural*, Valencia, Establecimiento Tipográfico Domenech, 1918, 7.<sup>a</sup> ed. Las 6 ediciones anteriores son en Valencia, desde el año 1887 al año 1915. El libro fue traducido al francés por A. Ouclair, y publicado en París, en 1890, como *Eléments de Droit Naturel*, en adelante, las citas se referirán a la edición citada de 1918.

23. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., «¿Qué reglas debieran admitirse por los Estados para unificar los efectos de la diversidad originaria de nacionalidad y de domicilio, y de su cambio en el orden jurídico de la familia y de la sucesión?», *Actas del Congreso jurídico de Barcelona, septiembre 1888*, Barcelona, imprenta de Jaime Lepós y Roviralta, 1889, p. 250; ID., *Las clases conservadoras y la cuestión social*, Madrid, 1891; ID., discurso de apertura de curso *Exposición y juicio crítico de algunas teorías modernas del derecho*, Valencia, imp. Nicasio Rius, 1893; ID., *Organización del movimiento científico católico contemporáneo*, Valencia, imp. Domenech, 1897; ID., *La lucha contra la pornografía*, discurso leído por RODRÍGUEZ DE CEPEDA, director de la Real Sociedad Económica de Amigos de País, de Valencia, en la solemne sesión pública de 26-1-1913, Valencia, Establecimiento tipográfico Domenech, 1913.

24. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Prólogo del libro de GESTOSO Y ACOSTA, L., Curso elemental de Derecho Internacional e historia de los tratados*, Valencia, imp. Domenech, 1897.

de temas de relevancia jurídico-social: la familia y el derecho sucesorio, la reglamentación del trabajo, el estado de derecho público en España, etc.<sup>25</sup>. Sus publicaciones en la revista *La reforme sociale* de París ponen de relieve la relación que tuvo Rodríguez de Cepeda con Le Play<sup>26</sup>.

Siendo uno de los representantes más sobresalientes de la neoescolástica, en el ámbito jurídico, parece indudable que debió recibir, directa o indirectamente, la influencia de C. González y J. M. Ortí y Lara, así como la de P. López Sánchez, iniciadores del movimiento renovador de la escolástica en España<sup>27</sup>.

Los pensadores, cuyo influjo constante en Rodríguez de Cepeda es notable, son los Padres jesuitas I. Costa-Rossetti, T. Meyer, V. Cathrein, H. Pesch y J. Mendive. Son éstos, junto a Le Play, H. Taine, G. Prisco, Sto. Tomás y F. Suárez, los autores más frecuentemente citados a lo largo de la obra<sup>28</sup>. Ya se ha destacado la huella

---

25. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., «La nouveau Code civil espagnol. La Constitution de la famille. Le droit sucesoral», *La reforme sociale*, París, 16-9-1889; «Del l'arbitrage du Pape dans les conflicts a l'occasion de la reglamentation internationale du travail», ponencia presentada y leída en el «Congreso internacional de obras sociales» celebrado en Lieja en septiembre de 1890 y publicada en el tomo de trabajos de dicho Congreso, *Congres des ouvres sociales a Liege, 7-10-1890*; «Legislation protectrice du travail», publicado por el diario *Le Courrier de Bruxelles* y copiado por la revista francesa *L'association catholique*, París, abril de 1890; «Voti giuridici ed economici del Congresso cattolico spagnolo di Siviglia», octubre, 1892, *Atti del primo Congresso Cattolico italiano degli studiosi di scienze sociali*, celebrado en Génova, 8-11 de octubre de 1892, *Memorie scientifiche*, vol. II, Padova, Tipografía del seminario, 1894; «Stato attuale studi di diritto publico nella Spagna», *Rivista internazionale di scienza sociali e discipline ausiliarie*, Roma, fascículo de marzo-1892, «Gli studi sociali nella Spagna», *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, Roma, Fascículo de diciembre 1894 y de febrero 1895; «La Revelation chretienne et de droit naturel», memoria presentada en el tercer Congreso científico internacional de católicos celebrado en Bruselas en 1894 y publicado en las actas, *Compte-rendu du troisième Congres scientifique international des catholiques tenu a Bruselles du 3 au 8 septembre 1894*, Bruselles, Societé belge de librairie; «Note sur le repós du dimanche en Espagne», publicada en 1898, en *Actas del Congreso internacional para el descanso dominical*, en Bruselles, en julio de 1897, bajo la presidencia del Ministro de la Industria y del Trabajo de Bélgica.

26. Se ha llamado la atención sobre la modernidad que reviste el hecho de que Rodríguez de Cepeda conozca y cite abundantemente en su manual la obra de este autor francés, cfr., FRAGA IRIBARNE, M., «Influencia de Le Play en la Sociología española del s. XIX», *Revista Mexicana de Sociología*, 1956, vol. 18, pp. 477-484, en las pp. 483-484 se refiere a Rodríguez de Cepeda como una muestra fehaciente de la presencia de la ciencia social de Le Play en la España decimonónica.

27. No obstante, hay que observar que estos autores o no son citados —es el caso de López Sánchez— o lo son escasas veces, cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 144, única vez que se refiere a C. González —cita su trabajo *El positivismo materialista*, para la crítica de esta escuela—; pp. 10, 134 y 626, donde remite a J. M. Ortí y Lara —cita su *Introducción al estudio del derecho*, para las relaciones entre la ciencia del derecho natural y la ética y para las funciones legislativas del poder civil, y sus *Lecciones sobre la filosofía panteística de Krause*, para la crítica de esta corriente de pensamiento.

28. Ya en 1886 denota su admiración por los Padres Costa-Rossetti, Meyer y

de G. Toniolo en las ideas sociales de R. Rodríguez de Cepeda<sup>29</sup> y su fidelidad al magisterio eclesiástico.

#### 4. LÍNEAS PRINCIPALES DE SU PENSAMIENTO

##### I. La ciencia del Derecho Natural

La ciencia del derecho que los neoescolásticos de finales de siglo intentaron construir fue la respuesta a la llamada de la *Aeterni Patris* y la prolongación de los esfuerzos de los filósofos del derecho católicos anteriores a 1879. Desde la fidelidad al magisterio pontificio y a la tradición escolástica, centraron todos sus esfuerzos en la aplicación de los principios de la filosofía cristiana al mundo jurídico<sup>30</sup>.

---

Mendive, en una reseña sobre el libro de T. Rothe, «Traité de droit naturel theorique et appliqué», cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., «Examen de libros», *La Ciencia Cristiana*, II serie, 1886, t. VII, p. 534. Las obras de estos autores que más le marcaron son: MENDIVE, J., *Elementos de derecho natural o ética especial*, Valladolid, 1884; ID., *Elementos de ética general*, Valladolid, 1890; COSTA-ROSSETTI, I., *Philosophia moralis seu Institutiones Ethicae et iuris naturae, secundum principia Philosophiae Scholasticae, praesertim S. Thomae, Suarez et De Lugo*, Oeniponte, 1886; MEYER, T., *Institutiones Iuris Naturalis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgi Brisgoviae, typ. edit. Pontificii, 1906. En la p. XLII, nombra a Rodríguez de Cepeda, junto a Donoso Cortés, Balmes y C. González, como representante, en el ámbito jurídico, del movimiento restaurador de la escolástica en España.

29. Cita la versión española de la obra de TONIOLO, G., *Orientaciones...*, cit., cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 511 —en la lección sobre las clases sociales y el principio de subsidiariedad del Estado—, p. 534 —sobre la clase industrial, en este caso—. También remite a su *Trattato di Economia sociale*, Firenze, Libreria, editrice fiorentina, 1907, cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 284 —sobre la propiedad individual y la colectiva.

30. Precisamente esto recordará años más tarde el papa Pío X, *Nihil magis frugiterum* (1910), sobre la religión y el derecho. En esta encíclica se sienta el principio general de la teoría del derecho: «los principios jurídicos del derecho cristiano deben estar iluminados desde arriba por los principios superiores de la filosofía cristiana, pues verdad filosófica y principio jurídico están insoslayablemente unidos». Por lo que se refiere a la ciencia del derecho de la neoescolástica, no siempre se mostró exenta de acentos racionalistas. Como se irá viendo respecto a Rodríguez de Cepeda, la concepción de la ciencia y del derecho como sistema, el contenido que esconden algunos de los conceptos filosóficos, morales y jurídicos básicos, la teoría del doble fin, etc., que comparten la mayoría de los neoescolásticos, son puntos por los que, sin querer, se va «filtrando» buena parte del racionalismo moderno que, precisamente, desean combatir. En posteriores trabajos nos proponemos desentrañar los orígenes, la evolución y el porqué de esta «contaminación» de fondo que, creemos, sufre, inconscientemente, este movimiento, cfr. VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979 —tomo I— y 1981 —tomo II—, pp. 106, 112 del tomo II. Critica el racionalismo que acusan los renacimientos contemporáneos del derecho natural, y afirma que la filosofía de S. Tomás no fue transmitida a principios del s. XX —por Cathrein, Rommen, etc.— más que deformada, contaminada por el suarecismo, por el wolfismo— que tuvo gran éxito en los seminarios—, por la filosofía kantiana; a su vez, GIL CREMADES, J. J., *El reformismo...*, cit., pp. 362-363, resalta la importancia de C. Wolff y la escolástica «ilustrada» que él representa, para el desa-

## 1. Aspectos básicos

Rodríguez de Cepeda basa su teoría jurídica en los conceptos de creación, naturaleza humana y fin. De ellos se desprende el teocentrismo y la teleología que marcan todo su pensamiento<sup>31</sup>.

Analiza las características del acto humano, las pasiones y los hábitos, la moralidad, la imputabilidad, el mérito y demérito, etc.; es significativa su insistencia en la voluntad y las continuas citas de autoridad de Mendive<sup>32</sup>.

Elementos de singular trascendencia para el Derecho son el concepto de orden y la teoría de la ley<sup>33</sup>; en ellos se refleja el objetivismo ético y jurídico propio de la neoescolástica y la característica confusión entre Derecho y ley<sup>34</sup>.

Parte de las prenociones de obligación, precepto y ley en sentido estricto<sup>35</sup>.

rollo posterior, y admite la posibilidad de que haya dado a la escolástica de corte suarista el «espíritu del tiempo», la Ilustración... En cualquier caso el Santo Tomás «histórico» se empezará a estudiar ya avanzado el s. XX. En relación al tomismo español y a su procedencia italiana, habla del fenómeno de un «usus modernus sancti Thomae»; CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 84-85, cfr. el magnífico libro de MACINTYRE, A., *Three moral versions of moral enquiry*, London, Duckworth, 1990, pp. 58-81, «Too many thomisms?».

31. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 16-22 y 23-29. Dice el autor, p. 21: «La naturaleza espiritual del hombre es importantísima desde el punto de vista del Derecho, pues sin la espiritualidad del alma humana y, por tanto, sin fin último y leyes que nos dirijan para llegar a él, caería por su base toda idea de deber y de derecho...». Cuando llama al estudio de las distintas ramas de la filosofía, como base necesaria y conveniente para la comprensión de lo jurídico, sigue la pauta general de los neoescolásticos, que comparten una concepción unitaria de la ciencia, cuyas ramas se relacionan en armonía. Por ello parte de unas nociones previas de cosmología y psicología y conecta el Derecho con la Lógica, la Teología, la Política, la Economía, etc., cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 9 y ss.

32. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 23-24, pp. 30 y ss., p. 49. Las tendencias suarecianas del padre J. Mendive han sido puestas de relieve por numerosos autores, cfr. OLLERO, A., *Filosofía del derecho...*, cit., p. 70. Esta reincorporación de Suárez a través de Mendive en la escolástica española del s. XIX también ha sido señalada por AGUIRRE OSSA, J. F., *El poder político...*, cit., pp. 211-214, pp. 309-310.

33. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 64 y ss.

34. Cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., pp. 126-132, pp. 138-140 del tomo I; pp. 102 y ss., pp. 174-218 del tomo II; CARPINTERO, F., *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1989, 8.<sup>a</sup> ed., pp. 58-61 y pp. 70-71; VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno al derecho natural*, Madrid, Organización Editorial, 1973, pp. 119-121. Sobre la desmesurada importancia que cobra el concepto de norma en la época moderna y la influencia del estoicismo, en el que la ley juega el papel central, cfr. MACINTYRE, A., *After virtue*, London, Duckworth, 1981, pp. 118-120, 140 y ss., 157 y ss., 217-220.

35. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 62 y 63. Sus definiciones respectivas son: «necesidad moral objetiva de hacer u omitir algo, impuesto por un superior»; «acto de la voluntad del superior que, dirigido por la razón, impone una obligación»; y «un precepto universal y estable que impone una obligación propiamente dicha».

En su teoría de la ley eterna, la ley natural —moral y jurídica— y la ley positiva, sigue, principalmente, las *Institutiones* de T. Meyer<sup>36</sup>. Define la ley natural como la «ordenación de la razón y voluntad divinas en cuanto rige todos los actos humanos y es promulgada por la recta razón». Se dice que es natural —como afirma Prisco— tanto porque se refiere a la intrínseca relación de conveniencia o repugnancia a la naturaleza humana, como porque tal relación es accesible a las solas fuerzas de la razón humana<sup>37</sup>. El fundamento de la obligación que nace de la ley natural es «el decreto hipotéticamente necesario de la divina voluntad, que al crear al hombre no pudo menos de querer obligarle al cumplimiento de la ley natural, pues de otro modo ésta resultaría ineficaz para la consecución del fin que Dios se propuso al darla»<sup>38</sup>. Esta ley es universal e inmutable. Parte de ella es la ley jurídica natural, que concede derechos e impone deberes jurídicos necesarios para que exista el orden social y para que, dentro de él, pueda el hombre cumplir su fin; la ley jurídica natural es considerada como fundamento de la ley jurídica positiva dada por la libre voluntad de los hombres, así como el orden jurídico natural es la base del orden jurídico positivo. El concepto de un orden social natural exige los de ley jurídica natural y orden jurídico natural y consiste en el conjunto de relaciones que, derivándose de la naturaleza racional humana, unen a los hombres entre sí y se subordinan a un principio supremo de unidad<sup>39</sup>. Sólo la referencia a la ley jurídica natural, como norma de justicia, sirve de criterio para fundar la fuerza obligatoria y la justicia de las leyes jurídicas positivas. Para él, la justicia es la proporción cuantitativa de las partes al todo y entre sí, referida al orden jurídico, y puede ser objetiva y subjetivamente considerada<sup>40</sup>. Del concepto de la ley natural jurídica se deducen los de derecho objetivo y subjetivo, de los que nacerán los derechos naturales<sup>41</sup>.

36. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 67-68, pp. 88-93, pp. 96-100.

37. PRISCO, G., *Filosofía del derecho fundada en la ética*, Madrid, imprenta y librería M. Guijarro, 1879, p. 23.

38. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 71.

39. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 87 y ss.

40. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 93-95. La definición clásica de la justicia como hábito de dar a cada uno lo suyo corresponde, en Rodríguez de Cepeda, a la justicia subjetiva, cuya norma es la justicia objetiva.

41. Sobre la base de estos conceptos fundamentales, construye Rodríguez de Cepeda su teoría del derecho en la que apenas se vislumbra el carácter práctico de lo jurídico, como arte de lo justo, como objeto de la justicia, aquella virtud moral que consiste en dar a cada uno lo suyo, según los distintos criterios de la justicia legal y particular que, a su vez, puede ser distributiva y conmutativa. Se echa de menos el carácter de la justicia y el derecho natural clásico, que se refiere a la realidad de las cosas, siempre inaprensible en reglas fijas e inmutables, y no a una idea con fundamento en la razón, idea inmutable y universal de la que deducir corolarios. No parece tratarse ya de ese derecho natural que es fuente de soluciones justas, fruto de la



## 2. El derecho y la moral

El eticismo es un rasgo común a toda la neoescolástica, al Krausismo y, en general, al ambiente del s. XIX español, y se deja ver en el interés principal de estos autores por los aspectos prácticos de la crisis y por su necesaria reforma. Ya se trate de una interpretación trascendente, o inmanente, fiel a la Iglesia o completamente ajena e incluso contraria a ella, para unos y otros es clara la urgencia de recuperar ciertos valores morales referidos a la familia, al trabajo, a la propiedad, a la enseñanza y al estudio, a los modales, etc. De ahí su dedicación al mundo jurídico y sus instituciones; de ahí, también, el entronque del derecho en la Ética y la permanente insistencia en las relaciones entre Religión, Moral y Derecho.

Frente al formalismo abstracto y al positivismo de moda en Europa, se llama a una «regresión» al concepto ético del derecho<sup>42</sup> y el tema de las relaciones entre derecho y moral es objeto de estudio, conferencias, tesis, etc.<sup>43</sup>.

---

observación de la naturaleza, ni de un método para hallar lo justo que se sirve de la experiencia cambiante y necesariamente incompleta propia de hombres históricamente existentes y en relación. En vez de un derecho que busca el fin limitado, y tan necesario, que le concierne —dotarnos de directrices de carácter muy general, flexibles, imprecisas y provisionales—, que exige mirar a lo concreto y a las causas finales que nos llevan a un Dios creador, nos encontramos con la rigidez de un derecho que frecuentemente no se distingue de la ley y se tiende a considerar como un sistema de normas y sus facultades correspondientes, con un mundo jurídico, en fin, que no logra diferenciarse con precisión del moral. Entre otros muchos pensadores de talla contemporáneos, hallamos esta concepción realista de lo jurídico en VILLEY, M., *Compendio...*, cit.; VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit.; HERVADA J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1988.

42. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, P., *Apuntes de filosofía del derecho y derecho internacional*, Madrid, imp. de A. Gómez Fuentenebro, 1878, t. I, pp. 218-221. Precisamente este autor apunta a una auténtica distinción entre moral y derecho: «Debemos distinguir estrictamente el derecho de la moral en aquel punto de conjunción en que privativamente la justicia da a cada uno su derecho. Sin olvidar por esto que la distinción no indica separar el derecho de la moral, como no puede ser distinta la justicia como virtud de las demás virtudes», p. 290, cfr. DÍAZ E., *La filosofía social...*, cit., p. 91, donde señala la reintroducción que lleva a cabo la filosofía krausista del espíritu ético y religioso, siempre distintos de los tradicionales, en la ciencia del derecho.

43. Prácticamente no existe manual que no aborde la cuestión; gran parte de estos manuales comienzan, de una u otra forma, con la exposición de los elementos de Ética, previos a los elementos de derecho natural. Así, MENDIVE, J., *Elementos de Ética...*, cit.; RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit.; GONZÁLEZ CASTEJÓN Y ELIO J., *Lecciones de Derecho Natural*, Madrid, imp. de los hijos M. G. Hernández, 1898; MENDIZÁBAL MARTÍN L., *Derecho Natural*, Zaragoza, Establecimiento tipográfico La Editorial, 1908; lo mismo ocurre con las demás ediciones del tratado, como en sus *Principios morales básicos*, de 1915, etc. Por otro lado, nos consta la existencia de dos tesis sobre el tema, GARCÍA ALAS Y UREÑA, L., *El Derecho y la Moralidad. Determinación del concepto del derecho y sus relaciones con la moralidad*, Madrid, casa editorial Medina, 1878; EMPERADOR Y FELEZ, C., *Determinación del concepto del Derecho y su relación con la Moral*, Archivo Histórico Nacional, L. F., 141/1,

En la obra de Rodríguez de Cepeda, la misma relación que advierte entre Moral y Derecho se da entre las ciencias que los estudian<sup>44</sup>. El orden jurídico se funda en el orden moral, al que pertenece: no hay separación ni independencia entre ellos, lo que no impide su distinción<sup>45</sup>. La ciencia del Derecho Natural y la Ética se distinguen según dos criterios: por la extensión de los actos humanos que abarcan —el derecho afecta sólo a los actos que se exteriorizan, mientras que la moral comprende la totalidad de los actos humanos— y por el concepto en que los estudian —el derecho se fija en su justicia y la moral en su calidad de honestos o encaminados al fin último.

La vuelta al concepto ético del derecho, frente a otras tendencias formalistas y positivistas, se realiza, desde la perspectiva de la neoescolástica, repitiendo sin cesar que «cuando se concibe la naturaleza de manera distinta que la cristiana, que es la natural, las consecuencias son siempre monstruosas o contra natura»<sup>46</sup>. Este punto de vista parece ofrecer un cauce ideóneo de incidencia en la sociedad: utiliza el Derecho como instrumento conformador de mentalidades, como arma para recristianizar el mundo moderno<sup>47</sup>. Se aprecia, en este tema, el influjo claro de Mendive, Meyer y Minteguiaga<sup>48</sup>.

---

cuaderno 3, sección universidades, facultad de Derecho, Madrid, cfr. DÍAZ, E., *La filosofía social...*, cit., pp. 108-109, y la bibliografía que cita, sobre la existencia de una frecuente confusión entre derecho y moral.

44. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 10. Toma las relaciones entre la ciencia del derecho natural y la ética de ORTÍ Y LARA, J. M., *Introducción...*, cit., p. 28. Para Ortí y Lara, Ética especial y Derecho natural son sinónimos; MENDIVE J., *Elementos de derecho...*, cit., p. XIV de la introducción: apoya a quienes dividen sus tratados en Ética general y Derecho natural y equiparan o identifican éste con la Ética especial, que no es sino parte de aquélla.

45. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 104-105 y 578.

46. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 107; p. 573: «... la religión católica, única que puede dar la verdadera felicidad a los individuos como a los pueblos, y cuya persecución por parte de los Estados modernos amenaza con tristísimos frutos...». RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Exposición...*, cit., pp. 8 y 9, sobre las implicaciones derecho-moral-religión.

47. Resultan sugerentes las palabras de la conclusión del libro de ANDRÉS GALLEGO, J., *La política religiosa en España, 1889-1913*, Madrid, Editora Nacional, 1975, pp. 509-512: «... al condenar al mundo moderno, la jerarquía eclesiástica culpa a la ley como causante de la maldad de ese mundo. Y, en rigurosa consecuencia, preconiza una acción de los católicos dirigida a la reconquista del poder legislativo...» (p. 510). En este sentido, son claras las palabras de MENDIVE, J., *Elementos de derecho...*, cit., p. XI: «el objeto de la autoridad política es procurar con sus leyes que los ciudadanos sean hombres rectos y honestos...», p. 271: «El fin de la ley civil es hacer a los hombres políticamente virtuosos... pueden mandar cosas rectas en materia de todas las virtudes morales». Para una distinción entre el derecho y la moral, cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. I, p. 84 y ss., pp. 114-143; t. II, pp. 102-112; VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit., pp. 65-172.

48. Cfr. MINTEGUIAGA, V., *La moral independiente y los principios del Derecho nuevo*, Madrid, librería católica de G. del Amo, 1906, 3.<sup>a</sup> ed., p. 1: «La gran cuestión que se agita hoy en el fondo de la lucha del espíritu moderno con el que se llama antigua, es si se ha de seguir todavía respetando o no las principales bases del

En su teoría moral y jurídica, juega un papel decisivo la tesis del doble fin, según la cual el hombre está llamado a la consecución de la felicidad eterna, que es Dios, su fin último; dado que la posesión plena de Dios no es realizable en la tierra, su fin próximo consistirá en el bien moral u honesto, es decir, el bien conforme a su naturaleza racional. El cumplimiento de los mandatos de la moral hace rectas las acciones humanas, y dirige al hombre a su último destino de felicidad <sup>49</sup>.

### 3. *El concepto del derecho*

Es fundamental en su pensamiento, como en la neoescolástica en general, la división del derecho en objetivo y subjetivo <sup>50</sup>. El derecho natural en sentido objetivo puede entenderse o como conjunto de leyes, lo justo objeto de la ley, o como ciencia. La ciencia del derecho natural es «una ciencia racional que, partiendo de principios ciertos y evidentes, demuestra, con la sola lumbre de la razón, los deberes

---

último, que no son otras que los principios de la moral cristiana. No son tanto los dogmas lo que incomoda a los enemigos del catolicismo, como la pureza e inflexibilidad de su moral». El problema de la moral será reiteradamente indicada como la clave del s. XIX.

49. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 23-29, p. 580: «La religión y la moralidad privada de los ciudadanos constituyen la felicidad imperfecta propia de cada uno en esta vida..., preparación de la felicidad de otra vida», cfr. MACINTYRE, A., *After virtue*, cit., pp. 139-140, habla de dos modos de concebir la relación medio-fin, y aclara que las virtudes son medio para alcanzar el bien o fin de la vida, en cuanto que son parte de la vida humana plena —que es el bien—, y no como «preparación para ella». Esta teología de un doble orden, natural y sobrenatural, con sus fines correspondientes, es un recurso frecuente en la argumentación de los neoescolásticos del siglo pasado, cfr. TAPARELLI, L., *Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos*, Madrid, Nueva Librería e Imp. de S. José, 1884, tomo I, pp. 15-38; CATHREIN, V., *Filosofía morale*, cit., pp. 112-156; PRISCO, G., *Filosofía del derecho*, cit., p. 12; MENDIVE, J., *Elementos de ética general*, cit., p. 127 y ss.; MINTEGUIAGA, V., *La moral independiente*, cit., pp. 11-60; MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Tratado de Derecho Natural*, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1928, tomo I, «Teoría fundamental del derecho», pp. 129-133, ID., *Principios morales básicos*, Zaragoza, Tipología La Editorial, 1915, pp. 42-44. Sobre esta cuestión, véase GILSON, E., *El tomismo*, Pamplona, EUNSA, 1978, p. 617 y ss., ID., *Sur la problématique thomiste de la vision béatifique*, Archives d'Historie Doctrinale et Littéraire du Noyen-Age 31, 1964, pp. 67-88; DE LUBAC, H., *El misterio de lo sobrenatural*, Barcelona, Estela, 1970; COLOMBO, G., *Il problema del soprannaturale negli ultimi cinquant'anni. Problemi ed orientamenti di Teologia Dogmatica*, Milano, 1957, t. II, pp. 545-607; ALFARO, J., *Lo natural y lo sobrenatural. Estudio histórico desde Sto. Tomás a Cayetano*, Madrid, 1952.

50. Con ella comienza su manual: cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 5; p. 110 —el derecho objetivo es «aquella parte del orden moral que comprende las normas objetivas de la estricta justicia social»—; p. 163 —define el derecho subjetivo como «el poder moral inviolable de obrar con arreglo a la ley jurídica natural»—. Sobre el origen del derecho subjetivo: cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. I, pp. 162-165.

y derechos que corresponden a los hombres por razón de su propia naturaleza, y en virtud de la ley natural impresa en la mente de cada uno por su Divino Autor». En el primer sentido, el derecho objetivo es «el conjunto de leyes naturales impuestas necesariamente al hombre por su Creador, en virtud de su sapientísima Providencia»<sup>51</sup>. El derecho natural en sentido objetivo constituye la parte general de su tratado de derecho natural. La parte especial se refiere a la noción de derecho subjetivo, es decir, al conjunto de deberes y facultades individuales y sociales que pertenecen a los hombres, considerados como individuos aislados —sólo por razones de método—, o formando parte de los distintos organismos que coexisten en la sociedad. Los derechos naturales, «que nos corresponden por razón de nuestra naturaleza y en virtud de la ley natural necesariamente impuesta por Dios a los hombres, en la hipótesis de que haya querido crearlos»<sup>52</sup>, son el objeto de la ciencia del derecho natural. Así, la ciencia del derecho natural tendrá como objeto el Derecho Individual y el Social.

Frente a la tendencia dominante en los neoescolásticos del s. XIX, que no incluyen el momento coactivo en el derecho, Rodríguez de Cepeda inicia el capítulo sobre la coacción jurídica afirmando su carácter de nota esencial al derecho, ya que éste sin coacción sería algo completamente ilusorio<sup>53</sup>.

---

51. Definiciones ambas de MENDIVE, J., *Elementos de derecho...*, cit., pp. 20 y 21; citado por RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 6 y 7. Estas definiciones reflejan una concepción de la ciencia que recuerda a la del racionalismo y un derecho que tiene más que ver con la moral que con la limitada parcela que representa la realidad jurídica. El concepto de derecho como sistema y de la ciencia del derecho natural y la misma posibilidad de su existencia que defienden algunos neoescolásticos del XIX proceden del iusnaturalismo racionalista: cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. II, pp. 53-57, 106-107, 148-151, 155-156. Véase: CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 251 y ss.; «Problema y sistema en la razón jurídica»; ID., *Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural. Persona y derecho*. Pamplona, 1992, vol. 27, pp. 110-111; GILSON, E., *El tomismo*, cit., p. 630, «El tomismo no es un sistema, si se entiende por ello una explicación global del mundo, que se deduciría o construiría al modo idealista, a partir de principios establecidos *a priori*»; FABRO, C., *Introduzione...*, cit., pp. 347-348, «Si tratta di prendere atto che la “filosofia come sistema” é finita nella negatività del suo procedere astratto, sia scolastico come moderno»; VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit., pp. 7, 22-23, 56, 118 y 168-9 (insiste en la limitación e insuficiencia del Derecho), y pp. 12, 29-33, 42-46, 55-57, 115 y ss., 190-194 (que abordan la diametral oposición entre la concepción racionalista del derecho y la del iusnaturalismo clásico); HERVADA, J.-SANCHO IZQUIERDO, M., *Compendio de Derecho Natural*. Pamplona, Eunsa, 1986, t. II, pp. 304-310.

52. MENDIVE, J., *Elementos de derecho*, cit., p. 19; cfr. SUÁREZ, F., *De Legibus*, II, 6, 8; II, 15, 4.

53. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 174 y ss. Defiende la conveniencia intrínseca y esencial de la coactividad respecto al derecho, en lo que diverge claramente de Prisco, que considera la coacción como un atributo del derecho de posición contingente, que acompaña al derecho sólo en potencia. Cfr. PRISCO, G., *Filosofía...*, cit., pp. 207 y ss. También J. González Castejón y Elío y J. Mendive hablan de la coactividad esencial del derecho. Cfr. GONZÁLEZ CASTEJÓN, J., *Lecciones...*, cit., p. 28; MENDIVE, J., *Elementos de derecho...*, cit., p. 14.

Es frecuente, si bien discutida, en la teoría jurídica del s. XIX, la distinción entre derecho individual y social<sup>54</sup>. Sólo por un acto de abstracción se puede considerar al hombre aislado de toda relación social. Siguiendo a Prisco, Rodríguez de Cepeda defiende la necesidad de tal acto de abstracción en la ciencia jurídica y divide el mundo de las relaciones jurídicas en dos: por un lado, las relaciones entre hombres considerados en cuanto tales —objeto del derecho individual— y, por otro, las relaciones que surgen entre los hombres como miembros de un mismo organismo social —tratadas por el derecho social—. Tanto las relaciones individuales como las orgánicas son estudiadas en la parte especial de su tratado<sup>55</sup>.

#### 4. *El problema del nombre*

En el siglo XIX se suscita una gran polémica en torno al nombre que se le debe dar a las disciplinas filosófico-jurídicas<sup>56</sup>. El problema

---

54. PRISCO, G., *Filosofía...*, cit., pp. 137 y ss.: comienza su «Derecho individual» con una introducción en la que alude a la discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de tratar primero del derecho individual y, después, del social. Algunos escritores, como Taparelli y Haller, al exponer su filosofía sobre los derechos humanos, parten del derecho social, pues lo contrario les parece caer en los errores de la ciencia jurídica abstracta, hipotética, que originó tan graves perturbaciones en el s. XVIII. Frente a éstos, y no de cara a los positivistas que niegan la existencia de un derecho anterior al creado por el hombre —cuyo error considera evidente—, muestra Prisco la conveniencia de comenzar por el estudio del derecho individual, por razones de método, sin caer necesariamente en abstracciones quiméricas. En España, L. Mendizábal Martín defenderá la necesidad de considerar todos los derechos naturales como pertenecientes al hombre en sociedad, que es el único real y concreto y criticará la abstracción de quienes dedican una primera parte al derecho individual y una segunda al social, y lo absurdo de estudiar el contrato de sociedad en la parte de derecho individual, como hacen Rodríguez de Cepeda y González Castejón. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría general del derecho*. Zaragoza, La Editorial, 1915, pp. 136-137; ID., *Derecho Natural*, cit., p. 174.

55. Como Prisco, adopta este plan «porque el orden lógico nos obliga en el estudio analítico de las relaciones jurídicas a proceder de lo simple a lo compuesto... No por ello desconocemos que el hombre vive siempre en estos organismos sociales, y que nunca cabría considerarle aislado en absoluto de ellos». Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 199-200. Sin embargo, la misma división del derecho en individual y social no parece obedecer a la realidad jurídica. De hecho, como se ha señalado, manifiesta una metódica hartamente discutible, como si todo derecho no fuese propio de la naturaleza «social» del hombre. Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Las tendencias dominantes en España en la Filosofía jurídica, política y social*, como adición a la traducción española de la obra de SAUER, *Filosofía jurídica y social*, Barcelona, Labor, 1933, p. 100; citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., en su discurso de apertura de los tribunales el 15-9-1949, *El derecho y sus rasgos, a través del pensamiento español clásico y moderno, popular y erudito*, Madrid, Instituto Edit. Reus, 1949, p. 73.

56. Desde que en 1770 se instaura la primera Cátedra de Derecho Natural y de Gentes, la asignatura sufre continuos cambios de nombre, contenido, etc., e incluso es suprimida por los planes de estudio reiteradamente. Cfr. ESCALONA MARTÍNEZ, G.,

de fondo radica en el enfrentamiento entre dos cosmovisiones contrapuestas: la del derecho natural clásico y la del iusnaturalismo racionalista y el positivismo modernos. La controversia en torno al nombre, un tanto bizantina a veces, se comprende desde esta perspectiva ideológica de fondo <sup>57</sup>.

Parece que Rodríguez de Cepeda no se hace eco de la discusión en su manual, pero es claro que llama derecho natural al objeto de su estudio. La ley natural —derecho objetivo—, y la ciencia que estudia los deberes y derechos del hombre —derecho subjetivo— son, para él, el único derecho natural <sup>58</sup>. Por ello considera al racionalismo incapaz de fundar una ciencia del derecho, porque prescinde de una norma objetiva de justicia dictada por Dios a la que el hombre debe someterse, y pone en su lugar la ley creada por la razón humana. Frente al subjetivismo moderno, que da lugar a las más dispares filosofías del derecho, propone el objetivismo del derecho natural fundado en Dios <sup>59</sup>.

---

*Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española (1770-1936)*. Departamento de Derecho Natural y Filosofía del derecho, Facultad de Derecho, U. C. M., 1982, 2 tomos. En la 1.<sup>a</sup> parte de la tesis describe la polémica que se entabla y la fuerte carga ideológica que los sucesivos planes de estudio contienen; JARA ANDREU, A., *Derecho Natural y conflictos ideológicos en la Universidad española (1750-1850)*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977. Sobre el período anterior y en orden a una contextualización necesaria para la comprensión del tema, cfr. PUY MUÑOZ, F., *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Granada, Universidad de Granada, 1962; ID., *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966. Respecto a la posición de los neoescolásticos, sirvan las siguientes muestras: PRISCO, G., *Filosofía...*, cit., pp. 86 y ss.; ORTÍ Y LARA, J. M., *Introducción...*, cit., pp. 24-25 y nota (1); LÓPEZ SÁNCHEZ, P., *Apuntes...*, cit., pp. 35 y ss.; MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho Natural*, cit., p. 115; ID., *Teoría general...*, cit., p. 17; GONZÁLEZ CASTEJÓN, J., *Lecciones...*, cit., pp. 7-9.

57. Por ejemplo, como se ha advertido, Ortí y Lara considera la sustitución del término «Derecho Natural» por el de «Filosofía del derecho» como un objetivo más del proceso secularizador que pretende descristianizar el mundo jurídico, sustituyendo el orden jurídico existente por uno racionalista: cfr. OLLERO, A., *Filosofía del derecho...*, cit., p. 153. Creo que la introducción de la disciplina llamada «Derecho Natural y de Gentes» en la enseñanza del derecho en España en el s. XVIII, así como el proceso posterior que desembocará finalmente en la sustitución del Derecho Natural por la Filosofía del Derecho, proceso en el que jugaron un papel importante el Krausismo y la misma Neoescolástica, sólo se puede comprender desde la perspectiva del enfrentamiento que se dio entre dos cosmovisiones antagónicas. Respecto del mundo jurídico, dos concepciones de la ciencia del derecho se confrontan: de un lado, la prudencial de la tradición clásica romano-aristotélica y tomista, y, de otro, la moderna con sus nuevos presupuestos y metodología.

58. El concepto clave de su teoría jurídica es el de ley natural, que fundamenta su objetivismo ético-jurídico. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 193: «De la necesidad de admitir la existencia de la ley jurídica natural para dar fundamento y base a la ley positiva, se deduce también la necesidad de la ciencia del Derecho Natural como base y fundamento de la ciencia jurídica en general».

59. Sin embargo, si se presta atención a las palabras de Villey, que sitúan los orígenes de la doctrina jurídica moderna en la Segunda Escolástica, y subrayan la transformación de fondo que sufrió la tradición romano-aristotélica, restaurada por

## II. Las preocupaciones jurídicas fundamentales

### 1. La teoría de los derechos naturales

El problema de la fundamentación racional de los derechos humanos es una de las cuestiones actualmente más debatidas por los filósofos del Derecho. Por esta razón, teniendo en cuenta las diversas posturas de confianza<sup>60</sup> y desconfianza crítica<sup>61</sup> que despiertan hoy los derechos del hombre, tiene cierto interés el mostrar cómo una

---

Santo Tomás, por obra de los escolásticos españoles, especialmente por el tratado de Francisco Suárez, la solución al problema del derecho natural no es tan fácil. Cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. II, pp. 102 y ss.; «... Suárez confunde las leyes y el derecho... Uno de los rasgos característicos de su obra es su insistencia sobre la ley natural moral que es una parte del Plan por el que Dios ordena las conductas humanas y que Él habría depositado en el espíritu de los hombres. Suárez convierte esto en el principio de su sistema jurídico... Con ello vuelve a la confusión entre los mandatos de la moral y la institución del Derecho... El derecho se deducirá de los preceptos morales de la ley natural, preceptos inmutables, universales, cuyo conocimiento y exacta formulación subrayarán los teólogos... En una tentativa de restauración de la supremacía de los teólogos... Pues por lo menos, les corresponde el construir la estructura del derecho natural...». MACINTYRE, A., *Three moral versions...*, cit., pp. 58-81: señala la influencia del alemán J. Kleutgen en la interpretación de la Aeterni Patris y la aparición de distintos tomismos. Le considera responsable de toda una comprensión equivocada de la filosofía de Tomás de Aquino, por haber localizado erróneamente la ruptura de la historia entre la tradición greco-cristiana y la modernidad, identificando injustamente a Suárez y Sto. Tomás.

60. El eterno problema del contenido del derecho natural, de la concreción del iusnaturalismo, parece hallar, según numerosos pensadores contemporáneos, solución y respuesta satisfactoria en los derechos inalienables, individuales, racionales, o humanos —según los distintos nombres que recibe—, que se deducen de la naturaleza humana y sus inclinaciones. Sin ningún ánimo de exhaustividad, pueden nombrarse: PÉREZ LUÑO, A., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Zaragoza. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, p. 85, cita a PETRONE, I., *Fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, Editorial Eurico Spoerri, 1895, pp. 259-260; p. 101; y a BATTAGLIA, F., *Dichiarazioni dei diritti*. En Enc. Dett., vol. XII, pp. 409-410, que ven en los derechos humanos el triunfo del derecho natural, el elemento de concreción del iusnaturalismo; RECASENS SICHES, L., *Tratado general...*, cit., pp. 548-626.

61. Actualmente, se han llevado a cabo una serie de críticas bien elaboradas sobre la teoría de los derechos humanos y sus bases procedentes, según se ha afirmado, del racionalismo protestante (como la distinción objetivo-subjetivo, la consideración de la naturaleza humana individual como centro, etc.). Entre los autores que han estudiado el problema, véanse: VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. I, pp. 144 y ss., especialmente pp. 166-180; y t. II, pp. 137-138, donde afirma que la filosofía de la «naturaleza del hombre» de la Escuela moderna de derecho natural, que da la mano al racionalismo, ha sido heredada por los neotomistas; ID., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983; CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., pp. 183-208; MACINTYRE, A., *After virtue*, cit., pp. 66-67; FABRO, C., *I Diritti dell'uomo nella tradizione ebraico cristiana*. Relazione sulla «Carta dei diritti dell'uomo» tenuta a cura dell'Unesco a Oxford, nel novembre 1965, pubblicata in Studi Cattolici, núm. 66, 1966, pp. 4-12; D'ORS, A., *Una introducción...*, cit., pp. 32-34; CANALS VIDAL, F., *Política española...*, cit., pp. 289 y ss., «Derechos humanos y desprecio del hombre».

cuestión muy semejante fue tratada y resuelta en el s. XIX, desde una perspectiva filosófico-jurídica determinada: la filosofía neoescolástica<sup>62</sup>.

La teoría de los derechos o libertades del hombre atrae el interés de las diferentes corrientes que protagonizan el debate jurídico del s. XIX español, interés y preocupación que reciben de las teorías ilustradas del derecho subjetivo. Sea desde una óptica de la inmanencia, sea desde una visión trascendente del hombre y del mundo, se busca el fundamento, el contenido y los límites de estos derechos naturales, de modo que se convierte en un tópico que se trata frecuentemente en los manuales y en numerosos discursos, artículos y conferencias<sup>63</sup>.

Desde la perspectiva de los neotomistas, se busca una fundamentación que enlace con la tradición escolástica de los derechos naturales y esté de acuerdo con los principios teológicos, filosóficos y morales católicos<sup>64</sup>. Frente a la derivación ilustrada de los deberes a partir de los derechos, se derivan los derechos de los deberes, es

---

62. El tema de los derechos naturales clásicos y su posible conexión con los derechos humanos actuales ha sido estudiado por GARCÍA LÓPEZ, J., *Los derechos humanos en Sto. Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1979; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Introducción al derecho y a los denominados derechos humanos», *Verbo*, Speiro, núms. 259-260, 1987; ID., «Esbozo de una metodología de los derechos humanos», *Verbo*, Speiro, núms. 311-312, 1993.

63. Sirvan a modo de ejemplos los siguientes: MONTERO RÍOS, E., *Discurso pronunciado ante la Academia Matritense de Justicia y Legislación*, Madrid, 1875, sobre la libertad religiosa; ALONSO MARTÍNEZ, M., *Los derechos individuales*. Discurso ante la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, 4-10-1869; ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Estado*. Discurso ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 29-1-1871; GINER DE LOS RÍOS, F., «La soberanía política», en *Ensayos*, Madrid, El libro del bolsillo, 1973, cap. XVII, pp. 183 y ss., se adhiere a la crítica del parlamentarismo de Donoso Cortés; GINER DE LOS RÍOS, F., *Resumen de filosofía del derecho*, Obras Completas, tomos I y XIII-XIV, Madrid, 1916 y 1926; GINER DE LOS RÍOS, F., *Principios de Derecho Natural sumariamente expuestos*, Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Educación y Recreo, 1873, pp. 232 y ss., donde critica el sufragio universal; ORTÍ Y LARA, J. M., *Introducción...*, cit., pp. 113 y ss.; DURÁN Y BAS, M., «El individualismo y el derecho», discurso de doctorado, en la Universidad de Jurisprudencia, 1852, en *Escritos del Excmo. señor M. Durán y Bas*, Barcelona, Librería del editor D. Juan Oliveres, 1888, tomo I, pp. 6-8, sobre el tratamiento del duelo; ID., *La crisis actual del derecho*, discurso pronunciado ante la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 10-1-1894, Barcelona, Imp. Barcelonesa, 1894, p. 28, donde se hace eco de la importancia de los derechos del hombre; ID., *Apuntes de Filosofía del Derecho fielmente tomados de las explicaciones del catedrático M. Durán y Bas*, por M. R. Barcelona, Imp. El Porvenir, 1874, lecc. 10-15, sobre los derechos naturales; REYNALS Y RABASSA, E., *Diferencias de la propiedad colectiva y la individual considerada filosóficamente*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de N. Ramírez y Compañía, 1867.

64. ANDRÉS-GALLEGO, J., *La política religiosa...*, cit., p. 15, echa en falta en el s. XIX una fundamentación sólida de las libertades introducidas por el liberalismo, desde presupuestos filosóficos distintos, pues el *Syllabus* de Pío IX condenaba el espíritu liberal pero no las libertades mismas. Con mayor o menor éxito, éste fue uno de los objetivos de la «teoría católica del derecho» de los neoescolásticos.



decir, de la moral y, en definitiva, de Dios. Una determinada concepción de la naturaleza humana, sus inclinaciones y fines, implica una determinada ética de deberes, que comprometen al hombre con lo que es y está llamado a ser en plenitud. Es de ahí, precisamente, de donde hacen arrancar los derechos naturales, que legitiman y capacitan a los hombres para realizar o respetar las actividades necesarias que les encaminan a su último fin: Dios.

Rodríguez de Cepeda clasifica los deberes según su término: deberes para con Dios, para consigo mismo y para con los semejantes<sup>65</sup>. El derecho y el deber son términos correlativos; ambos proceden de la ley jurídica natural que necesariamente los crea para conservar y realizar el orden social y cumplir la ley natural. La existencia del derecho subjetivo se funda en una ética de deberes. Pretende deducir de la ley natural los derechos subjetivos naturales del individuo: dado que el hombre tiene unos deberes morales ordenados por Dios, debe haber recibido la potestad y los medios de llevarlos a cabo, y los demás deberán respetarle y colaborar en lo necesario<sup>66</sup>.

Frente al liberalismo individualista y sus libertades absolutas, y al socialismo y comunismo que, con su excesivo intervencionismo estatal, anulan la libertad individual, subraya el verdadero concepto de libertad moral —«libre albedrío guiado y limitado por la ley moral»—<sup>67</sup>, y la existencia de deberes para con Dios respecto al culto y a la revelación.

Rodríguez de Cepeda estudia los derechos innatos —el derecho a la vida, a la dignidad personal, la libertad de conciencia, el derecho de independencia y el de asociación— y los adquiridos —reales y personales—, que son el contenido del llamado «derecho individual».

---

65. Son los deberes religiosos, los «inmanentes» y los sociales. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 164. La inclusión de los deberes del hombre para consigo mismo muestra, una vez más, la inclinación del autor a escribir un tratado de moral social más que de derecho.

66. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 165 y 207. Este argumento, que deduce los derechos naturales del individuo de la ley natural, fue utilizado por Grocio: cfr. VILLEY, M., *Compendio...*, cit., t. I, p. 167, sobre el nacimiento de los derechos del hombre y la aportación de Locke. Una versión secularizada de este argumento sería la de Gewirth, que pretende deducir de ciertas características del individuo o ciertas necesidades racionales la pretensión de derecho; para una crítica a este tipo de razonamiento, véase: MACINTYRE, A., *After virtue*, cit., pp. 64-65.

67. La importancia de esta noción en la teoría de los neoescolásticos es evidente. De ella derivan la libertad social y la política, que no son más que sus proyecciones en el campo de las relaciones sociales. Cfr. la encíclica de LEÓN XIII, *Libertas Praestantissimum* (1888), en ella se contraponen la concepción cristiana de la libertad social y el liberalismo, que es en la ética y en la política lo que el racionalismo en la metafísica, negación de toda autoridad divina y afirmación de la soberanía de la razón. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 242, y pp. 247-248, rechaza los conceptos liberales de la libertad religiosa, la de pensamiento, la de expresión, etc., introducidos por la idea errónea de una libertad absoluta y ligada exclusivamente a la razón humana autónoma.

Los derechos innatos son inalienables e iguales en todos los hombres. Frente al liberalismo e individualismo exagerados, insiste en su cualidad de derechos limitados y legislables<sup>68</sup>. Al igual que los innatos, en los que se fundan, los derechos adquiridos son limitados y legislables, pero a diferencia de ellos, dado que su nacimiento depende de un hecho jurídico, pueden enajenarse y son desiguales<sup>69</sup>.

## 2. Propiedad, familia y sucesión

La propiedad fue uno de los temas jurídicos más discutidos a finales del s. XIX y principios del XX, momento álgido de la codificación. Debía atenderse a dos datos: las consecuencias a que había dado lugar el individualismo liberal del s. XVIII y principios del XIX en este campo y el creciente influjo y conocimiento de las nuevas teorías socialistas y comunistas, en clara oposición a las concepciones dieciochescas.

La teoría jurídica española del s. XIX manifestó una gran preocupación y un afán de corrección de los abusos liberales que no condujo, generalmente, a la participación en las posturas socialistas y comunistas, sino a la defensa de la propiedad privada y de un principio de intervención, social más que estatal, y de subsidiariedad en cuanto al Estado. El rasgo principal de la doctrina es su eticismo, al que se ha acusado de carecer de propuestas concretas para el cambio de estructuras. Se trata del liberalismo orgánico y ético de los krausistas, más o menos próximo al futuro socialismo democrático según los autores, y de la doctrina social de la Iglesia que profesan los sectores más o menos católicos<sup>70</sup>. Como se sabe, la encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII fue un paso decisivo. Desde esta perspectiva, se ataca al estatismo y se defiende un principio de subsidiariedad. Junto a la defensa de la libertad de adquirir los bienes, y por tanto de la propiedad privada, se empieza a insistir en su función social.

68. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 207 y ss. La igualdad es una igualdad específica encuadrada en la idea de orden, cuyos elementos son unidad y variedad, por lo que destruir la variedad —desigualdad individual— equivaldría a un atentado contra el orden y la igualdad justa. Se opone a la igualdad absoluta proclamada por las teorías revolucionarias e individualistas reinantes a finales del siglo XVIII y principios del XIX.

69. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 256 y ss. La desigualdad de los derechos adquiridos es natural y legítima mientras sea sólo cuantitativa: ID., *Elementos...*, cit., p. 211.

70. Cfr. DÍAZ, E., *La filosofía...*, cit., pp. 141 y ss. Esta actitud conservadora «visión achatada, típica de la mayoría cristiana de aquel momento...» es advertida por JIMÉNEZ DUQUE, B., *Espiritualidad y apostolado*, en GARCÍA VILLOSLADA, R., *Historia de la Iglesia en España*, Madrid, BAC, 1979, tomo V, parte 6.<sup>a</sup>, p. 405. Sobre el derecho de propiedad individual y la regulación de su función social, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit., pp. 124 y ss. y la doctrina pontificia que cita.

En esta línea defensora de la legitimidad de un derecho de propiedad limitado y con una función social, Rodríguez de Cepeda refuta tanto el socialismo y el comunismo, como el individualismo absoluto <sup>71</sup>.

El derecho de propiedad, «derecho de usar, disfrutar y disponer libre y exclusivamente de bienes materiales externos», necesita una justificación racional. Rodríguez de Cepeda comienza demostrando que todos los bienes son negativamente comunes en un principio, por lo que no se oponen al derecho de propiedad; y en segundo lugar, la posibilidad de adquisición de la propiedad transitoria y estable, que se apoya en la existencia de los derechos innatos a la vida y de independencia, respectivamente. «El verdadero fundamento o título filosófico del derecho de propiedad es el derecho innato a adquirirla» <sup>72</sup>.

Defiende la legitimidad y la conveniencia de la propiedad colectiva o de las personas sociales y critica duramente las doctrinas desamortizadoras y los graves perjuicios sociales y jurídicos que ocasionaron <sup>73</sup>.

El derecho de propiedad no es absoluto. De un lado, están las limitaciones morales que proceden bien de la naturaleza y fin mismos del derecho de propiedad, bien de nuestros deberes para con Dios, con nosotros mismos y con los demás. De otro, existen limitaciones jurídicas, susceptibles de ser impuestas por coacción, que proceden de los derechos de terceros o de la misma ley jurídica positiva que, en favor del bien común, puede modificar lo que aprovecha sólo al particular <sup>74</sup>.

La transmisión de la propiedad, facultad comprendida en el dominio, tiene su fundamento en la naturaleza de la propiedad. Los bienes materiales externos, siempre al servicio de los hombres, están

---

71. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 300-308; ID., *Las clases...*, cit., pp. 18 y ss. Condena aquéllos por ser *contra natura*, injustos y utópicos, y a éste porque desconoce la verdadera idea de la libertad y de la propiedad y todo tipo de limitación y reglamentación de ésta.

72. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 258 y ss., 266-272. Siguiendo a Costa-Rossetti, critica las tesis del positivismo, del iusnaturalismo racionalista, del economicismo y del evolucionismo, que señalan la ley, la convención, el trabajo y la evolución histórica, respectivamente, como origen del derecho de propiedad.

73. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 276 y ss. Recuerda una frase de su padre: A. Rodríguez de Cepeda, que decía: «El socialismo en nuestra patria es un drama de cuatro actos: los tres primeros, a saber, la ley de señoríos del año 1811, la desamortización eclesiástica, y la desamortización civil, se han representado ya, y sólo queda por representar el cuarto y último acto, consecuencia lógica de los anteriores, el de la expoliación de la propiedad individual». Para reforzar su juicio negativo sobre la desamortización, cita dos autores que puedan resultar imparciales: AZCÁRATE, G., *Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad* y TAINE, H., *Origines de la France contemporaine*.

74. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 287-289.

para posibilitarles la realización de su destino, por lo que su transmisión *inter vivos* y *mortis causa* es justa en cuanto colabora a este fin satisfaciendo las necesidades humanas. El derecho de transmitir la propiedad *mortis causa* está vinculado a la existencia, los fines y el derecho de familia.

Rodríguez de Cepeda dedicó a la sociedad doméstica algunos de sus artículos y participaciones en Congresos, en lengua española y francesa<sup>75</sup>, y le atribuyó un papel fundamental en la reforma moral y social a la que constantemente reclamó. Desde el punto de vista moral, la familia es «depositaria y transmisora práctica de la ley moral, educadora de la niñez y la juventud, moralizadora para los adultos y fomentadora de sus virtudes individuales». Se trata, pues, del medio educador por excelencia, del que depende principalmente el tipo de hombre y de sociedad de cada momento. Desde el punto de vista social, la existencia de ciudadanos honrados y virtuosos depende de la adquisición de virtudes domésticas en el hogar, como la obediencia, el espíritu de trabajo, etc. En la familia, por otro lado, se guardan y transmiten las tradiciones sociales y políticas del pueblo. Concede una importancia decisiva al elemento religioso, que permite la existencia de familias sanas y vigorosas<sup>76</sup>.

En su discurso de doctorado y en su manual<sup>77</sup> expone sus ideas sobre el sistema sucesorio. En su tesis doctoral muestra una clara preferencia por el sistema inglés y el espíritu tradicional y de libertad que en él subyace. En su manual, que por ser posterior refleja su pensamiento más maduro, conjuga dos principios: el de libertad —de testar— y el de limitación de los derechos. Acorde con su defensa del derecho de propiedad y de la libertad, y al mismo tiempo con el carácter limitado de los derechos, se halla aquel sistema sucesorio que, reconociendo que el padre no tiene un derecho ilimitado de testar, le concede, sin embargo, la suficiente libertad para atender a los dos deberes que le corresponden: respecto a sus hijos y a su mujer y respecto a la conservación de la familia como entidad moral y social. Los deberes del padre para con sus descendientes justifican la existencia y conveniencia de las legítimas. Para Rodríguez de Cepeda, el sistema óptimo es el de libertad testamentaria, que es propio de los pueblos sanos moralmente, pues en un pueblo corrompido, sin la base de la religión, la moral y las virtudes domésticas, produciría aún mayor división y antagonismo en la familia. Presenta importantes ventajas en el orden social, el económico y el moral<sup>78</sup>.

---

75. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *La nouveau Code Civil Espagnol*, cit.; ID., *¿Qué reglas deberían admitirse...*, cit.; ID., *Examen comparativo...*, cit. En todo este tema, siguió de cerca *La reforme sociale en France* de Le Play.

76. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 400-402.

77. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Examen comparado...*, cit.; ID., *Elementos...*, cit., pp. 411 y ss.

78. Sobre la libertad testamentaria y las legítimas, cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA,

Para Rodríguez de Cepeda, la propiedad y la familia son dos instituciones o realidades humanas de importancia trascendental dentro del orden jurídico de un país, pues reflejan y determinan, a la vez, la mentalidad y la conciencia de los hombres <sup>79</sup>.

### 3. *Organicismo social y principio de subsidiariedad*

Rodríguez de Cepeda destaca tres características de la sociedad civil o política:

a) Es necesaria para el género humano, para su perfección.

b) Es orgánica: no se compone de meros individuos que se unen, sino de otras sociedades o agrupaciones menores. La sociedad civil, en esencia, resulta inmediatamente de la unión de familias, no de la de individuos, que quedan adscritos a la sociedad civil por la agregación de sus mismas familias. Estas conservan cierta autonomía dentro de la sociedad.

c) Es desigual: carácter enlazado con el anterior, del que es consecuencia. La existencia del padre de familia, de clases sociales con sus derechos y su legislación apropiada, de diferentes edades, de un pasado y una tradición, etc., implica necesariamente la de individuos jurídicamente desiguales <sup>80</sup>.

La sociedad ya no es una mera agregación de individuos abstractamente iguales e independientes, sino un conjunto de organismos y grupos. Desde esta concepción orgánica, condena los principios liberales que animan las modernas formas políticas desde el punto de vista moral y religioso —libertades absolutas de prensa, de cultos...— y político —la soberanía nacional y la popular...— <sup>81</sup>. Hace hincapié en la artificialidad y mecanicismo de la concepción que se forja de la organización y constitución política de la sociedad, poniendo como fin y remedio de todos los males los principios abstractos de libertad e igualdad. Se rompe con la tradición y se ofrecen instrumentos totalmente artificiales que no responden a las necesidades, ni a la historia y costumbres del país. La misma distinción de los partidos es artificial, pues no responden casi nunca a las aspiraciones de los

---

R., *Elementos...*, cit., pp. 412 y ss., 420-422; ID., *Examen...*, cit. Véase VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit., pp. 129-130, sobre las distintas respuestas que dieron algunos juristas del s. XIX al problema de las legítimas.

79. «Cuando se ha querido provocar un cambio importante en una sociedad, se ha actuado precisamente sobre la propiedad y la familia, como ocurrió en la Revolución francesa»: RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Examen...*, cit., pp. 50 y ss.

80. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 456 y ss., p. 451: la sociedad política es una «sociedad completa y perfecta compuesta de multitud de familias, que se propone conseguir el bien común naturalmente necesario a todos los hombres». Sobre su carácter orgánico, véase MENDIVE, J., *Elementos de derecho*, cit., pp. 183-187.

81. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 600 y ss.

elementos vitales de la sociedad, como artificial es también la «opinión pública» expresada por los periódicos, órganos de los partidos y no del pueblo <sup>82</sup>.

Acerca del origen de la sociedad política, Rodríguez de Cepeda defiende la teoría escolástica, según la que la sociedad halla su causa eficiente próxima en el consentimiento común explícito o implícito prestado por las familias <sup>83</sup>.

Critica el liberalismo y sus principios —el Derecho como producto humano, noción mecánica del Estado, libertad e igualdad absolutas del ciudadano, soberanía popular, desentendimiento de lo religioso y de lo económico por parte del Estado, etc.— que son los de la revolución francesa. Sin embargo, la rectificación del individualismo no le lleva a una adhesión al socialismo, cuyo error consiste en otorgar al Poder civil más facultades de las que le pertenecen, invadiendo la esfera individual y de los organismos sociales. Además, el socialismo ve la sociedad como un agregado de individuos reunidos por la burocracia del Estado, olvidando que es un conjunto de familias y de asociaciones <sup>84</sup>.

A diferencia de las dos tendencias mencionadas, el catolicismo social procura no dar excesivas atribuciones al Estado, defiende la libertad justa, legítima y ordenada de los individuos y de los organismos sociales en que se agrupan, concibe la sociedad como un todo orgánico en que cada órgano tiene su vida propia, garantizada por el Estado, etc. <sup>85</sup>.

Uno de los ejes de la teoría social de Rodríguez de Cepeda es el principio de subsidiariedad, que repite en numerosas ocasiones. La sociedad política debe realizar la tutela del orden jurídico y el fomento de la prosperidad temporal pública de acuerdo con este principio y con el respeto a la libertad. Por tanto, «el Poder civil no podrá absorber y aniquilar la iniciativa y actividad individual en

82. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 679. Cfr. D'ORS, A., *Una introducción...*, cit., pp. 138 y ss.

83. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 466 y ss. Distingue esta teoría del consentimiento y la del pacto social: la teoría del pacto desconoce la existencia de la ley natural y la escolástica hace arrancar todo el orden social y jurídico de Dios, autor de la naturaleza humana, por lo que el consentimiento no puede alterar ninguna condición esencial de la sociedad. La teoría que sigue nuestro autor es la de Costa-Rossetti. Él mismo advierte que, pese a diferencias aparentes, no existe diversidad sustancial entre esta teoría y la de otros escritores católicos de Derecho Natural, como Cathrein y Meyer. También, remite a Mendive.

84. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 478-490.

85. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 490-493; ID., *Las clases conservadoras...*, cit., pp. 37-42. La defensa de la libertad, si bien siempre dentro de un orden moral y concreto, no una libertad absoluta y abstracta, es una constante en la teoría del Estado de Rodríguez de Cepeda. Concluye con las siguientes palabras de Cathrein: «Es el alejamiento del pensamiento de Dios en todo lo que se refiere al Estado y al Poder civil lo que quita la mayor limitación al poder civil y proclama el absoluto señorío de las mayorías».

aquellas instituciones y empresas de carácter general que redunden en beneficio de la sociedad y, aún en el caso de que no existan, deberá, antes de crearlas él y convertirlas en una rueda del Estado, procurar por cuantos medios sea posible despertar la iniciativa individual»<sup>86</sup>. Se encuentran declaraciones similares referentes a las familias, las clases sociales, los gremios o corporaciones, la industria y la reglamentación del trabajo, el desarrollo de orden económico, la instrucción pública y privada, y la ciencia<sup>87</sup>. El mismo espíritu debe guiar al Estado en cuanto a la prosperidad temporal pública, material y espiritual<sup>88</sup>.

#### 4. *La cuestión social*

Siguiendo el espíritu y la letra de las encíclicas pontificias —*Humanum genus* (1884), *Rerum Novarum* (1891), etc.—, y de acuerdo con la importancia creciente de la doctrina social de la Iglesia, señala Rodríguez de Cepeda la necesidad de un régimen corporativo que cumpla las funciones que llevaban a cabo los gremios medievales, abolidos por la Revolución francesa y su concepción absoluta de la libertad.

Tanto desde el punto de vista técnico-económico, como del benéfico y el religioso, los fines que llenaban los gremios de la Edad Media subsisten y requieren el concurso ordenado de los individuos, ahora como antes, si bien atendiendo a los cambios que la organización del trabajo ha experimentado<sup>89</sup>.

La acuciante cuestión social podría encontrar soluciones muy beneficiosas para la clase obrera en un sistema corporativo que, frente a la libertad absoluta y al individualismo exacerbado, impidiera al individuo elevarse muy por encima de los otros y al obrero permanecer aislado. La comisión de estudios de la obra de los Círculos Católicos de Francia ofrece los principios esenciales de la constitución corporativa: el elemento religioso católico, la unión de patronos y obreros, la representación obrera en la gestión de los intereses comunes, la restauración de la capacidad profesional por medio de la enseñanza profesional y la jerarquía profesional<sup>90</sup>.

86. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 507. Sobre el principio de subsidiariedad, el sistema de cuerpos intermedios, etc., cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...*, cit., pp. 41-42 y la bibliografía citada; pp. 124 y ss.; y D'ORS, *Una introducción...*, cit., pp. 123-125.

87. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 508-510, 516, 537, 554-559, 564-565, 591 y 597, 599.

88. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 562 y ss., 580 y ss., 590 y ss.

89. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Las clases conservadoras...*, cit., pp. 31-37, 15-16.

90. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 532-533. Insiste en

Dentro de la concepción orgánica de la sociedad de Rodríguez de Cepeda, las clases sociales constituyen elementos vivos de gran importancia, por lo que el Poder civil debe proteger sus derechos, fomentar aquéllas que sirvan al bien común, evitar luchas y antagonismos, etc., siempre con el respeto debido a la libertad y al principio de subsidiariedad.

Entre las diferentes clases, merecen especial mención la clase agrícola y la industrial que, por ser las productoras, son las más implicadas en la cuestión social. La clase agrícola aporta su natural espíritu tradicional y religioso, es necesaria para la mera subsistencia, y supone una fuente viva de fuerzas para la sociedad. Llama a la protección de la pequeña propiedad rural, como condición indispensable para resolver los problemas que su excesiva fragmentación y las hipotecas plantean. La legislación deberá mantener la proporción adecuada entre la grande y pequeña propiedad y la colectiva. Respecto a la clase industrial, se muestra firme partidario de la pequeña empresa, tanto desde el punto de vista moral, pues favorece más la unidad familiar, como social, dada la mejor relación entre el maestro o jefe y sus auxiliares. De hecho, atribuye a los inconvenientes de la grande empresa el creciente pauperismo <sup>91</sup>.

Inspirándose en el mayor respeto posible a la libertad individual y en la subsidiariedad <sup>92</sup>, propugna la necesidad de una reglamentación del trabajo que dé protección adecuada al débil —el niño, la mujer, el pobre...— y que evite los abusos. Obedeciendo a la urgencia de soluciones para la cuestión social del siglo pasado, se celebraron

---

la importancia del espíritu religioso y de la caridad cristiana, únicos capaces de unir elementos de intereses tan dispares. Cfr. ID., *Elementos...*, cit., p. 534; ID., *Las clases conservadoras...*, cit., pp. 10-12, 21 y ss., 39 y 42-43 (conclusión). En este discurso pone en guardia frente el peligro que existe para los gremios de caer en manos de la Masonería, en caso de no fundarse con una sólida base religiosa: p. 37. A lo largo del siglo XIX los papas condenaron la masonería. Cfr. LEÓN XIII, *Diuturnum illud*, *Humanum genus*, *Carta de 2-9-1986 al presidente de la Asociación Antimasónica*, etc. Cfr. ANDRÉS GALLEGO, J., *La política...*, cit., pp. 152 y ss. y la bibliografía citada.

91. Rodríguez de Cepeda entiende por clases sociales «los diversos conjuntos o agregados de hombres que ejercen la misma profesión o industria, tienen igual posición social, y por tanto iguales intereses»: RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 511, pp. 516-523, sobre las clases agrícolas; pp. 524-559, sobre las clases industriales. Sus ideas sobre este tema son tributarias, una vez más, de las de Costa-Rossetti y Toniolo.

92. Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 535-537, 553-559. Por otro lado, Rodríguez de Cepeda atribuye al Poder civil facultades de intervención en la producción, siempre que no se convierta en productor directo. Es partidario de la libertad de comercio, siempre que no perjudique la producción nacional, y reconoce como facultades estatales el fomento de la actividad productora, la remoción de obstáculos, e, incluso, una imposición igualitaria que no ahogue las fuentes de producción. Pero, en algunos casos, el Estado podrá fomentar directamente la producción —en ramas de interés general que los particulares no son capaces de atender— o llevar a cabo ciertos servicios que requieren condiciones sólo para él factibles —correos, telégrafos...—: cfr. ID., *Elementos...*, cit., pp. 565 y ss.



congresos, se escribieron artículos y encíclicas y, desde los distintos sectores, se multiplicaron las llamadas a una reforma social. La justa reglamentación del trabajo que demanda Rodríguez de Cepeda se inspira en los principios y conclusiones de los «Congresos de Obras sociales católicas» celebrados en Lieja, en 1886, 1887 y 1890, y en la doctrina del Consejo de estudios de la obra de los Círculos Católicos de Obreros de Francia<sup>93</sup>.

Estos fueron los temas principales que atrajeron el interés del profesor valenciano y éstas, a grandes rasgos, sus aportaciones al pensamiento jurídico-social del s. XIX español.

## 5. CONCLUSIONES

Como se ha señalado sobradamente, R. Rodríguez de Cepeda y Marqués empeñó su vida en la defensa de los principios cristianos proclamados por el Magisterio pontificio, por medio de la docencia y de sus diversos compromisos sociales. Al lado de otros neoescolásticos españoles del último tercio del s. XIX, trató de ser fiel a la llamada «filosofía perenne» en el campo del Derecho, en la búsqueda de soluciones prácticas y teóricas a las cuestiones más perentorias del momento. En este sentido, sobresalió en el tratamiento de la cuestión social y sus distintas implicaciones. Son notables tanto su aportación a España de las ideas de dos pensadores extranjeros contemporáneos de talla, G. Toniolo y Le Play, como su participación en varios movimientos, instituciones y obras sociales de la época.

Aunque no se puede ignorar la existencia de un claro influjo de carácter racionalista en su pensamiento, que, por lo demás, comparte con la neoescolástica en general<sup>94</sup>, no obstante habría que subrayar la solidez y coherencia de las ideas de R. Rodríguez de Cepeda, así

---

93. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 538-559. Cfr. ID., *Las clases conservadoras...*, cit., p. 31. Alaba los resultados ya obtenidos por la legislación obrera de muchos países, que siguieron más o menos los criterios enseñados por el Pontífice en la *Rerum Novarum* (1891). Cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., pp. 544-545.

94. En este sentido resultan claras y rotundas las palabras de HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, p. 318: «Nota característica de estas escuelas... fue haber adoptado... un modo de estudiar el derecho natural similar al de la Escuela racionalista y a las obras de filosofía del derecho... En consecuencia, la ciencia del derecho natural, que en la Escuela clásica era una parte de la ciencia del Derecho, fue cultivada por los neoescolásticos aceptando la transmutación en filosofía social y jurídica comenzada por la Escuela moderna y consumada por la filosofía kantiana, pese a que ello resultaba poco coherente con la tradición aristotélica y la escolástica. Por influencia del iusnaturalismo moderno, los neoescolásticos se allanaron a la idea de que el derecho natural y el derecho positivo son dos sistemas de normas, y tuvieron al derecho natural como un conjunto de principios abstractos, haciendo así válidas para ellos algunas de las críticas que, con razón, se han dirigido a la Escuela moderna».

como la mayor riqueza de contenido jurídico de sus discursos, sus ponencias en lengua española y extranjera, etc., respecto a otros representantes de la misma corriente. Frente a la obra carente de citas y al tomismo poco profundizado de J. González Castejón y Elío, por una parte, y al eclecticismo de L. Mendizábal Martín, por otra, los *Elementos de Derecho Natural* de R. Rodríguez de Cepeda reflejan una labor de reflexión y de asimilación más cuidadosa. Si bien no parece acudir más que ocasionalmente a las fuentes directas de Tomás de Aquino, o de Francisco Suárez, cuya huella en la corriente neoescolástica decimonónica es indudable, recibirá sus ideas, especialmente las del segundo, a través de la interpretación de algunos tomistas contemporáneos, con el perjuicio que toda mediación siempre implica. Los más o menos afortunados mediadores fueron, como se ha indicado reiteradas veces, los célebres Costa-Rossetti, Meyer, Cathrein, Pesch, Mendive, Prisco, junto a Le Play, Taine, Tonio-  
lo, etc.

En cualquier caso, si se compara a Rodríguez de Cepeda con los dos iusfilósofos españoles que hemos mencionado, que son los representantes más destacados de la neoescolástica jurídica de finales del XIX, y con los profesores de la disciplina que ni siquiera publican un manual al modo de aquéllos, sino que apenas cuentan con su tesis y algunos discursos dispersos<sup>95</sup>, no me parece exagerado estimar que se trata de uno de los catedráticos de Derecho Natural más valiosos de nuestro pasado siglo.

Con esta presentación de R. Rodríguez de Cepeda y su obra, espero haber contribuido eficazmente al enriquecimiento de nuestro conocimiento del panorama iusfilosófico de la España decimonónica.

---

95. Sobre el conjunto y el papel de estos pensadores, cfr. RUS RUFINO, S., *Notas para una historia de la filosofía jurídica española del s. XIX a través de textos inéditos*. Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Profesores de Filosofía Jurídica y Social en la Universidad de Santiago de Compostela. Los datos referentes al Archivo General de la Administración, las sugerencias y los consejos del profesor de León han supuesto, en todo momento, una ayuda inestimable.

## Personalismo, democracia cristiana y filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba <sup>1</sup>

Por BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA

Oviedo

*En defensa de la alegría*

Se ha extendido la idea de que en España el personalismo no tiene historia, o que si la tiene carece de interés o es demasiado pequeña para tenerla en cuenta <sup>2</sup>. Los datos de que dispongo, sin embargo, me permiten afirmar lo contrario <sup>3</sup>. Aun reduciendo el concepto «personalismo» a la corriente que a partir de los veinte se extendió por Francia y que encuentra en Mounier y Maritain a sus más significados representantes, el personalismo en España sí tiene historia. Corta, es cierto, pero intensa. Ya en tiempos de la Dictadura de Primo de Rivera, pero sobre todo en los de la República, aquella

---

1. He de agradecer muy sinceramente la ayuda prestada por diversas instituciones para la realización de este trabajo: la sección del Ministerio de Educación y Ciencia del Archivo General de la Administración, el Seminario Metropolitano de Oviedo y la Universidad de Deusto. Estas últimas pusieron a mi disposición y me ofrecieron todas las facilidades imaginables para consultar los fondos de sus magnificas bibliotecas. Por lo demás, sobre Mendizábal Villalba sólo existe un estudio monográfico fundamental: GIL CREMADES, 1987. Cualquiera que esté interesado en la personalidad o la obra del iusfilósofo deberá acudir a él, pues contiene todos los datos y referencias necesarios para explicar la vida y la producción doctrinal de aquél.

2. Parece ser que la afirmación de que el «personalismo en España no tiene historia» pertenece a FONTECHA INYESTO, J. F., en «Attrait et avenir du personnalisme en Espagne», *Bulletin des Amis d'E. Mounier* 22, 1964, p. 8, y habría que explicarla por el influjo negativo que sobre el personalismo ejerció el franquismo. Vela la circunscribe a la etapa que va de 1939 a 1949 (VELA, 1989, p. 261) y Carlos Díaz parece admitirla, en líneas generales (DÍAZ, 1973, p. 13).

3. Claro que no pretendo ninguna originalidad, dado que en gran medida sigo la dirección marcada a este respecto por TUSELL: 1985; 1986a; 1986b; 1986c.

línea de pensamiento arraigó en parte del estamento intelectual español, logrando un buen número de adeptos, informando alguna importante publicación periódica o creando polémicas de especial relieve. Otra cosa fue lo que luego sucedió, pero los que pudiéramos denominar orígenes inmediatos de este movimiento se caracterizaron por la vitalidad, el rigor y unos enormes deseos de transformar la realidad.

En la academia de la filosofía del Derecho también el personalismo tuvo a sus representantes. Dejando aparte a quienes cultivaron una filosofía clásica que descuidaba las nuevas ideas que se iban imponiendo en Europa, y a quienes se acercaron más o menos a este pensamiento católico remozado<sup>4</sup>, abandonándolo después, la figura de Alfredo Mendizábal constituye un claro ejemplo del personalismo hispano, a la vez que de una democracia cristiana progresista que, por desgracia, no llegó a tomar asiento en nuestro suelo. Al igual que ocurre en otros casos, su pensamiento marcha a la par que su vida y no se desentendió en ningún momento de todo aquello que le circundaba y con lo que, en uno u otro sentido, se sintió comprometido.

Proveniente de una familia de la burguesía aragonesa<sup>5</sup>, nació en Zaragoza, en 1897. Ese mismo año, Luis Mendizábal Martín, su padre, ganó la cátedra de «Elementos de Derecho Natural». Al poco, el recién nombrado catedrático comenzará a elaborar su manual de Derecho Natural, que marcaría un hito en la literatura iusfilosófica del momento. Apegado a la tradición tomista, tiene fama de superar ampliamente las obras que por entonces circulaban<sup>6</sup>. De hecho, en la última edición, en la que también participa su hijo, se contiene amplia información de lo que en Europa y América se venía haciendo en la disciplina<sup>7</sup>. Por lo demás, de Mendizábal Martín arranca la llamada «escuela aragonesa de Derecho Natural» (Sancho Izquierdo, Legaz Lacambra y Luño Peña, además del hijo del fundador, serían

---

4. Creo poder afirmar que lo que denominamos «personalismo» es una corriente de pensamiento que surge en los ámbitos de la «filosofía cristiana» (aunque hubiera quien negara la posibilidad de este rótulo, como Mounier, por ejemplo), renovándola y dando una respuesta que se consideraba más adecuada al mundo moderno y, en especial, a la deshumanización a que conducían tanto el liberalismo radical como los totalitarismos que se iban afianzando. Eso no quiere decir que no hubiera quien mantuviera tesis similares sin profesar la fe cristiana.

5. Al decir de Díaz Nosty, el propio Mendizábal reconocía su procedencia burguesa: DÍAZ NOSTY, 1974, p. 343.

6. En efecto, para Recaséns el neotomismo español del siglo pasado se caracterizó por su mediocridad, incluso hay —dice— «testimonios de indigencia mental y de tremendo desconocimiento de las fuentes clásicas»; aunque también excepciones, tal como la de Luis Mendizábal Martín, «erudito y laborioso» (RECASENS, 1963, p. 23). Legaz, por su parte, reconocerá que su Tratado constituía «la obra más lograda» de la dirección neotomista (LEGAZ, 1942, p. 220).

7. GIL CREMADES, 1981a, pp. 2215-2216, donde también afirma que esta obra constituyó, en su momento, el «mayor manual en lengua española».

sus integrantes de antes de la guerra), una de las que mayor importancia ha tenido en el panorama de la filosofía jurídica de acá.

Por tradición y por formación, Alfredo Mendizábal será un pensador católico desde sus inicios. Con el premio extraordinario fin de carrera se licencia en 1917, gana la oposición de técnico del Ministerio de la Gobernación y trabaja en su tesis sobre Derecho Internacional, con la que se doctora en 1919. Su primer trabajo publicado, sin embargo, es un estudio sobre la concepción tomista de la justicia, con el que obtiene un premio en el certamen que sobre el pensamiento de Tomás de Aquino había organizado la Universidad de Salamanca<sup>8</sup>. Ya entonces proclama su «ferviente adhesión a las doctrinas del Doctor Angélico»<sup>9</sup>.

El año siguiente, 1926, comienza a aspirar a cátedras. De hecho, firma las que se convocan para La Laguna y para Oviedo. Sólo se presentará a las segundas y, con el voto en contra de uno de los miembros del tribunal, la obtiene<sup>10</sup>. A los veintinueve años, por tanto, ya es catedrático en Oviedo de «Elementos de Derecho Natural».

## I. DURANTE LA DICTADURA: EL COMPROMISO FILOSÓFICO

Hemos visto que el iusfilósofo se reconocía fiel seguidor de Tomás de Aquino, lo que significa que, en sede filosófico-jurídica, habría de ser calificado de iusnaturalista, en el sentido tradicional. El libro del padre, que contó con su colaboración, comenzaba diciendo: «Existe un DERECHO anterior a toda ley positiva, a las costumbres de los pueblos, a los fallos de los tribunales y a los dictámenes de los jurisconsultos»<sup>11</sup>. En parecidos términos daba comienzo la Memoria que presentó a la oposición de Oviedo<sup>12</sup>. El ordenamiento al que se referían se constituía de juicios de valor absolutos, esto es, que no dependían de nada ajeno a sí mismos. Por ejemplo, el «no

8. *Universidad* 1, 1925, pp. 196-197.

9. MENDIZÁBAL, 1925, p. 341.

10. De hecho, la oposición resultó complicada. Del tribunal primeramente nombrado sólo se mantuvieron dos de sus miembros, Nicasio Sánchez Mata y Blas Ramos Sobrino; mientras que Adolfo Bonilla San Martín, Fernando Pérez Bueno y Luis Mendizábal Martín, que renunció, fueron sustituidos por Elías Tormo (presidente), Miguel Sancho Izquierdo y Mariano Puigdollers Oliver. Aspirantes, en principio, hubo diez, pero sólo se presentó Alfredo y, por fin, realizados todos los ejercicios, Blas Ramos votó por la no provisión de la plaza (Archivo General de la Administración —AGA—, Sección de Educación y Ciencia —EyC—, Exp. n.º 5.373-2). Lógicamente, en qué medida estuvo influido este último por motivos ideológicos es algo que no puede saberse, pero no debo dejar de apuntar que se trataba de un pensador peculiar, marxista y, en afortunada expresión de Vicente Llorens, «tan radical como heterodoxo» (en ABELLÁN, 1976, I, p. 110).

11. MENDIZÁBAL MARTÍN, 1928, I, p. 5.

12. MENDIZÁBAL, 1926, p. 4.

matarás» era un precepto de Derecho Natural que valía sin necesidad de acudir a nada ajeno a la misma norma. No se trataba de que los hombres de este o aquel pueblo, o la humanidad entera se pusiera de acuerdo y decidiera que el acto de matar era reprobable, sino que lo era en sí, al margen de que fuera reconocido o no por los hombres<sup>13</sup>. Por tanto, no era el ser humano quien mediante su razón elaboraba los preceptos por los que debía regirse, sino que esa razón simplemente reconocía y describía normas naturales ya existentes con anterioridad<sup>14</sup>.

El modelo de racionalidad que utilizaba Mendizábal no era, como es evidente, el del racionalismo que a partir de Descartes se impuso; mas no por eso renunciaba a la utilización del término «razón», ni mucho menos pretendía una especulación de corte irracional. Al contrario, lo que ocurre es que asumía un concepto clásico para el que era racional todo aquello que hiciera tender a su fin último al ser de que se tratase. Suponía que cualquier realidad, fuera del tipo que fuera, existía para algo y lograr esa meta constituía el sentido, la «razón» del objeto en cuestión. La especulación, por tanto, sería racional en la medida en que lograra desentrañar y coadyuvar a la consecución de ese destino de cada ser. El Derecho se regía por la misma regla y, en tal medida, cabría hablar de «*racionalidad jurídica*» como adecuación «*a la ley natural*»<sup>15</sup>, al orden moral dentro del que se integraba<sup>16</sup>.

La razón del Derecho nos vendría a decir que las normas jurídicas no eran pautas irracionales de conducta, sino reglas que encauzaban la acción de los individuos hacia el bien que debían lograr, hacia el fin al que naturalmente estaban confiados. En este sentido, cualquier Derecho debería estar ordenado a instaurar la justicia en la sociedad en la que rigiera. Y, dado que lo justo tenía un contenido objetivo, no dependía del arbitrio humano, estaría claro, al menos en los principios generales, cuándo el Derecho cumplía con su naturaleza y cuándo la descuidaba<sup>17</sup>. En el segundo caso, el Derecho sería un orden «corrupto»<sup>18</sup>. La ley natural representaba pues la pauta a la que deberían someterse las normas de Derecho creadas por el hombre. Así, ante la constatación de una norma jurídica positiva siempre habría que hacerse la misma pregunta: sí, es Derecho, pero ¿debería serlo<sup>19</sup>?

---

13. MENDIZÁBAL, 1931, p. 366.

14. MENDIZÁBAL MARTÍN, 1928, I, p. 6.

15. MENDIZÁBAL, 1931, p. 369.

16. En la memoria de oposiciones mantenía un criterio absolutamente tradicional, conforme al cual el Derecho era un «círculo concéntrico de más reducido radio que la Moral»: MENDIZÁBAL, 1926, p. 45.

17. MENDIZÁBAL, 1925, p. 597.

18. Y cita expresamente a Tomás de Aquino: MENDIZÁBAL, 1925, p. 346, n.

19. MENDIZÁBAL, 1925, p. 604.

De tal forma, la ley natural cumplía una primera función, la de otorgar o restar legitimidad a las normas jurídicas. Pero el Derecho Natural cumpliría también otras misiones no menos importantes. De hecho, supuesto que todo ordenamiento era una estructura jerárquicamente ordenada (Kelsen, Merkl), donde toda norma hallaba en la anterior su fundamento jurídico, llegados a la Constitución habría de encontrarse el fundamento de ésta en una norma preexistente, que no habría sido creada por el hombre, y que le otorgaría legalidad y legitimidad a un tiempo<sup>20</sup>. Además, restaba otra función de especial importancia, la que cumplía a la hora de aplicarse el Derecho. Porque la individualización que el juez lleva a cabo cuando ha de resolver los conflictos de que conoce implica que, de una u otra forma, reduce al caso concreto la abstracción de la norma jurídica que aplica; pero la generalidad de la pauta no puede tener en cuenta todas las circunstancias que la vida presenta y, por tanto, el juzgador ha de atemperar aquélla al específico problema planteado. En otras ocasiones no existe la norma adecuada y, aún así, habrá que fallar conforme a Derecho. Pues bien, el ordenamiento natural cumpliría la función de complementar los ordenamientos positivos y dotarlos de la necesaria flexibilidad para su puesta en práctica. Las teorías del Derecho libre (Kantorowicz), por tanto, habían reconocido el problema, pero no lo habían resuelto, porque otorgar al juez una libertad que pudiera vulnerar el espíritu de las normas, no era razonable y podía degenerar en arbitrariedad<sup>21</sup>.

Mendizábal ya era reconocido como un experto tomista e invitado a pronunciar conferencias sobre el tema<sup>22</sup> o citado por los estudiosos. Precisamente, en 1930 Romero Otazo publica su *Sentido democrático de la doctrina política de Santo Tomás* y cita, en la nota bibliográfica final, el trabajo de aquél que fue premiado en Salamanca. Noticia tan nimia, sin embargo, supera lo anecdótico. El libro del sacerdote se había publicado por la *Sociedad de Estudios Políticos, Sociales y Económicos*<sup>23</sup> y representaba una corriente radical dentro del mundo eclesiástico<sup>24</sup>. Hay dos datos a tener en cuenta: que en la Junta Di-

20. MENDIZÁBAL, 1931, pp. 363 y 365-366.

21. MENDIZÁBAL, 1925, pp. 607-611; 1931, pp. 370-371.

22. Así, por ejemplo, en noviembre de 1933 pronuncia una sobre «Derecho Natural y Derecho Internacional», en Salamanca, dentro de las actividades de la cátedra *Francisco de Vitoria: Universidad 3*, 1933, pp. 942-943.

23. Sobre esta sociedad, también a tener en cuenta para una historia del personalismo en España, OSSORIO Y GALLARDO, 1975, pp. 131-133; ALZAGA, 1973, pp. 299-300; TUSELL, 1986a, I, pp. 124-128.

24. A juicio de Tusell, el libro de Romero recalca los principios democráticos del tomismo, lo que también hacía Maritain por ese entonces: TUSELL, 1986a, I, p. 126. Es cierto y esa es una interpretación necesaria, pero ha de destacarse la fecha en que Romero publica el libro, cuando la Dictadura está a punto de caer y la Monarquía sometida a fuerte crítica. Entonces —creo yo—, no pueden descuidarse las preferencias ideológicas del sacerdote ni el tiempo en que fue escrito el trabajo. Que Tomás de Aquino fuera un demócrata radical, partidario de la monarquía electiva, no

rectiva de la Sociedad editora se encontraban buenos amigos de Mendizábal (Ossorio y Gallardo, Ruiz Manent, Semprún y Gurrea), y que todos ellos eran «socialmente avanzados», leían en clave democrática a Tomás de Aquino, por ejemplo, y bien podrían constituir, junto con algunos otros, un grupo personalista español <sup>25</sup>.

Pero al acercarse al pensamiento de Mendizábal hay que referirse a otras cuestiones: su consideración de diversas corrientes filosóficas; sus referencias al concepto y estado del Derecho Internacional, así como a la relación entre Derecho y fuerza, objeto de su tesis doctoral; o al papel que le tocaba jugar al Estado de Derecho en cualquier construcción jurídica; además de sus apelaciones a la cuestión social.

Ya hemos dicho, y creo que ha quedado claro, que Mendizábal puede ser calificado sin ningún reparo de tomista. En España, por tanto, su condición no era ni mucho menos extraña. En el ámbito europeo tampoco, pues incluso había llegado a decirse que las filosofías jurídicas del momento eran la escolástica y la neokantiana <sup>26</sup>. Ahora bien, no se piense que la afirmación hecha sobre Mendizábal implica la petrificación histórica de su pensamiento, o cosa parecida. Él mismo reconocía que ni el propio Aquinate lo hubiera permitido y que, por otra parte, podían mantenerse los principios adecuándolos a los nuevos tiempos y asumiendo los avances de las ciencias <sup>27</sup>. Por lo demás, era buen ejemplo de lo que es un filósofo en continuo diálogo con las nuevas corrientes, al tanto de lo que se hacía dentro y fuera. Incluso su rechazo del positivismo y del neocriticismo <sup>28</sup> no le impedía reconocer sus méritos <sup>29</sup>.

Otra cuestión de especial relieve en su obra fue la del Derecho Internacional. No en vano a ella dedicó su tesis doctoral, cuando aún

---

de la hereditaria, y que viera las ventajas del régimen republicano, afirmaciones que se repiten a lo largo del libro, significaba que también era un opositor frente al estado de cosas existente. Que Ossorio, cuya paradoja era la de ser monárquico y apoyar con fervor el régimen republicano, prologara el libro y comenzara diciendo: «¡Bravo, Sr. Romero Otazo!», es significativo.

25. Legaz incluye dentro de un escolasticismo democrático a estos autores: Mendizábal, Semprún, Romero Otazo, García Gallego, Ruiz-Manent «etc.»: LEGAZ 1942, p. 225. El grupo vendría a coincidir con la dirección que García Escudero denomina «catolicismo de izquierdas», donde estarían Sánchez Albornoz, Carrasco Formiguera, Ossorio y Gallardo, Semprún, Imaz, Mendizábal, Gallego Rocafull, Romero Otaz, López Dóriga, Cardó o Carbonell: GARCÍA ESCUDERO, 1976, p. 976. Para rastrear las huellas de este colectivo, sin embargo, ha de tenerse en cuenta a quienes componían el Grupo *Esprit* en España, que fue constituido por Mendizábal, Matilla, Oliver, Gasset, Romero Otazo, Florit, Rivero, Ruiz Manent, Del Río Sainz, Serrahima y Semprún Gurrea, según noticia aparecida en *Esprit* 40, 1 enero 1936, p. 669. Con el tiempo el colectivo se iría ampliando y, curiosamente, Legaz pasará a formar parte de él. La guerra civil supondría su destrucción.

26. MENDIZÁBAL, 1925, p. 342.

27. MENDIZÁBAL, 1925, p. 340.

28. MENDIZÁBAL, 1925, pp. 337-338, 342, 600-603; 1927, pp. 18-19; 1931, p. 368.

29. MENDIZÁBAL, 1927, pp. 170-171.



no podía imaginarse que en el futuro trabajaría para alguna organización internacional. Además, al tratar de esta temática dejará ver sus opiniones sobre la relación que guardan el Derecho y la fuerza.

Para Mendizábal, el ordenamiento internacional existía, no cabía negarlo, pero aún estaba en una fase primitiva de su historia, pues la guerra seguía siendo «el recurso supremo de los Estados», cuando era evidente que la confrontación bélica es lo contrario del Derecho, pues éste consiste en la sustracción de la resolución del conflicto a las partes litigantes<sup>30</sup>. Téngase en cuenta que la tesis encuentra su explicación en el momento en que se elabora, el período de entre-guerras, cuando comenzó a abogarse por una sociedad internacional que desterrara la violencia, a la vez que tomaban auge los movimientos pacifistas<sup>31</sup>. En ese ambiente, es cierto que la Sociedad de Naciones era un logro, pero Mendizábal no era optimista al respecto, cuando había nacido de una paz impuesta por quien había sido juez y parte al mismo tiempo<sup>32</sup>. Desde luego, sus ansias pacifistas ya habían quedado expresadas.

Es interesante advertir al llegar aquí que, en su tesis, Mendizábal defendió una postura similar a la que años más tarde mantendría Ortega. Cuando este último se ocupe con el Derecho Internacional, afirmará que los pacifistas se equivocan si, para construir la paz entre las naciones, no abogan por «una nueva técnica jurídica», a la vez que dirigía sus críticas a la Sociedad de Naciones. Pero además Ortega reconoce que la idea de un nuevo Derecho Internacional se encontraba más avanzada que su realización<sup>33</sup>, lo que ya había sido explicado por Mendizábal<sup>34</sup>. Por lo demás, éste conocía la obra de Ortega, pero no se puede decir que entre ambos existieran coincidencias de fondo.

Pero volviendo a lo que ahora interesa, si en ese ámbito abogaba por una Sociedad Internacional de Derecho, en el interno también creía firmemente que sólo el Estado de Derecho lograba instaurar la esencia de la juridicidad o, al menos, acercarse lo más posible a ella<sup>35</sup>. En efecto, tal Estado habría de reconocer, para serlo de Derecho, «los principios de libre y digna vida jurídica», de lo contrario sólo sería «un sistema legal de coacción». La Administración, por su parte, no podría actuar discrecionalmente, sino, en todo caso,

---

30. MENDIZÁBAL, 1927, pp. 14-16 y 106-107.

31. MENDIZÁBAL, 1927, pp. 126-127.

32. MENDIZÁBAL, 1927, pp. 132 y 170-171.

33. ORTEGA, 1983 (IV), pp. 292-294.

34. MENDIZÁBAL, 1927, p. 124.

35. De hecho, cuando se decía luchar por la instauración del Derecho, ¿qué es lo que se quería decir? Que trataba de imponerse un reinado de justicia, un conjunto de principios que no habían de identificarse con ningún ordenamiento positivo, como el de «la fidelidad a la palabra dada» o el de la igualdad de los hombres (MENDIZÁBAL, 1926, pp. 27-28). La lucha por el Derecho, ya apuntada por Ihering, era la lucha por la justicia.

sometiéndose a «*sus propios fines*, por las exigencias del interés público»<sup>36</sup>. Vía Renard, la teoría de la institución llegaba a Mendizábal, pero nótese con qué contenido y en qué año, el de la instauración de la República<sup>37</sup>. Es cierto que posteriormente Mendizábal condenaría la actuación de la Dictadura, pero muy probablemente ya lo había hecho en vida de ésta<sup>38</sup>. Hay que suponer, en cualquier caso, que al menos se trataba de un opositor *en potencia*, un opositor que, como en acto lo era Ossorio, repudiaba cualquier imposición por la fuerza<sup>39</sup>. Ahora, con la euforia de los nuevos tiempos, señalaba el modelo a seguir: el Estado de Derecho, que era la traducción jurídico-política de una ideología basada en la igualdad de los hombres y la no-violencia (la mínima violencia posible) como medio de resolución de los conflictos, eso era lo que había que construir. Entre aquéllos, la llamada cuestión social fue tenida muy en cuenta por el iusfilósofo, y de manera constante. En su primer trabajo ya dejó claro el influjo que la doctrina social de la Iglesia ejercía sobre él, así como la crítica que asumía frente al socialismo marxista<sup>40</sup>. Con el tiempo, sin embargo, su visión de las cosas se transformará radicalmente.

---

36. MENDIZÁBAL, 1931, pp. 366, n. y 368.

37. Curiosamente, el institucionalismo tuvo gran auge en la posguerra, pero con fines completamente distintos a los que perseguía Mendizábal.

38. La hostilidad que muchos sectores del pueblo español sintieron hacia la Dictadura se manifestó con especial virulencia en el mundo intelectual y, en concreto, en el universitario, sobre todo con el proyecto de reforma de la enseñanza universitaria, que había sido elaborado, por cierto, por dos filósofos del Derecho: Callejo de la Cuesta (ministro de Instrucción Pública) y González Oliveros (director general de Enseñanza Superior). Mendizábal plasmó perfectamente el ambiente que a este respecto se vivió en la capital del Principado: «la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (a la que el autor tiene el honor de pertenecer) inició una dura protesta por el cierre de la de Madrid. En concreto, el profesorado proclamó la necesidad de subordinar la política a la ética y el Derecho, así como la de negarse a consentir que el Gobierno introdujera una mezquina política partidista en la Universidad, a la vez que denunciaba la imposición de una doctrina oficial que fuera en detrimento de la investigación y la docencia de los principios fundamentales del Derecho. Como réplica al escrito de los profesores de Oviedo, el Dictador cerró también aquella Universidad» (MENDIZÁBAL, 1985, p. 80).

39. Para comprender el ambiente que se vivió en el tránsito de la Monarquía a la República, o la «revolución» como se dijo entonces, no puedo dejar de recomendar la lectura de MAURA (1966), pues además mantiene una interpretación similar a la de Mendizábal.

40. En este primer trabajo, Alfredo Mendizábal se muestra más conservador que en cualquiera de los otros. De hecho, repudia la condena que el marxismo hace del régimen capitalista (MENDIZÁBAL, 1925, pp. 595-596), cuando posteriormente afirmará no tener ningún problema en aceptarla.

## II. DURANTE LA REPÚBLICA: EL COMPROMISO POLÍTICO

Pero si en un primer momento se dedica Mendizábal a la elaboración iusfilosófica, a fijar los presupuestos de su pensamiento, más o menos a partir de la instauración de la segunda República, que coincide con la muerte de su padre, comenzará a atender directamente a la realidad política<sup>41</sup>. No quiere esto decir que abandone las ideas que siempre defendió, sino que comenzó a aplicarlas al análisis del tiempo presente<sup>42</sup>, yendo más allá de la simple reflexión sobre el fenómeno jurídico. En concreto, su especulación política partía de entender que los gobernantes de las sociedades estaban obligados a buscar el bien de las mismas, esto es, el bien de todos los que las componían.

En 1933 expresa la radical crítica que le merece el nazismo y el comunismo; en 1934 vuelve a deslegitimar las concepciones nazis<sup>43</sup>, a la vez que el conservadurismo estrecho, incapaz de comprender la realidad que no se aviene con sus intereses; en 1935, de nuevo arremete contra el fascismo; y en el mismo año que da comienzo la guerra civil manifiesta a las claras su postura, que disiente tanto de cualquier tipo de extremismo como de toda praxis política interesada, que para nada tiene en cuenta el bien común. Por eso cabe sistematizar su postura atendiendo a los ejes sobre los que giró: tres negaciones y una afirmación<sup>44</sup>.

a) Al fascismo, sobre todo en su vertiente germana, dedicó muchas referencias<sup>45</sup>. Sin duda fue el movimiento político que más con-

41. Incluso militó en la *Derecha Liberal Republicana*, la agrupación de Alcalá Zamora y Miguel Maura, a la que también pertenecieron otros amigos de aquél (GIL CREMADES, 1987, p. 573). Nótese que no era ésta una agrupación moderna ni tenía un ideario definido, aunque sí la caracterizase la adhesión a la República que contribuyeron a elevar sus líderes, a la vez que un claro carácter conservador. Logró la adhesión de algunos notables locales, pero fue incapaz —en palabras de Tusell— de «incorporar a los católicos a la vida de la naciente república»; TUSELL, 1990, pp. 318 y 324.

42. Es curioso el paralelismo que se observa entre Mendizábal y Maritain, pues también en este último pueden señalarse dos etapas: una primera orientada a la filosofía y otra donde aparece la preocupación por la política: PECES-BARBA, 1972, p. 71.

43. Precisamente en noviembre de 1934 participa Mendizábal, junto con Semprún, en la asamblea plenaria del Grupo de Friburgo y allí condena todo racismo y todo totalitarismo (MENDIZÁBAL, 1935, p. 206).

44. La que comenzó definiéndose como una revista de afirmación y negación, *Cruz y Raya*, publicó importantes trabajos de Mendizábal. Por cierto, que esa hipotética historia del personalismo español encuentra en ella la tribuna de mayor importancia y, por desgracia, aún falta un estudio de conjunto sobre esta revista, cuando ya hay retazos suficientes para llevarlo a cabo.

45. También al fascismo italiano, lógicamente; no se olvide que tradujo a STURZO (1935). Además, por otra parte, se dedicó a combatir las concepciones iusfilosóficas que se iban elaborando al hilo de la doctrina nacionalsocialista, para lo que recomendaba el estudio de LEGAZ (1934).

denó, entendiéndolo inconciliable con toda su reflexión, esto es, con el pensamiento católico. De hecho no le parecía que se tratara sólo de una moderna corriente política, sino «una nueva forma de vida» que hallaba en la idolatría a la Raza, a la sangre, su razón de ser <sup>46</sup>. La «inaudita» experiencia fascista <sup>47</sup> había hecho imposible la convivencia, destruyendo todos los partidos políticos, que no habían sabido darse cuenta de la estratagema; no sólo a los comunistas y a los socialdemócratas, sino también al centro y al Partido Popular. Evidentemente, un Estado que se reconocía totalitario, esto es, que pretendía integrarlo todo en su seno, no podía permitir que nada se le escapara <sup>48</sup>. Tales postulados, claro está, se enfrentaban con los de la Iglesia católica: era Hitler «contra San Pablo», el racismo contra la razón, la arbitrariedad contra el imperio de la ley y, por tanto, a las claras, se trataba simplemente de un Estado «anticristiano», de un Estado pagano <sup>49</sup>. No hace falta decir que para un católico de la convicción de Mendizábal semejantes calificativos eran la mayor condena que sobre esos movimientos podía hacer recaer.

Además, los fascismos se caracterizaban por un nacionalismo exacerbado, que tampoco podía hallar justificación en su pensamiento. Una cosa era el justo sentimiento de cariño por la patria, y otra bien distinta «su morbosa desviación», propia de estos movimientos modernos <sup>50</sup>. En España, «gracias a Dios», patria se sigue escribiendo con minúsculas, «puesto que estamos libres —decía— del herético *culto* nacionalista» <sup>51</sup>.

Para un creyente, graves problemas que en el orden político planteaba el fascismo eran los de la actuación de las organizaciones confesionales, la acción política de los católicos y la autonomía de la Iglesia en semejantes regímenes <sup>52</sup>. Activistas católicos ya habían sido perseguidos <sup>53</sup>, incluso había algún mártir, al igual que les ocurría a los judíos, comunistas y socialistas <sup>54</sup>. Que la Iglesia hubiera firmado un Concordato con la Alemania hitleriana, sin embargo, no debía ser cuestión escandalosa, pues no cabía lectura alguna que hiciera creer que eso legitimaba la actuación de aquel régimen y, por el contrario, suponía un avance en la protección de los católicos alemanes <sup>55</sup>.

46. MENDIZÁBAL, 1933b, pp. 89-90; 1934b, p. 67.

47. MENDIZÁBAL, 1934b, p. 61.

48. MENDIZÁBAL, 1933b, pp. 99-104. En el análisis que hace de la situación alemana se puede ver el influjo de Dom Sturzo (STURZO, 1934, pp. 3-6).

49. MENDIZÁBAL, 1933b, p. 79 y 109; 1934b, pp. 63-64, 67 y 72. El calificativo de «pagano» también lo utilizaría Sturzo (STURZO, 1934, p. 15), al igual que, en ocasiones, las jerarquías eclesiásticas. Véase también TUÑÓN, 1984, p. 278.

50. MENDIZÁBAL, 1935, p. 210; 1936, p. XLI.

51. MENDIZÁBAL, 1934b, pp. 69-70.

52. MENDIZÁBAL, 1933b, p. 103.

53. MENDIZÁBAL, 1935, pp. 193-194.

54. MENDIZÁBAL, 1934b, p. 92.

55. MENDIZÁBAL, 1933b, pp. 78-79.

A España dirigía Mendizábal una llamada para que no se creyera que los fascismos eran simple fuego de artificio o incluso amigos, como parecía proclamar cierta derecha nacional. Que se supiera que fascismo y catolicismo eran conceptos antagónicos<sup>56</sup>.

b) Ahora bien, si el fascismo era rechazable, también lo era el comunismo, con el que le unían no pocas coincidencias. Al fin y al cabo, se trataba de dos mesianismos que o bien afirmaban «la lucha de razas» o bien la «de clases», y aunque ambos persiguieran el credo católico, había que reconocer que eso solía ocultarse cuando lo hacían los totalitarismos de derechas<sup>57</sup>.

A su juicio, el comunismo era una utopía dolorosa que se quería poner en práctica a costa del sufrimiento de millones de hombres<sup>58</sup>. Pudiera pensarse que lo que había detrás del repudio sólo era la defensa de un sistema capitalista que, en aquellos años, se sometía a crítica. Ni mucho menos, pues —según Mendizábal— la crítica comunista al capitalismo podía ser, en gran medida, aceptada por un cristiano y, por tanto, de ninguna manera quería seguir «una argumentación de tipo burgués», que sólo defendiera privilegios personales o de clase<sup>59</sup>. Tampoco se trataba de una crítica al planteamiento económico, ni a las legítimas ansias de progreso que le caracterizaban<sup>60</sup>. Al contrario, el reproche se orientaba al rechazo que el marxismo proclamaba de la religión y de la democracia. Como católico, no podía tolerar el «ateísmo militante» que suprimía las religiones a cambio de lo que no era más que una nueva religión terrenal; como demócrata, no podía aceptar clase alguna de dictadura que pusiera en entredicho el Estado de Derecho<sup>61</sup>. El imperialismo soviético era un peligro y, por su parte, veía el antídoto en la conjunción armoniosa de cristianismo y democracia, pero «auténtico Cristianismo y auténtica Democracia. Para que no se pueda, en adelante, acusar a los cristianos de indiferencia por el bienestar del pueblo; ni pueda sostenerse, por tanto, que son precisamente ellos, algunos cristianos, quienes más dificultan, por su conducta, la propagación social del Cristianismo»<sup>62</sup>.

Curiosamente, la comprensión hacia el fenómeno comunista, como él lo llamaba, se hará mayor a partir de la revolución de octubre, que Mendizábal vivió en Oviedo, detenido por los revolucio-

56. MENDIZÁBAL, 1933b, pp. 104-105; 1934b, p. 62.

57. MENDIZÁBAL, 1933b, p. 90 y 105; 1934b, p. 72.

58. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 357, 379-381.

59. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 361, 392-393; 1936, p. XVII.

60. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 360 y 366. Realmente no se ve en Mendizábal temor alguno al progreso técnico-científico, que puede servir al hombre, sino a la utilización que se haga de ese progreso, pues todo avance técnico plantea un interrogante moral.

61. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 361-362, 367-379 y 381.

62. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 393-394.

narios <sup>63</sup>. Pasados aquellos días trágicos escribiría sobre ellos de forma emotiva y, sin duda, peculiar <sup>64</sup>. Entonces, a la vez que él comenzaba a comprender, empezó también a ser incomprendido <sup>65</sup>. Lo que había sido una prisión, se acabó convirtiendo en una comunidad, «mejor una *hermandad*», con los comunistas, con quienes se entabló el diálogo y el afecto. Tras la derrota de sus «*hermanos*», creyó que ya había llegado el momento de que todo cambiara y entendió que, para empezar, debía modificarse «la actitud de los poderosos hacia los humildes». En fin, quienes sin haber sufrido ningún daño sólo exigían venganza, estaban justificando la lucha de clases, cuando en realidad sólo una política de perdón y sacrificio lograría salvar la situación. «Desarmar la revolución» era «más que hacerla imposible, hacerla impensable» o, si se quiere, que más que reprimirla, había que crear las condiciones que posibilitasen una vida digna para todos <sup>66</sup>.

En carta dirigida a Ossorio, Maximiliano Arboleya, aun con palabras distintas, le relatava otro tanto a aquél: de lo sucedido se cul-

---

63. Además, puede reconstruirse la peripecia de Mendizábal en aquel Oviedo revolucionario. Parece ser que nuestro protagonista formaba parte del grupo que se refugió en el Hotel *Inglés*, que hacía esquina con las calles Fruela y San Francisco (esta última era la de la Universidad). Cuando los mineros tomaron el palacio de la Diputación, enfrente del hotel, la fuerza que también se hallaba en éste tuvo que rendirse. Al salir, un disparo dejó malherido a quien la mandaba, pero nada ocurrió a los demás. Con los prisioneros, uno de ellos Alfredo, se hicieron varios grupos que fueron conducidos a diversos lugares del centro de la ciudad. Entonces, el catedrático detenido hizo llegar a Teodomiro Menéndez una nota en la que contaba lo que ocurría. El dirigente revolucionario, seguro que amigo del iusfilósofo, le contestó que no estaban arrestados y les puso una «guardia roja», con la que parece que intimaron, para que les protegiera. Una fonda abandonada, cercana a la Universidad, daría cobijo a los ahora escoltados hasta que todo terminara: DE LLANO, 1935, p. 49; MENDIZÁBAL, 1934c; BERGAMÍN, 1934.

64. La mayoría de los católicos españoles no comprendían la postura «tipo Mendizábal», pero hubo algunos que sí la apreciaron. Bergamín, por ejemplo, manifestó que al «menos una voz católica, entre tantos sospechosos silencios y, lo que es peor, entre tanto ruido acusador y vengativo, viene a recordar, sencillamente, como digo, los *porqués* del creyente. La verdadera palabra de paz: por encima de todo y de todos» (BERGAMÍN, 1934, pp. 132-133). Más adelante, también Ossorio y Gallardo (OSSORIO, 1941, p. 134-135; 1975, p. 186), en referencia al capítulo «Red october» (MENDIZÁBAL, 1985, pp. 205-217), donde narra el terror de la represión que se cernió sobre Asturias: sin atender a la historia, «se creyó que las aguas podían volver a su cauce por medio de la represión, cuando nunca antes se había logrado nada de esa forma. Es cierto que los crímenes cometidos habían sido incontables y que entonces, por desgracia, la justicia habría de ser rigurosa, pero la represión en Asturias, feroz en la fase militar, inicua en la legal, fue un modelo de decisión errónea (...) Desde el primer día de la «pacificación», los prisioneros fueron ejecutados sin juicio alguno y en número completamente desproporcionado en relación a lo sucedido» (MENDIZÁBAL, 1985, p. 216).

65. Se definía Ossorio a sí mismo como «un hombre que se ha pasado la vida en un descansillo de escalera llamando en la puerta de la derecha y a quien han abierto siempre la de la izquierda» (OSSORIO, 1975, p. 133). No es exactamente el caso de Mendizábal, pero en alguna medida y a partir de cierto momento, se le puede aplicar.

66. MENDIZÁBAL, 1934c, p. 73; BERGAMÍN, 1934, pp. 130-132, donde reproduce las palabras de Mendizábal.

paba a Azaña y a otros, «pero cuando yo pregunto si además no se necesitaba para llegar a tales excesos alguna otra culpa que acaso nos toque, no se sigue la conversación. Igualmente se reclama el desarme material; pero a mis preguntas de si no habría que pensar en el desarme espiritual, en acabar con esa furia del pueblo contra la Iglesia y la autoridad, tampoco se quiere contestar»<sup>67</sup>. No es extraño que durante la guerra tuviera Arboleya problemas con los nacionalistas, a los que se unió, por otra parte. Mas la referencia a Arboleya no trata tanto de dejar noticia de una corriente eclesial que, aunque minoritaria, tuvo a sus representantes, sino de introducir a otra cuestión, la de la colaboración que existió entre el sacerdote y nuestro protagonista: tras la revolución, la Iglesia asturiana no pudo dejar de reconocer «un hecho tristísimo y doloroso», que los obreros y sus familias se apartaban de la Institución, y trató de poner remedio a lo que era un auténtico fracaso. El Obispo de Oviedo, en un intento de frenar el imparable ascenso socialista mediante la propagación de la doctrina social de la Iglesia, creó la *Comisión Social Diocesana*, cuya composición nos interesa enormemente:

«—Presidente: M. I. Sr. D. Maximiliano Arboleya.

—Secretario: D. Amador Jueas, Presbítero.

—Vocales: Rdo. P. José Gafo O. P., Rdos. P. Victorino Feliz S. I., Dr. D. José María Rodríguez Villamil, Dr. D. Alfredo Mendizábal Villalba».

En Oviedo, el 14 de junio de 1935<sup>68</sup>.

c) En cualquier caso, los deseos de Mendizábal no se cumplieron. La derecha en el poder utilizó todos los instrumentos que tuvo a su alcance para conseguir la eficaz represión de los por otra parte injustificables excesos revolucionarios<sup>69</sup>. Las palabras de Mendizábal, sin embargo, eran proféticas: la dialéctica acción-reacción sólo llevaría a la hecatombe. Precisamente, tampoco se libró de sus críticas el conservadurismo de la época, que disculpaba las políticas fascistas, que se beneficiaba del «desorden establecido», que ocultaba su interés particular tras la defensa del que decía general, a la vez que presentaba el catolicismo como cosa de derechas<sup>70</sup>. Cada vez

67. TUSELL, 1986a, II, p. 232.

68. *Boletín Oficial Eclesiástico del Obispado de Oviedo* (BOEEO), 17-VI-1935, pp. 297-211. En su menguada existencia, la Comisión debió de tener una incesante actividad, así como momentos de euforia y de desánimo: BsOsEsOO 18-VII-1935, pp. 234-235; 25-VIII-1935, pp. 257-260; 20-XII-1935, pp. 374-376; 22-I-1936, pp. 63-65; 4-II-1936, pp. 143-145. Aun con fechas equivocadas, noticia sobre esta Comisión en SABORIT, 1964, p. 228.

69. La revolución de octubre propició los excesos: no sólo fueron «asesinadas y martirizadas personas inocentes», sino que también «ardieron magníficas bibliotecas, tesoros culturales de cuatro siglos» (MENDIZÁBAL, 1934c, p. 68). De la destrucción de los depósitos bibliográficos aún se resiente el patrimonio cultural asturiano, pues aunque se salvaran parte de sus fondos, las más importantes bibliotecas de Asturias fueron quemadas, la de la Universidad y la del Seminario Metropolitano.

70. MENDIZÁBAL, 1936, p. XIX-XXXI.

más, Mendizábal se alejaba de muchos que años atrás habían sido sus compañeros.

Su repudio de esta ideología derechista se plasmó en el rechazo explícito de la actitud de quienes se opusieron, abiertamente o desde la sombra, a las reformas que Giménez Fernández se propuso llevar a cabo<sup>71</sup>. Era una incoherencia que fueran precisamente cristianos quienes se habían opuesto a quien trataba de «acometer con criterio cristiano los problemas de la tierra»<sup>72</sup>.

d) Pero si éstas eran sus negaciones, sus afirmaciones también eran rotundas. La afirmación de su religiosidad, de la justicia social, del Estado de Derecho, del antimilitarismo. Como veremos, su vida estará marcada por la desgracia, pero cuando Mendizábal escribe a favor o en contra de algo, lo hace con la conciencia de luchar «en defensa de la alegría»<sup>73</sup>. Para resumir su posicionamiento —ya se dijo— tal vez lo mejor sea denominarle «personalista», tal como se utiliza el término para designar a Maritain y Mounier<sup>74</sup>. No es extraño, por tanto, que de él se haya dicho que era, en los años treinta, uno de los mayores especialistas en el pensamiento de Maritain<sup>75</sup>.

La postura política de Mendizábal, en su totalidad, descansa en la profesión de la fe católica. Es evidente, sin embargo, que no todos los católicos, en realidad casi ninguno, aceptarían sus postulados, pero si él los asume es porque los vive como una consecuencia de su condición de creyente. Por eso sirve de ejemplo para testimoniar que la adhesión a determinado credo religioso no lleva consigo necesariamente la defensa de cierta opción política; en el plano filosófico, que reconocerse escolástico no implicaba necesariamente una opción conservadora, aunque en España fuera lo habitual.

Toda su ideología se desarrolló a partir de un concreto principio, el que afirmaba «el concepto fundamental de *persona*» como sujeto de derechos y obligaciones<sup>76</sup> y, en sentido negativo, el que repudiaba cualquier deshumanización que hiciera perder al hombre su autonomía, sumergiéndole en la masa<sup>77</sup>. Por eso cualquier transformación social tenía que empezar por uno mismo si de veras se quería un cambio radical, les había dicho a los revolucionarios del 34<sup>78</sup>. La verdadera «revolución espiritual» que por fin nos libre del desorden

71. Al respecto, buena descripción del ministerio Giménez Fernández y todo lo que ocurrió con su reforma agraria, en TUSELL-CALVO, 1990, pp. 57-116.

72. MENDIZÁBAL, 1936, p. XXVII.

73. MENDIZÁBAL, 1933a.

74. En efecto, quienes inspiraban su pensamiento eran Mounier, Maritain y los demás personalistas que expresaban sus ideas en *Esprit* o *L'Ordre nouveau*, así como los dominicos de Juvisy, que editaban *La Vie Spirituelle*, *La Vie Intellectuelle* o *Sept*: MENDIZÁBAL, 1936, pp. XLII-XLIX.

75. TUSELL, 1985, p. 6.

76. MENDIZÁBAL, 1934b, p. 84.

77. MENDIZÁBAL, 1934a, p. 364.

78. MENDIZÁBAL, 1934c, p. 71; BERGAMÍN, 1934, p. 131.



establecido —dirá— habrá de comenzar por «reconvertirnos los cristianos al cristianismo»<sup>79</sup>.

A la vez, si la persona era el valor a salvar, el Estado de Derecho sería la única organización política posible. Todo Estado creaba, para arroparse, un Derecho que lo legitimara<sup>80</sup>, pero no todo Estado era Estado de Derecho, pues, para ser tal, habría de caracterizarse por los «escrúpulos jurídicos», el respeto a «la dignidad de la persona» y el reconocimiento de «sus libertades esenciales»<sup>81</sup>. En fin, se trataría de un Estado en el que la fuerza estaría bajo control y se reconocerían sus derechos a los ciudadanos, con todo tipo de garantías jurídicas. Simplemente se trataba de dar a cada uno lo que le correspondía, lo que no podía decidir a su libre arbitrio el poder, porque donde el «derecho depende en absoluto del Estado» no hay Estado de Derecho<sup>82</sup>.

Unido a lo anterior, hay que volver al pacifismo que representó Mendizábal<sup>83</sup>, un pacifismo, como vimos, que ya había encontrado plasmación en su tesis doctoral. Pero su opción por la paz no era ingenua; no se trataba del simple deseo de que no surgieran conflictos o la creencia de que éstos se resolverían espontáneamente. Al contrario, Mendizábal era un jurista y sabía que el Derecho era la organización del monopolio de la fuerza, con el objetivo de que la violencia no surgiera indiscriminadamente<sup>84</sup>. Era un Derecho que debía estar al servicio de la persona y, por tanto, protegerla frente a los ataques que sufriera. Su opción, además, se teñía de componentes antimilitaristas<sup>85</sup> y desconfiaba de quienes decían querer acabar con las guerras por medio de la guerra<sup>86</sup>. Al contrario, la paz nunca se lograría con «el aplastamiento del adversario», ni usando «insidia, falsedad e injuria», sino con el reinado de la justicia<sup>87</sup>. La realidad española, sin embargo, caminaba por otros derroteros.

---

79. MENDIZÁBAL, 1936, p. XXXVIII.

80. MENDIZÁBAL, 1934b, p. 63.

81. MENDIZÁBAL, 1934b, p. 72; 1933b, p. 109.

82. MENDIZÁBAL, 1934a, pp. 385 y 389-390.

83. Cuando se formó el grupo español de la Unión de Friburgo, del que Mendizábal era secretario, se quiso comenzar sus sesiones de estudio y discusión tratando los temas de la posición de los católicos ante la guerra y la objeción de conciencia (MENDIZÁBAL, 1935, p. 213), cuestión esta última que sólo mucho más tarde alcanzaría difusión.

84. Precisamente entendía que el bolchevismo, al desdeñar toda idea de Derecho, se basaba únicamente en la violencia (MENDIZÁBAL, 1934a, p. 385).

85. Tanto que llega a identificar «soldado» y «homicida»: MENDIZÁBAL, 1934c, p. 72. También MENDIZÁBAL, 1934b, p. 71; 1936, p. XXXIII.

86. MENDIZÁBAL, 1934a, p. 363.

87. MENDIZÁBAL, 1936, pp. XLI-XLII.

### III. DURANTE LA GUERRA: EL COMPROMISO CON LA PAZ

Curiosamente, en junio de 1936 Alfredo Mendizábal es propuesto al Ministerio de Instrucción Pública, por la Universidad de Oviedo, como pensionado sin devengos para, al igual que en otras ocasiones <sup>88</sup>, ampliar sus estudios en el extranjero, en concreto, en Inglaterra, Alemania y Francia, durante un plazo de tres meses que comenzaría el 20 de junio y expiraría el 20 de septiembre <sup>89</sup>. Como es evidente, la curiosidad radica en que el 18 de julio de 1936, no se encontraría en España, como en efecto ocurrió. Tal coincidencia pudiera hacer pensar que Alfredo tenía noticias de la rebelión y, temiendo por su integridad, optara por salir del país. Sin embargo, semejante interpretación no deja de ser atrevida, pues los meses que precedieron al estallido bélico se caracterizaron por la agitación y el desconcierto. Rumores, bulos, noticias sin confirmar circulaban constantemente. Sin duda el ambiente estaba alterado, enrarecido, pero tampoco se podía presagiar con certeza que en poco tiempo se produciría una sublevación. Podía ser y, aunque el gobierno se negara a creerlo, muchos lo afirmaban con certeza, pero incluso éstos carecían de seguridad sobre cuándo ocurriría. Por otra parte, Alfredo Mendizábal debió de solicitar el permiso con la suficiente antelación como para que le fuera concedido antes del verano, ya que la estancia habría de coincidir con las vacaciones estivales del curso académico. Todo ello hace pensar que la lectura que a primera vista se hacía no está suficientemente fundamentada. Al contrario, posiblemente, simplemente, el profesor sólo trataba de ampliar sus conocimientos, dado que le gustaba estar al día de lo que ocurría en la filosofía del Derecho que se elaboraba afuera. En cualquier caso, se le dé uno u otro sentido al hecho, lo que es claro es que Mendizábal, al enterarse de lo ocurrido, no volvió a España. Tenía sus razones.

La siguiente noticia que referida a él tenemos es el expediente que le abre la *Comisión depuradora del profesorado universitario*, el 26 de febrero de 1937. El organismo del bando nacionalista tenía por misión depurar las responsabilidades de los docentes de la Universidad, para luego seleccionarlos <sup>90</sup>. Los expedientes incoados, como puede imaginarse, vulneraban todas las garantías que hoy consideramos mínimas. Tras recabarse informes de personas o institu-

---

88. Me consta que disfrutó de una beca en Alemania, en Colonia, durante dos meses, en el verano de 1928. Al margen del dato puntual, el propio Mendizábal declara que, a partir de 1925, trabajó en las Universidades de París, Nancy, Lille, Bruselas, Lovaina, Roma, Milán, Munich, Colonia, Berlín, Viena, Ginebra y Lausana.

89. Salvo que se indique otra cosa, toda la información que sigue, en AGA. EyC. Caja n.º 31.022.

90. En la Universidad de Oviedo fueron destituidos de la cátedra profesores con prestigio como Prieto Bances, Alvarez Buylla o Mendizábal, además de ser fusilado el Rector, Leopoldo Alas: ABELLA, 1974, p. 364.

ciones de confianza, se formulaba un pliego de cargos y, casi siempre sin más, se decidía. Sin duda la circunstancia bélica lo explicaba, pero la indefensión era tal que no cabía justificación posible de semejante proceder. Además, en muchos casos, como veremos en el presente, las acusaciones vertidas sobre los expedientados eran ridículas y a cuestiones nimias sobre el carácter, la religiosidad o las ideas del interesado se les concedía una importancia exagerada. Así, la documentación que sobre Mendizábal se recibe en la Comisión incluía cuatro informes: del Gobierno Civil, del Servicio de Inteligencia Militar (SIM), del Rectorado de la Universidad de Oviedo y de algún particular de confianza. Sólo los datos que proporcionó el SIM eran favorables: se trataba —según decía— de un «derechista y persona de absoluta confianza», aunque se desconociera su paradero. Los otros tres, mediante ironías o vinculando su nombre al de otras personas desafectas, eran de por sí condenatorios<sup>91</sup>. Al final, el pliego de cargos enunciará cuatro distintos:

«Primero. Discípulo predilecto de Ossorio y Gallardo; católico de carácter terco y tenaz, de los que discuten hasta al Sumo Pontífice.

Segundo. Trabajó entusiásticamente por lograr el indulto de Teodomiro Menéndez y de González Peña, condenados como dirigentes de la Revolución de octubre de 1934.

Tercero. Poco aficionado a la función docente.

Cuarto. No se ha presentado en la Universidad ni se sabe su paradero.»

Lo que hubiera de positivo en los informes, sin embargo, no era tenido en cuenta, y si se reconocía su condición de católico a ella se unía la de su «carácter terco y tenaz». Por lo demás, ninguno de los cargos parecía suficiente para apartarle de la cátedra. No lo entendió así la Comisión depuradora que, por unanimidad,

---

91. El resto de los informes decían lo que sigue:

«Informe del Gobierno Civil de la provincia de Oviedo. Católico, pero de los que discuten hasta al Soberano Pontífice. Carácter terco y tenaz. No parece tener gran afición a la función docente de la Cátedra (...) al menos en Universidades tan lejanas de Madrid como ésta.»

«Informe del Rectorado. *Conducta académica*. Poseído de gran cultura filosófica. Inclinado a prolongar las vacaciones. No se ha reintegrado al cargo, desconociéndose su paradero. *Conducta Política y social*. Anticomunista, antifascista y antirracista según se observa en sus monografías. Comulga con la doctrina social de la Iglesia. Esta disciplina la ha explicado en el curso de 1934, organizada en Oviedo por la Asociación Católica de Propagandistas. Pertenecía al partido de Derecha Liberal Republicana. En la actualidad, sin filiación política. Admirador en materias sociales y jurídico filosóficas de los dominicos, singularmente del P. Rutten, P. Delos, P. Renard y P. Getino. No se tiene noticia de que se haya adherido al Movimiento. *Conducta religiosa*. Católico. Creo que cumple bien. Perteneció a la Asociación Católica de Propagandistas hasta el advenimiento de la República. (Recibido después de formulado el pliego de cargos).»

«Informe particular. Trabajó por el indulto de Teodomiro Menéndez y González Peña, siendo absolutamente contrario a todo sistema de Gobierno que no sea liberal. Discípulo predilecto de Ossorio y Gallardo. No se ha presentado en su Universidad.»

decidió separarle definitivamente del servicio e inhabilitarle para ejercer cargos directivos y de confianza. La *Comisión de Cultura y Enseñanza de la Junta Técnica del Estado*, en Burgos, el 20 de julio de 1937, ratificó el castigo. Rubricaba la resolución Francisco G. Jordana, pero la orden también tuvo que ser firmada por un colega iusfilósofo que formaba parte de aquella Comisión y para quien, por cercanía de ideas (filosóficas, que no políticas), pues era otro fiel tomista, y por haber votado a su favor en la oposición a la cátedra de Oviedo, supongo que tuvo que constituir un sacrificio. La opción de Mendizábal, por tanto, supuso una ruptura en la iusfilosofía española.

También Recaséns, pero sobre todo Mendizábal constituye el paradigma iusfilosófico de la tercera España<sup>92</sup>. Por las mismas fechas el bando republicano le sancionó de igual forma. Parece ser que fue el ministro comunista de Instrucción Pública, Jesús Hernández, quien firmó la destitución de la cátedra<sup>93</sup>. Pasados los años, sin embargo, precisamente los comunistas utilizarán su nombre como argumento de autoridad, lo que ya nos dice de su prestigio moral en ciertos ambientes<sup>94</sup>.

Mientras tanto, nuestro protagonista se encuentra en París, empeñado en una particular cruzada. Allí no guarda relación ni con uno ni con otro bando, por lo que le extraña recibir una carta de José Gaos, entonces presidente de la *Junta Delegada de Relaciones Culturales del Gobierno republicano*. Parece ser que en ella le pedía adhesión a la causa. La sincera respuesta tiene especial interés, pues se trataba de las razones de su peculiar decisión, expuestas en la *intimidad* de una comunicación personal. Por una parte, la actuación del Estado español, suspendiendo en el puesto a todos los funcionarios, le parece ilegal e ilegítima; más todavía que ahora, para obtener su reincorporación, se les exija adhesión a unas ideas políticas: «nunca, ni aun la Monarquía dictatorial (mucho menos la República democrática) me obligó a declarar a qué partido pertenecía, ni si estaba afiliado a algún sindicato o inscrito en otras asociaciones», le dice a Gaos. La única adhesión que podía pedirse era la de no secundar la insurrección, ni apoyarla de forma alguna. Si, como decía el Gobierno de la República, había que estar con el «espíritu de este momento», resultaba que a cada momento cambiaba el espíritu y, por tanto, sin saber a qué atenerse no podía prestar su adhesión. En fin, es evidente —dirá más adelante— que no estoy «en la línea». Eso no quiere decir, ni mucho menos, que estuviera en la otra línea. Precisamente sus mayores reproches se dirigen al bando de Franco,

---

92. Parece ser que el propio Mendizábal utilizaría esa expresión: LAÍN, 1976, p. 183.

93. Lógicamente, tras la muerte de Franco, en 1978, fue rehabilitado y restituido en todos sus derechos.

94. IBARRURI, 1967, I, p. 96.

pues las mismas razones que le impedían unirse a los resistentes hacían que se sintiese enfrentado a los otros, que habían iniciado la guerra y sobre los que caía la mayor responsabilidad.

«Como pacifista abomino de la violencia y del crimen, en todas sus formas. Creo que el militarismo y el milicianismo han intoxicado de mitos bélicos a la juventud española, en uno y otro campo. Mientras la guerra persista, siento cual primordial vocación la de trabajar por la paz» y la mejor manera no sería la de «dedicarme a cazar a mis hermanos en el frente», ni tampoco colaborar a la guerra mediante la propaganda en que se había convertido la cultura. En fin, la decisión era arriesgada, seguro que incomprendida, pero le decía que por lealtad a su conciencia no podía tomar otra. En la afectuosa despedida le pedía a Gaos que no menguara su estimación personal por ello.

En cualquier caso, trabajar por la paz no era un fácil expediente que Mendizábal utilizaba para escapar del drama de España. Al contrario, vivió personalmente su particular tragedia, sabiendo que ni unos ni otros aceptarían ninguno de los intentos mediadores a los que contribuyó desde el *Comité español por la paz civil* que dirigía<sup>95</sup>, organismo análogo al francés e inglés<sup>96</sup>, donde entre otros militaron Maritain y Sturzo, respectivamente. Por cierto, también en 1937 publica Alfredo *Aux origines d'une tragédie*<sup>97</sup>, que prologaría Maritain<sup>98</sup>. El libro se constituía por su visión de la década de los veinte y los treinta en España y, de nuevo, en él mantenía su posición pacifista. Pero que colaborara Maritain en el trabajo ya era razón suficiente para que la obra fuera condenada<sup>99</sup>, pues por aquel entonces el francés se había convertido en el adalid del catolicismo «antifranquista» y comenzaba a ser respondido desde la España nacio-

95. GIL CREMADES, 1987, p. 582; RAGUER, 1986, p. 74; TUSELL y GARCÍA, 1993, pp. 141-157 y 177.

96. El *Comité francés*, al igual que los otros, perseguía objetivos como el de impulsar y cooperar con las iniciativas que limitaran la barbarie de la guerra española, pero el fin fundamental era el de contribuir a una resolución pacífica del conflicto por la mediación entre las partes: «Déclaration du Comité pour la paix civile et religieuse en Espagne», *Esprit* 58, 1-VII-1937, pp. 651-652.

97. El libro fue recensionado laudatoriamente por Jacques MADAULE en *Esprit* 63, 1-XII-1937, pp. 487-488: «Imparcial, lúcido y sereno en medio de la tempestad», el libro arrojaba luz sobre una situación terrible y confusa.

98. La mejor lectura de la postura de Maritain frente a la guerra española, en TUSELL y GARCÍA, 1993, pp. 96-108. Por lo demás, en este mismo libro se contiene noticia de las publicaciones y las actividades de Mendizábal durante la guerra, en Francia y en Estados Unidos: pp. 89 y n., 115, 144, 153, 177, 179 y 348.

99. La consecuencia de aquella «condena» fue que la obra no se traduciría al español, con lo que se puede encontrar en francés, inglés y sueco, pero no en el idioma en que probablemente fue escrita. Edición francesa: *Aux origines d'une tragédie. La politique espagnole de 1923 a 1936*, París, Desclée de Brouwer, 1937 (269 pp.). Edición sueca: *Spaniens martyrium. Kallorna till en tragedi* (trad. por Karin Alin), Estocolmo, Bokforlaget natur och kultur, 1938 (242 pp.). Aquí, en cambio, se cita por la segunda edición de la traducción en lengua inglesa.

nalista <sup>100</sup>. Aun así, la introducción de Maritain ya tenía en cuenta el documento colectivo del Episcopado español, de 1937, del que decía haberlo leído, como todos los católicos, «con respeto y emoción», lo que no obstaba para que siguiera considerando que la guerra española no era en absoluto «comparable con las Cruzadas» <sup>101</sup>.

Mientras tanto, Mendizábal había conseguido ser repudiado por unos y por otros <sup>102</sup>, incluso por algunos próximos a círculos vaticanos <sup>103</sup>. Evidentemente, su postura no provocó el entusiasmo de ninguno de los contendientes y la consecuencia fue, además de perder la cátedra, la condena expresa de sus antiguos amigos. En efecto, pueden citarse dos testimonios dolorosos, uno de cada bando, para verificarlo. Legaz <sup>104</sup>, por el nacionalista, lo tachó de corifeo del personalismo a lo Maritain, además de acusarle de haber «democratizado» el Tratado de su padre <sup>105</sup>. Quede para otra ocasión el relato de los hechos, pero sépase que la respuesta a Legaz se daría ante las más altas instancias personalistas y sería inmediata. Ossorio y Gallardo <sup>106</sup>, por el bando republicano, más suavemente, le criticará su neutralidad, «que es la más fea de las posturas que se podían adoptar», pues en momentos trágicos ser tan «ecuánime» era censurable <sup>107</sup>. Junto a terribles sucesos, la guerra también significó la ruptura de sinceras amistades.

---

100. De hecho, el contendiente republicano utilizó a Maritain en la guerra de propaganda: MARITAIN, 1937. La «respuesta-tipo» en MENÉNDEZ-REIGADA, 1937.

101. MENDIZÁBAL, 1985, pp. 46-48.

102. No es exacta la afirmación de Mainer, según la cual Mendizábal se habría situado «sin reservas en la defensa de la legalidad republicana»; en TUÑÓN, 1988, p. 609. Tendría más razón García Escudero, para quien Mendizábal se situó, «física y espiritualmente, en tierra de nadie» o, como dice en otro momento, bajo «la bandera de la equidistancia»: GARCÍA ESCUDERO, 1976, pp. 1459 y 1502.

103. TUSELL y GARCÍA, 1993, p. 177.

104. Téngase en cuenta que Legaz pertenecía a su misma escuela, ésta era la que su padre había creado en Zaragoza; incluso habían colaborado juntos en diversos proyectos. Por lo demás, no se deduzca lo contrario: quien fuera uno de los más preparados iusfilósofos en toda la historia de esta disciplina, no se caracterizó por el insulto ni el menosprecio, siendo ésta una excepción que confirma la regla y que perfectamente muestra el ambiente radicalizado que se vivía, tanto que hasta un hombre tímido y suave en las formas llegaba a escribir con una dureza extraña en él. Ya se ha señalado, por cierto, el personalismo latente que caracterizó la producción del Legaz de posguerra (VELA, 1989, p. 261).

105. LEGAZ, 1940, p. 28, n.

106. Mendizábal se encontraba, políticamente, en la órbita del maurismo crítico que representaba Ossorio. Repárese en que muchas expresiones que Tusell usa para calificar a Ossorio, son, aunque limitadamente, aplicables a Mendizábal: «maurismo de izquierda», «mantuvo una postura muy crítica con respecto a todas las actuaciones de la derecha y, en cambio, disculpó los errores de la izquierda», «para la mentalidad de la época (...) era un hombre de izquierdas y, como tal, acusado constantemente por la extrema derecha, de traición»: en TUSELL, 1986a, II, pp. 200, 209, 212 y 216. En muchos sentidos, sus vidas fueron paralelas y, por tanto, aun siendo su crítica respetuosa, tuvo que dolerle al iusfilósofo.

107. OSSORIO, 1941, pp. 134-135. Posteriormente, Ossorio evitará la crítica,

Al margen del repudio, Mendizábal constituyó una excepción. Ya no porque simplemente no se adhiriera a unos ni a otros, sino porque fue el único pensador de corte tomista que, en la academia iusfilosófica, no estuvo con el bando de Franco, además de ser el único de la «escuela aragonesa» que no tomó esa opción. Pasados más de cincuenta años, no sólo dignifica el pensar escolástico, sino que advierte que la crítica a semejante filosofía no puede dejar aparte la racionalidad a cambio de la referencia a instancias políticas.

La guerra terminó y Mendizábal siguió en Francia un tiempo <sup>108</sup>, hasta que en 1942 marchó para América. En los Estados Unidos, en Nueva York, se dedicará a la enseñanza de Ciencia Política y Teoría General del Derecho hasta poco después de que se ponga fin a la segunda guerra mundial <sup>109</sup>. Entonces abandona la labor docente y pasa a desempeñar un cargo al servicio de la ONU. Así, hasta 1953, cuando vuelve a Europa, donde seguirá trabajando en organismos internacionales. Apartado ya de la labor investigadora, la última obra que vuelve a ver la luz —que yo sepa— se publica en 1966, la reedición de la traducción de *Humanisme integral* <sup>110</sup>, de Maritain, punto final a la trayectoria doctrinal de un pensador católico, comprometido y progresista. Olvidado de casi todos, vino a morir a España, a Almería, en 1981 <sup>111</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ABELLA, 1974: Rafael Abella Bermejo, *La vida cotidiana durante la guerra civil. La España nacional*, Barcelona, Planeta, 1973, 447 pp.
- ABELLÁN, 1976: José Luis Abellán (coor.), *El exilio español de 1939*, Madrid, Taurus, 1976 (6 vols.).
- ALZAGA, 1973: Oscar Alzaga Villaamil, *La primera democracia cristiana en España*, Barcelona, Ariel, 1973, 355 pp.

---

pero también la cita de su nombre, oculto tras un «honrados escritores católicos» (OSSORIO, 1975, p. 186). Tampoco en el lugar que hubiera sido más indicado hará mención expresa a él: OSSORIO, 1942, p. 25.

108. Parece que Alfredo se hallaba en una situación penosa: también él había perdido la guerra, un hermano suyo había sido fusilado por los *rojos*, su madre se encontraba enferma en Madrid y él en París malviviendo, carente de los mínimos recursos económicos: TUSELL y GARCÍA, 1993, pp. 179-180.

109. Curiosamente también Maritain residió en Nueva York por aquellos años. Es más, es muy posible que fuera el filósofo francés quien le preparara su estancia en Estados Unidos, pues Mendizábal pasó a dar clase en la *French University*, de la que Maritain era el inspirador: PECES-BARBA, 1972, p. 69, n.; GIL CREMADES, 1987, p. 581.

110. En el ejemplar se hace constar que se trata de una nueva edición, pero no dice cuál es su número. Informa Tusell, sin embargo, que la primera edición de la misma apareció en Santiago de Chile en 1940, y que en 1947 había alcanzado la tercera edición: TUSELL, 1985, p. 9.

111. GIL CREMADES, 1987, p. 587.

- BERGAMÍN, 1934: José Bergamín, «El Estado fantasma y ¿En qué país vivimos?», *Cruz y Raya*, 20 noviembre de 1934, pp. 127-133.
- DÍAZ, 1973: Carlos Díaz, «El personalismo en España», en LACROIX, J., *El personalismo como anti-ideología*, Madrid, Guadiana, 1973, pp. 11-31.
- DÍAZ NOSTY, 1974: Bernardo Díaz Nosty, *La comuna asturiana. Revolución de octubre de 1934*, Madrid, Editorial Zero, 1974, 400 pp.
- GARCÍA ESCUDERO, 1976: *Historia política de las dos Españas*, Madrid, Editora Nacional, 1976 (2.<sup>a</sup> ed.), 4 vols: 2052 pp.
- GIL CREMADES, 1981a: Juan José Gil Cremades, voz «Mendizábal Martín, Luis», *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Zaragoza, UNALI, 1981, pp. 2215-2216.
- GIL CREMADES, 1981b: Juan José Gil Cremades, voz «Mendizábal Villalba, Alfredo», *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Zaragoza, UNALI, 1981, p. 2216.
- GIL CREMADES, 1987: Juan José Gil Cremades, «Filosofía del Derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 563-587.
- IBARRURI, 1967: Dolores Ibarri (ed.), *Guerra y revolución en España. 1936-1939*, Moscú, Editorial Progreso, 1967 (3 vols.).
- LAÍN, 1976: Pedro Laín Entralgo, *Descargo de conciencia*, Barcelona, Barral Editores, 1976, 513 pp.
- LEGAZ, 1934: Luis Legaz Lacambra, *La filosofía jurídica del nacionalsocialismo*, Zaragoza, separata de *Universidad*, 1934, 48 pp.
- LEGAZ, 1940: Luis Legaz Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940, 262 pp.
- LEGAZ, 1942: Luis Legaz Lacambra, «Indicaciones sobre la filosofía del Derecho en España y en algunos otros países», pp. 208-242, en DEL VECCHIO, J., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1942 (502 pp.).
- LLANO, 1935: Aurelio de Llano Roza de Ampudia, *Pequeños anales de 15 días. La revolución en Asturias. octubre de 1934*, Oviedo, el autor, 1935, 213 pp.
- MARITAIN, 1937: Jacques Maritain, *Los rebeldes españoles no hacen una «guerra santa»*, Madrid-Valencia, Ediciones Españolas, 1937, 14 pp.
- MARITAIN, 1966: Jacques Maritain, *Humanismo integral* (trad. de A. Mendizábal), Buenos Aires, Carlos Lohé, 1966, 235 pp.
- MAURA, 1966, Miguel Maura Gamazo, *Así cayó Alfonso XIII...*, Barcelona, Ariel, 1966, 350 pp.
- MENDIZÁBAL MARTÍN, 1928: Luis Mendizábal Martín (con la colaboración de A. Mendizábal), *Tratado de Derecho Natural*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, Imprenta Clásica Española, 1928 (3 vols.).
- MENDIZÁBAL, 1925: Alfredo Mendizábal Villalba, «La doctrina de la justicia según la Summa teológica», *Universidad* 2, 1925, pp. 331-369; y 3, 1925, pp. 587-611.
- MENDIZÁBAL, 1926: Alfredo Mendizábal Villalba, *Memoria presentada al tribunal de oposición a la cátedra de Elementos de Derecho Natural* de la Universidad de Oviedo, inédito, 71 pp. (AGA, EyC, leg., n.º 5.373-2)
- MENDIZÁBAL, 1927: Alfredo Mendizábal Villalba, *Los Tratados de paz. Su naturaleza, fundamento jurídico y eficacia*, Madrid, Victoriano Suárez, 1927, 179 pp.
- MENDIZÁBAL, 1931: Alfredo Mendizábal Villalba, «El Derecho Natural en la ciencia administrativa», *Universidad* 2, 1931, pp. 363-371.
- MENDIZÁBAL, 1933a: Alfredo Mendizábal Villalba, «Fronteras de la alegría», *Cruz y Raya*, 4 julio de 1933, pp. 134-139.
- MENDIZÁBAL, 1933b: Alfredo Mendizábal Villalba, «Una mitología política (Los principios anticristianos del racismo)», *Cruz y Raya*, 5 agosto de 1933, pp. 77-112.
- MENDIZÁBAL, 1934a: Alfredo Mendizábal Villalba, «El comunismo», en Varios (Semana Social de Madrid, 1933), *La crisis moral, social y económica del mundo*, Madrid, Acción Social, 1934, pp. 353-394).



- MENDIZÁBAL, 1934b: Alfredo Mendizábal Villalba, «Una concepción hemofílica del Derecho (Estado de raza, sinrazón de Estado)», *Cruz y Raya*, 17 agosto de 1934, pp. 59-106.
- MENDIZÁBAL, 1934c: Alfredo Mendizábal Villalba, «Neuf journées rouges en Asturie», *La Vie Intellectuelle* 1, vol. XXXII, 30-XI-1934, pp. 67-73.
- MENDIZÁBAL, 1935: Alfredo Mendizábal Villalba, «Crónica del grupo español de la UCEI. 1933-1934», en Varios (Grupo español de la Unión de Friburgo), *Estudios Internacionales*, Madrid, Publicaciones del Grupo español de la Unión de Friburgo, 1935, pp. 191-214.
- MENDIZÁBAL, 1936: Alfredo Mendizábal Villalba, «Llamada al orden», estudio que precede al libro de GILSON, E., *Por un orden católico* (trad. de J. A. Maravall), Madrid, Cruz y Raya, Ediciones del Árbol, 1936, pp. XIII-XLIX.
- MENDIZÁBAL, 1985: Alfredo Mendizábal Villalba, *The martyrdom of Spain* (trad. por Charles Hope Lumley), Michigan, University Microfilms International, 1985, 277 pp.
- MENÉNDEZ-REIGADA, 1937: *Acerca de la «Guerra Santa». Contestación a M. J. Maritain*, Salamanca, separata de *La Ciencia Tomista*, 1937, 28 pp.
- ORTEGA, 1983: José Ortega y Gasset, *Obras Completas*, Madrid, *Revista de Occidente-Alianza Editorial*, 1983 (12 vols.).
- OSSORIO, 1941: Angel Ossorio y Gallardo: *La España de mi vida. Autobiografía*, Buenos Aires, Losada, 1941, 240 pp.
- OSSORIO, 1942: Angel Ossorio y Gallardo, *La guerra de España y los católicos*, Buenos Aires, 1942, 88 pp.
- OSSORIO, 1975: Angel Ossorio y Gallardo, *Mis memorias*, Madrid, Tebas, Ediciones Giner, 1975, 238 pp.
- PECES-BARBA, 1972: Gregorio Peces-Barba Martínez, *Persona, Sociedad Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1972, 316 pp.
- RAGUER, 1986: Hilari Ragner, «Los católicos catalanes», pp. 64-79, en VARIOS, *La guerra civil. 13. La Iglesia durante la guerra*, Madrid, Historia 16, 1986, 130 pp.
- RECASENS, 1963: Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, 2 vols.
- ROMERO, 1930: Francisco Romero Otazo, *Sentido democrático de la doctrina política de Santo Tomás*, Madrid, Estudios Políticos, Sociales y Económicos, 1930, 222 pp.
- SABORIT, 1964: Andrés Saborit, *Asturias y sus hombres*, Toulouse, UGT-CIOSL, 1964, 325 pp.
- STURZO, 1934: Luigi Sturzo, «Fascio lictorio y cruz gammada» (trad. de F. Jardón), *Cruz y Raya*, 10 enero de 1934, pp. 3-20.
- STURZO, 1935: Luigi Sturzo, «El Estado totalitario» (trad. de A. Mendizábal), *Cruz y Raya*, 28 julio de 1935, pp. 739.
- TUÑÓN, 1984: Manuel Tuñón de Lara, *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, Madrid, Tecnos, 1984, 304 pp.
- TUÑÓN, 1988: Manuel Tuñón de Lara, *Historia de España. 9. La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra (1923-1939)*, Barcelona, Labor, 1988, 712 pp.
- TUSELL, 1985: Javier Tusell, *El personalismo en España*, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia, 1985, 20 pp.
- TUSELL, 1986a: Javier Tusell, *Historia de la democracia cristiana en España*, Madrid, Sarpe, 1986 (2 vols.).
- TUSELL, 1986b: Javier Tusell, *Democracia cristiana en España (1890-1975)*, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia, 1986, 30 pp.
- TUSELL, 1986c: Javier Tusell, *Catolicismo y Acción Política*, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia, 31 pp.

- TUSELL, 1990: Javier Tusell, *Manual de Historia de España*. 6. Siglo XX, Madrid, Historia 16, 1990, 939 pp.
- TUSELL y CALVO, 1990: Javier Tusell y José Calvo, *Giménez Fernández, precursor de la democracia española*, Sevilla, Mondadori-Diputación Provincial de Sevilla, 1990, 314 pp.
- TUSELL y GARCÍA, 1993: Javier Tusell y Genoveva García Queipo de Llano, *El catolicismo mundial y la guerra de España*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, 384 pp.
- VELA, 1989: Fernando Vela López, *Persona Poder. Educación. Una lectura de E. Mounier*, Salamanca, San Esteban, 1989, 297 pp.

## Enrique Dussel: El lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica

Por DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Sevilla

INDICE: 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. a) Dussel y la Filosofía de la liberación. b.) El concepto de Justicia como vía de conexión interdisciplinar.—2. DETERMINADOS CRITERIOS DE JUSTICIA EN ENRIQUE DUSSEL. a) Una recuperación del Pensamiento marxiano desde la Exterioridad. El trabajo vivo. b) El derecho al trabajo en el lenguaje tecnológico.

### 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Este trabajo viene a formar parte de un estudio más amplio, que tiene como objetivo el abrir una vía ancha, espaciosa y extensa que nos permita coordinar el mundo filosófico con el mundo jurídico latinoamericano. En concreto, se trata de coordinar a la llamada *Filosofía de la liberación* (FdL) con la rica y atrevida concepción del Derecho que queda resumida en torno al rótulo de *Critica Jurídica*. Para ello, hacemos un trasvase o un intento de juridificación de aquellas categorías elaboradas por autores relacionados con la FdL, que consideramos son aprovechables para poder conseguir una visión más completa, más consistente y más crítica sobre la curiosa realidad del Derecho latinoamericano. Precizando aún más la cuestión, y como ejemplo de los resultados obtenidos, en este artículo realizamos un análisis de determinados aportes desarrollados por el filósofo y también teólogo argentino Enrique Dussel, que vienen a mostrar una concepción de Justicia vertida a la radical defensa de los sectores más marginados de aquellas latitudes, proyectables a otros lugares. De esta manera, tratamos de precisar con mayor claridad cuáles deben ser los patrones axiológicos que deben inspirar, con un grado

de seguridad suficiente, a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

### a) Dussel y la FdL

Uno de los filósofos con más proyección en la actualidad, tanto en el ámbito de los países de capitalismo avanzado, como, sobre todo, en los países de capitalismo dependiente y periférico, es el argentino Enrique Dussel. Nacido en el año 1938, en el pueblo de La Paz (Mendoza), desde hace ya unos años —aproximadamente unos veinticinco—, viene elaborando un pensamiento que se caracteriza por la total defensa de los grupos más pobres y más desfavorecidos dentro de las naciones latinoamericanas. Sin ser el único, pensar que desarrolla actividades liberadoras, ha sido quien con mayor interés y dedicación ha creado la FdL.

Desde un tiempo atrás, con la intención de no quedarse anquilosado en sus planteamientos iniciales de carácter ontologista, y demostrando su capacidad de supervivencia, se ha volcado con fuerza hacia la apertura de un intenso diálogo con la «ética del discurso» de Jürgen Habermas y, sobre todo, de K. O. Apel. Recientemente, en la ciudad brasileña de Sao Leopoldo, se celebró el *IV Seminario Internacional: A Etica do Discurso e a Filosofia Latino-Americana da Libertação*, en el que participaron ilustres pensadores de la talla de Hugo Assmann, el mismo Karl Otto Apel, Juan Carlos Scannone, Franz-Josef Hinkelammert, Arturo Andrés Roig, Sirio López Velasco, Raúl Fonet-Betancourt y Pablo Guadarrama<sup>1</sup>. En el encuentro, la importancia que el punto de vista del Otro, en cuanto pobre, tiene a la hora de pretender ofrecer un fundamento último de cualquier principio ético o sistema normativo, quedó claramente plasmada. Entre los trabajos presentados, Enrique Dussel daba un paso más en su empeño por criticar la ética del discurso apelsiana, cimentada sobre la base de una pragmática trascendental, completándola con una ética de la liberación, arraigada sobre el *a priori* racional, relacional o ético de apertura al Otro. En ella, la dimensión económica es fundamental para todo acto de habla, y mucho más para la realidad en la que se encuentran los países de capitalismo dependiente<sup>2</sup>. Esta

1. El seminario se desarrolló entre los días 28 de septiembre y 1 de octubre de 1993, en el Auditorio Central de UNISINOS. En el mismo, aunque los que asistieron son bastante representativos, faltaron otros muchos filósofos vinculados, de alguna u otra manera, con la misma FdL: Leopoldo Zea, Horacio Cerutti Guldberg, Roque Zimmermann, Carlos Paladines, Ofelia Schutte, y un largo etcétera.

2. El planteamiento de Dussel en su ponencia «Ética de la liberación (hacia el “punto de partida” como ejercicio de la “razón ética originaria”）」 profundiza sobre trabajos anteriores. En concreto, lo hace girar en torno al defecto que toda comunidad real de comunicación posee, pues en virtud del *principio de exclusionis*, todos los afectados «posibles» no son los que «factiblemente» pueden participar en ella. Todo

actividad, junto al apoyo categorial del que se sirve gracias al profundo frente recuperador del pensamiento marxiano que está realizando, ha provocado una mayor estabilidad y una más constatable virtualidad de la FdL en la defensa que realiza a favor de los oprimidos. La fuerza de la ilocución «¡Tengo hambre!» reclama que, antes de empezar a dialogar sobre la mesa, se debe hacer cumplir los requisitos para que todos los participantes y todos los afectados *tengan la posibilidad* de sentarse a discutir en la comunidad real de comunicación, en igualdad de condiciones<sup>3</sup>. La opción por los pobres es la forma como se intenta que todo ser humano pueda desarrollar todas sus potencialidades, individuales y sociales. No se trata de excluir a aquellos que no lo sean, pues con la liberación se pretende evitar toda situación que produce y mantiene la dominación<sup>4</sup>.

La FdL, y más en los últimos años, ha tenido a los campos de la política, la economía, y sobre todo, la ética como sus principales puntos de proyección, pues se piensa que la resolución de los problemas convivenciales entre los seres humanos, básicamente se desenvuelven en ellos. Pero hasta ahora, pocos han sido los enfoques que han intentado abordarla sobre aquella realidad donde los conflictos humanos se intentan resolver por medio de un procedimiento

---

acuerdo posee una «finitud» constitutiva, de la misma manera que incluye a unos —que pueden ser los que participan, y a quienes éstos representan—, excluye a otros —personas sólo aparentemente representadas, ignoradas, rechazadas, etc.— (pp. 9-10)

La diferencia que existe entre la Ética del Discurso y la Ética de la Liberación se sitúa en su punto de partida. Mientras que la primera parte de la comunidad de comunicación ya establecida, la segunda parte de aquellos afectados que están excluidos de la misma (p. 12).

Para Dussel existe un tipo específico de racionalidad, diferente a otras, como son los casos de la razón estratégica, la discursiva, la instrumental, etc., y que bautiza con el nombre de «razón ética originaria». Es el momento primero racional, anterior a todo otro ejercicio de la razón. Mediante ella tenemos la *experiencia* del Otro, antes de toda decisión, antes de todo compromiso, expresión lingüística o comunicación (pp. 26-27). Viene a ser una responsabilidad *a priori* por el Otro, y con ella se abren las puertas a la acción comunicativa (pp. 29-30. En este sentido, también su trabajo en K. O. Apel, E. Dussel y Raúl Fornet Betancourt, *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*, Editorial Siglo XXI, México-Madrid-Buenos Aires, 1992, p. 76).

En cuanto a la importancia de la económica sobre la pragmática, ver *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.; y *Las metáforas teológicas de Marx*, Editorial Verbo Divino, Estella (Navarra), 1993, pp. 287 y ss.

3. *Fundamentación...*, *op. cit.* p. 77.

4. «La lucha por la liberación es peligrosa, larga y compleja. Pero los objetivos son claros como la luz del día. Toda opresión, sea cual sea su tipo, debe ser combatida. La opresión que impone una nación a otra (imperialismo); la de una raza sobre otra (racismo): la opresión de los trabajadores por los empresarios (explotación económica), la opresión de un tirano sobre sus súbditos, y todas las demás, fueren las que fueren, deben ser combatidas. Mientras haya un solo oprimido habrá que seguir luchando.» Francisco Miró Quesada, «Filosofía de la liberación. Reajuste de categorías», en *América Latina, historia y destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, vol. II, UNAM, México, p. 199.

supuestamente imparcial, seguro, justo y equitativo, donde también, tanto en su dimensión teórica como práctica, más directamente se debe recepcionar y garantizar el mayor número posible de los intereses reclamados por la sociedad, y, por último, nos atreveríamos a decir que es donde mejor se hace expresa si las necesidades de todas las personas o grupos, especialmente los más desfavorecidos, son atendidas. Tal realidad es la propia del mundo jurídico.

Si hay algo que caracteriza a América Latina es el término *liberación*. Tan radical es su presencia que se llega a afirmar que su idea es el cordón umbilical del pensamiento latinoamericano<sup>5</sup>. Conocidas son las tendencias pertenecientes a la denominada «cultura de la liberación», y relacionadas con el mundo teológico (*Teología de la liberación*), económico (*Teoría de la dependencia*), pedagógico (*Pedagogía del oprimido*) y filosófico (*la misma FDL*). La lucha por la liberación integral del ser humano, para obtener la eliminación de cualquier forma de dominación, debe hacerse desde multitud de frentes que, además, estén, entre sí, en permanente contacto y diálogo. Esta línea, pensamos, es la que deben encarrilar los teóricos y prácticos del Derecho que también se han alzado, y que quedan englobadas en torno al rótulo de *Crítica Jurídica*, con el prioritario objetivo de defender a los colectivos más desprotegidos de sus sociedades<sup>6</sup>.

---

5. La tesis del filósofo canadiense Jorge J. E. Gracia es que «la liberación, con diversas variaciones y modalidades dependientes del contexto histórico, ha sido uno de los motores principales del pensamiento latinoamericano y ha constituido uno de los incentivos más fuertes de la actividad intelectual de América Latina desde el descubrimiento hasta nuestros días.» Jorge J. E. Gracia, «Zea y la liberación latinoamericana», en *América Latina. Historia y destino...* Tomo II, *op. cit.* pp. 95 y 96.

6. El movimiento, extendido por todo el continente, conforma un conjunto de teorías y prácticas diversas entre sí, sin que ello impida la coincidencia de determinados aspectos. En el seno del mismo, de una gran lista interminable, destacaríamos, en Brasil, a los jueces gauchos reunidos en torno al *Derecho Alternativo*, liderados por Amilton Bueno de Carvalho, a los seguidores de Roberto Lyra Filho aglutinados en la *Nueva Escuela Jurídica Brasileña*, con José Geraldo Sousa Junior a la cabeza, a iusfilósofos como Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Edmundo Lima de Arruda y Antonio Carlos Wolmer; en México a Jesús Antonio de la Torre Rangel, que en el ejercicio de la abogacía se inspira en los planteamientos de Enrique Dussel, y al argentino Oscar Correas, afincado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; en Argentina, Enrique Eduardo Marí y Carlos Cárcova; en Colombia a Germán Palacios y los integrantes de *Servicios Legales Alternativos*; y en Chile a Novoa Monreal y Manuel Jacques. Todos ellos poseen una fuerte tendencia crítica al propio derecho latinoamericano cimentado e interpretado sobre la lógica positivista-liberal, y todos buscan una nueva racionalidad emancipatoria que rompa con el orden legal vigente que está siempre a favor de las clases o grupos dominantes, y que permita una defensa más eficaz en favor de las clases o grupos dominados. Además, también retoman las premisas establecidas por el movimiento *Uso Alternativo del Derecho* italiano, y los aportes de aquellas corrientes jurídicas europeas más progresistas. Ver Antonio Carlos Wolmer, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, Editora Académica, Sao Paulo, 1991, pp. 79 ss.

## b) El concepto de Justicia como vía de diálogo interdisciplinar

No es el momento de entrar a analizar en profundidad cuáles son los planteamientos de todos los integrantes de esta progresista y plural óptica jurídica, pero sí queremos incidir en un punto importante.

Básicamente, este colectivo rompe con la tradicional concepción neutralista de la ley, que concibe al ordenamiento jurídico como mero mecanismo aséptico de regulación social. Frente a ella, el componente ideológico forma parte de su estructura<sup>7</sup>. Y consideran que son los valores, las necesidades y el concepto de Justicia los elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una norma jurídica<sup>8</sup>. Por ello realizan un feroz ataque contra la concepción formalista kelseniana, y contra toda aquella teoría, ubicada dentro del rótulo dogmatismo jurídico, que pretende aplicar «*el Derecho a través de un método técnico, formal, buscando la interpretación científica de la ley cuando se aplica a los casos concretos*»<sup>9</sup> e impide indagar los presupuestos ideológicos y valorativos subyacentes a toda norma. De ahí que se le dé mayor importancia al concepto de Justicia que al concepto de Derecho, pues con él se conocen las preferencias que la mayoría de las personas quieren que se establezcan como criterios de jerarquía en la satisfacción de sus necesidades. La pobreza afecta a más del cincuenta por ciento de los latinoamericanos. Si los ordenamientos jurídicos vigentes no atienden a sus reclamos, hay que hacer algo para que los tengan en cuenta. La legitimidad, apoyada sobre el acuerdo del colectivo social, prima sobre la legalidad, sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas. Se buscan pautas, instancias en virtud de las cuales se puedan fundamentar, se puedan explicar estos planteamientos que «rompen» básicamente con aquellas teorías jurídicoformales positivistas, que asocian la norma exclusivamente con lo que dice la ley, con lo que prescribe el Estado<sup>10</sup>. Frente a ellas, los conceptos de soberanía popular y de participación adquieren una dimensión

7. Ver Joao Batista Moreira Pinto, «A ação instituinte dos novos movimentos sociais frente a lei», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, Editorial Académica, Sao Paulo, 1992, p. 18; Ledio Rosa de Andrade, «Processo social alternativo», *op. cit.* p. 92.

8. Edmundo Lima de Arruda, «Apresentação» de *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.* p. 7.

9. «... o Direito através de um método técnico, formal, buscando a interpretação científica da lei quando na aplicação aos casos concretos.» Lédio Rosa de Andrade, *Juiz alternativo e poder...*, *op. cit.* p. 25; Luis Alberto Warat, «Sobre dogmática jurídica», en *Sequencia*, Florianópolis, v. 1, n.º 2, 1980, pp. 34 ss. La traducción es nuestra.

10. Ver Miguel Alves Lima, «O direito alternativo e a dogmática jurídica», en *Lições de Direito Alternativo*, 2, *op. cit.* pp. 44 ss.

más radical, más extensiva. Los nuevos sujetos sociales, siempre relacionados con el mundo de la pobreza, tienen que entrar a formar parte de un concepto de Derecho más flexible y más plural. Los criterios de Justicia insertos en este mundo desfavorable necesitan ser positivizados jurídicamente, sus demandas, sus expectativas, sus preferencias, etc.<sup>11</sup>.

Si se pretende formalizar racionalmente y conceptualizar estas nuevas dimensiones jurídicas, como hemos dicho, se necesitan instrumentales categoriales explicativos de los hechos, y que den cabida a su virtualidad. Amilton Bueno de Carvalho, uno de los principales miembros de los jueces gauchos, recientemente, hacía una solicitud, una demanda, para que desde la teoría y desde la razón se diera sentido a aquellas actuaciones que los operadores jurídicos partidarios del *Derecho Alternativo* realizan diariamente, y que están impregnadas de alternativas<sup>12</sup>. Se quieren respuestas teórico-prácticas sobre una realidad que se le escapa al pensamiento por lo inserto que está dentro de la acción. Ante el hecho de que el Derecho Oficial está creado de cara a la defensa de las minorías privilegiadas, se deben buscar instancias que, sin caer en la inseguridad jurídica, puedan servir de defensa para los legítimos de las mayorías desprotegidas. De ahí que se deba evitar caer en la arbitrariedad, en la ambigüedad y en la incertidumbre a la hora de crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas. Teniendo en cuenta esta perspectiva, nosotros vamos a poner la vista en un autor que durante mucho tiempo está intentando traducir filosófica, teológica y éticamente, las demandas de justicia popular que los considerados pobres e indigentes, los excluidos y condenados de la tierra, han desarrollado a lo largo de la historia del continente mestizo hasta nuestros días. Lo que nos diga, sin olvidar el primordial valor que la propia y directa voz del pueblo posee, nos puede servir de significativos indicios cargados de concreción que pueden ser refrendados o rebatidos por una mejor interpretación acerca de lo justo.

El lenguaje con el que traduciremos o sacaremos a la luz los conceptos de Justicia dusselianos será el propio de los *derechos humanos*. En él, la combinación dialéctica que se haga entre el trabajo, las necesidades y los valores nos dará un orden de jerarquía priori-

---

11. «Y es el explotado, el marginado, el oprimido, el único que puede tener la idea de la auténtica justicia. Sólo en aquel que está fuera de la *Totalidad jurídica del sistema*, y en aquel otro que no ve desde la legalidad del sistema, sino que tiene la óptica del marginado, puede nacer la conciencia de la justicia «legal» fuera de la Totalidad opresora.» Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El Derecho como arma de liberación en América Latina*, Centro de Estudios Ecuménicos, Aguas Calientes, 1984, p. 28.

12. Amilton Bueno de Carvalho, «Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pos-transição democrática» (ou uma práxis em busca de uma teoria). Conferencia presentada en Oñati, julio de 1993, Mecanografiado, pp. 1 y 15.



tario a la hora de satisfacer las necesidades de una comunidad o de una sociedad, pueblo o nación <sup>13</sup>.

## 2. DETERMINADOS CRITERIOS DE JUSTICIA EN ENRIQUE DUSSEL

Varias son las aclaraciones que debemos hacer:

1. En primer lugar, decir que el pensamiento de Dussel es marcadamente *dualista*. La razón estriba en los dos grandes ejes sobre los que gira. Por un lado, está el frente crítico que lanza contra la filosofía y la cultura del mundo occidental. Acude a una instancia que le permita ejercer esa crítica y, a la vez, le posibilita un material alternativo como solución. Es la *Exterioridad*. Por otro lado, está la misma dimensión que critica, expresada en el mismo mundo de Occidente, y que es la productora de todas las desdichas, de todos los sufrimientos humanos, desde el preciso instante que logró imponerse y extenderse sobre las demás civilizaciones o culturas. Es la ontológicamente denominada *Totalidad* <sup>14</sup>.

En este marco, nuestro autor ha creado todo un sistema filosófico, formado por una serie de categorías, destinado a criticar y a denunciar aquellos discursos dogmáticos, con sus consiguientes acciones, justificadores de totalidades objetivas que oprimen al hombre, de ahí que su filosofía esté plenamente volcada en defenderlo. Además conforma todo un desarrollo de una ontología hipotéticamente apriorística de la naturaleza humana, que condiciona previamente toda actividad práctico-poiética del hombre en el mundo —la «racionalidad ética originaria»—. Y para no caer con ella en un exceso de abstraccionismo, también supone que existe una dimensión antropológica, expresada en la convivencia histórica y concreta entre los hombres, que incrementa todavía más esa misma actitud de protección. Es aquella en la que se encuentran situados quienes en una sociedad

---

13. Para ello, el trabajo desarrollado por el iusfilósofo español, Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, resulta de una utilidad incalculable. En nuestra tesis de doctorado detallamos con mayor profundidad la virtualidad de sus planteamientos como vía de conexión entre lo jurídico y lo filosófico. Los derechos humanos, entendidos como los bienes jurídicos dotados de mayor contenido axiológico, dinámicos y creados por todos los hombres, ofrecen unos criterios o unas pautas formales, y materiales de justicia que pueden ofrecer un soporte de seguridad jurídica importante.

14. El origen de estos dos horizontes los sitúa Dussel en la tradición griega y en la tradición semita. La filosofía griega está cimentada sobre el saber de las cosas en cuanto adecuación al ser, a lo mismo. El horizonte semita, al estar basado en el concepto de creación, donde las cosas surgen de la nada, ya lleva implícito esa dimensión exterior a la mismidad del ser en cuanto conocimiento. El no-ser irrumpe la totalidad. Ver sus dos obras, *El humanismo semita. Estructuras intencionales radicales del pueblo de Israel y otros semitas*, Eudeba, Buenos Aires, 1969; y *El humanismo helénico*, Eudeba, Buenos Aires, 1975.

son considerados pobres y marginados. Las razones de que llegue a esta conclusión es, simplemente, porque parte de la tradicional posición ética-cristiana que exige la apertura y la confianza en el prójimo, inspirada en un Dios que lucha por los pobres.

Podríamos decir que para Dussel existe una relación primigenia entre los seres humanos, un cara-a-cara transparente que con el transcurso del tiempo, a través de lo que denomina una *erótica*, una *política*, una *económica* y una *pedagógica* de dominación, se ha ido ocultando con la ayuda de una serie de mediaciones de carácter social y cultural. En ella, cada uno conserva un ámbito esencial de pureza, de libertad e individualidad sin constricciones. Ni la razón puede captarlo tal como es ni traducirlo comprensivamente. A partir de este reducto originario, considera que cada hombre es tal en cuanto es distinto, en cuanto es la alteridad absoluta, libre, que ni la razón puede llegar a describir. Su irreductibilidad es la que impide todo intento de dominio o posesión sobre él. Pero la historia ha ido desplegando todo un frente opuesto y contrario al mismo, en el cual se ha ido imponiendo una visión del mundo de dominio sobre las cosas y sobre las personas. Occidente, su sistema capitalista y su cultura de la Modernidad, en su faceta de poder y violencia, ha sido el punto culminante. A pesar de ello, siempre ha permanecido un colectivo humano que ha conservado esa dimensión original y originaria, presentando así unos mayores síntomas e indicios de Exterioridad. No es que Dussel haga una gradación de quienes son más hombres que otros, sino que por la situación real que han vivido y continúan viviendo, donde su esencia antropológica corre mayor peligro, provoca que se manifieste, por naturaleza y por tradición, con mayor fuerza la condición de ser persona. En realidad, es el más débil, el más necesitado quien queda situado más allá del sistema opresor y quien más crudamente sufre sus consecuencias. Tanto como ser humano como oprimido. En cuanto ser humano, la dignidad de la persona se muestra en toda su extensión sin límites. En cuanto oprimido, en cuanto ser hambriento, es en los momentos de miseria donde con más fuerza irrumpe la alteridad como justicia crítica y alternativa, como subversión radical contra el sistema <sup>15</sup>.

2. Ahora bien, sobre esta base, y en segundo lugar, si su pensamiento está cargado de un fuerte componente eticista, desde el principio hay que aclarar que no lo proyecta al mundo jurídico, y

---

15. *Filosofía de la liberación*, Edicol, México (4.<sup>a</sup> edic.) 1989, p. 54. El pobre cuando avanza en el mundo conmueve los pilares del sistema que lo explota, provoca la justicia. Su presencia es el fin de la buena conciencia del opresor. *Idem*, p. 56. Todo hombre en cuanto otro es libre, es exterioridad, incondicionalidad. *Idem*, pp. 57-58.

El mismo proyecto de liberación, que sirve de alternativa al *statu quo*, es movido por un *êthos* que al ser una aptitud o capacidad de innovar, de generar la novedad, rechaza toda posible reiteración de lo establecido por el sistema opresivo. *Idem*, pp. 78-79.

no hace una interpretación amplia y explícita de lo que es el Derecho, ni de los derechos humanos. Pero sí hace alguna que otra referencia a los mismos. Aunque toda su obra es una continua fuente de reclamaciones de derechos a favor de los oprimidos —para ser más precisos, en la terminología dada por Javier Muguerza, «*derechos presuntos*», exigencias asumidas «como si» se tratasen de derechos—<sup>16</sup>, básicamente, lo que nosotros intentamos es juridificar su FdL en cuanto fuente de principios de Justicia, utilizar aquellos elementos que pueden ser llevados a la realidad de un Derecho, que necesita de elementos tanto teóricos, explicativos de sus carencias, como prácticos, que sirvan de solución a las mismas. No obstante, creemos que incluso a través de su método analéctico, y por medio de su análisis de la lógica marxiana del capital, se puede deducir cuál es su tesis jurídica, tanto referida a la Exterioridad como a la Totalidad<sup>17</sup>.

---

16. Javier MUGUERZA, «La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en VV.AA. *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, p. 29.

Para poder comprender mejor el lenguaje de los derechos humanos en el que se mueve Dussel utilizaremos las mismas palabras elaboradas por Ignacio Ellacuría. Para él hablar de derechos humanos es algo complejo y ambiguo, que debe ser enfocado desde diversas perspectivas. De los múltiples significados que posee, destaca aquellos que los demarcan como *necesidades* de la convivencia social y política; como *exigencias físicas*, antes que morales; como producto histórico, resultado de una praxis histórica determinada; como *aspiraciones* naturales que se van actualizando según las posibilidades y las capacidades; como *prescripciones éticas*; como *valores* que la colectividad va estimando como algo indiscutibles; como *ideales utópicos* que impulsan la humanización; como *momentos ideológicos o momentos ideologizados* en el momento que ocultan o defienden intereses minoritarios; como *derechos positivos*; y como *convenciones y contratos sociales y políticos*. «Hacia una conceptualización de los Derechos Humanos» (fotocopias mecanografiadas de sus apuntes de clase).

Consideramos que Dussel los entiende como *necesidades, exigencias, aspiraciones, prescripciones éticas, valores e ideales utópicos* procedentes de la Exterioridad. Serán *momentos ideologizados, derechos positivos y convenciones y contratos sociales y políticos* en el instante que todo acuerdo posee una «finitud» constitutiva refrendada por la Totalidad.

17. El método analéctico, cuyo origen está en la influencia que la obra del alemán B. Lakebrink, *Hegels dialektische. Ontologie und die thomische Analektik*, Retingen, 1968, tuvo sobre el argentino Juan Carlos Scannone (ver su artículo «La cuestión del método de una filosofía latinoamericana», en *Stromata*, n.º 1/2, enero-junio de 1990, nota 4, p. 80), pretende superar las deficiencias que reúne el método dialéctico. La dialéctica es el método o camino propio de la Totalidad, con un movimiento radical e introductorio a lo que las cosas son, y que se inicia desde el *ser que se impone* en ese captar de las cosas. Por medio de ella, la conciencia, la subjetividad o el ser domina las cosas, las hace formar parte de su propia identidad. Representa la mentalidad europea que diviniza su subjetividad proyectándola sobre otras culturas. Frente al horizonte de la dialéctica existe otro horizonte que supera el movimiento hacia lo mismo, situado más allá del ser. Existe un «*momento antropológico que permite afirmar un nuevo ámbito para el pensar filosófico, metafísico, ético, alternativo*». Con la analéctica podemos acceder a él. Ver Enrique Dussel, *Método para una filosofía de la liberación. (Superación analéctica de la dialéctica hegeliana)*, Editorial Sígueme, Salamanca, 1974, pp. 15 ss.

3. En tercer lugar, y por otra parte, la denominación que Enrique Dussel realiza de los *derechos humanos*, tiene como trasfondo una concepción *iusnaturalista*, que parte de la dignidad inherente a todo ser humano en cuanto individuo, y a todo pueblo, en cuanto colectivo. Horacio Cerutti ha indicado lo que para Dussel es el fundamento último de la realidad: la Exterioridad sujeta bajo la figura de Dios <sup>18</sup>. Es sabida la paralela labor teológica desplegada por nuestro

---

En términos jurídicos, el método analéctico posibilita una apertura al sistema normativo oficial, abre un frente crítico de lo justo vigente que parte desde fuera de la totalidad. Desde el ámbito del Otro se cuestiona cualquier juridicidad. La Justicia revelada en las situaciones de explotación nos ofrece una serie de demandas comunes que informan tanto al Derecho vigente como al Derecho futuro que deberá establecerse como procedimiento formal receptor de lo justo.

Por otra parte, los trabajos que conocemos en donde se toca expresa y directamente el ámbito de los *derechos humanos*, son su artículo «Derechos básicos, capitalismo y liberación», recogido en su libro *Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación*, Nueva América, Bogotá, 1993, pp. 143 a 157, y su libro *Filosofía de la producción*, Editorial Nueva América, Bogotá, 1984, en el Apéndice titulado «Tecnología y necesidades básicas», pp. 229 a 238.

En cuanto al Derecho burgués, indica el apoyo que ejerce para potenciar el protagonismo del *capital* en su *relación con el trabajo vivo*, invirtiendo la ley de la apropiación, y estableciendo una situación jurídica y ética en la que todo derecho y toda moral defienden la separación del derecho sobre el producto y el trabajo realizado para producirlo. Sirve de recurso abstraccionista que dota de titularidad al propietario, encubriendo la separación forzada de la titularidad del producto con respecto a quien lo crea. Ver *La producción teórica...*, *op. cit.* p. 220. Y en el tomo II de *Para una ética de la liberación latinoamericana* (Siglo XXI, Buenos Aires, 1973, p. 66), haciendo referencia al estado de dominación en el que los indígenas se encuentran frente al Imperio Peninsular, diagnostica que se trata de una situación donde la injusticia está legalizada. El Derecho se separa del concepto de Justicia legitimando relaciones de dominación y de explotación.

18. Por esta razón, acudir al concepto de Justicia como finalidad del Derecho a través del pensamiento de Enrique Dussel puede ser una temeridad. Mucho más para quienes, con anterioridad, lo han criticado con tenacidad y sin piedad. Básicamente es la «Exterioridad» que defiende el filósofo argentino el centro de las disputas. Dussel, aparte de lo ya dicho, la concibe como aquella trascendentalidad interior del sujeto que se ubica «más allá» del sistema, en su trabajo, en sus deseos, en sus proyectos y en sus posibilidades. Entre las cosas o entes que aparecen en el mundo, hay uno que es *sui generis*, que es distinto a todos los demás. Al estar más allá de la razón, pues se revela por medio de la revelación, su rostro interpelante es una epifanía, un misterio que sólo por medio de la fe puede captarse. El otro no puede comprenderse por medio de ningún mundo o sistema. La razón es la capacidad especulativa humana por la que se ve y se descubre lo que los entes son, y en que el sistema, mundo o totalidad consiste. Como no puede abarcar la Exterioridad, al ser misterio inconceptuable, esto da pie a multitud de problemas. La inseguridad y la arbitrariedad son dos de los más inmediatos, en el momento que la razón queda maniatada en sus posibilidades de comprensión. Y al quedar la Exterioridad separada de la misma praxis donde se juegan tanto las relaciones humanas dominadoras como liberadoras, da pie al peligro de incurrir en una nueva totalidad separada de todo tiempo y lugar.

Horacio Cerutti Guldberg ha desarrollado todo un desglose crítico del pensamiento dusseliano. El fundamento último de la Exterioridad está en Dios. El corte meta-físico implícito supone la aceptación de la alteridad, fundada en el Absolutamente Otro, que, a su vez, está identificada con DIOS, como la suprema novedad y revolución del pensamiento. Como la razón no sirve para obtener la revelación, se

autor. Esto podría motivar la falta de interés por una posición de justificación de las normas que, hoy en día, está caducada y desfasada, por basarse en una dignidad humana refrendada por un ente suprasensible y divino. Pero no es así. Nosotros, en este trabajo, haremos caso omiso de sus planteamientos de carácter teológico, sin desmerecerlos. Aun quitando el peso que Dios tiene para nuestro autor en la concesión de estos derechos naturales —como veremos, vida humana digna materialmente ejercitada por medio del trabajo vivo—, sigue permaneciendo un criterio secular ético y de valoración antropológica y ontológico válido que puede incluso utilizarse a campos no teológicos. El lenguaje del trabajo, las necesidades y los valores nos lo permite. Dussel está inserto en esa tradición latinoamericana de raíz cristiana que ha elaborado una concepción acerca de los derechos humanos vertida sobre la figura del *pobre o marginado*. La Justicia del pobre es la fuente motora de toda lucha contra las situaciones de explotación. Tal defensa ofrece unos criterios procedimentales sobre cuáles deben ser las necesidades que primeramente deben garantizarse. Y no surgen de la nada. Es una línea doctrinal que, como hemos visto, dice estar cimentada en la alianza del pueblo judío con Dios, apadrinada desde el siglo XVI por Bartolomé de Las Casas, y expresamente denominada por Gustavo Gutiérrez, y demás teólogos de la liberación, en la actualidad <sup>19</sup>.

---

incurre en un fuerte fideísmo y mesianismo en sus Planteamientos. Y Dussel considera que la filosofía, subordinada a la teología, es la forma de conocimiento que se sitúa por encima de las demás. Dota a sí de un inmerecido privilegio a los filósofos, que pasan a ser élites-oráculo y selectivos representantes de los oprimidos. Ver su *Filosofía de la liberación latinoamericana*, F. C. E., México, 1983, pp. 35 ss., 42-43, 211 ss., 230 ss.

También le reprocha tanto el esencialismo como el ahistoricismo y el acriticismo en el que cae esa supuesta Exterioridad. Además, considera que no existe un mundo fuera del sistema, una instancia pura e inmaculada ajena a cualquier tipo de crítica. La pobreza no es algo situado fuera, más allá del proceso histórico, sino que, más bien, es un hecho nacido dentro de él, entre hombres insertos en su seno. «*Los pobres constituyen un fenómeno social producido, y no un hecho natural.*» Todo individuo y todo grupo humano se encuentra dentro del mismo, sufre sus cargas, y a la vez, posibilita su salida. Si alguien queda excluido es porque el mismo sistema lo ha echado, no porque previamente esté inmerso en una inmaculada exterioridad.» *Han sido reducidos a la pobreza (Em-pobrecidos) o mantenidos en ella por las fuerzas de un sistema de dominación. Los pobres aparecen así como clases dominadas.*

*Los pobres son pobres porque son explotados o rechazados por una organización económica perversa...*» Ver Jorge Pixley y Clodovis Boff, *Opción por los pobres*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1986, p. 19. Incluso desde el mismo sistema es posible la crítica y la alternativa.

19. Podríamos decir que existen dos grandes tradiciones de los derechos humanos. Una es la propia de la modernidad y del individualismo ilustrado. La otra es la cimentada en la tradición cristiana, en los textos bíblicos, y vertida en *la defensa del pobre desde la fe*. El mandato «*Ama a tu prójimo como a ti mismo*» la resumiría. El mismo Gustavo Gutiérrez dice estar cimentada sobre unas bases *teológicas*. El ideal de salvación, la voluntad de amor y justicia del padre son los motores que incitan al cristiano para anunciar el evangelio y defender al pobre contra la muerte prematura y

Por nuestra parte, sin entrar en meditaciones iusfilosóficas acerca de la fe y del vínculo existente entre Dios y los cristianos, destacaremos que todos sus integrantes o participantes, a lo largo de la historia, servirán de «indicadores» de aquellas preferencias sociales generalizadas, en materia de necesidades humanas, que están insertas en unas condiciones de marginación y de miseria. Esa creencia de vínculo con Dios ha proporcionado un material objetivado con el transcurso del tiempo, nacido de personas que han vivido, y continúan viviendo situaciones inhumanas, de opresión y explotación. Por tanto, son personajes que, al reaccionar frente a la violencia y la opresión, se hacen eco de una axiología que subyace entre los condenados de la tierra, entre los desheredados del sistema a través de la historia. Aportan una concepción de Justicia que en función de una serie de preferencias sociales o criterios axiológicos pretenden que sean colmadas jerárquicamente unas necesidades humanas consideradas prioritarias, de urgente satisfacción. La fuente principal de esas preferencias y esas necesidades se contextualizan en aquellas situaciones donde la figura del pobre es manifiesta. Es él, sus necesidades, y el valor que se les ha ido dotando, la fuente de donde surge la prioridad.

Traduciendo dichas necesidades en derechos, como ha señalado Gustavo Gutiérrez, son los órdenes de la *vida* y de la *libertad* los que dan prioridad a su defensa. En la tradicional disputa latinoamericana por defender a los pueblos subyugados, en cuanto pobres, cuyo máximo ejemplo es el caso de los pueblos indígenas, el derecho a la vida y el derecho a la libertad, entendida ésta no exclusivamente como individualidad personal, sino como individualidad y autonomía colectiva inserta en la pobreza, conforman el espacio mínimo necesario a partir del cual la dignidad humana es garantizada en aquellos contextos de adversidad, de miseria y de dominación<sup>20</sup>.

---

la miseria en la vida. «En efecto, la justicia, expresión del amor, es una exigencia de primera importancia para el cristiano. Según la Biblia, establecer «la justicia y el derecho» en el pueblo judío significa prolongar el acto liberador de Dios que lo sacó de la opresión que vivía en Egipto. *Es fidelidad a la alianza pactada con Dios, ella debe llevar a la plenitud de la vida. En esa perspectiva, el término justicia, partiendo de los lazos que se establecen entre personas viviendo en sociedad, manifiesta también el nexo de los seres humanos con Dios*». *En busca de los pobres de Jesucristo*, Edit. Sígueme, Salamanca, 1993, pp. 29-30. Ver también p. 77.

20. Gustavo GUTIÉRREZ, *op. cit.* pp. 120 ss.

Gustavo GUTIÉRREZ, en otro trabajo, señala que Las Casas, uno de los que más ha contribuido a la elaboración de esta tradición, intenta responder a la cuestión de cómo evangelizar en América, de cómo proclamar allí el Reino de Dios. Para ello realiza una serie de afirmaciones, como la de que los habitantes de allí son seres *libres e iguales*, contrariando con ello la conversión forzosa y la esclavitud. Pero la más importante es la afirmación de que el indio es ante todo pobre («La Teología de la Liberación», en *América Latina: identidad y diferencia*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 1992, pp. 15-16). Es la más grande intuición teológica de Bartolomé, pues ningún teólogo del siglo XVI fue capaz de ver al indio como pobre, ni Victoria,

En relación a ello, para Dussel, como seguidamente veremos, el *derecho al trabajo* será una necesidad, una exigencia y una prescripción ética prioritaria. Pero lo es en cuanto está subordinada a los órdenes de la *vida* y de la *libertad*, pues sirve de mediación para conseguirlos. La Exterioridad es libre y digna, es el inequívoca e incondicionalmente Otro, distinto. Mediante la actividad laboral se le permitirá a los pueblos mantener su idiosincrasia, y a los individuos mantenerse vivos en solidaridad con sus semejantes, sin relaciones de subordinación, y compartiendo, comunitariamente, la propiedad de sus productos. Para él, viene a ser una preferencia generalizada dotada de un contenido axiológico grande, gracias al papel que le otorgan los derechos a la *vida* y a la *libertad*. La considera como un *derecho fundamental* condicionado, y a la vez, condicionante, pues gracias al trabajo humano es posible el disfrute de tales derechos, ya que permite la satisfacción de aquellas necesidades que los mantienen y que los proporcionan, todo ello bajo un nivel mínimo de dignidad. Pero resulta que es un derecho ocultado por las políticas tanto de las grandes empresas capitalistas como de los gobiernos de los países privilegiados ubicados, casi en su totalidad, en la zona norte del planeta. El lenguaje tecnológico, paradójicamente referido a aquella realidad del sistema que con mayor completud puede proporcionarlo, es uno de los instrumentos utilizados. Veamos de qué forma.

#### a) **Una recuperación del pensamiento marxiano desde la Exterioridad. *El trabajo vivo***

En los últimos años, rectificando posiciones anteriores, y coincidiendo con su exilio mexicano, el filósofo y teólogo argentino ha desplegado todo un proceso de recuperación del pensamiento mar-

---

que sólo vio al ser humano. «Si queremos pensar este Continente, es importante asumir el punto de vista de los últimos, de los marginados y oprimidos que viven en él» (p. 16).

En lo referente a la crítica a la Modernidad, el teólogo peruano dice que la Teología de la Liberación no tiene como interlocutor a la mentalidad moderna caracterizada por la libertad abstracta, la razón crítica y el individuo, sino que proviene del no-persona, de los no considerados personas, vistos como inferiores. Viene a ser el producto de todo el mundo económico, social y político del que surge la mentalidad moderna (p. 18). «Porque si partimos del interlocutor que es el pobre y el marginado de América, alcanzamos proporciones universales. No a través de una universalidad abstracta, sino a través de una particularidad. Hegel... afirmaba que la única manera de llegar a la universalidad concreta era a través de lo particular. Eso es lo que intentamos. A partir de la particularidad de América Latina y del pobre es posible alcanzar una universalidad concreta.» (p. 19). Para todo esto, es necesario emplear lenguaje de la Justicia, el lenguaje profético que denuncia situaciones de muerte y que reivindica la vida como última palabra. *Idem*. Podemos decir que Dussel se une a estas mismas tesis.

xiano para aplicarlo a la realidad latinoamericana, aunque, en nuestra opinión, lo que realmente ha pretendido es hacer de Marx un dusseliano. Analizando lo que denomina la «primera», la «segunda», la «tercera» y la «cuarta redacción», ésta inconclusa, de *El capital*, reflejadas en los *Grundrisse*, los *Cuadernos* escritos entre 1861 y 1863, y los *Manuscritos* escritos desde 1863 a 1882—<sup>21</sup>, nuestro autor cree ver en todos los planteamientos del de Tréveris, al igual que los suyos propios, una ética cimentada en la *alteridad*.

Hemos podido comprobar que el pensamiento de Enrique Dussel es de un indudable carácter *dualista*. En él, la Totalidad representa la dominación, la cosificación, la marginación y el desprecio entre los hombres. Ella permite el desigual reparto en las cargas y beneficios, y la no participación «de determinados colectivos dentro de cada sociedad». Y resulta que es el sistema capitalista el principal baluarte y señor de la pobreza. De las lecturas realizadas sobre los manuscritos marxianos, Dussel retomará la crítica hecha al mismo, en el cual el ser humano sufre un proceso integral de alienación, de explotación y total pérdida de su personalidad en el preciso instante que el capital lo subsume a sus dominios. El hecho de que acuda a Marx le permite ir concretizando estas dos supuestas realidades destinadas a enfrentarse entre sí. Ahora, el sistema capitalista, apoyado en la razón dominadora de la Modernidad, será el principal referente sobre el que realizar las acusaciones. Y la instancia que sirva de fuente crítica quedará representada en el concepto de «*trabajo vivo*» desarrollado por Marx<sup>22</sup>.

Según Dussel, la relación ética, en cuanto relación social, es constitutiva fundamental de la relación de producción. Y lo ético y lo moral son las relaciones mismas entre los productores, son la esencia

---

21. Los cuatro principales trabajos donde Dussel reinterpreta a Marx son: *La producción teórica de Marx...*, Siglo XXI, México-Madrid-Buenos Aires, 1985; *Hacia un Marx desconocido. Un comentario a los Manuscritos del 61-63*, Siglo XXI/UAM-I, México, 1988, *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana. Un comentario a la tercera y cuarta redacción de «El Capital»*, Siglo XXI, México, 1990; y *Las metáforas teológicas de Marx*, *op. cit.*

22. Cualquier marxista puede echarse las manos a la cabeza ante el osado intento de querer compaginar marxismo con iusnaturalismo. Ernst Bloch no lo hizo. Enrique Dussel, como teólogo de la liberación, cimenta sus fuentes doctrinales en una concepción cristiana del hombre. No es marxista. Más bien interpreta a Marx para adaptarlo a su propio pensamiento. Busca material crítico que fundamente su planteamiento analéctico. Por otra parte, es curioso el doble lenguaje que nuestro autor realiza según se mueve en el terreno teológico o en el filosófico. En el primero no tiene ningún reparo en nombrar a Dios, mientras que en el segundo parece no quererlo hacer para «no empañar» su pensamiento. Creemos que Dussel es consciente de que no puede confundir la instancia filosófica con la teológica, por eso acude a Marx. Y en el terreno filosófico, el marxismo ofrece un material crítico suficiente que permite prescindir, provisionalmente de Dios, para hacer referencia a la Exterioridad.

El colmo de los colmos llega con su última obra *Las metáforas teológicas de Marx*, en la que intenta realizar el efecto contrario, aunque sólo sea para demostrar que en la retórica marxiana, lo teológico, con Dios o sin Dios como fundamento, es un componente esencial.



social de las relaciones *sociales* o *económicas* de producción<sup>23</sup>. Es más, incluso desde el punto de vista filosófico, la economía es la relación práctico-productiva entre los hombres, mediada por el producto de la relación hombre-naturaleza, siendo la práctica cara-a-cara su última instancia<sup>24</sup>. Desde este punto de vista, lo que Marx desarrolla, y funda, es una *ética de liberación* del trabajador asalariado, descubriendo la esencia de la moral burguesa. Es el ético más significativo en la crítica a la misma, El material del que se sirve, aparte de la *Lógica* hegeliana en cuanto al método, donde el mundo está lleno de esencias, fenómenos y apariencias, contiene un componente utópico desde el que poder estructurar el proceso alienador del sistema económico. El análisis ontológico del capital sólo es posible desde una posición crítica, metafísica, «desde un «afuera» práctico del capitalismo, para así poder constituir a la «totalidad» del capital... como «objeto» de análisis. La «exterioridad» es la condición de la práctica de la crítica a la «totalidad» del capital<sup>25</sup>. La sociedad futura para Marx debe permitir la plena realización de la *individualidad* en la responsable *comunitarización* de toda actividad humana. El desarrollo universal de los individuos asociados sobre la base de la apropiación y control comunitario de los medios de producción conformarían el «reino de la libertad», de tiempo libre<sup>26</sup>. Y el concepto de «trabajo vivo» es el eje central de la alteridad, del «más allá» crítico del sistema.

Es, mediante el trabajo humano, como el hombre desarrolla su Personalidad libre de dominio. El sujeto del trabajo, el hombre, como tal, antes de todo intercambio, como «nada absoluto», es corporalidad desnuda, pero también es *fuentes creadora* de todo valor del capital. Por medio de la actividad laboral, Marx, influido por Schelling, define mejor la propia subjetividad. Ésta «es una determinación exclusiva de la vida humana —como «conciencia» y «libertad», pero al mismo tiempo como auto-productor o creador: sólo la subjetividad humana trabaja<sup>27</sup>. La subjetividad corpórea, la persona como sujeto de derechos y de deberes, está por encima de cualquier planteamiento objetivista y materialista. El hombre prima sobre la materia. Pero a

23. *La producción teórica...*, op. cit. pp. 228.

24. Es una relación concreta, real, histórica e institucional. *Filosofía de la liberación*, op. cit. p. 161.

25. *Hacia un Marx desconocido...*, op. cit. pp. 365-366.

26. «... de una asociación de individualidades libres, con poco tiempo de trabajo necesario para producir lo necesario para la vida y la civilización —gracias a la tecnología, gran maquinaria, automatización, máquina total—, y máximo tiempo empleado para las «actividades superiores», materiales y espirituales, es una sociedad «sin clases»», sin pobres. *La producción teórica...*, op. cit. p. 360.

27. *El último Marx...*, op. cit. p. 372; *Antes de que el trabajo vivo sea valor de uso para el capital, el trabajador es corporalidad distinta, persona libre, pobreza absoluta y desnudez radical por las situaciones que el mismo capital produce como condición de reproducción*. Ver *La producción teórica...*, cit. pp. 16-17 y 178.

lo largo de la historia, los intercambios humanos, a partir y como concreción de sistemas productivos y prácticos, fueron lentamente creciendo, se fueron sistematizando, distinguiéndose unos de otros, hasta que, finalmente, fue el sistema capitalista el que, tras un complejo proceso de desarrollo, se impuso. Los efectos que sobre el ser humano va a ejercitar, serán bastante negativos. El modelo socio-económico que ofrece está cimentado sobre las bases de la generación de la riqueza y la reproducción del valor de la misma, haciendo pasar al sujeto que la genera a un segundo plano. Por ello, Marx denuncia la injusticia ética producida en el momento que el trabajo vivo es desheredado de su vínculo con el ser humano que produce lo que necesita. La acumulación de la miseria surge en el preciso instante que el sujeto del trabajo es separado del producto que produce. Y es el capital el que pasa a representar el fundamento que subsume en la totalidad del sistema al trabajo vivo, pobreza desnuda, que queda, entonces, como trabajo objetivado, subordinado a la creación del valor. La obtención del plusvalor es la esencia y el objetivo prioritario del capital, que tiende a reproducirse constantemente mediante la explotación del trabajo ejercido por el ser humano. Al quedar éste subyugado y subordinado al capital, el ser humano le cede su subjetividad, cosificándose simultáneamente <sup>28</sup>.

En todo este proceso, el sistema elabora un ordenamiento jurídico que, en su esencia, legitima la primacía del capital sobre la persona humana, encubriendo el verdadero derecho que todo individuo posee: aquel que proviene de la exterioridad del sistema capitalista, el *derecho al trabajo*, garantizador de la fuente de toda riqueza, el *trabajo vivo*. Se oculta la explotación que el capital ejerce sobre el trabajador, persona que ha perdido su individualidad, su libertad y la titularidad de lo que produce, desviando la atención hacia otra parte <sup>29</sup>.

Nuestro autor despliega un análisis de las diversas técnicas de encubrimiento realizadas para embaucar a la mayoría oprimida, para hacerla sufrida, dócil y obediente. Básicamente todas se resumen en el rechazo de la exterioridad como ámbito de existencia humana, y en el ejercicio de dominio sobre él. En la descripción que Enrique Dussel hace sobre el efecto inversor que la totalidad del sistema capitalista desarrolla sobre la realidad, generando la dependencia y la pobreza económica de los países de la periferia, nos viene a indicar, además, algunos de los recursos persuasores y encubridores

---

28. El concepto de «alienación» se refiere a la apropiación por otro del fruto del producto realizado por el trabajador. La objetivación pasa a manos ajenas. *El último Marx...*, cit. pp. 380 ss.

29. «La economía política burguesa... parte de la evidencia ideológica, que en realidad oculta la desigualdad de la igualdad de los que intercambian. Este ocultamiento ideológico permitirá a unos ser propietarios del capital y a otros vendedores de su trabajo.» «La “conformación ideal” del capitalismo es la idealización abstracta de la circulación simple donde los sujetos y mercancías son iguales y equivalentes.» *La producción teórica...* cit. pp. 113 y 117.

que sus leguleyos hacen para legitimar sus acciones. a través de determinada hermenéutica de los derechos humanos<sup>30</sup>. Uno de ellos es realizado por medio del lenguaje tecnológico. entendido como discurso sobre las necesidades básicas del hombre.

### b) El derecho al trabajo en el lenguaje tecnológico

Mediante la tecnología, el desarrollo de las fuerzas productivas adquieren un grado de progreso bastante elevado, siendo, correlativamente mayores las posibilidades de satisfacer las necesidades básicas de toda la humanidad<sup>31</sup>. Resulta que la política tecnológica predominante en el sistema capitalista, tanto en su versión central como dependiente o periférica, ha sido canalizada por el criterio de la obtención del máximo beneficio, que expresado en términos de inversión tecnológica se expresa por medio de la rentabilidad. Es la rentabilidad la norma institucionalizada e incorporada en el funcionamiento del propio mercado capitalista, y no la consecución de la satisfacción de las necesidades humanas<sup>32</sup>.

Nuestro autor distingue entre la lógica de los países capitalistas centrales, y la lógica *de los pueblos* de las naciones dependientes. La primera está inserta en la totalidad del sistema. La segunda viene trazada por la Exterioridad al mismo. La tradición de pobreza proporciona y legitima una mejor alternativa<sup>33</sup>. El *lenguaje ideológico* sobre la tecnología de la primera lógica define las necesidades básicas a partir del

---

30. Decir que por medio de los conceptos de *trabajo vivo*, *capital*, *plusvalor* y *plustrabajo*, Enrique Dussel retoma los diagnósticos dados en su momento por la Teoría de la dependencia. La transferencia de plusvalor de los países dependiente a los de capitalismo central, como efecto de la relación social internacional, está cimentada en la realidad del cara-a-cara, Persona-persona que pierde su fundamentalidad por medio de la fetichización del capital, de la cosa valiosa. La competencia es el marco teórico de la dependencia. Aparentemente, nada humano parece acontecer en ella, pues el proceso de reproducción del capital parece desarrollarse espontáneamente. En el fondo resulta que a nivel de la producción, el trabajo vivo de la mayoría de las personas de los países subdesarrollados es subsumido como trabajo no pagado dentro del capital (*Hacia un Marx desconocido...*, *op. cit.*, pp. 312 y ss.). El capital tiende a generar y a poner pluspoblación de reserva de la que obtiene el trabajo objetivado, nunca pagado como justo salario, equivalente al tiempo realmente empleado en la producción del producto (*La producción...*, *cit.* pp. 189-190).

31. *Filosofía de la producción*. *Op. cit.*, p. 230.

La tecnología es la condición de posibilidad para el «trabajo emancipado», permitiendo el desarrollo libre de las individualidades y facilitando el logro del reino de la libertad —la utopía marxiana de la asociación de hombres libres—. Ver *La producción teórica de Marx...*, *op. cit.*, pp. 292 a 294.

32. «Esta norma es objetiva y obligatoria, y la propia competencia de los capitales la imponen y admite la aplicación de otros criterios solamente dentro de márgenes muy estrechos.» *Op. cit.*, p. 234.

33. Más allá del sistema económico vigente, lo no incluido en la totalidad guardando independencia es la economía de la pobreza de las clases oprimidas, de las naciones dependientes, subdesarrolladas, «incivilizadas» en aquello que no han sido absorbidas por el sistema. *Filosofía de la liberación*, *cit.* p. 166.

*criterio de subsistencia*, y desde él se añaden, escalonadamente, una serie de condiciones materiales mínimas que mejoran y hacen más soportable esta subsistencia<sup>34</sup>. El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura, en cambio, a partir del *derecho al trabajo*, «*que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno*»<sup>35</sup>. Es este derecho el que mediatiza, y el que proporciona los demás derechos, como son el derecho al pan, al techo, a la educación, etc. Para Dussel, la dignidad humana se consigue por medio del trabajo. La lógica capitalista deslegitima la primacía de la dignidad humana que se obtiene mejor mediante el trabajo, y traslada el problema de la satisfacción de las necesidades básicas a un ámbito de concesiones generosas realizadas por el sistema, descentrando el problema a un marco donde la mera reproducción de la fuerza de trabajo es la protagonista, no su ejercicio. De esta forma se aparta del derecho fundamental al trabajo, derecho «*que puede y debe estructurarse orgánicamente en forma de participación y ejercicio de un poder fundamentado en un derecho real de los pueblos*»<sup>36</sup>, y que incluye, como otros derechos básicos, todos aquellos implicados en el derecho fundamental a la vida, como son el derecho a la salud, el derecho a la paz, el derecho a la educación, y el derecho a la seguridad<sup>37</sup>.

Si tuviéramos que expresar los criterios de justicia dados por el autor argentino, diríamos que el hombre posee un derecho fundamental, como es el derecho a la vida. Tal derecho fundamental está rodeado de otra serie de derechos también fundamentales, en donde el derecho al trabajo sobresale al resto, pues se encarga de proporcionarlos. Los mediatiza. Aunque cada uno de ellos representa un tipo de necesidad básica, lo que el discurso ideológico capitalista trata de hacer es encubrir su rango de *derechos humanos fundamentales*, reduciéndolos a ser meras necesidades humanas básicas subordinadas al funcionamiento de la economía capitalista<sup>38</sup>. Frente a ello, se debe evitar cualquier visión deformadora, y se deben ofrecer criterios y prioridades que partan de

---

34. El contenido de la subsistencia es llenado por el consumo de alimentos para vivir. Las condiciones mínimas adicionales son la salud, la vivienda y la educación. *Op. cit.*, p. 235.

Para Dussel, la ideología es el «conjunto de expresiones semióticas que encubren la dominación.» *Filosofía de la liberación, op. cit.*, p. 189.

35. *Idem.*

36. *Idem.*

37. *Op. cit.*, pp. 235-236.

38. El mismo Dussel, contrario a ella, señala que «más que necesidades humanas básicas se trata, en esta óptica, de derechos humanos fundamentales cuyo incumplimiento va mucho más allá de un lamentable accidente de mal funcionamiento de la economía.» *Op. cit.*, p. 236.

Aquí, nuestro autor se enfrenta a la tesis desfasada del Nuevo Orden Económico Internacional que se basa en la jerarquización que sitúa en primer lugar a las necesidades básicas, y después, a los derechos y las libertades. Esta estructura constituye una fuente de manipulación económica y de promoción de dictaduras, al ordenar y definir por otros, sin ninguna legitimidad, cuáles son esas necesidades básicas.

un correcto escalonamiento de las necesidades básicas entendidas, sin duda alguna, como derechos fundamentales. Teniendo todos como referente a la vida humana digna y libre, el derecho al trabajo es el primero. El pan, la salud, la educación, etc., vienen después. No se trata de proporcionar pan y techo sin trabajo <sup>39</sup>.

El derecho al trabajo es el que proporciona al hombre la forma más íntegra de autorrealizarse. Es un derecho que poseen los pueblos de todo país dependiente debido a que la exterioridad al sistema está más presente en ellos que en los países de capitalismo central, y en los centros de decisión de los países periféricos <sup>40</sup>. Pero resulta que este derecho queda ocultado, de forma ideológica, refrendándose jurídicamente, mediante un discurso que señala la posibilidad de todo ciudadano de obtener, mediante servicios sociales, aquello que el sistema de trabajo no puede ofrecerle. Se convence a todo individuo que el derecho al trabajo no es un derecho esencial, que el trabajo no es la dimensión más humanizante del hombre, ¿de qué forma? Debido a que ni las condiciones económicas, ni el mercado de trabajo, ni la situación internacional puede garantizarlo, se traslada su valor esencial a la necesidad básica de subsistencia, acentuando aquellas otras necesidades «secundarias» nacidas del mismo ejercicio del trabajo humano, pero satisfechas ahora, no por el mismo hombre, sino por órganos mediadores subordinados a las pautas que el capital instaura por medio del mercado.

Mediante la sustitución del derecho al trabajo por las prestaciones que el estado y las empresas pueden realizar, se convence a los más desfavorecidos de que no tienen posibilidad alguna de autorrealizarse. Sus posibilidades humanas quedan subordinadas al son que marca el sistema <sup>41</sup>.

En la actualidad, los criterios por los que la tecnología se rige, no son compatibles con los marcados por aquellos otros en los que priman la satisfacción de las necesidades básicas de la población mundial: trabajo, pan y techo <sup>42</sup>. Dussel propone la tarea de «*transformar el conjunto tecnológico de modo tal que cada hombre pueda a través de su trabajo asegurarse una vida digna compatible con el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas existentes en su propio contexto*» <sup>43</sup>. Es necesario sustituir el criterio de la rentabilidad por el criterio de la satisfacción de las necesidades humanas básicas. La transformación de la estructura económica vigente es por ello nece-

---

39. *Idem.*

40. «El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura a partir del derecho al trabajo, que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno.» Filosofía de la producción. *Idem.*

41. Se legaliza la injusticia, bajando de nivel ético a la necesidad humana básica de trabajar, y a todas aquellas mediatizadas por el trabajo: salud, alimento, etc. A todas estas necesidades básicas se las pasa del rango de derechos humanos *fundamentales* al rango de *meras* necesidades humanas.

42. *Op. cit.*, p. 237.

43. *Idem.*

saria y urgente. Siguiendo la propia lógica de su discurso es consecuente: hay que salir del sistema para que la exterioridad se realice.

Jurídicamente, el derecho del sistema capitalista camufla la esencialidad del trabajo humano. Pese a ser el encargado principal que posibilita la satisfacción del resto de necesidades humanas básicas, en realidad, al que se protege programáticamente, no de forma totalmente obligatoria, es a la necesidad de subsistencia. Las condiciones económicas no permiten que el derecho al trabajo, el derecho al alimento y el derecho a la vivienda sean reconocidos de forma vinculante, pese a que el desarrollo tecnológico posea la capacidad suficiente para proporcionar tales derechos en cuanto representantes de aquellas necesidades más íntimamente ligadas con el mantenimiento de la vida de los pueblos y de los individuos más pobres, y de la libertad para poder ejercerla según sus costumbres <sup>44</sup>.

Concluir reiterando la importancia que el trabajo humano posee para todo ser humano, y sobre todo para la mayoría oprimida y pobre. Según Joaquín Herrera, el trabajo es una «*actividad humana específica*» de apropiación natural y social y de creación de objetivaciones cada vez más complejas. Además produce objetos que satisfacen necesidades y proporciona las bases para la creación de nuevas necesidades. Y aunque dice que no es una objetivación concreta, sobre él mismo sí se proyectan una serie de preferencias que le otorgan cierto grado de importancia, porque posibilita la apropiación social de las capacidades humanas. Y cada contexto cultural reclamará una serie de capacidades concretas <sup>45</sup>. En el lenguaje dusseliano, creemos ver un criterio de justicia en el que el *derecho al trabajo* desempeña un papel insustituible, humanizador. Si se niega como tal, se le impide a muchos colectivos pobres desplegar su ser distinto, libre e incondicionado. Es más, se les prohíbe poder desarrollar aquellas objetivaciones y aquellos valores generados a lo largo de la historia cultural propia de cada sociedad, nación o pueblo. Y en cuanto inmersos en la pobreza, sería una manera de excluirlos de la comunidad real de comunicación hegemónica, obligándoles a aceptar las pautas establecidas por el Sistema sin que éste haga nada por adaptar algo de ellos. El trabajo humano es el primer elemento que conforma la capacidad del ser humano para autorrealizarse individual y comunitariamente, no un remanente subordinado a unas necesidades primarias. Y toda política económica, apoyada por los mismos ordenamientos jurídicos, debe estar dirigida a su reconocimiento absoluto.

---

44. Decir que nuestro autor no está en contra de las prestaciones sociales ejercitadas por el Estado, sino contra la ideología subyacente en esas prestaciones: el individuo no tiene un derecho humano fundamental al trabajo, sino una necesidad de subsistencia, que no necesariamente se obtiene mediante el trabajo. Dussel es partidario de una mayor intervención del Estado como actor asignador distribuidor de recursos. *Op. cit.*, pp. 237-238.

45. *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

III  
DEBATES





## Luhmann para juristas

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Santander

Dentro de los estudios sobre el pensamiento jurídico de Luhmann la reciente obra de Pilar Giménez puede considerarse como una aportación de primer orden\*. Y no sólo por el lugar que ocupa en la bibliografía española sino también porque me parece una de las contribuciones más atractivas en el panorama internacional sobre la materia.

La aproximación a Luhmann suele ser extremosa: se hace desde la identificación o desde el rechazo. Esta teoría puede suscitar una fascinación hipnótica y genera una dinámica que revierte sobre sí misma. Se ensortija hasta lo insoportable y acaba por paralizarse atrapada en la densidad de su propia filigrana. Es frecuente una reproducción manierista de la jerga sistémica que multiplica complejidad en un abigarramiento que llega a desanimar al lector. Pero a Luhmann se accede también desde la máxima cautela y prevención. Este es el caso de la verbosidad de la racionalidad comunicativa, del párrafo torturado y el sostenido aliento moralizante. Al pretender que Luhmann se exprese en un escenario que le es extraño lo distorsiona. Cuando se le conoce a través de lo que dice Habermas —cosa muy frecuente entre nosotros— llega ya desfigurado por el impacto con un paradigma adverso que siempre juzga.

Por contraste ahora se ofrece un Luhmann airoso y frágil que resuena con limpieza y precisión en la acústica de estas páginas. El Luhmann de Pilar Giménez llama la atención por su estilización y por su sensibilidad. No acumula materiales hasta la congestión pues sabe que pensar es seleccionar. No tiene la urgencia por el veredicto, y con su discreción hace posible que sea el lector, desde un punto

---

\* P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993, 400 pp.

de vista siempre relativo, el que pueda tomar posiciones. En vez de apresurarse a juzgar invita a comprender. Intenta mostrar cómo actúa el pensamiento de los sistemas y deja hablar a Luhmann holgadamente. Prefiere descubrir los dinamismos de la teoría abierta en sus posibilidades en vez de arrastrarla hacia sus puntos muertos.

Pilar Giménez se permite la modestia de confesar que su objetivo ha sido facilitar la lectura directa de Luhmann. Quien se haya enfrentado a sus textos, cristalizados en una terminología técnica y escandalosos para el sentido común de los juristas, sabe de lo arduo de la tarea. Pero hay mucho más que esto: ofrece un perfil teórico de Luhmann que tiene rasgos propios y es una invitación a pensar. El laberinto —imagen desestructurada que el propio Luhmann proporciona de su mundo— se articula en trayectos que se recorren con interés. Dentro de una epistemología constructivista no tiene sentido buscar la fidelidad. La aspiración a presentar el auténtico Luhmann significaría no haber entendido nada. Es verdadero lo que funciona, y esto ocurre con este libro. Por eso se sostiene y estimula a convertirlo en entorno de la propia reflexión. Sabe además que exponiendo el pensamiento de Luhmann se expone a él.

El proceso de la recepción española de Luhmann no ha sido tan intenso como el de otros pensadores contemporáneos. Disponemos de traducciones —no siempre cuidadas— de alguna de sus obras, varias de ellas en ediciones hispanoamericanas prácticamente inencontrables en España. Se han dejado fuera textos fundamentales, también por lo que respecta al derecho, y se carece de un contexto que permita su comprensión. Hay en ello un obstáculo importante para hacerse desde la lengua española con una idea adecuada de su pensamiento que pueda llegar a considerarle como interlocutor y que anime a ensayar y contrastar su metodología. Por otra parte a lo largo de unos veinte años se han ido sucediendo diversos estudios, aportaciones de muy distinto tipo e intención. De la mayor parte de ellos se da noticia en la página 32 y en la extensa bibliografía que acompaña a esta obra. Pero tras los volúmenes de Alejandro Navas y de Ignacio Izuzquiza, que abordan globalmente el proyecto luhmaniano, éste es el primer libro que se dedica monográficamente al estudio de su pensamiento jurídico y que se propone abarcarlo con cierto detalle en una visión de conjunto.

El texto de Pilar Giménez es riguroso y transparente. Se descarga en notas extensas que abundan en sugerencias, modulan e introducen diferenciación. Maneja una amplísima documentación especializada y proporciona incluso —en un contexto ya externo a la teoría de sistemas— breves referencias a clásicos del derecho como Kelsen (pp. 199, 272, 299, 332), con quien acertadamente encuentra afinidades, Ross (p. 248) y Hart (pp. 231 y 332), detalles infrecuentes entre los estudiosos de Luhmann que muestran la voluntad de hacerlo inteligible para los juristas. No importa demasiado si en un trabajo tan meditado quedan fuera últimas obras de una producción tan ace-

lerada que avanza más rápidamente que la de cualquiera de sus estudiosos. Precisamente acaba de aparecer *Das Recht der Gesellschaft*, la última gran obra de Luhmann dedicada al derecho. Pero el hecho de situarse en un nivel básico en el que la teoría está en gran medida ya definida por un perfil propio —aunque sujeta a evolución y nunca consolidada— le hace relativamente inmune al impacto de una nueva publicación o del dato erudito. Creo que este estudio ofrecerá durante bastante tiempo un buen marco de trabajo para moverse en territorios luhmanianos.

Se trata de una tesis doctoral, pero el único vestigio de las convenciones —tantas veces aburridas e incluso antipáticas— de este género académico es la denominación de «conclusiones» para el último capítulo, ojeada retrospectiva y pausa para la reflexión que detiene un denso despliegue teórico. Precedido por la presentación de un perfil humano que no es anécdota el libro se articula en dos grandes bloques que sostienen una trama, una intriga en la que la teoría sucede. El primero de ellos suministra los presupuestos metodológicos: se forjan unas nuevas armas intelectuales y se delimitan los ámbitos teóricos que configuran este pensamiento. Se ha precisado la mitad del libro para ir acumulando una gran fuerza teórica que, hábilmente retenida, pugna por expandirse. Cuando entre en contacto con el derecho tiene que haber suficiente tensión, suficiente masa crítica como para poder desencadenar un pensamiento enérgico. Pero el derecho se hará esperar: va llegando poco a poco. No surge a partir de la norma sino desde algo tan frágil e inasible como las expectativas que nos hacemos sobre la conducta de los demás. Se avanza desde el riesgo, desde la contingencia, desde la amenaza de frustraciones.

La dificultad que habitualmente se experimenta ante Luhmann no procede tanto de su lenguaje como de algo más profundo: su heterodoxia. Reclama un nuevo estilo de pensamiento. Exige un viraje brusco en la posición de la cabeza del jurista, al que pretende arrancar de sus tópicos. Traza un formidable contraste no sólo con respecto a la teoría del derecho que parte del análisis de la norma, sino también con relación al habitual pensamiento sociológico —que Luhmann desdeña— ávido por tocar realidad, por la pequeña seguridad de lo positivo, que se apoya en el dato empírico. Pero la audacia de Luhmann impone al teórico un enérgico retrotraerse. Lo que hay que ver desde un horizonte problemático previo: nada menos que desde el desafío de lo posible. Por ello Luhmann no puede ser conformista.

La obra de Pilar Giménez constituye una tentación para descubrir posiciones propias y asumir un riesgo. Me interesa la lectura potencialmente desestabilizadora que permite el pensamiento de Luhmann. Su teoría nos arroja al ámbito de los mundos posibles, de posibilidades no actualizadas pero que permanecen latentes y producen una extraña inquietud. El sistema abre unas posibilidades pero simultá-

neamente obtura otras. Cada sí es la negación de un no. Las posibilidades deben pensarse junto con las imposibilidades. Aquí puede plantearse con toda su fuerza el problema de los marginados, de los excluidos. Quienes sobrevaloran la integración no pueden ver cómo por ejemplo la democracia funciona también como mecanismo de exclusión.

Uno de los máximos atractivos de esta teoría es situar cualquier elemento que caiga bajo su consideración en un área de incertidumbre que puede llegar a hacerlo sustituible, incluso improbable, pero sin embargo presente. Proyecta una dosis de extrañeza que logra vaciar lo que parecía obvio y en esto puede llegar a ser despiadada. Todo se vuelve leve, azaroso, inquietantemente frágil, desprovisto de peso ontológico. Luhmann adiestra en una especial sensibilidad para detectar términos permutables, al margen de todo fixismo esencialista, en una epistemología de lo fungible. Es preciso atreverse a ejercer la comparación, a descubrir posibilidades de variación, en un esfuerzo por generar espacios de libertad y no quedar oprimidos en una realidad fija. He aquí una forma de ponerlo todo bajo sospecha. Y justamente entonces es cuando se puede llegar a entender algo, a intentar explicar por qué ésa ha sido opción del sistema, por qué otra posible estrategia pudiera resultar relativamente disfuncional o se ha hecho inviable. La imagen conservadora de Luhmann ignora que su teoría es una búsqueda permanente de otras posibilidades, que no es un pensamiento del acomodo ni de la armonía sino de la discontinuidad y del contraste, que permite expresar una impaciencia hacia todo límite, hacia todo lo que ajusta e impide un escape.

La propuesta de Luhmann no es tecnocrática. Aunque los sistemas reducen la complejidad del mundo el objetivo del teórico es hacer transparente esa complejidad, es ver cómo lo que pasa por ser la realidad no es sino una drástica selección y una estrategia, es también detectar en otros planteamientos formas insuficientes de trato con la complejidad. Justamente al contrario del tópico Luhmann no exhibe un vigor aplastante, no propone el imperialismo de una racionalidad sistémica que atenaza la realidad. Como recuerda Pilar Giménez, ante el derecho positivo Luhmann trabaja al revés que los juristas y se esfuerza por descubrir posibilidades agazapadas, por llegar a un análisis comparativo capaz de examinar alternativas, haciendo que rebrote la contingencia (p. 316). Pero a diferencia de los moralistas no le interesa el deber-ser, el fortalecimiento de las convicciones o la apelación a principios ineludibles. La teoría pretende abrir los ojos y no dar recomendaciones. No hay ningún hipotético estado ideal del sistema. Y a diferencia de otras teorías sociológicas se desentiende del pronóstico, pues las predicciones son sólo instrumentos de observación o correlaciones caprichosas ante un porvenir incierto. Luhmann reclama la ironía (pp. 18 y 337) y esto es algo que debe destacarse. Es un rasgo epistemológico coherente con una teoría que hace de la diferencia una de sus armas.

Entender no tiene por qué ser justificar. A Pilar Giménez le preocupa con razón que la mera identificación de una función lleve tácitamente a justificarla, o que se justifique cualquier estructura por el hecho de que desempeñe una función (pp. 340 y 344). Puede que esto ocurra, pero ya se ve que a la teoría de sistemas le sobran también recursos para evitarlo. Es cómodo trasladar a Luhmann reproches generalmente esgrimidos frente a los funcionalismos: tendencia a privilegiar la estabilidad sobre el cambio, suponer que el objetivo del sistema es adaptarse al medio, imaginar por todas partes automatismos. Por mi parte creo que aunque la teoría de la evolución social sea imprecisa (p. 144) es posible sostener que la producción de variedad y la apertura hacia lo nuevo priman sobre los mecanismos de estabilización que agarrotarían la dinámica social. Una teoría de la comunicación, de sistemas que son sistemas de comunicación, sólo puede ser una teoría de fluidos.

En una sociedad que carece de vértice y de centro no hay procesos unidireccionales y tampoco puede haber determinismo. Lo múltiple y lo aleatorio son rasgos de un mundo complejo y contingente. No tiene por qué ser necesario que la diferenciación se haya producido en un punto y no en otro del sistema. Las posibles explicaciones trazadas retrospectivamente sobre lo aleatorio están al margen de una visión moralizadora del progreso y no son fatalismos positivistas. No son leyes, no son necesidades, no hay final feliz. Puede parecer un sacrificio la renuncia a explicaciones causales (p. 345) pero de otro modo se recaería en viejos esquemas que enturbian la dinámica sistema-entorno. El sistema no está en relación de causalidad con su entorno. La causalidad aparece frecuentemente como un caso especialmente pobre de análisis funcional que selecciona drásticamente una sola causa y un solo efecto.

Ningún sistema —tampoco el derecho— puede llevar la iniciativa de los demás y adueñarse de la realidad colocándose por encima. Es comprensible que el jurista —que se imaginaba en la cúspide de la sociedad— se sienta desplazado. La sociedad actual destruye en este aspecto cualquier posición privilegiada y prima lo horizontal sobre lo vertical. La relación entre los sistemas no se concibe en clave de dirección de uno por otro sino de traducción entre uno y otro. Los sistemas no están en el centro de nada: viven en los bordes, en una zona fronteriza entre dos planos de realidad. Cada sistema ejerce un protagonismo. No se mueve por esquemas jerárquicos ni teleológicos, sino por desequilibrios, por tensiones. Cada sistema lleva consigo un mundo propio, se esfuerza por configurar una sensibilidad particular, posee una capacidad de resonancia específica y a veces extraordinariamente refinada.

El sistema no es una superficie saturada: no tiene paredes sino membranas. Tiene una extraordinaria capacidad de aprender, de enterarse de lo que ocurre. Sus límites son márgenes de intensa vibración a los que convienen imágenes de la escisión y del desgarro.

Está siempre intentando la experiencia de la diferencia y arriesgándose para ello a ser indiferente. La diferenciación implica un aumento de las dependencias recíprocas con otros sistemas y exige estar disponible. Las intromisiones podrían llegar a romperlo, pero es permeable puesto que está abierto. Abunda en lugares por donde puede surgir algo que reinvente el mundo, que indique nuevos caminos y haga avanzar hacia lo imprevisto. Se hace probable lo improbable. Hay aquí una lógica del pluralismo, interesada en un compromiso con lo nuevo y con lo diferente. Pero no sé si es oportuno —como se ha hecho a veces— llamar a esto neoliberalismo (se apunta esta cuestión en p. 310, nota 18).

Para leer a Luhmann, y por ello propongo que también para leer la obra de Pilar Giménez, es preciso vencer cierto obstáculo epistemológico, cierta posición intelectual familiar para el jurista que procede de una tradición habituada a lo sólido y estable, a naturalezas y a identidades. Hay que desembarazarse de un racionalismo estático y clasificatorio para entrar en una dinámica de percepciones. La teoría de Luhmann, aun forjada bajo el signo del sistema, no es un cuerpo de doctrina, un conjunto de conocimientos más o menos compacto, una serie de proposiciones concatenadas. Es más bien la oferta de un modo de ver, una teoría de la observación. Las páginas que se dedican a la observación (pp. 147 y s.; 294 y s.) son una clave decisiva para hacerse con Luhmann.

Estamos ante un pensamiento que no aspira a suministrar un conjunto de enunciados sino a ofrecer una propuesta cognitiva: es la construcción de una mirada sobre el derecho. El derecho es un observador que puede ser observado. Observar es manipular un esquema de diferencias. En una lógica radicalmente relacional se desafía a pensar todos los elementos como contrastes. La fuerza de la teoría no reside en contenidos sino en mecanismos de relación. Luhmann enseña que toda observación es construcción y que no hay ningún lugar privilegiado desde el que observar. Todo instrumento de observación tiene puntos ciegos: puede ver determinadas cosas y le es imposible ver otras, incluso no puede ver que hay algo invisible. Otorga una seductora tensión a la teoría el saber que podemos acercarnos a la sociedad no sólo viendo lo que los sistemas son y creen que son, sino además lo que no saben que son.

Al aproximarse a Luhmann cada uno toma sus puntos de referencia para la reducción de la propia complejidad. El Luhmann de Pilar Giménez es clásico, sereno, equilibrado. Hay mesura y sosiego en este Luhmann mediterráneo que nos llega amable y luminoso, abierto en silencios y sugerencias. Consigue darle un encanto. Por contraste descubro que yo tiendo a hacerme un Luhmann expresionista, más desgarrado y violento, más barroco. Acentúo la tensión, la torsión, la arista. Me interesa más que la contemplación respetuosa el hacerme cómplice de algunas de sus propuestas y llevarlas a un punto en el que algo estalla.

Me atrae el hecho de que observar sea en cierto modo forzar, que conocer sea una actividad arriesgada y pasional, que pensar sistémicamente no sea contemplar sino proyectar contrastes que desgarran y entregarse a la crispación de la autorreferencia. Discrepo de los que —como Zolo (p. 78)— sostienen que la autopoiesis ha dislocado y perturbado esta teoría cuando creo más bien que la ha reforzado dando al sistema esa obstinada referencia a sí mismo, ese autismo insolente, el atractivo morboso de una lógica perversa que todo lo envuelve y lo hace circular. Me espanta la astucia de los sistemas que hacen lo posible por inmunizarse, por hacerse fuertes, por enmascarar, por engañar sobre la verdadera complejidad del mundo. Me divierte el Luhmann impertinente, el polemista de las críticas sesgadas o dirigidas contra falsos frentes (p. 52), de los adversarios que toma como pretexto para irritarse y dinamizar su propio pensamiento, que maneja con descaro etiquetas grandiosas y elementales (viejo pensamiento europeo, ontología, causalismo, moralización, derechos subjetivos). Me admira que el sistema sea experto en la tautología, que toda su fuerza esté conduciendo el vacío con una tozudez exasperante, utilizando creativamente la paradoja. No me resigno a que el sistema conceda un protagonismo a los hombres cuando previamente los ha colocado en ciertas posiciones, o estén ya atrapados en lógicas procedimentales y se los apropie llevándolos a una zona que él controla. Me inquieta que mediante la democracia el derecho se haya liberado de vínculos externos, que se haya hecho más fuerte y se las arregle para apoyarse en supuestas obviedades.

No se entiende a Luhmann sin sospechar que estamos implicados en lógicas que nos rebasan. Por eso una de las exigencias de esta teoría para el jurista es adoptar la perspectiva no del individuo sino del sistema, en un nivel no personal sino estructural. Son los sistemas los que ejercen la mediación y ordenan el mundo en ciertas configuraciones. De otro modo el individuo se vería desbordado. Pero hacer del sistema un sujeto sólo tiene sentido si sirve para situarnos en circuitos de muy alta tensión que incluso nos capacitan para ejercer una forma de resistencia. La técnica jurídica, la lógica institucional y sus estrategias, los principios organizativos no se entienden sólo desde lo personal. Las palabras sagradas y los ideales más nobles abandonan todos los días los corazones para incorporarse a un ámbito extraño en el acabarán por convertirse en duras herramientas de trabajo para soportar el gobierno del mundo. Para poder operar se disciplinan, se transforman profundamente, entran en un campo de relaciones de fuerza. Esto es lo que está ocurriendo con los derechos fundamentales.

Pilar Giménez no puede dejar de referirse a la cuestión del humanismo que tanto ha dado que hablar y que constituye uno de los retos de esta teoría. En el Luhmann que disgusta a Habermas se destacan elementos organicistas, de estirpe biologicista, con la autopoiesis que parece agitar sus tentáculos viscosos sobre un fondo gris

de burócrata. Pero la exigencia de un pensamiento duro, áspero e impersonal puede servir mejor al hombre que el clamor moral, que por otra parte también tiene un papel. Tiene razón Pilar Giménez al sostener que ésta no es necesariamente una visión deshumanizada de la sociedad (p. 340). Luhmann no es un romántico de los valores, pero no cabe duda de que hablar del sistema es una manera de hablar del hombre. Reclama una segunda Ilustración que rompa con el discurso moderno de la libertad, que era la libertad de individuo, pero no para atar al hombre sino para que acierte a situarse inteligentemente en la encrucijada de los sistemas. Y no puede ser una excusa para que nadie se responsabilice de nada.

Los escritos de Luhmann no aplican de modo mecanicista una metodología general previamente establecida, no son deducciones de esquemas previos, ni siquiera tienen un orden de progresión necesario o una articulación interna ineludible. Nada es lineal ni estático. Me atrae la paradoja de un sistema que funciona mejor como pensamiento problemático que como pensamiento sistemático. No es la fastidiosa ejecución de un método ya patentado y exterior a la materia sino invención con mucho de intuitivo y personal. Los textos breves —como apunta Pilar Giménez (p. 149)— son a veces superiores a otros que parecen programáticos y de gran alcance teórico y los detalles pueden llegar a ser sorprendentes. Hay una creatividad incesante en el proceso de escritura a través de fichas que se combinan en un desarrollo original. La autopoiesis es así un rasgo de la propia teoría y debe serlo de su recepción. La insuficiente determinación de términos (pp. 26-27) podría verse como un repertorio de posibilidades y como una consecuencia de esta dinámica de traducción permanente, en donde nada se sustrae a la corriente del pensamiento, todo se reformula y redefine en procesos de diferenciación. El sistema necesita un alto grado de inestabilidad para reaccionar frente a sí mismo y frente a su entorno. Esto hace imposible ser «luhmaniano», mero administrador de un cuerpo de saberes adquiridos.

La teoría de Luhmann no pretende agotar nada ni ser exclusiva. Es la oferta de una distinción —sistema y entorno— a través de una de las elaboraciones más refinadas de la sociología contemporánea. Está ahí susceptible de ser apropiada y se dirige a los que tengan interés en considerar lo normal como improbable. Muestra toda su fuerza cuando la activa un pensamiento inquieto y no resignado. La teoría de la autopoiesis reclama una aproximación poética, es decir creativa, pues el sistema no está girando sobre sí mismo: se desplaza y tiende una tupida red de reenvíos. Éste podría ser el destino del libro de Pilar Giménez.



## Respuesta a Jesús Ignacio Martínez García

Por PILAR GIMÉNEZ ALCOVER

Barcelona

El comentario de Jesús Ignacio Martínez García: «Luhmann para juristas» tiene la ventaja, pero a la vez el inconveniente, de haber sido realizado por uno de los escasos y mejores expertos españoles en la obra de Luhmann. Como buen conocedor de Luhmann, el profesor Martínez García no ha escapado a su seducción y tal vez ello le lleve a ser excesivamente benévolo con mi propia visión del autor. El tono laudatorio de la reseña dificulta mi respuesta y por ello me voy a limitar a agradecer su atenta lectura de mi libro: *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*.

Es un lugar común entre los críticos de Luhmann anatemizar su teoría acusándola de ser inmune a toda crítica, opinión que parece reforzarse en los últimos años especialmente cuando se analiza la introducción en su obra del elemento, prefiero no abusar del término «paradigma», autopoietico.

Parece imposible sustraerse a la seducción que provoca la lectura de la enmarañada teoría luhmanniana y quienes lo logran suelen utilizar el mismo procedimiento del que se sirvió Ulises para escapar al peligro de las sirenas: hacer oídos sordos. Y ello se logra de varias formas: evitando todo contacto, rehuyendo la comunicación o acortando el trayecto. A esta última posibilidad podría contribuir, en una especie de efecto perverso o cuando menos no deseado ni deseable, la lectura de mi libro.

La intención del libro es facilitar el viaje a través de la obra de Luhmann, no obviarla. Como un guía para el viajero, quiere ayudar en la preparación del recorrido y en la realización del trayecto, aportando una visión del mundo luhmanniano que se quiere amplia, pero que siempre será incompleta y parcial y nunca podrá sustituir un acercamiento directo.



## A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN

Albacete

Cuando, a propósito del reciente libro de José Luis Gordillo<sup>1</sup>, el profesor Gil Cremades me sugirió la idea de entablar un «debate» con el autor sobre la objeción de conciencia al servicio militar la idea me pareció doblemente interesante. De un lado, porque en nuestro país la envergadura que ha adquirido tal fenómeno plantea serios problemas políticos que reclaman algún tipo de respuesta y de análisis. De otro, porque la solución a esta problemática pasa, en mi opinión, por el replanteamiento de las ideas, acaso obsoletas, sobre la defensa y el servicio militar, y el libro de Gordillo constituye una valiosa aportación en esta reflexión: una clarificación en el debate socio-político sobre la injustificabilidad o insensatez de la guerra en la época actual que incita, como objetivo, a «poner en tela de juicio los axiomas básicos del pensamiento militar tradicional y promover y difundir nuevos valores morales y cambios culturales radicales entre las poblaciones» (p. 233). Por lo demás, de alguna manera había tenido ya la oportunidad de «debatir» con el autor sobre el tema de la objeción al servicio militar<sup>2</sup>, por lo que me pareció sugestivo continuar aquel debate.

---

1. Se trata de *La objeción de conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*, Barcelona, Paidós, 1993.

2. La cuestión giró en torno a la visión de la objeción de conciencia al servicio militar como modalidad alternativa de cumplimiento del deber general de defender España o como excepción al mismo, y se inició a partir de la publicación de J. R. CAPELLA, J. L. GORDILLO y J. ESTÉVEZ, «La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional», en diario *El País*, 30 de noviembre de 1987, p. 20. He hablado de debate porque, más tarde, la interpretación que yo diera, junto con L. PRIETO, acerca de la posición mantenida por los profesores aludidos (M. GASCÓN y L. PRIETO, «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-89, pp. 97 ss.) sería rechazada por ellos

I. Como el propio título sugiere, J. L. Gordillo centra su trabajo en la objeción de conciencia al servicio de armas, pero lo hace prescindiendo tanto de los problemas generales de fundamentación político-moral y jurídica de las distintas modalidades de objeción, como también de las dificultades que presenta su articulación jurídica. Se podrá decir que no es ésta la intención que parece guiar al autor, que ya desde el principio avisa de que su principal objetivo consiste en defender una regulación poco restrictiva de la objeción «a partir de una línea de argumentación distinta (de la tradicional)» (Introducción), razón por la cual intentaré explicar lo que acabo de afirmar.

Desde el momento en que la objeción de conciencia al servicio militar es reconocida como derecho en el ordenamiento jurídico, su análisis presenta peculiaridades y problemas propios que la hacen susceptible de un tratamiento autónomo frente al resto de modalidades de objeción que pudieran presentarse en la práctica. Ahora bien, la fijación de un concepto de objeción de conciencia, así como la eventual justificación ético-política y jurídica de la misma, si no imprescindible, sí parece altamente conveniente no sólo de cara a mantener la unidad de significado entre los distintos tipos de objeción, sino también de cara a enjuiciar, en cada modalidad concreta, si su regulación se ajusta a las exigencias mínimas que derivan de la justificación (o de la ausencia de justificación) de este fenómeno. Pues bien, en el trabajo que comentamos se echa en falta no tanto un análisis de la problemática de las conductas que, conforme al uso común de las palabras, suelen calificarse como «objeción de conciencia», cuanto la adopción, como punto de partida, de una definición de objeción que permita proponer, o criticar por excesivamente restrictiva, los términos de la regulación de una modalidad determinada de la misma. En mi opinión, como después comentaré, esta falta de enganche a un concepto más genérico de «objeción de conciencia» es lo que hace que el autor termine concibiendo la objeción como un «derecho político» (p. 121), cosa con la que evidentemente puede estarse de acuerdo si se entiende esto en el sentido de resaltar la trascendencia colectiva y en última instancia política del acto de objetar, pero no si lo que se pretende es asimilar la objeción al campo de los derechos de participación en las decisiones del Estado. Si fuese este último el sentido de sus palabras se rompería la unidad de significado de las conductas de objeción, pues no sólo no admiten tal asimilación todas sus modalidades, sino que tampoco todos los casos de objeción de conciencia al servicio militar responden a las razones que permitirían concebirla como una participación en las políticas públicas (en este caso concreto, en la política de defensa).

---

en otro trabajo: «Los derechos un poco en broma: las razones de Peces-Barba sobre obediencia, desobediencia y objeción», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, pp. 479 ss. No voy a insistir en ese tema.

II. Como acabamos de decir, la objeción de conciencia al servicio militar presenta rasgos que, desde luego, justifican, e incluso exigen, un estudio individualizado de la misma. En primer lugar por ser ésta, sin ninguna duda, la modalidad de objeción con más implantación social y, por consiguiente, la que mayores conflictos plantea. Y en segundo término —pero cuestión no menos importante— por tratarse de la única modalidad de objeción que en nuestro país goza de expreso reconocimiento jurídico, lo que hace que la naturaleza de los problemas que suscita difiera notablemente de la del resto de modalidades de objeción. En efecto, una vez que se reconoce la objeción como un derecho subjetivo, el problema deja de ser, o deja de ser sólo, político —en el sentido de lucha por el reconocimiento de la misma— y de hermenéutica constitucional —intento de articularla dogmática y jurisprudencialmente con las herramientas que el ordenamiento proporciona— para convertirse ante todo en un problema sobre el mayor o menor acierto, la mayor o menor generosidad de una concreta regulación. Es decir, los problemas de la objeción devienen entonces problemas de técnica-jurídica que versan sobre la suficiente o insuficiente, adecuada o inadecuada, regulación de la misma.

En este sentido, me parece acertado el objetivo que el autor declara perseguir con el trabajo y que consistiría en ofrecer «una serie de buenas razones ético-políticas a favor de una regulación poco restrictiva de la objeción de conciencia al servicio de armas» (p. 18). Y me parece acertado no solamente porque crea que es esto lo único que cabe hacer desde la óptica de la objeción de conciencia —es decir, mientras no se ataque directamente el deber objetado, intento este tan legítimo ético-políticamente como cualquier otro—, sino porque creo asimismo que la actual regulación legislativa y reglamentaria de esta modalidad de objeción es excesivamente —en algunas cuestiones incluso intolerablemente— restrictiva. No comparto, en cambio, con el autor ni la argumentación ni algunos de los presupuestos con que emprende esta tarea.

Con el propósito indicado de abogar por una regulación no restrictiva de la objeción al servicio de armas, el trabajo de J. L. Gordillo se articula en torno a dos grandes puntos:

1. Un rechazo de la fundamentación de la objeción de conciencia en el principio de libertad de conciencia, por considerar que dicha fundamentación desemboca sólo en una protección *prima facie* de la libertad de conciencia, lo que, en el caso concreto de la objeción al servicio militar, conduce a una legislación acusadamente restrictiva de la misma (*vid.* pp. 18-19).

2. Un intento de fundamentación distinta de la anterior que permita alcanzar el objetivo planteado y que consiste en aportar una serie de razones que ponen en cuestión la legitimidad de la imposición de un servicio militar a los ciudadanos.

A mi entender, ambas cuestiones merecen un juicio independiente.

III. A pesar de que la propuesta de defender una regulación de la objeción menos restrictiva que la existente se haga «sin cuestionar la premisa básica consistente en estimar la objeción de conciencia como un ejercicio legítimo de la libertad de conciencia», el autor parece lamentar que esta fundamentación desemboque en una protección de la objeción débil, «sólo *prima facie*», pues la libertad de conciencia «puede ser preterida si entra en conflicto con la protección de otros valores estimados como superiores o prioritarios» (p. 19).

A mi juicio, esta consideración revela una escasa atención al verdadero papel que desempeña la libertad de conciencia, tanto en la fundamentación política o moral de la objeción como en su articulación jurídica. Pero, de entrada, revela también una postergación de lo que significa un derecho a la objeción de conciencia. La objeción de conciencia puede ser definida como un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber ya se ha consumado, dispensa o exención que invoca en su favor no cualquier motivo, sino precisamente la exigencia de respeto a un dictamen de conciencia que resulta contrario al contenido de la obligación jurídica. Por tanto, son presupuestos habilitantes para el ejercicio del derecho, de un lado, y como es obvio, venir llamado al cumplimiento del deber jurídico y, de otro lado, mostrar una conciencia contraria a la realización de la conducta que constituye el contenido del deber. Así definida, la objeción de conciencia no es más que un corolario de la libertad de conciencia, ya que, si queremos ser fieles al uso común de la expresión, por objeción se entiende el ejercicio de la libertad de conciencia cuando actuar de acuerdo con los postulados de la propia conciencia implique la violación de una obligación jurídica<sup>3</sup>. Por lo demás, es evidente que vincular la objeción de conciencia a la libertad de conciencia del artículo 16.1 CE tiene la «ventaja» de permitir dar entrada en el ordenamiento a otras modalidades de objeción que —por razones político-sociales— no gozan de reconocimiento expreso.

Pues bien, dicho esto, no se comprende el lamento del autor de que esta justificación proporciona una protección «sólo» *prima facie* al derecho, que plantea especiales problemas prácticos a la hora de ponderar los bienes en conflicto y que desemboca en regulaciones restrictivas del ejercicio del mismo. Y no se comprende, o no se comparte, esta objeción básicamente por lo siguiente. En primer lugar, porque esta protección sólo *prima facie* es una consecuencia lógica de la doctrina de los *límites inmanentes* de los derechos que

---

3. Más ampliamente, M. GASCÓN, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

preside toda la interpretación constitucional, y no una deficiencia particular de la libertad de conciencia. Con lo cual, esta «débil» protección es la que se dispensa en todo caso a la objeción de conciencia al servicio militar, aun cuando se la entienda exclusivamente reconocida en el art. 30.2 de la Constitución. En segundo término, porque el problema práctico que plantea la ponderación de bienes constitucionales en conflicto desaparece o se aminora cuando existe una regulación legislativa y/o reglamentaria del ejercicio del derecho, lo que sucede precisamente con la objeción de conciencia al servicio militar. Y en tercer término, porque la fundamentación constitucional de la objeción de conciencia al servicio militar en el art. 16.1 o en el 30.2 CE no prejuzga la más o menos restrictiva regulación legal y reglamentaria de su ejercicio.

III.1. En efecto, en un Estado constitucional ninguna fundamentación jurídica proporcionará a las conductas de objeción una protección más fuerte que su reconducción a un bien constitucionalmente protegido. Ahora bien, la protección constitucional de los derechos y libertades, aun siendo absoluta, en el sentido de prevalecer sobre cualquier regulación legislativa, es *siempre prima facie*, por cuanto ha de conjugarse con la de otros bienes o derechos que también gozan de reconocimiento constitucional. No otra cosa significa la doctrina de los *límites inmanentes* de los derechos y libertades que supone que ningún derecho es ilimitado ni goza de primacía absoluta, sino que su ejercicio ha de armonizarse con la protección del resto de los derechos e incluso con otros bienes o valores constitucionales. De manera que esto no es en absoluto una interpretación restrictiva de la objeción, sino que constituye la técnica propia de la interpretación constitucional<sup>4</sup>. Por eso, aun rechazando, como parece sugerir el autor, que la objeción de conciencia al servicio militar sea reconducible a la libertad de conciencia del art. 16 CE, es decir ubicándola directa y exclusivamente en el artículo 30.2 CE, no se puede esquivar la justificación «sólo *prima facie*» de la misma, pues también a este derecho es aplicable lo dicho para la libertad de conciencia.

III.2 Desde luego no existe ningún problema en considerar que la Constitución reconoce la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho autónomo en el art. 30.2 CE. Antes al contrario, esto es obvio. Pero definir esta modalidad de objeción, como cualquier otra modalidad, como una manifestación de la libertad de conciencia no lleva necesariamente aparejado ni un especial problema práctico de inseguridad jurídica ni una regulación necesariamente restrictiva de la objeción.

---

4. Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993, donde precisamente se diseña una distinción entre principios y reglas con el fin de explicar el peculiar modo de entrar en conflicto los derechos fundamentales, un conflicto donde no hay valores absolutos y que se resuelve a través de una exigencia de ponderación en el caso concreto, pp. 81 ss.

En efecto, por lo que se refiere a la primera cuestión, si aceptamos que la objeción de conciencia —cualquier tipo de objeción— es una modalidad particular del ejercicio de la libertad de conciencia y, por tanto, que está reconocida implícitamente en la libertad de conciencia del art. 16.1 CE<sup>5</sup>, debemos ciertamente plantear los problemas de objeción como un conflicto entre la libertad de conciencia y los bienes o derechos protegidos por los deberes jurídicos objetados. Pues bien, dice J. L. Gordillo que este enfoque de la cuestión plantea un problema práctico del que sus autores no parecen ser conscientes: «el problema sobre quién debe decidir en última instancia cuándo debe prevalecer la protección del principio de libertad de conciencia sobre la protección y salvaguardia de otros bienes o valores, o viceversa» (p. 110). En mi opinión, sin embargo, tal problema seguramente no existe y, si existiese, afectaría por igual al planteamiento que critica Gordillo y al suyo propio. No existe porque: *a)* si la objeción de conciencia no está reconocida es el juez quien, mediante la oportuna ponderación de los bienes en conflicto, debe hacer prevalecer uno u otro; *b)* si la objeción de conciencia está reconocida, es la regulación que disciplina su ejercicio la que determinará las condiciones y límites del mismo<sup>6</sup>; cuestión distinta, obviamente, es que estas regulaciones puedan ser más o menos restrictivas o que en algunos casos puedan incluso ser sospechosas de inconstitucionalidad. Pero, aun cuando quiera verse aquí un problema, éste no desaparece porque se adopte el punto de vista que defiende el libro comentado, pues las razones sustantivas que se ofrecen en favor de la objeción al servicio militar pueden ser también ponderadas con otras razones, y alguien habría de hacerlo.

En suma, una vez reconocida expresamente una modalidad de objeción y desarrollada legislativamente —como ocurre con la objeción al servicio militar—, los problemas que se presenten ya no asumirán casi nunca la forma de un conflicto entre bienes o valores constitucionales, sino que serán prevalentemente problemas de técnica jurídica. Es decir, en estos casos el problema de la objeción girará sobre su concreta regulación legislativa y reglamentaria y sólo ocasionalmente sobre la posible infracción de algún otro bien inconstitucional.

III.3 En cualquier caso, el problema fundamental que, según interpreto, ve el autor en este tipo de justificaciones «tradicionales» es que «en función de la supeditación del respeto a la libertad de conciencia individual a la protección de esos otros valores se justi-

5. De otro modo, no se comprendería bien por qué el Tribunal constitucional ha dado entrada en nuestro ordenamiento a una modalidad de objeción, la objeción de conciencia al aborto, que no goza de ningún reconocimiento constitucional explícito ni de regulación legal específica. *Vid.* STC 53/1985, de 11 de abril.

6. Precisamente por ello es deseable la regulación concreta de las distintas modalidades de objeción, o al menos de las más relevantes.



ficaría el carácter acusadamente restrictivo de las leyes sobre objeción de conciencia al servicio de armas» (p. 19). También en este punto tengo que discrepar: el engarce constitucional de cualquier modalidad de objeción en la libertad de conciencia del art. 16.1 CE no prejuzga ni el reconocimiento constitucional de la objeción al servicio militar ni su desarrollo legislativo.

Lo primero es obvio, pues, desde mi punto de vista, el art. 16.1 CE contiene un principio de reconocimiento implícito de todas las conductas de objeción que no impide el reconocimiento expreso de modalidades particulares. Lo que ocurre es que este precepto sólo tiene virtualidad jurídica de cara, precisamente, a los tipos de objeción que no gozan de ese respaldo expreso. El reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia del art. 16.1 sería una especie de norma «colchón» de todas las modalidades de objeción no expresamente reconocidas.

Respecto a lo segundo, ni el reconocimiento expreso de la objeción de conciencia al servicio de armas ni su reconocimiento implícito en la libertad de conciencia llevan necesariamente aparejada una regulación restrictiva del ejercicio del derecho. En efecto, que el ejercicio de los derechos y valores constitucionales deba conjugarse con el ejercicio de los derechos de los demás, así como con otros bienes constitucionalmente protegidos, no significa que su virtual desarrollo legislativo tenga que ser necesariamente restrictivo. Si así fuera, tendríamos que concluir que todas las leyes que regulan el ejercicio de los derechos son restrictivas; y esto, evidentemente, no es así. Siempre que respete los derechos constitucionales, lo que ocurre siempre que no los limite injustificadamente, el legislador dispone de un más o menos ancho margen de discrecionalidad en la regulación del ejercicio de esos derechos. En otras palabras, dentro del ámbito de lo constitucionalmente legítimo, la mayor o menor apertura de las leyes de objeción es una opción de política legislativa.

Cuestión distinta es si, como apuntaba más arriba, en la regulación infraconstitucional española sobre objeción al servicio militar se han respetado o no esos mínimos marcados por la Constitución. Por ejemplo, y en esto estoy completamente de acuerdo con J. L. Gordillo, la instauración de un procedimiento fiscalizador de la conciencia (cuya conformidad con el derecho de intimidad de las personas es dudosa), la exclusión de la objeción sobrevenida del ámbito de protección del derecho (cuya infracción de la libertad de conciencia me parece clara) y la injustificada superioridad de la duración de la prestación social sustitutoria (que bien puede considerarse también un atentado al principio de igualdad y a la propia libertad de conciencia)<sup>7</sup>, harían más que cuestionable la regulación legislativa de

---

7. Sobre esto, he tenido ocasión de exponer mi opinión, con L. PRIETO, en «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal constitucional», *cit.*

este tipo de objeción. Pero en este caso, más que de regulación restrictiva se trataría de una regulación inconstitucional, aunque hay que decir que no ha sido apreciada como tal por el Tribunal constitucional.

En conclusión, me parece que el objetivo que se marca el autor, consistente en defender la conveniencia de regular poco restrictivamente el ejercicio de este derecho a partir de una línea de argumentación distinta a la «tradicional», no contradice en absoluto la fundamentación básica de la objeción de conciencia en el derecho de libertad de conciencia, que no prejuzga el tipo de regulación del ejercicio del derecho y que, por consiguiente, permite también la consideración crítica de la misma en vista de una menos restrictiva.

III.4 Por lo demás, el temor a que la fundamentación de la objeción en la libertad de conciencia propicie su sacrificio ante otros bienes o valores constitucionales, es un temor poco justificado precisamente en relación con el servicio militar.

Pues, dejando a un lado los deberes paternalistas y perfeccionistas, la clase de obligaciones cuya objeción resulta más fácilmente justificable es aquella en la que se protegen bienes colectivos cuya satisfacción global requiere de pequeñas contribuciones por parte de los sujetos obligados; y éste es el caso del servicio militar. Mucho más difícil es, en cambio, justificar la objeción frente a deberes que protegen bienes o derechos individuales cuya satisfacción depende del cumplimiento del deber por parte de todos y cada uno de los sujetos obligados<sup>8</sup>.

Hasta aquí he intentado no sólo mostrar que el engarce de la objeción de conciencia con la libertad de conciencia no propicia una regulación restrictiva, sino también apuntar que se trata más bien de todo lo contrario; y no deja de ser significativo que cuando el Tribunal Constitucional se propuso respaldar la cicatera regulación vigente comenzara justamente divorciando la objeción al servicio militar de la libertad de conciencia, traicionando de paso su propio precedente. Pero hay más. Esta desvinculación que parece proponer Gordillo no sólo es, a mi juicio, jurídicamente inoportuna, sino también desaconsejable desde un punto de vista más general, y ello al menos por dos motivos.

El primero es que el esfuerzo que se realiza a partir de la libertad de conciencia y que desemboca en una justificación *prima facie* tiene la virtud de desactivar una pretendida obligación moral de obediencia al derecho, y que lo hace además sin apelar a la mayor o menor plausibilidad del deber jurídico o de la conciencia disidente. Simplemente, esa justificación *prima facie* equivale a deslegitimar una obligación absoluta de obediencia, abriendo la puerta a una pretensión

---

8. Vid. J. RAZ, *La autoridad del derecho* (1979), trad. de R. Tamayo, México, UNAM, 1982, p. 348 ss.

de reconocimiento de cualquier caso de objeción, con independencia de que compartamos o no sus razones. Es lo que Muguerza ha llamado la concordia discorde, que se muestra fiel a la vieja idea según la cual el individuo es la fuente de toda moralidad y por lo tanto su árbitro supremo; y esto es precisamente «lo que impide que cualquier definición de lo que sean los intereses comunes a los miembros de una comunidad se pueda adelantar al efectivos acuerdo de éstos y la razón, también, por la que la concordia discorde ha de dejar la puerta siempre abierta al desacuerdo»<sup>9</sup>.

Naturalmente, nada de esto impide que luego se aporten razones en favor de una cierta clase de objeción, como hace el libro comentado en relación con el servicio militar; pero sin el fundamento que ofrece la libertad de conciencia (incluida la que algunos llaman conciencia errónea) esas otras razones carecen de más apoyatura que su bondad o sensatez, siempre discutibles en el marco de una argumentación moral —salvo que se conciban como verdades absolutas— y en ese sucedáneo (cada día más descafeinado) de la argumentación moral que es la democracia. Porque, dicho sea de paso, no se comprende que el temor que muestra Gordillo a que el argumento de la libertad resulte superado por otras consideraciones se torne en seguridad de que no puede ocurrir lo mismo con sus propias razones. Precisamente, una de las virtualidades que ofrece la libertad de conciencia es que de ella deriva una exigencia de respeto al disidente aunque no se esté de acuerdo con él o, si se prefiere, aunque no se compartan los argumentos de nuestro autor en favor del mismo.

El segundo motivo de disentimiento, conectado con el anterior y sobre el que luego volveremos, puede resumirse así: si, prescindiendo de la libertad de conciencia, las razones sustantivas que justifican la objeción al servicio militar son atendibles, entonces no debe existir el servicio militar; y si no lo son, entonces no debería reconocerse objeción alguna. Y esto presenta dos riesgos, que son dos caras de la misma moneda: el primero, y más evidente, es que en este marco carece de viabilidad cualquier reconocimiento de la objeción, que supone justamente amparar la disidencia sin cuestionar la legitimidad del deber jurídico. El segundo es que la eliminación de la libertad de conciencia se conecta con cualquier filosofía política «fundamentalista», pero difícilmente con una liberal, dado que si, para aceptar a los objetores, es preciso que la mayoría comparta sus razones, entonces esa mayoría vendría obligada no a tutelar la disidencia, sino a modificar los fundamentos de su modelo político; y, a la inversa, si no se comparten sus razones, bien pudiera ocurrir que no se sintiera obligada a aceptarlos.

IV. Como se ha dicho, el meollo del trabajo consiste en la aportación de razones que permitan abogar por una regulación de la ob-

---

9. J. MUGUERZA, «Habermas en el reino de los fines», en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Barcelona, Anthropos, 1988, p. 123.

jeción de conciencia menos restrictiva que la actual. Tales razones se centran en poner de manifiesto la falta de legitimidad de la imposición del servicio militar en una época en que los ejércitos «poseen medios para provocar matanzas instantáneas e incluso la desaparición de la especie humana» (p. 20). En suma, la idea de fondo es que en la época actual la guerra es ilegítima y, por consiguiente, también *el deber de cumplir el servicio militar es ilegítimo o tiene oscurecida su legitimidad*. Creo que cabría hacer algunas observaciones a esta argumentación.

IV.1. Afirmar que el deber es ilegítimo supone demostrar que contradice los postulados ético-políticos que están en la base del sistema y su correspondiente traducción en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el trabajo, la única fundamentación de la ilegitimidad de la guerra consiste en poner de manifiesto los execrables medios para la realización de la misma que los Estados tienen a su alcance, pero sin conectar este hecho con los principios básicos que inspiran la filosofía política constitucional. Seguramente es cierto que las particularidades del armamento en la época actual conducen a afirmar la falta de legitimidad de la guerra —de cualquier guerra— y, por tanto, la de la obligación de participar en una institución que la sirve. No obstante, se echa de menos esa falta de fundamentación. Por lo demás, si la legitimidad del deber de cumplir el servicio militar se ve oscurecida o anulada por los medios de destrucción masiva utilizables en la guerra, ¿quiere ello decir que en ausencia de este tipo de medios reprobables estaría justificada la guerra y, por tanto, el servicio militar?, ¿que una guerra como la de Ruanda, librada con armamento rudimentario, es legítima o menos ilegítima que la guerra del Golfo?

IV.2. En cualquier caso, el problema fundamental de la argumentación es, en mi opinión, que el autor no es coherente con los postulados de los que parte.

Qué duda cabe que el remedio más expeditivo para atajar el problema de la objeción consiste en demostrar la falta de legitimidad de los deberes objetados, pues en este caso desaparece de raíz todo el problema. Quiero decir que si la objeción, en cuanto rechazo al cumplimiento de un deber, supone un problema jurídico es precisamente porque se está presuponiendo la legitimidad del mismo. Si tal deber fuese ilegítimo, lo que procedería, en rigor, es su eliminación del ordenamiento, con lo cual no habría cuestión. Pues bien, en el caso presente, si la legitimidad del deber de cumplir el servicio militar se ve afectada por la particularidad de los medios utilizados, o utilizables, para la guerra, para ser consecuente el autor debería abogar por la supresión del mismo, no por una regulación menos restrictiva de la objeción. En suma, si nos encontramos ante un deber ilegítimo, entonces no es que el Estado venga obligado a regular de una manera menos restrictiva el ejercicio de la objeción a aquél, sino que tal deber debe desaparecer del ordenamiento.

Lejos de ello, pese a anunciar esa falta de legitimidad de la obligación del servicio de armas, en el libro se aborda el problema de la objeción a la misma, como si la existencia de una institución y organización militar que puede conducir a este tipo de guerras fuese legítima. Tal vez ello se deba a que la consecuencia que deriva de la existencia de armamento nuclear y de destrucción masiva en general sea tan sólo la «debilitación» u «oscurecimiento» de la legitimidad del deber, pero no su desaparición total, y por ello la fuerza de estas razones consistiría también, y sobre todo, en mostrar la «conveniencia» de regular poco restrictivamente el ejercicio de este derecho. Con todo, la incidencia de las razones apuntadas en la regulación de la objeción de conciencia merece alguna precisión.

IV.3. Que la guerra pueda ser execrable por el tipo de armas que se utilizan es sólo una razón que puede pesar en algunas conciencias, o incluso en todas las conciencias que pretendan ser racionales, y que, por tanto, puede dar lugar a una conducta objetora. Pero, por sí misma, *no supone necesariamente que la regulación deba ser menos restrictiva*. Si la regulación del ejercicio de la objeción de conciencia debe ser menos restrictiva, y estoy de acuerdo con el autor en que debe serlo, es porque es necesario respetar el contenido esencial de los derechos implicados (libertad de conciencia, derecho a la intimidad y derecho de igualdad, fundamentalmente), con independencia de las razones que eventualmente puedan ser alegadas por el objetor. En otras palabras, aunque el motivo que animase a unos pocos o a muchos objetores fuese baladí no por ello la regulación habría de ser más restrictiva; porque, justamente, lo que se protege no es el acierto de la conciencia disidente, sino el hecho mismo de que exista tal dictamen de conciencia.

Las razones aducidas para mantener la idea de que la guerra es execrable constituyen un argumento que sólo podría servir para 1) deslegitimar el deber —consecuencia que, como hemos visto, no parece extraerse del trabajo—; y 2) como causa de objeción en ciertos casos, a saber: aquellos en los que tales razones representen, precisamente, el contenido de la conciencia que entra en contradicción con el deber objetado. Convertir estas razones en los únicos motivos alegables de objeción supondría, entonces sí, aunque en otro sentido, una concepción restrictiva de la libertad de conciencia, y por consiguiente del derecho de objeción al servicio de armas, poco compatible con la protección del pluralismo político.

A mi juicio, lo que late tras todo esto es una asimilación de la objeción de conciencia a lo que doctrinalmente se ha llamado «desobediencia civil», que podría definirse, como he mantenido en otro lugar<sup>10</sup>, como una desobediencia política al Derecho dirigida a presionar sobre la mayoría a fin de que adopte una cierta decisión le-

---

10. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia, cit.*, p. 85.

gislativa o gubernativa. En ambos casos se trataría de insumisión al Derecho por motivos morales, políticos o de conciencia; en suma, porque se juzga injusto. Pero mientras la desobediencia civil se orientaría a la modificación del propio ordenamiento, configurándose como una forma atípica de participación política, la objeción se limitaría a lograr la exención personal ante un deber jurídico.

Es precisamente esta identificación entre las conductas de objeción y las de desobediencia civil lo que hace que Gordillo conciba la objeción al servicio militar como un «derecho político» (p. 121). Ya he dicho que nada habría que objetar si lo que se quiere decir con ello es sólo que tal acto tiene consecuencias colectivas o políticas, con independencia de que el objetor sea o no consciente de las mismas (por ejemplo, porque el número de objetores aumente de tal modo que deba replantearse seriamente la oportunidad del deber objetado) (pp. 120-121). Sin embargo, creo que el autor utiliza la expresión derecho político para referirse a la objeción de conciencia como una forma de desobediencia ligada indisolublemente al pacifismo, lo que le permite hablar de la misma como de una «estrategia de transformación de la sociedad» (p. 77) o de «intención política en el rechazo al servicio militar» (p. 81). Por ello, en consonancia con esta idea, se culmina el trabajo, «A modo de conclusión» (pp. 229 ss.), con un alegato en favor de la desinversión de la guerra que se traduce en algunas propuestas plausibles (así, la militancia en esta causa y la lucha política en pro de los objetivos que se consideran sensatos, razonables y convenientes para la supervivencia de la humanidad).

Desde luego, no hay nada que objetar al más que loable objetivo perseguido por la desobediencia civil llevada a cabo en nombre del pacifismo. Y, ciertamente, el ejercicio de la objeción de conciencia a formar parte de los ejércitos cumple una gran función en la consecución de este objetivo, pues, en la práctica, sirve para «poner en duda el discurso tradicional sobre la “defensa”, la guerra y la paz» (p. 233). Es más, el ejercicio masivo de la objeción de conciencia en nuestro país responde más bien a una postura estratégica guiada por móviles pacifistas que a la expresión de lo que pudiéramos llamar una conciencia privada o estrictamente individual. Ahora bien, que el ejercicio de la objeción de conciencia al servicio militar pueda llegar a ser en la práctica un instrumento de debate y lucha política no debe empañar su significado auténtico, que no es otro que la oposición al cumplimiento de un deber por razones de conciencia y que, por tanto, no presupone necesariamente una «conciencia pacifista». Es verdad que en muchos casos resultará difícil dilucidar hasta qué punto la finalidad del objetor es el cambio de la ley o la mera resistencia al deber jurídico; y, a su vez, resulta casi absurdo pensar que el objetor no desearía también la modificación de la norma injusta que le sitúa en una posición cuando menos incómoda, por lo que es perfectamente concebible que en la práctica se entrecrucen

comportamientos de objeción y de desobediencia (así, muchos colectivos pacifistas aúnan ambos propósitos cuando rehúsan el cumplimiento del servicio militar y al mismo tiempo pretenden su desaparición como servicio obligatorio). Pero, con todo, me parece preferible mantener la distinción conceptual entre objeción de conciencia y desobediencia civil. Y ello por las siguientes razones.

a) En primer lugar, porque la distinción se ajusta a un uso generalmente aceptado, que reserva el término «objeción de conciencia» para aquellos incumplimientos de un deber jurídico motivados por razones de conciencia, ideológicas o políticas, pero sin finalidad política o de cambio. Esto es, la objeción de conciencia sería una manifestación de la libertad de conciencia cuando ésta entra en contradicción con un deber jurídico, pero sin cuestionar el deber mismo, o al menos sin pretender cambiarlo.

b) Esta definición permite mantener la *unidad semántica del concepto* de objeción de conciencia, que además de la objeción al servicio militar abarcaría cualquier otra forma de objeción que pueda surgir. Por ejemplo, la objeción de conciencia al aborto, al juramento, a la imposición de un tratamiento sanitario, a saludar la bandera, al seguro obligatorio, al calendario laboral, etc.

c) Pero, sobre todo, esta distinción conceptual, aunque en la práctica no sea fácilmente constatable en algunos casos, es importante por las consecuencias que se derivan en orden a la *justificación* de las conductas. Así, si la desobediencia se configura como una forma de participación política, su justificación político-moral pasaría por poner de relieve la distancia que media entre el modelo democrático de participación política y su realización en las democracias históricas, pero difícilmente cabría hablar de un derecho a la desobediencia civil en los Estados liberales, que reconocen formas de participación política a sus ciudadanos. Pretender una «regulación poco restrictiva» de la objeción de conciencia entendida como acto político, es decir, como desobediencia civil, equivale a postular vías «privilegiadas» de participación política; privilegiadas justamente porque consisten en obviar la regla básica de la legitimidad democrática, que es el principio de la mayoría. En cambio, al desaparecer las connotaciones políticas de la actuación disidente —caso en que la denominamos objeción de conciencia— no hay inconveniente en mantener un derecho a la desobediencia en un Estado liberal democrático<sup>11</sup>; y esto porque tal acto de desobediencia no pretende alterar la ley general a la que supuestamente desea someterse la mayoría (o, al menos, se hace abstracción de dicho propósito), sino sólo preservar la conciencia individual.

---

11. En este sentido, he defendido un derecho general a la objeción de conciencia con base en el derecho de libertad de conciencia (art. 16.1 CE), en *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, cit.

d) Por lo demás, es cierto que aunque las razones de conciencia, ideológicas o políticas estén presentes tanto en la objeción de conciencia cuanto en la desobediencia civil, *la finalidad de la conducta no siempre está vinculada a un compromiso de lucha política* por el cambio del deber incumplido. Por ejemplo, no es escaso el número de objetores no comprometidos en la supresión del deber (piénsese, si no, en la objeción de los «testigos de Jehová») o el de quienes se declaran objetores sin presentar una repugnancia especial al cumplimiento del servicio de armas, sino movidos nada más —aunque tampoco nada menos— por consideraciones menos humanitarias, pacifistas o idealistas que las que parece ver el autor en la actitud del objetor. No todos los objetores son personas que «como mínimo, dudan y hacen dudar a los demás sobre las supuestas razones aducidas por los gobiernos para justificar su reclutamiento», y mucho menos creo que pueda decirse en todos los casos que la objeción es «un acto de resistencia a la guerra y a su preparación» (p. 233). Es obvio que muchas veces se objeta por razones interesadas, entre las que encuentran un lugar no desdeñable los motivos utilitaristas y hedonistas. No quiero decir con ello que no sean éstas razones perfectamente atendibles —sobre todo, teniendo en cuenta que quien esto escribe, por su condición sexual, no se ve en el dilema de objetar o no—. Quiero decir simplemente que las razones que dan lugar a este fenómeno de la objeción al servicio de armas no siempre son el fruto de una consideración cabal sobre las causas y consecuencias últimas que están detrás de los ejércitos y de las guerras en la época actual.

En resumen, creo que el libro de José Luis Gordillo constituye una meditada reflexión y un acertado alegato en favor de la paz o, como él prefiere decir, de la «desinvención de la guerra». En este sentido, suministra una buena argumentación que sin duda ha de formar parte del acervo teórico o filosófico de los objetores de conciencia y, yo creo, que también del conjunto de los ciudadanos. Otra cosa es que mi opinión difiera de la de Gordillo en lo tocante a la aproximación conceptual y a la justificación política y jurídica de la objeción. Nuestro autor supone que a mejores razones por parte de los objetores debe corresponder una mejor o más generosa regulación jurídica; por mi parte, creo que esa mejor regulación debe ser una exigencia del respeto por la libertad de conciencia, incluso aunque ésta carezca de buenas razones. ¿Quién es en el fondo más restrictivo?



## Respuesta a la profesora Marina Gascón

Por JOSE LUIS GORDILLO

Barcelona

Cualquiera que haya dedicado años a reflexionar sobre un tema que sinceramente le preocupe, no puede menos que mostrar agradecimiento a quienes tienen la bondad de leer y criticar atentamente lo que uno ha escrito al respecto. Estoy, pues, sinceramente agradecido a la profesora Marina Gascón por haber accedido a entablar o continuar un debate a propósito de *La objeción de conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*, así como al profesor Gil Cremades por haberle sugerido que lo hiciera. Además, a poco sentido autocrítico que se tenga, siempre resulta tentador retomar las cuestiones sobre las que se ha escrito, pues al entregar los originales a la imprenta rara vez puede uno evitar pensar que le quedaron cabos sueltos o que, a pesar de todo, el trabajo tiene carencias —u omisiones— sobre las que convendría decir algo.

Por lo que se refiere a *La objeción de conciencia*, algunas de ellas las señala la profesora Gascón al principio de su escrito. Dice que prescindo —y es verdad— de un concepto general de objeción de conciencia, de tratar los problemas generales de su fundamentación político-moral y de abordar las dificultades que presenta su articulación jurídica.

Sobre lo primero haré algunas consideraciones al final de esta respuesta.

Respecto a lo segundo, acepto que ésa es una carencia del trabajo, pero justificable porque también es en buena medida una tarea ya realizada. Entre otros, por la misma profesora Gascón, y no tengo inconveniente en remitir al lector interesado a la parte dedicada a la cuestión en *Objeción de conciencia y obediencia al derecho*. Ahora bien, tampoco quisiera perder la oportunidad de transcribir un par de párrafos del fallecido E. P. Thompson que, sin decir nada concluyente acerca de la fundamentación de nuestros juicios morales y por tanto de toda objeción de conciencia, a mí, al menos, me sirvieron

de inspiración en la elección y tratamiento del tema. Decía E. P. Thompson:

«Nuestra especie ha sido favorecida en este planeta, aunque no siempre hayamos sido buenos guardianes de los recursos terráqueos. Nuestra permanencia sobre la Tierra, medida con la escala de los tiempos geológicos, ha sido breve. Nadie puede decirnos cuál es nuestra tarea aquí, pero creo que consiste en algo más que en consumir tanto como podamos y en hacer estallar el lugar.

Tenemos una necesidad, si no un deber, profundamente enraizado en nuestra cultura: dejar este lugar en condiciones no peores de como lo encontramos. Quienes no confiamos en una vida después de la muerte podemos considerar que ésta es nuestra única inmortalidad: transmitir la sucesión de la vida, la sucesión de la cultura. Puede incluso que nos sintamos más felices comprometiéndonos en asuntos que van más allá de nosotros mismos y de nuestras necesidades<sup>1</sup>.»

Sin duda, tras leer estos párrafos, a algunos les preocupará sobre todo si se puede considerar o no racional el deber de que habla Thompson y de qué criterios disponemos para saberlo. Personalmente me encuentro entre aquellos a quienes esta cuestión les preocupa un poco menos que averiguar lo que se debe hacer y proponer para cumplir con dicho deber moral. Me parece prioritario porque si ahora todos consumimos tanto como podemos y seguimos contribuyendo a hacer estallar el lugar, eso supone poner en peligro las bases mismas de la supervivencia de nuestra especie. Y sin humanidad no hay ética ni posibilidad alguna de saber qué criterios debemos manejar para decidir intersubjetivamente la racionalidad de nuestros ideales éticos.

Sobre el asunto de la articulación jurídica debo decir que renuncié a ello cuando presenté mi trabajo como una argumentación ético-política (y no por tanto jurídica) válida, en mi opinión, para los Estados que han reconocido como derecho individual la objeción de conciencia al servicio militar. Y válida asimismo después de su reconocimiento jurídico, pues como explicaré más adelante, considero algo *ingenua* la afirmación de M. Gascón según la cual cuando ya se ha dado dicho reconocimiento sólo se plantean problemas de técnica jurídica.

Dicho esto, se puede pasar al centro de las críticas que hace al libro, algunas de las cuales, la verdad, me parecen injustas.

Creo por ejemplo que yerra el tiro cuando me atribuye nada menos que un «rechazo» a la clásica fundamentación de la objeción al servicio de armas en el principio de la libertad de conciencia. Ya en la página 19 de la introducción del libro afirmo, como ella misma transcribe por cierto, que no *cuestiono* la *premisa básica* consistente en estimar esta modalidad de objeción como un ejercicio legítimo

---

1. THOMPSON, E. P.: «Más allá de la guerra fría», en *Opción cero*, Barcelona, ed. Crítica, 1983, p. 239.

de la libertad de conciencia. Si no la cuestiono es que tampoco la rechazo. No interpretarlo así me parece sinceramente forzar las palabras. La fundamentación clásica en la libertad de conciencia es una premisa, un axioma *básico* que asumo y del que parte mi argumentación, entre otras cosas, porque casi todos los trabajos sobre este asunto, incluido el excelente de Marina Gascón, han tratado el tema exhaustivamente y me parece difícil decir algo más sin incurrir en reiteraciones tediosas e innecesarias.

La argumentación expuesta en el libro difiere de la fundamentación clásica, pero no la veo como alternativa o incompatible con ella, sino como complementaria y de naturaleza distinta. Los argumentos que propongo son de ética sustantiva y hacen referencia al conflicto material que se produce entre el acto de objetar y la institución del Estado a la que afecta su realización. En consecuencia, podría zanjar rápidamente esta parte de la polémica diciendo que algunas de las críticas que se me hacen son como dardos que veo pasar a bastante distancia sin sentirme en ningún momento tocado por ellos.

Pero seguramente mi contradictora consideraría esta respuesta un tanto apresurada y, a lo mejor, descortés. Y algo de razón tendría, ya que concibo mi argumentación como complementaria y de naturaleza distinta a la fundamentación clásica porque ésta me parece, sin embargo, insuficiente para defender o justificar ético-políticamente una regulación menos restrictiva del derecho de continua referencia. M. Gascón, por el contrario, parece convencida que su apoyo exclusivo en la libertad de conciencia es suficiente o, al menos, no prejuzga la mayor o menor restricción de su regulación jurídica.

Si fuese verdad que tras el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia, el debate éticopolítico suscitado por dicho acto pasa a un segundo plano y todos los problemas relevantes fueran de técnica jurídica, entonces a lo mejor llevara razón mi contradictora. Pero este punto de vista me parece de una sorprendente ingenuidad.

El debate ético-político generado por el acto de objetar no desaparece ni amaina tras haber adquirido la categoría de derecho subjetivo, sino que persiste; ¡y de qué manera! La discusión ético-política se prolonga en la interpretación constitucional que hace el legislador cuando discute sobre su regulación concreta, o bien cuando el Tribunal Constitucional decide sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, y también cuando el gobierno decide los criterios a los que debe responder la aplicación de la normativa aprobada. En ese sentido el caso español me parece paradigmático (que no trato específicamente en el libro porque ése no es el objeto del trabajo). En España, la Ley 48/1984 ha permitido a la Administración estimar legales por conveniencia política, en una primera etapa, las llamadas «declaraciones colectivas» impulsadas por el MOC en las que no se declaraba motivo alguno, y posteriormente rechazarlas por ilegales. Asimismo esta regulación ha permitido una aplicación tolerante de la ley hasta principios de 1994 —básicamente por temor a dar argu-

mentos a los objetores insumisos— y restrictiva a partir de esa fecha, a causa, según declaraciones de los ministros de Defensa y Justicia, de las consecuencias prácticas que puede tener para el ejército el espectacular incremento de objetores de los últimos tiempos. Dicho aumento, unido a los efectos del descenso de la natalidad de la segunda mitad de los setenta, puede provocar que el ejército español no disponga del número suficiente de soldados para su funcionamiento «normal» en un par de años.

Éste es el problema material que plantea siempre la práctica de la objeción al ejército, antes y después de su reconocimiento jurídico. Y de ahí se deriva la intencionalidad política última que ha presidido la aprobación y aplicación de las leyes de objeción de conciencia. Con ellas se pretende tolerar su ejercicio siempre y cuando éste no comporte para el ejército un desabastecimiento de mano de obra barata. El general De Gaulle resumió esta idea a la perfección cuando declaró: «Estoy dispuesto a reconocer un estatuto a los objetores de conciencia, pero no quisiera que rápidamente hubiera miles de ellos»<sup>2</sup>. Para que no hayan «miles de ellos» se prevé en las leyes mecanismos de filtro que en un momento determinado permiten «cerrar el grifo» si así lo decide el poder ejecutivo. La ponderación ético-política que justifica tales decisiones es siempre la misma, a saber: que el respeto por la libertad de conciencia debe hacerse compatible con el mantenimiento de la institución que legalmente cumple la función de defender y garantizar la seguridad y la libertad de los ciudadanos. Esta ponderación no puede ser cuestionada convincentemente, a mi juicio, apelando solamente a una genérica libertad de conciencia o a la libertad individual sin más, ya que ello supone desarmar dialécticamente a los objetores y contribuir indirecta o inconscientemente a su aislamiento y marginación social.

Es verdad que hay objetores que rechazan los deberes militares por motivos que no son pacifistas ni antimilitaristas, sino, más bien, hedonistas o de cualquier otro tipo. Y, desde luego para mí, como para la profesora Gascón, son tan legítimos como cualquier otro. Para mí lo son, en primer lugar, por respeto a la *premisa básica* de la libertad de conciencia de cada cual. En segundo lugar, porque no pretendo hablar falsamente desde la razón eterna y universal. Mi punto de vista es declaradamente partidista y subjetivo: es el de un objetor pacifista más y no el de un miembro de la cúpula del ejército, del gobierno o del Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia. Si el gobierno o los jefes militares no consiguen convencer a los jóvenes para que cumplan el servicio militar, ése es un problema del ejército, del gobierno o del Estado, no mío. Por eso creo, dicho sea de paso, que los objetores como mínimo dudan de las razones adu-

---

2. Cit. en AWRAY, Michel: *Objecteurs, insoumis, déserteurs*. Paris, ed. Stock 2, 1983, p. 249.

cidas por los gobiernos para justificar su reclutamiento. si no dudaran, y se creyeran a pies juntillas a las autoridades, entonces cumplirían su servicio militar. Pero, como he dicho, yo no tengo ninguna pretensión de ayudar al gobierno o al Estado a resolver sus problemas, es más: desde mi óptica pacifista me alegra que el Estado y el ejército hayan perdido capacidad de legitimar el servicio militar; aunque también tiendo a ver su deslegitimación social como un fenómeno contradictorio que no debe conducir, desde una perspectiva pacifista, a ninguna clase de autoengaños.

Por eso, como un objetor pacifista más, me permito advertir (sin más trascendencia que la meramente retórica o persuasiva) que quienes objetan por motivos que no son pacifistas y/o antimilitaristas se están comportando de forma poco comprensible para el resto de sus conciudadanos.

Dichos objetores no pueden justificar ante ellos la realización de un acto que objetivamente afecta al «buen» funcionamiento del ejército, el cual, supuestamente, nos defiende «generosamente» a todos, etcétera. Si ellos objetan, el ejército dispone de unos cuantos hombres menos y eso dificulta la realización de sus funciones. Y, dicho también de pasada, si tenemos en cuenta que su principal función es prepararse para la guerra, el acto individual de objetar se convierte entonces automáticamente en un acto de resistencia a la guerra y a su preparación, aunque quien lo practique no tenga plena consciencia de ello o no sea capaz de justificar coherentemente las consecuencias objetivas de su acto. Ahora bien, si muchos objetores no tienen plena consciencia o no son capaces de justificar coherentemente las consecuencias objetivas de su acto, entonces su posición es ética y políticamente muy débil ante la opinión pública y el gobierno, ya que no tienen ningún argumento que oponer a los discursos oficiales sobre la defensa militar, los ejércitos y el servicio de armas; repletos por lo demás de conceptos como «noble entrega» «sacrificio», «generosidad», «heroísmo», «servicio a la patria» y otros similares tomados en préstamo de la retórica patrioterica del siglo XIX. Si frente a estos discursos, los objetores se callan y se niegan a dar voluntariamente una proyección colectiva a su acto individual, es posible que una parte de la opinión pública les acabe despreciando y, en consecuencia, admirando a quienes «generosamente» se «sacrifican» cumpliendo el servicio militar y considerando justificada, a su vez, cualquier restricción práctica del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. La incoherencia, el individualismo, el solipsismo moral, la pasividad, la apatía, el hedonismo, la frivolidad o la insolidaridad no son precisamente los mejores materiales con los que se puede cimentar un movimiento de objetores fuerte, capaz de encontrar apoyo entre la población y capaz por tanto de hacer frente a la propaganda en su contra de los gobiernos y de los ejércitos. De ahí la necesidad de formular argumentaciones como las que he intentado desarrollar en el libro.

Buscar y conseguir el apoyo de la población es muy importante, y más aún conseguir una deslegitimación social del deber de cumplir el servicio militar por razones pacifistas y antimilitaristas. Pues no da lo mismo que aquélla lo sea por razones pacifistas y antimilitaristas, que por otro tipo de razones. Sólo si lo es por las primeras puede haber el posterior impulso político-social necesario para que la crisis de legitimación del servicio militar no pueda resolverse mediante la mera profesionalización del ejército actual. La sustitución por soldados profesionales de los cerca de 210.000 soldados de leva que necesita reclutar cada año el ejército, conllevaría ciertamente un incremento del gasto militar. Pero dicho incremento, en una situación de crisis fiscal del Estado y de paro estructural y permanente, no parece de entrada una opción muy popular si, para muchas personas, puede representar una disminución relativa de sus pensiones o de su subsidio por desempleo y, al mismo tiempo, si están convencidas de la ilegitimidad de mantener un ejército de estas dimensiones. En España este dilema ya aparece con claridad en el debate público generado por el aumento del número de objetores. Por consiguiente, ante nosotros se nos presenta una encrucijada que ofrece una oportunidad al movimiento por la paz para abogar por un modelo de defensa alternativo que responda a otra lógica y sea mucho más barato<sup>3</sup>. Pero es una incógnita saber si se logrará convencer de ello a todos los objetores y a la opinión pública, y si el movimiento por la paz y sus aliados políticos serán capaces de aprovechar esta oportunidad o no.

La profesora Gascón me acusa de incoherencia cuando afirma que si los motivos que aduzco en el libro me conducen a pensar que los deberes militares son ilegítimos, entonces no debería proponer una regulación menos restrictiva de la objeción de conciencia, sino la supresión del deber objetado. Y que, lejos de ello, en mi trabajo se aborda el problema de la objeción «como si la existencia de una institución y organización militar que puede conducir a este tipo de guerras fuese legítima». Por lo que a mí respecta, y por las razones que expongo en el libro, considero totalmente ilegítimo, entre otros, nuestro actual ejército de la OTAN y el deber de servir en él. Ahora bien, el que a mí me lo parezca no me induce al autoengaño de pensar que también se lo parece a todos mis conciudadanos. Por eso estimo que lo más prudente es exigir, en primer lugar, otra ley de objeción de conciencia menos restrictiva que recoja todos los puntos de las resoluciones del Parlamento Europeo. Una ley de estas características puede favorecer aún más el crecimiento del número de ob-

---

3. Como, por ejemplo, el propuesto por Vicenç Fisas consistente en un ejército profesional pequeño de 80.000 hombres, descentralizado y dotado de un armamento estructuralmente incapaz de servir para la invasión del territorio de otro Estado. Ver FISAS, Vicenç: *Defensa 2.001. Una proposta de defensa no ofensiva per a Espanya*. Barcelona, ed. Jaume Bofill/Centre UNESCO, 1990.

jetores de conciencia y, por tanto, la deslegitimación social *de facto* del servicio militar obligatorio. Aunque no considero que la mera aprobación formal de una ley de estas características constituya la única garantía de un trato menos restrictivo del derecho en cuestión. La garantía del respeto de cualquier derecho individual no debe concebirse únicamente como jurídica, sino como jurídico-política. En el caso de la objeción al servicio de armas, la parte política de dicha garantía la debería constituir, a mi entender, un movimiento de objetores, organizado, solidario y cohesionado en torno a un proyecto colectivo, con capacidad real de movilizarse para contrarrestar la tendencia de los gobiernos a aplicar cualquier ley de objeción de conciencia en función de los problemas de reclutamiento de su ejército. El cambio que propongo supone otorgar *de facto* a quienes, en última instancia, deben participar directamente en una guerra, un cierto poder de veto sobre las decisiones gubernamentales, o dicho de otra forma, supone atribuir a los ciudadanos llamados a filas la capacidad de ponderar si ante una determinada situación, conviene o no alistarse en el ejército para defender determinados valores o bienes constitucionales. Junto a la ponderación ético-política que pudiera hacer el gobierno, también habría que tener en cuenta entonces la ponderación ético-política de los potenciales alistados.

Es cierto que, si se consigue la abolición del servicio militar, ésta posibilidad desaparecerá porque desaparecerá el deber objetado. Pero si el actual ejército mixto da paso a un ejército totalmente profesional, también cabe plantearse la posibilidad de reconocer un derecho a la objeción de conciencia a los soldados profesionales. En ese caso se trataría de una objeción a los deberes militares impuestos por el contrato de soldado profesional. La forma de articularlo jurídicamente podría ser contemplar la objeción de conciencia como causa legítima de rescisión del contrato de alistamiento.

Por consiguiente, no es cierto que la derogación del deber de cumplir el servicio militar elimine por completo el problema de la objeción. Históricamente ésta surge como consecuencia de los problemas morales que plantean a determinadas personas las actividades militares. Y éstos no dejarán de plantearse con la supresión del servicio militar obligatorio. Así lo muestra que en el ejército británico, profesional desde hace muchos años, se contemple para los soldados alistados mediante contrato la posibilidad de objetar<sup>4</sup>.

Asimismo, M. Gascón sostiene que afirmar que un deber es ilegítimo supone demostrar que contradice los postulados ético-políticos que están en la base del sistema y su correspondiente traducción en el ordenamiento jurídico. A continuación echa en falta ese tipo de fundamentación, ya que, en su opinión, sólo sostengo que cabe dudar

---

4. Sobre la regulación de la objeción de conciencia en el ejército británico, ver el informe para el Consejo de Europa: *Conscientious objection to Military Service in Europe*, AS/Jur. (36), Strasbourg, 1984, especialmente pp. 79-80.

de la legitimidad del deber de cumplir el servicio militar porque las guerras son ilegítimas debido a los medios que se emplean en ellas. Pero en el libro no sólo me limito a sostener tal cosa.

Los Estados que actualmente tutelan legalmente la objeción de conciencia al servicio de armas son Estados representativos. Por tanto, todos ellos supuestamente tienen a la regla de las mayorías como principio legitimador de la toma de decisiones políticas. En el capítulo tercero del libro sostengo que dicho principio no puede concebirse como absoluto e ilimitado. La regla de las mayorías no puede servir para legitimar políticas militares agresivas contra terceros países, ni para legitimar la utilización de armas de destrucción masiva, ni tampoco para amenazar con su utilización —como hicieron las superpotencias durante la guerra fría—, ni, en general, ninguna acción bélica realizada dentro o fuera del propio Estado contraria a lo establecido en el derecho bélico humanitario (señaladamente la prohibición de considerar objetivo militar a la población civil). Como dijo Noam Chomsky a propósito de la guerra del Vietnam: «No hay ningún principio del que se siga que puede permitirse que una sociedad democrática pura y sin mácula siga tranquila e impertérrita mientras lleva a cabo acciones criminales»<sup>5</sup>. A continuación muestro mi escepticismo sobre la posibilidad de que se produzcan algo así como «guerras humanitarias», sobre todo si tenemos en cuenta que las guerras modernas provocan más muertos civiles que militares y que, desde los años veinte de este siglo, los estrategas de uniforme consideran anacrónica la distinción entre combatientes y no combatientes. Las armas nucleares, especialmente aptas para matar civiles indefensos, son la cristalización tecnológica de dicha «teoría». Asimismo señalo que tras la aparición de las armas de destrucción masiva y dado su poder destructivo, parece muy sensato proponerse en serio, como hicieron los firmantes del «Manifiesto Einstein-Russell», el objetivo de desinventar la guerra como medio de resolución de los conflictos, pues todas las guerras, además de lo ilusorio que resulta creer que puedan ser humanitarias, incrementan el riesgo de utilización y proliferación de este tipo de armas. Me extraña, por ello, que M. Gascón se pregunte si en ausencia de armamento de destrucción masiva, estimaría justificada una guerra y, por tanto, el servicio militar; o si considero que una guerra como la de Ruanda, librada con armamento rudimentario, es legítima o menos ilegítima que la guerra del Golfo. Tras lo dicho debería estar claro que no.

Decía que la simple fundamentación de la objeción de conciencia en la libertad de conciencia me parecía insuficiente porque desarma a los objetores ante al discurso ético-político legitimador del ejército y del servicio militar, lo cual contribuía indirectamente a su margi-

---

5. CHOMSKY, Noam: «En los límites de la desobediencia civil», en *Por razones de Estado*, Barcelona, Ariel, 1975, p. 424.



nación social y política. También considero que contribuye a dicha marginación —ya que en realidad la presupone— la misma concepción de toda objeción de conciencia como un acto sin finalidad política. Con lo cual pasamos a tratar el problema del concepto de objeción de conciencia.

Según entiendo, para Marina Gascón tanto lo que ella llama «el uso generalmente aceptado» de dicho concepto así como la necesidad de preservar su «unidad semántica», le inducen a mantener que objeción de conciencia es «todo incumplimiento de un deber jurídico motivado por razones de conciencia, ideológicas o políticas, pero sin finalidad política o de cambio. Esto es, la objeción de conciencia sería una manifestación de la libertad de conciencia cuando ésta entra en contradicción con un deber jurídico, pero sin cuestionar el deber mismo, o al menos sin pretender cambiarlo». De esta definición, lo único que me parece cuestionable es lo de ausencia de finalidad política. Estimo que cuando M. Gascón habla del «uso generalmente aceptado», a mi juicio, se olvida de añadir «entre juristas y los filósofos del derecho» (y ni siquiera entre todos ellos).

La verdad es que el problema del concepto de objeción de conciencia es de los temas que más me preocuparon desde el principio del trabajo y, de hecho, me esperaba este tipo de críticas. Sobre este asunto existe una gran distancia y una tremenda incomunicación entre la literatura producida por ciertos teóricos del derecho y la literatura producida por gran parte de los propios objetores de conciencia al servicio militar. Ambas se ignoran mutuamente y en ambas se manejan conceptos muy distintos de objeción de conciencia. En la primera, la objeción se define como un acto apolítico, en la segunda como un acto que persigue claros objetivos políticos. Ante esta disparidad ¿qué hacer? Dado el carácter del trabajo y sus inmediatos destinatarios, seguramente lo más práctico —y lo que menos complicaciones acarrearía— hubiera sido resguardarse bajo el manto de algún argumento de autoridad y no cuestionar lo del carácter apolítico de la objeción de conciencia. Pero eso me pareció poco respetuoso con buena parte de quienes históricamente, al fin y al cabo, más han hecho en la práctica para que los Estados reconociesen el derecho sobre el que estamos discutiendo. Tener en cuenta lo que algunos objetores dicen acerca del sentido último del acto que realizan, es lo mínimo que se les debe a personas de la entereza moral de un Pepe Beúnza, para poner un ejemplo próximo a nosotros.

Por esta razón decidí sustituir el clásico capítulo de discusión dogmática sobre el concepto general de objeción de conciencia por un primer capítulo introductorio, parte del cual se dedica a exponer sucintamente las ideas de distintos tipos de pacifismos históricos que son los que, hasta principios del siglo veinte, han abogado por la negativa a integrarse en el ejército por motivos de conciencia. Con ello pretendo mostrar, al mismo tiempo, la pluralidad de concepciones que ha existido históricamente acerca del sentido del acto de

objetar. En todas ellas no está presente ese apoliticismo o desentendimiento de los asuntos colectivos que le atribuye M. Gascón y otros teóricos del derecho. Ni tampoco se encuentra en una parte de los objetores del siglo veinte. Para los *warresisters* británicos de la primera guerra mundial o para los tolstoianos, gandhianos, antimilitaristas de inspiración libertaria o marxista o para muchos de los lectores ecopacifistas de Petra Kelly o del último Rudolf Bahro, el acto de objetar se realiza para preservar la propia integridad moral y simultáneamente para conseguir determinados fines políticos.

En cambio, si damos por bueno el concepto del que se hace eco la profesora Gascón, tenemos que llegar a la conclusión que todos ellos no son «auténticos» y «verdaderos» objetores de conciencia. Uno se imagina un Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia compuesto por Raz, Singer, Rawls y parte de los cultivadores españoles de la filosofía del derecho y no puede por menos que llegar a la conclusión, a partir de su concepto de objeción como acto sin finalidad política, de que negarían la condición de objetor a todos los seguidores de Petra Kelly, Rudolf Bahro, Martin Luther King, Karl Liebknecht, Rosa Luxemburg, M. Bakunin o León Tolstói. Asimismo deberían negar tal condición a todos los asociados o seguidores de la Internacional de Resistentes a la Guerra (IRG), del Movimiento de Objetores de Conciencia (MOC) y de la Asociación de Objetores de Conciencia (AOC). Y para acabar, muy modestamente, también a quien suscribe estas líneas. Esto, entre otras cosas, me parecería una inaceptable restricción del principio de la libertad de conciencia y me extrañaría sinceramente que la profesora Gascón mostrara su conformidad con ello.

Ciertamente, aceptar que existen objetores que persiguen fines políticos plantea problemas de justificación en los Estados representativos. De eso trata parte del capítulo 2 y del capítulo 3. Ahí, entre otras cosas, vengo a decir que si tenemos en cuenta, por un lado, que los modelos de democracia representativa manejados mayoritariamente por Raz, Rawls, Singer y otros, sólo existen en su imaginación y que aunque fuesen realidad también deberían enfrentarse a las limitaciones de la regla de las mayorías de la que se hablaba más arriba, entonces no se ve un gran problema en concebir la práctica de la objeción legal como el ejercicio de un derecho político tendente a influir en la política de defensa. Y, por cierto, así se ha concebido en España desde el ámbito del movimiento por la paz y de sus aliados políticos y, a la vista de los resultados, hay que reconocer que con bastante éxito. En lo que no estoy de acuerdo es en considerarlo una vía privilegiada de participación política. Afirmar tal cosa presupone no tener en cuenta las susodichas limitaciones a la regla de las mayorías y no haber reparado en cómo se han tomado las decisiones militares especialmente relevantes en los últimos cuarenta años de guerra fría, bloques militares, carrera de armamentos, crecimiento de

la industria militar, incremento del comercio de armas y reparto del mundo en «áreas de influencia».

De todas formas, sigue siendo cierto, como señala M. Gascón, que esta forma de concebir la objeción de conciencia responde al sentir de una parte de los objetores pero no de todos. Para otros, como los Testigos de Jehová, el acto de objetar no persigue ningún objetivo político. Es por eso que a lo mejor convendría recuperar la distinción que establece Bruno Montanari entre las «objeciones categóricas», y «objeciones hipotéticas»<sup>6</sup>. Las primeras se caracterizarían por fundarse en una adhesión interior a un imperativo que trasciende cualquier fin histórico concreto. Las segundas, por ser concebidas como medios para alcanzar un objetivo sociopolítico. No obstante, lo que también es verdad es que eso supone romper la «unidad semántica» del concepto general de objeción de conciencia que maneja Marina Gascón. Lo siento de veras por su pretensión de «unidad semántica». Pero así es el mundo, mucho más complicado que la elegante redondez de nuestras construcciones teóricas.

---

6. Ver MONTANARI, Bruno: *Obiezione di Coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Milán, ed. Dott. A. Giuffrè, 1976, pp. 31-35.



IV  
INFORMACIONES



## EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE OÑATI

El Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, fundado en 1988, está asociado a más de 60 universidades europeas y americanas y a la red internacional de sociólogos jurídicos que utiliza sus instalaciones para organizar seminarios o *workshops* o para permanecer en el mismo durante su año sabático, todo lo cual se ofrece tanto a los juristas como a los científicos sociales de España.

El Instituto está localizado en la Antigua Universidad de Oñati (1543), que es una magnífica muestra del arte y arquitectura plateresca del Renacimiento. Está situado a dos minutos de la residencia universitaria.

La residencia es un palacio del siglo XVIII que también ha sido renovado y tiene salas de recepciones para actividades sociales y amplias posibilidades de alojamiento.

El Instituto está dirigido por un Director Científico. Un Director Administrativo está encargado de los asuntos administrativos y financieros. También hay cuatro departamentos dirigidos por expertos responsables; éstos son:

a) Relaciones Internacionales: organiza *workshops*, congresos y conferencias a propuesta de científicos interesados. Una lista de tales actividades se difunde anualmente.

b) Centro de Documentación: se ha creado una base de datos con referencias bibliográficas de artículos aparecidos en publicaciones periódicas y otros materiales no publicados (tesis, conferencias, informes, etc.), que junto a la Base de Datos de los fondos de la Biblioteca (monografías y publicaciones seriadas) permite realizar búsquedas a través de distintos campos. Dado que el IISJ es la sede oficial del *Research Committee on Sociology of Law*, y la distinta procedencia geográfica de sus miembros, se emplea el idioma inglés en las bases de datos. También se publica semestralmente un boletín de documentación analizada, *Current Legal Sociology: A periodical publication of abstracts and bibliography in Law and Society*, con las novedades bibliográficas más recientes en nuestra área y resúmenes de ellas.

c) Biblioteca: se creó con el ánimo de recoger en sus fondos toda la producción de nivel mundial en Sociología Jurídica. Actualmente, aunque todavía se encuentra en proceso de creación, cuenta ya con importantes obras de esta materia. Se trata de una Biblioteca a la cual pueden acceder los usuarios de manera directa. Las materias están divididas en siete grandes áreas, que se dividen a su vez en diferentes subáreas, siguiendo un esquema de clasificación creado específicamente para esta Biblioteca. Las personas interesadas en conocer los fondos que posee la Biblioteca en una determinada materia pueden solicitar la información por correo o fax, y las búsquedas les serán remitidas a la mayor brevedad posible.

d) Publicaciones: Aparte del *Current Legal Sociology* citado, hasta ahora se ha publicado el *Oñati Proceedings*, que es la principal producción del Instituto. Se trata de una colección de libros que recogen las aportaciones presentadas en las distintas reuniones científicas celebradas en el Instituto. En el futuro se prevén diferencias en su publicación en inglés y en castellano, de lo que se ocuparán empresas

editoriales responsables. Asimismo, se abrirán líneas de publicación de obras específicas de Sociología Jurídica.

El Instituto ofrece cursos de estudio que conducen a un *Master* en Sociología Jurídica y a un Doctorado con reconocimiento Internacional en Sociología Jurídica, actualmente bajo el título general de *Global Legal Interaction - A Social Science Perspective*, cuyos cursos transcurren desde octubre de 1994 a marzo de 1995, tras lo cual se dispone de un período de tres a seis meses para redactar la tesina.

Roberto BERGALLI



## CONGRESO DE LA SOCIEDAD DE LÓGICA, METODOLOGÍA Y FILOSOFÍA DE LA CIENCIA EN ESPAÑA

Del 15 al 17 de diciembre de 1993 se celebró en Madrid el I Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodológica y Filosofía de la Ciencia en España. La Sociedad tuvo su antecedente próximo en una reunión que tuvo en el CSIC en noviembre de 1992 en la que se acordó iniciar los trámites para crear una Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia, homóloga a la *International Union of History and Philosophy of Science, Division of Logic and Philosophy of Science* (IUHPS). Para ello se creó una comisión gestora formada por los siguientes profesores: J. Echeverría (Universidad del País Vasco) presidente; E. Pérez Sedeño (Univ. Complutense de Madrid) secretaria y tesorera; y F. Broncano, R. Jansana (Univ. de Barcelona) y J. M. Sagüillo (Univ. de Santiago) vocales. Esta comisión convocó el I Congreso de la Sociedad, que contó con la colaboración de los siguientes organismos: Universidad Complutense de Madrid, Universidad Carlos III, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad Pontificia de Comillas, Universidad de Alcalá de Henares, Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Educación y Ciencia (DGCYT).

Por acuerdo del comité organizador el Congreso se dividió en tres secciones: Lógica, Filosofía del Lenguaje y Filosofía de la Ciencia. Asimismo hubo dos simposios monográficos, uno sobre Lógicas borrosas (organizado por el prof. J. C. García Bermejo).

La lección inaugural del Congreso (presentada por el Prof. M. Sánchez-Mazas) corrió a cargo del Prof. L. Jonathan Cohen (Universidad de Oxford), quien disertó sobre «*Some Steps Toward a General Theory of Relevance*».

Dado el número de comunicaciones presentadas, resulta inviable dar cuenta de todas ellas. No obstante, y a modo de una pequeña muestra se puede mencionar la participación de M. Manzano y L. Vega (sección de Lógica); E. Bustos, P. Martínez-Freire, D. Quesada (sección de Filosofía del Lenguaje) y F. Broncano, J. Echeverría, J. C. García-Bermejo, V. Gómez Pin, A. Rivadulla (sección de Filosofía de la Ciencia). Es interesante señalar que todas las comunicaciones presentadas han sido publicadas como Actas del I Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España, E. Bustos, J. Echevarría, E. Pérez Sedeño, y M. I. Sánchez Balmaseda (eds.). De otro lado, el día 16 se celebró la Asamblea Constituyente de la Sociedad que eligió a J. Echeverría como presidente y a E. Pérez Sedeño como secretaria.

El Prof. C. Ulises Moulines (Universidad de Munich) (presentado por el Prof. J. Mosterin) clausuró el Congreso con la conferencia titulada «*Quién decide lo que hay*».

Victoria ITURRALDE



V

CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA



## CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA 1994

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Málaga

### DE ALGUNAS REVISTAS FILOSÓFICO-JURÍDICAS

#### **Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie**

Vol. 80, 1994, 1, previo y último a esta *Crónica* donde destacaría la aportación de E. A. Christodoulidis, «The Suspect Intimacy between Law and Political Community» (pp. 19-28), A. Calsamiglia («Dworkin and the Focus on Integrity, pp. 52-65), general sobre la filosofía jurídico-política dworkiniana (sociedad democrática, equidad, justicia, legalidad, referencia a principios y juego de/entre ellos) y más detenida respecto a la idea integridad como producción jurídica en desarrollo (a *focus*, un enfoque) y como coherencia, y P. Ferreira da Cunha, «Die Symbole des Rechts» (pp. 86-95).

#### **Rechtstheorie**

1993, 1/2. Reune colaboraciones en filosofía jurídico-política yugoslava, con mayoritaria presencia de la Universidad de Belgrado. En las secciones general, sobre soberanía, transformaciones del sistema jurídico y discusión sobre democracia: J. Trkulja, «Der Realsozialismus und der Rechtsstaat» (pp. 33-53), R. Lukic, «Über den Rechtsstaat» (pp. 135-138), S. Vracar, «Korrelation zwischen Rechtsstaat und Staatsrecht» (pp. 139-165), K. Cavoski, «Naturrecht, Rule of Law und tyrannische Gesetze» (pp. 169-180), y B. Markovic, «Despotischer, ideologischer und demokratischer Staat» (pp. 231-234). La contribución alemana es de W. Krawietz «Recht ohne Staat?. Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen-und systemtheoretischer Perspektive» (pp. 81-133), y U. K. Preuß, «Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation postkommunistischer Gesellschaften» (pp. 181-204).

Durante 1993 apareció también el Monográfico *Recht, Gerechtigkeit und der Staat —Law, Justice, and the State* (Rechtstheorie, Beiheft 15), como publicación de las actas del XVI Congreso Mundial de IVR (Reykjavik, 1993). Entre los participantes cabe mencionar los nombres de Z. Bankowski, R. Vernengo, L. Gianformaggio, J. Elster, T. Mazzarese, M. Troper o J. v. Dunne.

## Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto

Por arrastre de nuestra anterior *Crónica Bibliográfica* debe ahora comenzarse con los fascículos 3 y 4, correspondientes al último semestre de 1992. En el primero de ellos, dos colaboraciones vierten para la sección Studi sobre la figura de Kelsen; A. Catania (pp. 377-392) atendiendo a diversos aspectos jurídico-políticos de la idea kelseniana de democracia («Kelsen e la democrazia»), y S. L. Paulson (404-417) en lo que titula «Kelsen senza Kant», resolviendo en torno a una evaluación en términos no kantianos de la teoría normativa de Kelsen por examen y discusión de las tesis de Raz en *The Purity of the Pure Theory* (1981). En la misma sección se contienen otros dos trabajos, a firma de F. D'Agostino sobre la pena de muerte (pp. 393-403) y S. Radice acerca del silogismo normativo en general, más específicamente como silogismo judicial y por último de éste actuando como premisa mayor una regla hipotético-constitutiva (419-429). Para cierre a esta anualidad el fascículo 4; mientras A. G. Conte recorre distintos sentidos de «coherencia» e «incoherencia» en lingüística y deóntica (pp. 507-515), G. Salzano indaga los sentidos de «autoridad» concluyendo en la relevancia de las representaciones de externalidad (pp. 560-581). Reseñables también las aportaciones de S. G. Sagnotti (pp. 529-559) acerca de los presupuestos de la teoría de la justicia en Dworkin (identidad de la persona y valor de la vida), aunque concediendo mayor desarrollo a las nociones de igualdad y libertad, y B. Montanari (pp. 519-528) acerca de identificación científica y didáctica actual de la Filosofía del Derecho. V. Omaggio comenta en Note e Discussioni sobre el juicio de equidad concebido en dimensiones hermenéutica y de filosofía práctica (pp. 601-609)

Respecto a lo distribuido con fecha 1993, trae hasta el momento únicamente de los tres primeros fascículos. El 1 se abre con tres estudios en «Ricordo di Renato Treves» conjugando al lado del perfil biográfico e intelectual el comentario a las principales facetas de su dedicación académica: N. Bobbio («Renato Treves, 1907-1992») pp. 312, M. Cattaneo («Renato Treves filosofo del diritto») pp. 13-20 y V. Ferrari («Renato Treves sociologo del diritto») pp. 21-31. De la sección «Studi» destacar el trabajo sobre el pensamiento de Dworkin a cargo B. Pastore (pp. 43-78), «Integrità, tradizione, interpretazione». La sección «Note e discussioni» documenta pormenorizadamente (pp. 109-111) los plagios detectados en la bibliografía italiana dentro del gremio de Teoría y Filosofía del Derecho (A. Villani), su denuncia y expeditiva resolución por parte de la Dirección de la RIFD. En el 2 aparecen trabajos de R. Alexy, «Legal Argumentation as Rational Discourse» (pp. 165-178), analizando diferentes modelos de discurso argumentativo (modelo de deducción, decisión, modelo hermenéutico y modelo de coherencia) para finalmente reflexionar sobre la teoría de la argumentación jurídica como caso especial discurso práctico general; M. La Torre, «Una fondazione naturalistica dell'anarchismo. Pëtr Kropotkin» (pp. 179-202) donde trae referencia de la concepción moral del teórico anarquista ruso caracterizándola en contraste al pensamiento del anarquista español Ricardo Mella (sus escritos en *Breves apuntes sobre las pasiones humanas*, Tusquets, Barcelona, 1976). También diversas consideraciones sobre filosofía política, metaética, norma-derecho-mercado, justicia-bondad; C. I. Masini Correas, «La teoría contemporánea de la justicia, de Rawls a MacIntyre» (pp. 203-221). Un sugestivo estudio de Literatura y Derecho es el que elabora F. Sciacca (pp. 222-236) en «La legge nascota. Il paradosso di Kafka», aunque quizás demasiado apegado a la paráfrasis de los textos más conocidos (*El Proceso*, *Metamorfosis*) y sin la oportuna consulta de críticos italianos como P. Citati, o franceses como M. Blanchot. Aspectos relevantes en orden a la teoría institucionalista y de la pluralidad de órdenes jurídicos pueden hallarse en B. Troncarelli, «Corce e la giuridicità delle associazioni criminose» (pp. 237-252). Sobre Literatura y Derecho encontraremos también en la sección Note e discussioni el trabajo de V. Frosini (pp. 281-287), «Letteratura e diritto penale», en comentario general a la obra de M. Cattaneo, *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Giuffrè, Milano, 1992, donde destaca sobre Dante, Collodi (Carlo Lorenzini) y Kafka. Por último, del 3, con un contenido muy variado del que destacaría los trabajos de C. Alarcón Cabrera sobre «Validez pragmática. Una discusión con A. G. Conte» (pp. 341-354), y S. Cotta, «Variazioni in tema de processo»

(pp. 386-393). Un comentario bibliográfico a la posición de Cotta en trabajos sobre justificación (*Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, 1981, y *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 1991 2.<sup>a</sup>) va a cargo de S. C. Sagnotti (pp. 461-472).

## Ratio Juris

Contando por el momento únicamente con la entregas que encabalgan el final del año 1992 (5, 3) y todo 1993.

Para aquél, abren parte de los materiales del 15.º Congreso Mundial IVR (Legal System and Practical Reason), así las colaboraciones de R. Alexy (pp. 231-231) y O. Weinberger (pp. 252-268). La primera («A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason») defendiendo una concepción kantiana de la racionalidad práctica, la segunda («Conflicting Views on Practical Reason. Against Pesuedo-Arguments in Practical Philosophy»), distinguiendo en el concepto de razón práctica las vertientes de fuente de principios prácticos y teoría del razonamiento relativo a acciones para luego, desde la ya conocida posición del A. (Dichotomic semantics of Practical Philosophy), centrar el análisis crítico sobre Kant, Lorenzen, Apel o Alexy y fijar las implicaciones éticas y jurídicas. Se incluyen también los trabajos de M. Atienza «Practical Reason and Legislation» (pp. 269-287), ocupado en el examen de distintos niveles de racionalidad en procesos de producción y aplicación legislativa y de J.-R. Sieckmann «Legal system and Practical Reason. On the Structure of a Normative Theory of Law» (pp. 288-307) en torno a diferentes teorías (Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy) sobre justificacion racional del sistema normativo, así como un denso estudio de L. Lombardi Vallauri (pp. 308-330) acerca de la concepción católico-romana de Justicia.

En cuanto al núm. 1 de 1993 la sección sobre Razonamiento jurídico reúne estudios a cargo de Raz (pp. 1-15, «On the Autonomy of Legal Reasoning»), y McCormick (pp. 16-29), «Argumentation and Interpretation in Law» que aborda cuestiones relativas al concepto de argumentación y diferentes categorías de argumentos interpretativos. Sobre Epistemología y Sistema jurídico reúne como segunda de las secciones temáticas de este número la contribución de M. Van Hoeke y F. Ost, «Epistemological Perspectives in Legal Theory», orientada sobre la discusión acerca del punto de vista interno y externo, este último abogado en una perspectiva «moderada» (pp. 30-47), y de J. J. Moreso y P. E. Navarro, «Some Remarks on the Notions of Legal Order and Legal System», referida a existencia, identidad, identificación normativa (pp. 48-63). Cabe reseñar también, junto a trabajos de E. A. Christodoulidis y de R. Zucker, el comentario de V. Frosini, en Notes, «Law-making and Legal Interpretation» (pp. 118-123). En el núm. 3 destaca singularmente la sección dedicada al estudio comparativo sobre normativismo y positivismo jurídico entre Hart, Kelsen y Habermas, para la que se reúnen colaboraciones de S. L. Paulson, «Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?» (pp. 227-244), E. W. Orts, «Positive Law and Systemic Legitimacy: A Comment on Hart and Habermas» (pp. 245-279). Igualmente, en la sección temática «Rules, Power, Permission», R. A. Shiner, «Rules of Power and the Power of Rules» (pp. 279-304) y R. Hernández Marín, «Doble Pairs» (pp. 305-323), interesado por la discusión de la distinción entre «strong» y «weak permission» en diversos escritos de C. E. Alchourrón y E. Bulygin. S. Urbina trae en «Notes» (pp. 339-349) el comentario a *Liberty, Market and State. Political Economy in the 1980s*, de J. M. Buchanan (1985).

## Droits

El núm. 17, 1993, eligió como tema monográfico «La Révolution Française et le Droit». Desde perspectivas interdisciplinarias siempre útiles, diversas contribuciones para la historia cultura y pensamiento jurídico. En nuestro propósito informativo

son de singular atractivo los trabajos de O. Beaud, «L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible? (pp. 3-18), A. Lefebvre-Teillard, «Citoyen» (pp. 33-42), J.-L. Halpérin, «Haro sur les hommes de loi» (pp. 55-66), P. Pasquino, «Le républicanisme constitutionnel de E. Sieyès» (pp. 67-78), y A.-M. Patault, con «La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie» (pp. 71-90). Se incluyen también trabajos de J. Q. Whitman, L. Hamon, J.-P. Borella («Le système métrique et la problématique des normes», pp. 91-98), M. Verpesux, O. Jouanjan y P. Poncella.

Para el núm. 18, 1993, destacar muy en especial el acierto al dedicar a «La qualification» la sección monográfica. Coordinada por O. Cayla («La qualification, ou la vérité du droit, pp. 3-18»), presenta colaboraciones de P. Truche, D. Labeotulle, Ph. Jestaz, B. Audit, en derecho internacional, administrativo y civil. Con dimensión más genérica G. Lyon-Caen. A. Stroewl se ocupa de la cualificación de «obra» según el derecho de autor. P. Engel, «La quasi-réalité des valeurs et des normes». El trabajo de J.-M. Ferry, «Une approche philosophique de la rationalité juridique» (pp. 89-98) aporta la tesis sobre la aplicación del derecho en el ámbito de la regla constitutiva (o de aplicación virtual del derecho) y en el ámbito de la norma regulativa (o de intervención virtual del derecho) como reconstrucción narrativa en tanto que *mimesis* de la acción. En mismo número registra el estudio de M. Tibon-Cornillot, «Crise de la biologie, crise du droit: du code génétique à la biologisation des normes» (pp. 119-134). En la crónica de Historia de la Ciencia del Derecho, Y. Tomas, «De la *saction* et de la *sainteté* des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité» (pp. 135-151).

En ambas entregas cierra «Notules», con amplísima y siempre bien documentada actualidad bibliográfica internacional.

### Revue Interdisciplinaire d'études juridiques

En la entrega correspondiente al primer semestre de 1993 (núm. 30) destaca el artículo que B. Winiger (Université de Genève) dedica (pp. 1-29) al *Jus naturae methodo scientifica pretractatum* (1740-1748) bajo el título «La transition du *Jus Commune* au *Jus naturae* de Christian Wolff». El A. había desarrollado en tesis doctoral el estudio de la influencia de Leibniz sobre Wolff, punto en el que aprovecha para posteriormente abordar prefiguración de un nuevo tipo de derecho, el derecho codificado, desde el análisis del «anteproyecto» del *Jus Naturae*, texto fechado diez años antes, a 1730, y que es conocido por *De Jurisprudencia civili in forma demonstrativam redigenda*. La parte final se concreta en el examen de los tipos de razonamiento jurídico empleados por Wolff, principalmente analógico en derecho romano y común y de carácter deductivo, moderno, en derecho natural. O. De Schutter, aborda en «Homesexualité, Discours, Droit» (pp. 83-142), un problema de minorías, privacidad, diferencia y discriminación. El trabajo ofrece una bien estructurada presentación, comparativa y analítica, de la realidad y problemas jurídicos en América y Europa, considerando más favorable o tolerante en esta última la política (retórica) de la situación en materia de derechos humanos. En la sección Comptes rendus F. Leroy-Forgeot facilita una interesante información sobre el «Debat Ronald Dworkin-Neil MacCormick» (pp. 217-221) con ocasión del seminario Interpretation et Droit organizado por el Centre de Philosophie du Droit de Paris II el 3 de abril de 1993. Otros intervinientes, M. Troper y R. Smmers. La sesión estuvo marcadamente orientada en el razonamiento y argumentación de la discusión sobre el aborto. De todo ello, aunque se anunció para 1994 la íntegra publicación de las comunicaciones dentro de la colección «Leviathan», de Presses Universitaires de France, bajo título de *Théorie du Droit et Science*, al momento de cerrar esta Crónica no se ha producido aún.

En el núm. 31 se completó la anualidad y en él hallamos tres trabajos de singular relevancia en Teoría del Derecho e interés general en determinadas parcelas de investigación filosófico-jurídica. C. Ttamatís, «La concrétiation pragmatique des normes juridiques» (pp. 1-24) por relación a una teoría pragmática de la argumentación



y a la semántica pragmática en interpretación jurídica, A. Garapon, «Le sujet de droit» (pp. 69-85) que adentra en reflexiones pragmáticas, hermenéuticas y de teoría de la justicia, y B. Louis, «Une distinction nécessaire dans l'Etat nation: la Communauté-nation et l'Etat-citoyenneté», quien interroga sobre el problema de la «identidad política» dentro de las sociedades occidentales frente al fenómeno de la inmigración musulmana (pp. 25-53).

### **Droit et Société**

El núm. 23/24, de 1993, dedica su «Dossier» bajo coordinación de B. Bastard a «Professionnels et organisations dans le champ juridique», interviniendo E. Lazega, S. Parthenay, W. Ackermann, T. C. Halliday y B. G. Carruthers. Para «Recherche et Justice» mencionar más en particular D. Ardisson, «Observations sur la recherche, l'enseignement et les pratiques du droit» (pp. 143-150), al que plantea diversas observaciones A. Jeammaud (pp. 151-154). Finalmente, en «Etudes», destaca la colaboración de A. Pintore, «Sur la philosophie italienne du droit de tendance analytique» (pp. 199-212).

### **Cahiers de Philosophie politique et juridique**

Se han acumulado desde la pasada *Crónica* tres sucesivas entregas, dos últimas de 1992 y primera de 1993. El núm. 21 (1992), viene presentado bajo el título «La politique et les droits», reuniendo los estudios preparados y dados a conocer con ocasión del Seminario organizado por O. Höffe en Suiza durante el curso académico 1991-1992. Dos secciones temáticas distribuyen el contenido: «Le droit et les droits» y «Universalisme et relativisme». De la primera destaca la contribución de S. Goyard-Fabre, sobre ambivalencia estatutaria de los derechos humanos, «Les droits de l'homme: exigence éthique ou catégorie juridique?» (pp. 11-36, pp. 29 y ss. Anexo de textos), de J.-Ch. Merle, examinando el concepto de Derecho en Fichte, «La déduction du concept de droit chez Fichte. L'évolution de la Doctrine du droit de 1796 a 1812?» (pp. 61-88), y de F. Schroter, «La plasticité des droits» (pp. 89-108), que trata de la creciente atención y discusiones sobre teoría de los derechos en el pensamiento anglosajón. Aparecen también trabajos de Q. Skinner, «Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté» y J.-Y. Goffi, «Le droit a la vie». En la segunda sección participan Hoffe, «Les principes universels du droit et la relativité culturelle» (pp. 133-150), T. Pinnkar, «L'internalisme historique et la légitimité des institutions sociales?» (pp. 151-180), P. Laberge, «L'aide liée au respect des droits de l'homme et le relativisme culturel» (pp. 181-202), B. Bujo, «La compréhension du droit dans le contexte traditionnel negro-africain» (pp. 203-212), L. Sosoe, «Du sujet de la représentation vers un panjuridisme» (pp. 213-232), y G. Seel, «Le pouvoir politique et les droits de l'homme» (pp. 233-251). Para el núm. 22, todavía de 1992, resultó tema elegido «Sujet de Droit et objet de Droit». En él abre la colaboración de S. Goyard-Fabre, «Sujet de droit et objet de droit: défense de l'humanisme» (pp. 7-3). La perspectiva humanista es igualmente denominador común de otros trabajos (G. Lafrance, A. Renaut). Hallaremos también el estudio de E. Fernández, «Le droit positif droit-il se fonder sur une éthique?» (pp. 167-179), defendiendo la posibilidad de establecer criterios y exigencias de moralidad del derecho, aceptables intersubjetivamente y racionalmente defendibles. El estudio de Renaut («Naturalisme ou humanisme? Discussion de Lévi-Strauss», pp. 119-137), bien podría tomarse como un anuncio para el núm. 23, ya en 1993.

Éste, en efecto, va dedicado a «La pensée de Leo Strauss». Goyard-Fabre, activa responsable en la maduración editorial del diseño de estos Cahiers, ha contribuido nuevamente de modo principalísimo en el redondo acabado de este monográfico. O. Berrichon-Sedeyn presenta el índice de la producción bibliográfica de Leo Strauss, que Goyard-Fabre completa con una adecuada selección del aparato crítico sobre el pensamiento. Acertada es también a mi juicio la representación de éste en

las temáticas filosóficas y políticas ofrecidas; el referente clásico de nuestra modernidad (T. Marshall, «Leo Strauss et la question des Anciens et des Modernes», pp. 33-86), Hobbes (F. Tricaud, «Sur Strauss lecteur de Hobbes: relecture d'une lecture», pp. 87-111), Spinoza (J. Lagrée, «Leo Strauss, lecteur de Spinoza: auteur ou lecteur, qui es le dieu caché?», pp. 113-135), Herder, Fichte, Hegel (J.-Ch. Merle, «Leo Strauss et l'idéalisme allemand», pp. 137-163), y Nietzsche (S. Goyard-Fabre, «Nietzsche, insperateur de Leo Strauss?», pp. 165-192).

A la fecha de publicación de esta *Crónica* habrá sido distribuido el núm. 24, 1993, previsto como «État de droit»

### **EYAIKIA, Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droit**

Reciente publicación greco-francesa, coordinada en dirección conjunta por A. Kélessidou y S. Tzitzis, de periodicidad cuatrimestral, que recibe la colaboración científica del Centre de Philosophie du Droit de la Université Panthéon-Assas (Paris II). Para la sección doctrinal del núm. 2 de 1992 incorpora entre otros los trabajos de D. de Bechillon, «L'Ordre juridique est-il complexe?» (pp. 29-52), G. Christie, «Ideal Theories of Argument and the dishonest judge» (pp. 53-62), S. Tzitzis, «Prologomènes a la gnoseologie du juste et du droit» (pp. 63-76), A. Kélessidou, «L'approche axiologique de la démocratie chez les premiers penseurs de la Grèce» (pp. 89-94) y S. Giakollmis, «Kann der Richter dem Willen des Gesetzgebers Folge leisten?» (pp. 95-98).

### **Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte**

También por iniciativa greco-francesa, en dirección conjunta de A. Kélessidou y J.-M. Trigeaud, coordinada por S. Tzitzis y con la colaboración científica de la Section de Philosophie pénale del Centre de Philosophie du Droit de la Université Panthéon-Assas (Paris II). Para el núm. 3-4, 1992-1993, referir entre otros los trabajos de S. Tzitzis, «Philosophie pénale: engagement théorique et praxeologie» (pp. 9-20) y «Violence et discours dialectique» (pp. 139-152), A. Kélessidou, «Sur quelques connexions de la Timora chez Platon» (pp. 21-42), F. Vallaçon, «Alceste, égalité, fraternité» (pp. 59-73), A. M. Tripodi, «Il concetto di pena nella teodidicea rosminiana» (pp. 93-102), y P. Ferreira da Cunha, «Droit pénal, droit de mort» (pp. 103-114).

### **Derechos y Libertades**

Esta *Crónica* se felicita en poder saludar la aparición de una nueva Revista, *Derechos y Libertades*, enriqueciendo más todavía el panorama nacional de publicaciones científicas sobre Filosofía del Derecho, Moral y Política. La iniciativa va materializada en el marco de actividades del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas en la Universidad Carlos III de Madrid, a cuyo frente se halla el prof. E. Fernández. La Dirección de la Revista ha quedado a cargo del prof. G. Peces-Barba, secundado por los profs. A. Llamas y J. Ansuátegui, estando integrados el Consejo Científico y de Redacción por una cuidada representación académica de las más importantes universidades españolas.

En su obertura (Año I, 1993, núm. 1) la sección nomográfica de carácter permanente expresa con claridad el espacio doctrinal que desde ahora colma: los derechos fundamentales. El tema genérico, «Concepto y Problemas actuales de los Derechos Humanos», reúne sucesivas aportaciones de J. L. Cascajo, A. Cortina, E. Fernández, J. González Amuchastegui, A. Latorre, L. López Guerra, J. I. Martínez

García, J. R. de Páramo, G. Peces-Barba, S. Picado y L. Prieto Sanchís (pp. 33-99). Colaboraciones en materias singulares son las de I. Ara (sobre definición explicativa de los D.H., pp. 101-109), R. de Asís (Derechos y fuerzas: doce problemas de los D.F., pp. 111-116), V. Ferrari (Europa y los D.H., pp. 117-132), S. Goyard-Fabre (D.H., obligaciones y sanciones, pp. 133-148), P. Haberle (Recientes desarrollos de los D.F., pp. 149-167), N. López Calera (Paz y D.H., pp. 169-177), A. E. Pérez Luño (Concepto y problemática actual de los D.H., pp. 179-195), y A. Squella (D. H. y derecho positivo, pp. 197-205). Para la sección «Artículos» trabajos de E. Díaz («El Derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón», pp. 209-223), en anticipo de la inminente aparición del *Curso de Filosofía del Derecho*; H. Fix-Zamudio (Derecho internacional de los D. H. en las Constituciones Latinoamericanas. Evolución); R. Guastini (D.H. en Italia. Garantías constitucionales), E. López-Aranguren (Derecho de autodeterminación de los pueblos. Actitudes en España); J. de Lucas (Derechos de las minorías. Reconocimiento, fundamentación a través de la idea de tolerancia, y direcciones en la acción política, pp. 261-280); R. Martín Mateo (Los Derechos de la Tierra. D.H., nuevas generaciones); F. M. Mariño Menéndez (Derecho internacional y D.H. Medio Ambiente y Desarrollo); J. Muguerza («¿Polis sin politeia?», pp. 295-312. En torno al pensamiento de E. Garzón Valdéz), y J. M. Pérez-Prendes (Colonialismo y Declaraciones de D.H.). Otras secciones abordan la situación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia y legislación, con referencia a diversas ramas y especialidades de nuestro sistema jurídico y al derecho comparado.

Extraordinaria extensión la desplegada para el núm. 2, 1993, con más de 800 pp. repartidas en dos secciones; una monográfica sobre «Derechos Fundamentales y Proceso», y otra de temática libre con variadas contribuciones, aunque en su mayoría relacionadas con teoría y análisis de los derechos fundamentales. En la primera hallamos las de J. M. Asencio para detención, J. L. Gómez Colomer, registro domiciliario, J. González Montes, prueba ilícita, T. López Frago, intervenciones telefónicas, J. J. López Ortega y E. Pedraza sobre detenciones a indocumentados. En la sección abierta, un amplio elenco de temas: J. Ansuátegui, «Crisis del positivismo jurídico. Dos respuestas italianas: Zagrebelski y Scarpelli», R. de Asís, «Secreto profesional e información», M. Calvo, «Protección de menores y sus derechos», V. Frosini, «Sociología de los Derechos Humanos en la Era Tecnológica», M. Gascón, «Igualdad y respeto al precedente», R. Herranz, «Justificación democrática y obligación moral de obedecer al Derecho», F. López, «Sistema, interpretación y criterios de producción normativa», L. García San Miguel, «¿Qué son los Derechos Humanos?», J. M. Morales, El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los Derechos constitucionales», F. Muñoz Conde, «Derecho penal y protección de derechos fundamentales a finales del s. XX», G. Peces-Barba, «La libertad del hombre y el genoma», M. L. Sánchez, «La libertad y la garantía. Derechos individuales y libertades políticas en la obra de Benjamín Constant», y G. Zagrebelski, «Dos tradiciones de Derechos: derechos de libertades y derechos de justicia». Este número incluye también una correspondencia de Jurisprudencia y un apartado para Derechos Humanos y Derecho comparado, donde aparece el trabajo de Ch. McCruden, «Protección de Derechos Humanos en el Reino Unido».

### Anales de la Cátedra Francisco Suárez

Núm. 30, 1990 (último) «Italia, años 80. Derecho, política y democracia». Monográfico concebido en respuesta a un proyecto demorado por varios años cuyo resultado, no obstante, reporta ahora, aún en las limitaciones y ausencias expresadas por los editores, un representativo muestreo en las importantes facetas del debate que, dentro del campo de la cultura jurídico-política, conoció Italia durante los años ochenta. Así de D. Zolo en torno a la recepción intelectual de Luhmann en Italia (pp. 251-267), o de A. Carrino en el caso de Kelsen (pp. 221-249). Los análisis de /y para con la modernidad se harán cada vez también más comprometidos: P. Barcelona («Imágenes del hombre y técnicas jurídicas, pp. 27-532), G. Marranao («El orden desencantado», pp. 83-112), o E. Resta («El ambiente de los derechos»,

pp. 113-128). La concomitancia entre descripción y acción son progresivamente mayores en M. Cacciari («Derecho y justicia. Ensayo sobre las dimensiones teológicas y místicas de la política moderna», pp. 53-82) y N. Lipari («La formación negocial del Derecho», pp. 13-26). La motivación inicial se convierte en recorrido hacia posiciones definidas y desemboca en alternativas concretas al examinar G. Coturri «Las bases políticas de la solidaridad» (pp. 129-160), P. Costa, «La alternativa tomada en serio: manifiestos jurídicos de los años setenta» (pp. 161-204) y «La política del derecho en la cultura comunista», por R. Rossanda, fundadora de *Il Manifesto* (pp. 205-220).

## Doxa

Al tiempo de cerrar esta crónica podemos ocuparnos únicamente del núm. 12, 1992. A problemas actuales de la filosofía del Derecho estadounidense va dedicada la sección monográfica en la que intervienen J. A. Pérez Lledó (sobre cuestiones institucionales y metodológicas de la enseñanza del Derecho), A. Ruiz Miguel (en torno al debate comunitarista acerca de los derechos humanos), A. Carrino (análisis del *CLS*), A. Calsamiglia (sobre Dworkin, *vid. supra*, nuestra reseña del trabajo en *Rechtstheorie*), y J. Malen Seña (en teoría jurídica feminista). En temas libres se recogen, entre otros, la crítica de Kelsen al intento de fundamentación científica de la sociología jurídica (E. Ehrlich); R. A. Guinourg interrogando sobre la tentativa existencia de una escala de valores o método intersubjetivo de aceptación general aplicable a conflictos éticos, con respuesta contraria; P. Andrés Ibáñez, aborda problemas de interpretación operativa concretamente referidos al estatuto procesal de los hechos (modelos de razonamiento, motivación, verificabilidad); A. E. Pérez Luño, que extrae en la Escuela española del Derecho Natural precedentes de la idea contemporánea de racionalidad práctica. En el apartado de «Notas», diversas discusiones (A. Pecznik, M. Atienza, J. Ruiz Manero) sobre los «principios jurídicos» con singular atención a varias ponencias presentadas al II Spanish Finnish Seminar on Legal Theory (Tampere, 1991). También, de otra parte, entre M.<sup>a</sup> I. Pazos y C. S. Nino, en vista a la derivación del principio de autonomía de la persona en los presupuestos del discurso moral. Igualmente, la réplica de R. Marra a R. Bergalli (para un trabajo editado en el núm. 10), con fondo en Weber y las tesis sobre sociología y ciencia del Derecho. Finalizando, la entrevista de E. Bulygin a G. H. von Wright.

## Persona y Derecho

29, 1993, de carácter monográfico, dedicado a «Derecho y Falacia Naturalista», que integra colaboraciones de A. Kaufmann «Sobre argumentación circular en la determinación del derecho» (pp. 11-31), R. Spaemann, C. I. Massini «La falacia de la falacia naturalista» (47-95), F. Carpintero, J. M. Trigeaud «La personne dénaturalisée. De l'impuissance de la *naturalistic fallacy* à atteindre la personne» (pp. 139-166), J. García-Huidobro, F. D'Agostino «Il diritto naturale e la fallacia naturalistica» (pp. 181-194), A. Montoro Ballesteros «Naturaleza, razón, derecho. Notas sobre la necesidad, posibilidad y significación del derecho natural» (pp. 195-63), J. López Hernández, E. J. Capestany y V. Black «Turing the corner on the naturalistic fallacy: an alternative paradigm» (pp. 307-337).

## LIBERALISMO. NEOLIBERALISMO

De Ph. Van Parijs, *Ni ghetto ni toor divoire. L'éthique économique et sociale aujourd'hui*, Académia, Lovain-La-Neuve, 1993. También, J. Gray, *Liberalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, sobre historia e influencia en el pensamiento de Hayek, Nozick y Rawls. Del mismo A., todavía en inglés, la muy reciente, publicada

por Routledge, London, 1993, *Post-liberalism*. A. Delgado-Gal comentó en *Claves*, 37, 1993, pp. 52-58, bajo el título «Rawls después de Rawls», la última obra de éste, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993. Más enfoques en «Rawls's Political Philosophy and American Democracy», de G. Klosko, en *American Political Science Review*, 87, 2, 1993, pp. 348-359.

A. S. Kahan, *Aristocratic liberalism. The social and political thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill and Alexis Tocqueville*, Oxford University Press, New York, 1992. El A. descubre y subraya las pretensiones de libertad, individualismo y diversidad refundidas como «liberalismo aristocrático» en respuesta a las consecuencias de la Revolución francesa. Un estudio que aborda la dimensión sociológica del pensamiento liberal de Montesquieu como fundado en la tradición metajurídica del humanismo metafísico claramente enfrentada a Hobbes, el de S. Goyard-Fabre, *Montesquieu. La nature, les lois, la liberté*, PUF, Paris, 1993. Todavía en la tradición francesa, E. Gasparini, *La pensée politique d'Hippolyte Taine. Entre tradition et libéralisme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, que analiza la mixtura de liberalismo político y tradicionalismo histórico en la obra de Taine.

R. Cristi, *Le libéralisme conservateur, Trois essais sur Schmitt, Hayek y Hegel*, trad. del inglés y español por N. Burgi, Kimé, Paris, 1993. Cristi, de origen chileno y en la actualidad profesor de filosofía política en Canadá, interroga las posibilidades, dificultades y contradicciones para la armonización entre unicidad estatal y aspiraciones sociales de pluralismo.

«Liberalismo y nacionalismo: Las razones de Isaiah Berlin», por J. B. Díaz-Urmeneta, *Sistema*, 116, 1993, pp. 31-47, análisis de la sociedad y racionalidad modernas ante el fenómeno nacionalista.

G. Díaz Pintos, *Autonomía y Paternalismo*, Publics. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1993. Analiza el fenómeno de las invasiones de la libertad a través de teorías sobre la voluntariedad o del consentimiento del sujeto pasivo, justificadas por el liberalismo político. El A. sostiene que la verdadera justificación de las intervenciones paternalistas no se alcanza sin embargo en el planteamiento de oposición o de compatibilidad con la autonomía individual, sino en la profundización de la opción moral liberal. Matiza, en ese sentido, entre los conceptos de «interés» e «interesarse»; el primero como derivado del diseño moral del liberalismo, en tanto el segundo de la autonomía del individuo. En su rivalidad surgen conflictos que el A. propone resolver abandonando la noción de autonomía concebida como un ámbito abierto a las posibilidades individuales, para considerarla como valor ético que orienta el sentido en el que el principio del daño a terceros debe contemplarse. En esta nueva dimensión la autonomía representaría la regla constitutiva de la moral liberal que concilia *intereses, definidos por el principio del daño a terceros, con el interesarse* de los sujetos, cuando rivalizan entre sí, sin dejar espacio alguno para la vigencia de un principio paternalista adicional al daño. La obra, publicación de Tesis Doctoral, organiza su contenido en capítulos dedicados al estudio de la autonomía individual y paternalismo en J. S. Mill, paternalismo y libertad trascendental en Kant, sobre el paternalismo en la filosofía moral angloamericana actual y acerca del valor moral de la autonomía personal.

## SOCIALISMO DEMOCRÁTICO

Guy Haarscher y Mario Telò (eds.), *Après le communisme. Les bouleversements de la théorie politique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993. Recoge los textos presentados al Séminaire Interfacultaire de Théorie politique européenne de la Universidad de Bruselas, atendiendo en una de sus secciones al nuevo panorama de problemas relativos a democracia, justicia y socialismo tras la caída del comunismo y el fin del sistema de bipolaridad en las relaciones internacionales. En reseña de su contenido destacar en especial la presentación por G. Haarscher, «L'effondrement du communisme; machiavélisme, dissidence et passivité de l'Occident», y M. Telò, «De la démocratie mythique a la démocratie technique? De la Parte Primera (La théorie politique et l'effondrement du communisme)», Ph. Nemo, «Le

triomphe moral de l'Ouest», I. Wallerstein, «Le marxisme-léninisme est mort. Vive quoi?», y H. Dubiel, «L'héritage de la théorie critique de l'École de Frankfurt et la chute du communisme». En la Parte Segunda (Nations et relations internationales), P. Glotz, «Démocratie et nation dans la nouvelle Europe». En la Tercera (Démocratie, justice, socialisme), G. D. Contogeorgis, «Pour une approche nouvelle de la démocratie antique et moderne», Ph. Van Parijs, «La justice et la démocratie sont-elles incompatibles?», y E. Eppler, «Crise et renouveau du socialisme démocratique en Europe après la mort du communisme».

Un contenido en parte semejante cabe hallar como análisis de la realidad del socialismo y sus perspectivas por referencia entre junio 1989 y agosto 1991 en R. Blackburn (ed.), *Después de la caída*, Crítica, Barcelona, 1993, donde se reúnen diecisiete estudios, con textos de Bobbio, Habermas, A. Cockburn, E. Galeano, F. Jameson y otros. Ya más en particular, D. Elson y R. Blackburn inciden en la necesidad de una política socialista y anticapitalista, interesando una democracia de las decisiones desarrollada sobre la base de un «mercado socializado». E. Hobsbaum expresa la necesidad de articular políticas contra la inhumanidad del capitalismo. L. Segal, puesta la mirada en Francia, plantea serias objeciones a las políticas posmodernas fundadas en la identidad o la diferencia, que califica de inmorales y antisocialistas. R. Milliband se ocupa de la crítica izquierdista post-68. Posiciones discrepantes y en gran medida provocadoras las de Enzensberger y Therborn. Sobre los retos del socialismo democrático cara al s. XXI, M. Salvatierra, «Socialismo, Liberalismo y Democracia económica», en *Sistema*, 117, 1993, pp. 83-99. Colateralmente, M. B. García Álvarez, «Rusia: del Estado socialista al Estado Social», en *Sistema*, 118-119, 1994, pp. 125-132, P. L. Murillo de la Cueva, «Poderes del Estado y poderes sociales», *id.*, pp. 165-179.

J. Nagels, *Du socialisme perverti au capitalisme sauvage*, con prefacio de G. de Bernis, Editions de l'Université de Bruxelles, 1991, toma referencia en la actualidad de las causas económicas, políticas e ideológicas del declive del «socialismo perverso» en los estados del Este europeo y analiza los efectos del deslizamiento hacia un naciente capitalismo salvaje, ajeno a todo tipo de moderaciones social-demócratas.

## CONSERVADURISMO. NEOCONSERVADURISMO

Diversas variantes del rechazo al proyecto ilustrado se reúnen en F. Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política*, vol. 5, Alianza Editorial, Madrid, 1993, destacando J. Abellán (pp. 14-81), «Reacciones ante la Revolución Francesa (Edmund Burke, los pensadores alemanes y de Maistre y de Bonald)»; G. Gómez Orfanel (pp. 243-272), «Carl Schmitt y el decisionismo político», y sobre «Neoconservadurismo», por A. Oliet Palá (pp. 397-489).

Joseph Pappin, *The metaphysics of Edmund Burke*, Fordham University Press, 1993, para una revisión del uso de «natural law» y sobre el ataque de base metafísica al racionalismo, junto a consideraciones sobre la posición de Burke sobre el utilitarismo.

H. Dubiel, ¿Qué es el neoconservadurismo?, trad., introd. y entrevista de A. Maestre, Anthropos, Barcelona, 1993. Ofrece un examen crítico de la hegemonía neoconservadora en las elites intelectuales de EE.UU. y Alemania y acerca las interpretaciones que allí se producen sobre democracia, bienestar e igualdad. De carácter más específico la recopilación de escritos publicada por Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, reuniendo a R. Miliband, L. Panitch y J. Saville, *El neoconservadurismo en Gran Bretaña y Estados Unidos*. También, las inteligentes y profundamente irónicas críticas de T. Honderich, *El conservadurismo. Un análisis de la tradición anglosajona*, trad. de J. M. Álvarez, Península, Barcelona, 1993. Vid. también como novedad muy reciente, el trabajo de J. Gray, *Beyond the New Right*, Routledge, London, 1993.

## TEORÍA DE LA JUSTICIA

Un análisis crítico de las teorías liberales de la justicia en M. Moore, *Foundations of Liberalism*, Clarendon Press Oxford, 1993.

Ph. Van Parijs, «La teorie contemporanne della giustizia: vicolo cieco o necessità?», en *Fenomenologia e Società*, XV, 1992, 2, pp. 41-47, presenta el cuadro de respuestas ofrecidas por las diferentes teorías contemporáneas de la justicia al interrogante de qué sea una sociedad justa. El trabajo trae su origen de la participación en el coloquio celebrado en París (mayo 1990) bajo el título «I paradigmi della democrazia», continuado luego por varios seminarios en Louvain-la-Neuve y Leuven (junio 1990). También, por trad. de J. A. Bignozzi y ed. de E. Gonzalo, Ph. Van Parijs, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Ariel, Barcelona, 1993 (de Rawls y Nozick a Dworkin y Gauthier; análisis, críticas a liberales y comunitaristas, nuevas propuestas). En reflexión de filosofía política, igualmente, A. Cortina, «Del Estado del Bienestar al Estado de Justicia», *Claves*, 41, 1993, pp. 12-20. Por otra parte, todavía reciente E. Rakowski, *Equal Justice*, Clarendon Press Oxford, 1993.

Del valor de la Justicia y presupuestos de una Sociedad Justa, L. García San Miguel, *Hacia la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1993. Selección de estudios en el arco de los 30 últimos años organizados ahora desde: crítica del iusnaturalismo escolástico, moral existencialista, moral marxista, democracia, socialdemocracia y socialismo, utilitarismo y liberalismo. Su sistemática recorre el itinerario intelectual que traza la «Introducción con rasgos biográficos» (pp. 9-44).

Más en la dimensión clásica de la Teoría de la Justicia y próximo a Literatura y Derecho, A. Kélessidou, «Gabriel Marcel et la conception platonicienne et aristotélicienne de la Justice», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 17, 1994, pp. 4185-4195.

## TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

Entre éste y el anterior apartado, A. Cortina, *Ética aplicada y Democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, considerando que una profundización radical en la democracia exige emprender una revolución ética en todos los ámbitos e instituciones.

G. Sartori, «Quale futuro per la democrazia», en *Mond Operario*, 45, 1992, 10, pp. 72-85, representa la segunda parte del Appendice al volumen *Democrazia: Cos'è*, editado por Rizzoli. La primera parte ya apareció en la misma publicación, número correspondiente a agosto-septiembre 1992. Del índice destacan, entre otros, temas y problemas como «sistema político», «teoría política», «economía», «corrupción», «futuro», «previsión». Del mismo A., en *Claves*, 30, 1993 (pp. 7-9) «Democracia y Mercado», como anticipo a la aparición en Alianza Editorial de su libro *La democracia después del comunismo*.

Se contiene una interesante reflexión acerca de las diversas modalidades de forma institucional (consortium, confederatio, condominium) en que cabe estructurar el sistema democrático en la Comunidad Europea, ocupándose igualmente del tipo de legitimidad democrática, en C. Ph. Schmitter, «La rappresentanza nella futura entità politica europea», en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XXII, 1993, 3, pp. 411-448. Un fecundo diálogo, guiado por L. Caracciolo en el invierno de 1991-1992, entre el alemán británico R. Dahrendorf, el francés F. Furet y el historiador polaco B. Geremek, en *La democracia en Europa*, trad. de D. Segarra, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

Dilucidadora aportación también la elaborada por Ph. C. Schmitter y T. L. Karl, «Qué es y qué no es la democracia», en *Sistema*, 116, 1993, pp. 17-30 (qué es democracia, procedimientos que la hacen posible, principios que la hacen factible, combinaciones potenciales —consenso, participación, acceso, responsabilidad, mayorías, soberanía parlamentaria, gobierno de partido, pluralismo, federalismo, presidencialismo, controles—, qué no es democracia). También, C. de Calvo Martín,

«Democracia y Derecho en la crisis del Estado social», en *Sistema*, 118-119, 1994, pp. 63-77.

Una justificación analítica en el marco teórico y práctico norteamericano, R. Harrison, *Democracy*, Routledge, London, 1993.

J. Leguina, *Los ríos desbordados. Un ensayo político*, Plaza y Janés, Barcelona, 1994. En una primera parte, crítica del crecimiento burocrático de los partidos políticos y de la reducción de su democracia interna. Para la segunda, papel del socialismo democrático y regenerador en la experiencia española, y crítica del capitalismo y paradigmas económicos del neoliberalismo. Vid. también, A. Ruiz Miguel, «Mercado y Democracia. Un marco para un debate», en *Claves*, 38, 1993, pp. 34-39. Con anterioridad, del mismo A., su trabajo «Socialdemocracia» (pp. 212-261) en F. Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política*, vol. 4, Alianza Editorial, Madrid, 1992. En esta dimensión, dos posturas divergentes en A. Ojeda Marín, *Estado social y crisis económica*, Edit. Complutense, Madrid, 1993, y L. Erhard, *Economía social de mercado*, Rialp, Madrid, 1994.

*Polity*, 25, 2, 1992, organizó su sección Forum dedicándola a Alexis Tocqueville. La participación registra la ponencia de S. Schneck bajo el título de «New Readings of Tocqueville» *America: Lessons for Democracy* (pp. 283-298), y comunicaciones de W. Carey McWilliams (pp. 299-306), «Comments on Stephen Schneck's Reading of Tocqueville», y D. Winthrop, «Comments on Stephen Schneck's Reading of Tocqueville's *Democracy*». Aún sobre Tocqueville, las notas de J. Franze, en *Sistema*, 117, 1993, pp. 109-115, «Tocqueville y la ciudadanía como pilar de libertad (Apuntes sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución*)».

En relación al pensamiento habermasiano, «The Limits and Possibilities of Communicative Ethics for Democratic Theory», por D. Ingram, en *Political Theory*, 21, 2, 1993, pp. 294-310.

En relación al pensamiento popperiano, «A Democratic Theory for Democratizing World? A Re-assessment of Popper's Political Realism», por W. J. Norman, en *Political Studies*, 41, 2, 1993, pp. 252-268.

Desde la filosofía moral y política, A. Cortina, «Democracia: el dogma de nuestro tiempo», en *Claves*, 29, 1993, pp. 25-32

## DERECHOS HUMANOS. DERECHOS FUNDAMENTALES. FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

Sobre fundamentación de los derechos humanos y su guía en razón práctica para la organización de la moralidad social la obra del inesperadamente desaparecido († 29 de agosto 1993, La Paz, Bolivia) Profesor C. S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press Oxford, 1993. La edición inglesa presenta en su portada un emblemático grabado de Goya sobre el sueño de la razón. De Nino, a última hora de esta *Crónica*, la publicación póstuma de su intervención en el semanario para profesores organizado por el Dpto. de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad Pompeu Fabra a finales de 1992, *Derecho, Moral y Política. (Una revisión de la teoría general del Derecho)*, Ariel, Barcelona, 1994, sosteniendo la intrínseca relación de la práctica jurídica con la política, sea de modo directo o intermediada por la moral.

L. Mancini ha realizado, a propuesta de G. Marco Mazzoni y V. Varano, la trad. italiana del *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general* (Madrid, 1991), de G. Peces-Barba, en la prestigiosa colección «Giuristi Stranieri di oggi», apareciendo como *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993. La edición quedó al cuidado de V. Ferrari y lleva presentación de N. Bobbio. A la edición española dedicó un extenso comentario R. García Manrique, «Notas sobre los nuevos *Derechos Fundamentales* de Gregorio Peces-Barba», en *Sistema*, 116, 1993, pp. 101-118. De Peces-Barba, igualmente, su Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Ética pública y Derecho*, Madrid, 1993: de la relación trilateral entre Ética, Política y Derecho desde el proyecto de ilustración y



modernidad que desemboca en el Estado social y democrático de Derecho. Ética (los valores superiores, derechos humanos y principios de organización, ética pública y ética privada); Derecho y Poder, Moralidad del poder a través del Derecho (limitación y organización). Contestación a cargo de M. Fraga Iribarne. Finalmente, del mismo A., *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993; dentro de la imbricación que el planteamiento sobre derechos fundamentales trae de la misma concepción del Derecho defendida por Peces-Barba (relación entre Poder y Derecho, Derecho y Moral y Derecho como conjunto de normas y subsistemas de normas en un sistema general) compendio de trece estudios aparecidos entre 1982 y 1990: historia y filosofía de los derechos y valores (humanismo, solidaridad, seguridad), producción normativa de los derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional español, teoría de la justicia, derechos y deberes fundamentales.

También en nuestra bibliografía B. de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales. (Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos)*, Universidad de León, 1993: delimitación conceptual, historia, caracterización general, fundamentación, clasificación, eficacia y un comentario en *addenda* sobre derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución española de 1978.

Para una autoexposición de la literatura de A. Polacke en materia de Derechos Humanos, vid. «Menschenrechte», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la navegación*, 17, 1994, pp. 4219-4233.

Steven Lukes, «Cinco fábulas sobre los derechos humanos», en *Claves*, n.º 41, abril 1994, pp. 2-10, tratando la cuestión de los derechos humanos desde el punto de vista de cinco doctrinas o visiones dominantes en nuestra época. Sobre ello, imaginación fabuladora en la fundamentación del estatuto constitucional de los Derechos y Libertades, vid. como parábola del «Hombre-topo», A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986 (3.ª ed.).

Aproximación histórica en S. Cotta *et alii*, *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 1993, que registra las contribuciones presentadas al Colloqui Internazionale de Roma, gennaio 1991, con de Cotta, J. M. Triguead, A. Ollero («La crisi del positivismo giuridico»), H. Schambeck, C. I. Massini-Correas, A. Stelmechowski, y de J. Rateringer en el acto de clausura («Le juriste catholique dans son engagement pour le droit. Omelia»).

R. Herranz Castillo, «La teoría de la obligación política y la justificación de la desobediencia civil: una aproximación crítica», en *Sistema*, 117, 1993, pp. 71-81. El A. defiende una posición teórica donde la desobediencia civil aparece como una violación jurídica *prima facie*, colectiva y pública en los actores, civil en los fines y objetivos, actuada como protesta o repulsa y desarrollada por medios limitados evitando la causación intencional de daños a terceros. En relación a la obligación política se adhiere a la teoría del consentimiento. En cuanto al problema de la obligación de obediencia en un sistema democrático rechaza la fundamentación en el consentimiento individual. J. Lima Torrado y F. Revetta Clyver, «Líneas fundamentales para una teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos», en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991-1992, 80, pp. 201-218.

En edición de F. Clark Power y Daniel K Lapsley, *The Challenge of Pluralism*, University of Notre Dame Press, 1993. Examen interdisciplinar de diversos aspectos (psicológicos, de política educacional, historia política, etc.) relacionados con la educación moral en una sociedad pluralista.

Didier Batselle, Michel Hanotiau, Odile Daurmont, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Bruylant, Bruxelles, 1992; Guy Heraud, *L'Europe des ethnies*, Bruylant, Bruxelles, 1993; François Massart, *L'Europe en tous ses états. Entre mythe et contrainte communautaire?*, Académia, Louvain-La-Neuve, 1993; P. Commanucci y R. Guastinio (eds.), *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1993, dedican parte sustancial al debate sobre tolerancia. Un trabajo mencionable en este ámbito temática el de S. Kautz, «Liberalism and the Idea of Toleration», en *American Journal of Political Science*, 37, 2, 1993, pp. 610-632. Extenso análisis sobre el proyecto de tolerancia en la modernidad (diversidad en formas de

vida plurales, dialoguicidad, ética comunicativa) ofrece M. Boladeras, *Libertad y tolerancia. Éticas para sociedades abiertas*, con Prol. de J. L. Aranguren, Publics. Universitat de Barcelona, 1993.

J. Chevallier *et alii*, *La solidarité: un sentiment républicain?*, PUF, Paris, 1992. La obra distribuye el total de los catorce estudios que la integran en un primer bloque de problemas interesados en la profundización del origen de la noción rastreando desde el s. XVIII, como «compasión», las aportaciones de A. Comte, Proudhon y el protestantismo francés del XIX. El segundo concierne a «polytiques et cultures».

Relacionado con Europa y la actualización de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, partidario de que la responsabilidad y participación personal de los ciudadanos se eleve al rango de valor fundamental, así como de asumir el compromiso de fraternidad como necesidad, J. Rován, *Citoyen d'Europe, Comment le devenir? Les devoirs avant les droits*, con prefacio de J. Delors, Laffont, Paris, 1992.

## BIOÉTICA Y PROBLEMAS EN SU ENTORNO

*Les Frontières juridiques de l'activité médicale*, publicación de las actas del coloquio organizado por la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liege el 8 de mayo de 1992 (Editions du Jeune Barreau de Liege, 1993). En referencia a nuestro sistema constitucional y con especial atención a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, la obra de Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción asistida*, Lib. Marcial Pons, Madrid, 1994.

*Death Rites. Law and Ethics at End of Life*, R. Lee y D. Morgan (eds.), Routledge, London, 1993, contiene estudios en derecho, ética y medicina. Problemas éticos sobre «demiúrgica» creación de nuevas formas de vida en *Ethics and Biotechnology*, A. Dyson y J. Harris (eds.), Routledge, London, 1993. Entre el criticismo utilitarista y la futilidad de bioética en A. Maclean, *The Elimination of Morality. Reflections on Utilitarianism and Bioethics*, Routledge, London, 1993.

## METODOLOGIA JURÍDICA

A los «Modos de realización del derecho» como problema metodológico que engloba «la cualificación jurídica de los hechos, su prueba y tratamiento jurídico, pero igualmente el estudio de Derecho y de los derechos en la vida social» («Avant-Propos», J.-L. Bergel, 899) dedicó la *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 4, 1992, su «Cahiers de Méthodologie Juridique» núm. 7, donde colaboraron A. Romeu-Poblet, «Recherche de définitions de la réalisation du droit» (pp. 903-912), J. P. del Ville, «L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit» (pp. 913-952), E. Putman, «Le syncrétisme dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky» (pp. 953-959), J. Héron, «Éléments de typologie des jugements a partir de l'idée de réalisation du droit» (pp. 961-970), y J. L. Bergel, «Analyse macrojuridique des modes de réalisation du droit» (pp. 971-982). Para el n.º 8 de los mismos Cahiers (*Revue*, 4, 1993), fue elegido como tema «Nature et rôle de la Jurisprudence dans les systèmes juridiques». Tres fueron en esta ocasión las secciones dispuestas. En la más genérica, «De la Jurisprudence», cabe mencionar los siguientes trabajos: J.-L. Bergel, «Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques» (pp. 1055-1062), J. Frémont, «La formalisation de l'évolution de la jurisprudence» (pp. 1065-1072), P. Glenn, «Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis*» (pp. 1073-1082), J. Héron, «L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle» (pp. 1083-1090). C. M. Stamatis, «La concrétisation pragmatique des normes juridiques» (pp. 1091-1103), y O. De Schutter, «Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques» (pp. 1127-1162). Cuestiones sobre el precedente se presentan también en la sección sobre «Jurisprudencia y diversos sistemas jurídicos», así a cargo de J. P. Rooney, «The methods by which

judges utilize legal principles announced in past cases» (pp. 1209-1214). Igualmente, información de interés, aunque breve, en D. Bischoff, «Current methodological tendencies in German Court Decision-Making» (pp. 1231-1234). Por último, en «Análisis interdisciplinar de la Jurisprudencia», Ph. Pedrot, «La role créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée» (pp. 1255-1264), V. Petev, «Jurisprudence et philosophie du droit» (pp. 1265-1270), y M. A. Frison-Roche, «L'utilisation de l'outil sociologique dans l'elaboration de la jurisprudence» (pp. 1271-1278).

## TEORÍA DEL DERECHO

J. R. Lucas, *Responsability*, Clarendon Press Oxford, 1993, examen del concepto desde enfoques legales, morales y político sociales que incorpora la perspectiva de análisis sobre responsabilidad y obligación positiva y negativa («Why did you do it?», «Why did you not do something about it?»). Interés complementario en orden a la teoría utilitarista y retributiva de la pena.

Trad. inglesa de F. Ost y M. van de Kerkove, *The Legal System. Between Order and Disorder*, Clarendon Press Oxford, 1993.

O. Playyoust, «Normativité et légitimité du droit», en *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 1, 1993, 195-226.

Dentro del extenso alcance de la expresión «pluralismo jurídico», diversos trabajos que reseñar en *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2, 1993, como J. Venderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (pp. 573-584), A. Sériaux, «Pluralisme juridique et droit naturel» (pp. 585-590), o J. Malaurie, que aporta «Quelques réflexions méthodologiques» (pp. 639-644). Otras colaboraciones, ya menos próximas a este apartado temático, van referidas a pluralismo y antropología jurídica, por N. Rouland, o sobre Derechos de minorías y pluralismo, de G. Soulier.

Para una visión genérica sobre el Derecho donde prima la explicación de carácter introductorio en nociones como ley, justicia e igualdad: S. Cotta, *¿Qué es el Derecho?*, trad. de J. J. Blasco, Rialp, Madrid, 1993.

A. E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las Fuentes del Derecho* (Discurso de recepción), Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993: expresión fuentes, sistema, relevancia creativa de los principios, perspectiva crítica sobre integridad y principios; criterios para una tipología de las fuentes, transformaciones en el sistema (supra e infraestatalidad normativa, hipertrofia e hipostemia legislativa), desbordamiento y alternativas (pares jerarquía y pluralismo, nacionalismo v universalismo, antiformalismo y procedimentalismo). Contestación a cargo de J. Martínez Gijón.

## INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Sobre los medios y principios interpretativos más generalizados durante la práctica jurídica renacentista, y su relación con otros diversos campos del saber, I. Maclean, *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The Case in Law*, Cambridge University Press, 1992. La teoría hermenéutica aplicada a problemas filosófico-jurídicos de la interpretación en A. Osuna, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, 1992. Dedicado a problemas de indeterminación y lagunas jurídicas con examen de las posiciones y respuestas de Hart, Wittgenstein y Dworkin, vid. B. Bix, *Law, Language and Legal Determinancy*, Clarendon Press Oxford, 1993. En el área problemas de interpretación operativa, J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, C. H. Beck, München, 1992.

En *Poder Judicial*, 32, 1993, A. Ollero Tassara, «Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial», pp. 123-139.

Aporte de material filosófico-jurídico en reflexión teórica (problemas éticos, jurídicos y políticos en torno al Derecho) con relevante utilidad para aplicadores del Derecho, en *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, G. Peces-Barba (ed.), Universidad Carlos III BOE, Madrid, 1993; de este modo, entre otros, R. de Asís, «Las tres conciencias» (pp. 19-35), J. M. Contreras Mazario «Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y derecho» (pp. 37-61), E. Fernández «Conciencia y respeto al Derecho» (63-70), L. Prieto Sanchís, «Insumisión y libertad de conciencia» (pp. 127-142), A. Ruiz Miguel «Leyes y sentencias erróneas» (pp. 143-152), o el colectivo «Una alternativa aparente: desobediencia o respeto a la conciencia» (pp. 91-126), por J. De Lucas, E. Vidal y M. J. Añón.

## LÓGICA, RETÓRICA, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN, RAZONAMIENTO JURÍDICO

En lógica deóntica, C. Alarcón Cabrera, *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993. Se ocupa de la resolución de los llamados problemas de consistencia filosófica referidos a la lógica de los enunciados prescriptivos (paradoja de Rosso, paradojas de la obligación derivada) o de los enunciados prescriptivos en sí mismos (paradoja de la Norma fundamental, paradoja de la autorreferencia normativa). La obra compendia trabajos ya publicados por el A. entre 1989 y 1991.

M. Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993. El precedente contemplado entre las técnicas de argumentación racional como regla de universalización.

En trad. de J. Malem Seña, A. Weston, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994. Accesible y muy útil instrumento de «lógica informal».

## PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Sobre Derecho y Moral *vid.* en parte el contenido presentado por la obra de Robert P. George, *Making Men Moral Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press Oxford, 1993, con referencia a Dworkin, Raz, Richards y Jeremy Waldron, así como a la polémica en los años sesenta entre Devlin y Hart. El A. aporta un esquema para desarrollo de una teoría «pluralistic perfectionist» en materia de libertades civiles y moralidad pública.

W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1993. El A. presenta una versión de positivismo jurídico próxima a Hart. Referencias a la tradición teórica en Austin y más cercanas en el institucionalismo de Raz y MacCormick, añadiendo al debate respecto de las posiciones de Dworkin. R. P. George (ed.), *Natural Law. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1992, reúne materiales sobre las más recientes discusiones en la literatura anglosajona interesadas por el replanteamiento de una teoría de la ley natural, discusión acerca del derecho natural de corte ontológico, separación-relación de derecho y moral.

Bien concebido en el diseño del proyecto Ch. Grzegorzeczyk, F. Michaut y M. Troper han coordinado una valiosa edición de textos sobre el positivismo jurídico, *Le positivisme juridique*, LGDJ & Story-Scienza, 1993. La obra va precedida por un estudio introductorio de carácter general relativo al positivismo en el cuadro de grandes corrientes del pensamiento filosófico-jurídico, el positivismo como metodología jurídica, como teoría del derecho y como ideología. Aparecen supliendo una laguna bibliográfica importantes escritos de Moore, Hare, Hart, Fuller, Raz, Scarpelli, Tarello, Wroblewski, Holmes, Ross, Weinberger, Zaccharia, Alexy, etc. De la tradición francesa se recupera, en mi opinión con acierto pero que exigiría mayor puntualización, el institucionalismo de Hauriou. Más problemática resulta la inclusión de Dworkin en este *corpus* doctrinal positivista. Todavía en literatura francesa y probando una creciente preocupación, J. F. Niort, «Formes y limites du positivisme

juridique», en *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 1, 1993, pp. 157-194.

Antología de escritos entre 1990 y 1940, poco disponibles, en y sobre *American Legal Realism*, editado en Clarendon Press Oxford, 1993 por W.W. Fisher III, M. J. Horwitz y T. Reed que incorporan la anotación crítica y una selección bibliográfica. Muy semejantes características de edición presenta *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, a cargo de P. Casanovas y J. J. Moreso, incluyendo textos de Bentham, Stuart Mill, Marx, Savigny, Ihering, Austun, Kelsen, Ross, Hart, etc.

De la obra y pensamiento de P. Ricoeur se reúnen en *Amor y Justicia*, trad. de T. Domingo Moratalla, Caparrós Editores, Málaga, 1993, seis estudios sobre justicia, moralidad y personalismo.

Sobre Luhmann, en sociología jurídica, A.-J. Arnaud y P. Guibentif, *Niklas Luhmann observateur du droit*, LGDJ, Paris, 1993. Entre nosotros, para teoría política, la trad. de F. Vallespín, que igualmente aporta un valioso estudio introductorio (pp. 9-28), *Teoría política en el Estado del Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

Muy elaborado en su contenido el trabajo de M. D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy. A Examination*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

Importante homenaje a Bobbio el ofrecido por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas en la Universidad Carlos III de Madrid con la publicación de *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, A. Llamas (ed.), Universidad Carlos III, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1994, reproduciendo el Curso de Verano de Santander de 1992 organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo por directa iniciativa del prof. G. Peces-Barba. Seis apartados distribuyen las colaboraciones: «Bobbio: persona y obra», «La Teoría del Derecho», «Los Derechos Humanos», «La filosofía política», «La influencia de Bobbio» y «Epílogo». En el primero y último aparecen textos del mismo homenajeado: «Autobiografía intelectual» (pp. 1124) y «Epílogo para españoles» (pp. 311-318). Las contribuciones reunidas van a firma de G. Peces-Barba, E. Díaz, E. Fernández, A. Ruiz Miguel, G. Einaudi, L. Prieto Sanchís, R. Guastini, A. Calsamiglia, E. Pattaro, A. E. Pérez Luño, R. de Asís, M. Bovero, L. L. Hierro, J. De Lucas y A. Squella. La de este último, *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*, tiene edición separada por Edeval, Valparaíso, 1993. Anotar por último, R. de Asís y A. Greppi, traductores en la versión española de *Positivism jurídico* en lo reunido por N. Morra, Debate, Madrid, 1993.

Dos nuevas trads. de la bibliografía dworkiniana. La primera, *Ética privada e igualitarismo político*, realizada por A. Doménech con introd. de F. Vallespín, Paidós, ICE/UAB, 1993, en materias de moralidad política. Quizás, para completar con el texto sobre «El liberalismo», aparecido años atrás en la compilación de S. Hampshire: vid. R. Dworkin, Th. Nagel, T. M. Scanlon y R. Willians, *Moral Pública y Privada*, FCE, México, 1983. La segunda, *El dominio de la vida. (Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual)*, en versión a cargo de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, ésta en orden a problemas de razón práctica en la argumentación e interpretación jurisdiccional. Primeras notas y comentarios a esta obra en P. de Lora Deltoro, «El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia», en *Sistema*, 117, 1993, pp. 101-107.

## POSITIVISMO JURÍDICO INSTITUCIONAL

Apareció la versión francesa del texto fundamental conjunto de N. MacCormick y O. Weinberger sobre el Positivism Jurídico Institucional: *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, trad. de O. Herriot y Ph. Coppens, E. Story-Scientia LGDJ, Kluwer Edition Juridique Belgique, Bruxelles, 1992. Un comentario a la versión italiana que realizara M. La Torre en 1990, por C. Faralli, «Il Diritto come istituzione», en *Sociologia del Diritto*, 3, 1992, pp. 142-145.

«Derecho y conocimiento jurídico bajo el prisma del iuspositivismo institucional», de O. Weinberger, trad. y *Addenda* bibliográfica de J. Calvo González, en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 17, 1994, pp. 4249-4256. «Instituciones, acuerdos e información práctica», de N. McCormick, trad. de J. Calvo González y M. Martínez, en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 17, 1994, pp. 4235-4248.

## HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y LA CULTURA JURÍDICO-POLÍTICA EN EUROPA

S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property*, Clarendon Press Oxford, 1993, abarcando de Grocio a Hume. J. H. Franklin, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, con presentación y notas de J. F. Spitz, PUF, Paris, 1993, versión francesa sobre el original inglés de 1973, muy ampliada. No abundaban sobremanera en Francia estudios bodinianos. Como excepción sobresaliente conviene recordar la obra de S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, editada el año 1989, igualmente por PUF. F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Revolution, 1789-1795 et 1802*, PUF, 1992, detecta a través de la presencia de la expresión «derechos naturales» en 1789 y 1793, y ya en 1795, por lo que en aquel período considerará práctica revolucionaria «no burguesa» que intenta aplicar los principios de libertad e igualdad al derecho de propiedad proclamado inviolable.

A. J. Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, 1992, interrogando la actualidad de la teoría lockeana de los derechos.

Sobre la tensión, irresoluble en la opinión del A., entre teorías positivistas y no positivistas del derecho, R. Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

J. Rubio Carracedo preparó los correspondientes estudios preliminares para los *Escritos polémicos* y la *Carta a D'Alembert*, ambos de Rousseau, editados por separado en la Colección Clásicos del Pensamiento de Tecnos, Madrid, 1994, con trad. y notas de Q. Calle Carabias. Destaca en estos, diría correos ginebrinos, de la primera obra, como modelo de contraargumentación forense, la carta dirigida por Rousseau a Ch. de Beaumont. Allí se recoge también correspondencia con Voltaire, Malesherbes y Mirabeau. Entidad propia alcanza la polémica con D'Alembert tras la publicación en la *Enciclopedia* del artículo «Genève». Esta ocasión serviría a Rousseau para puntualizar sobre el riesgo de una expansión excesivamente uniformizadora de los modelos ilustrados.

Hume y Smith en representación de los ilustrados escoceses hacen de sustancia intelectual al libro de M.<sup>a</sup> J. Canel sobre *La Opinión Pública. Estudio del origen de un concepto polémico en la Ilustración Escocesa*, Eunsa, Pamplona, 1993. Temas y problemas: common sense, consenso, relaciones entre público y privado. Eco más actual: liberalistas y comunitaristas.

Sugestivo estudio en filosofía jurídico-penal el de G. L. Bonnet, «La dialectique de la peine dans la philosophie du droit de Hegel», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 17, 1994, pp. 4197-4217.

## HOBBS

Continúa ininterrumpida la edición de las *Oeuvres* de Hobbes que con extraordinario rigor científico dirige Y. Ch. Zarka. De ella, lo más reciente (1993) corresponde al tomo 11-1, *De la liberté et de la nécessité* seguida de *Réponse a «La capture de Léviathan» (controverse avec Bramhall 1)*, y 12-1, *Textes sur l'hérésie et sur l'histoire*. La trad. pertenece a F. Lessay, quien también se ocupa de la introd., notas, glosarios y un trabajado *index*. Vienen siendo publicadas en Vrin, París.

Entre el siempre abundante cúmulo de monografías mencionar G. Shelton, *Morality and Sovereignty in the Philosophy of Hobbes*, MacMillan, London, 1992, donde además del estudio específico se presentan momentos de relación analítica con Kant, e Y. Glaziou, que aborda la recepción (rechazo y acogida) del pensamiento hobbesiano durante la Ilustración francesa: actitudes iusnaturalistas, Montesquieu, Mably, Concillac, los Enciclopedistas, favorable alineamiento de Diderot, y posición de Rousseau, *Hobbes en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, PUF, París, 1993.

## HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y LA CULTURA JURÍDICO-POLÍTICA ESPAÑOLA

Oportuna la edición de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid, 1994, *El libro ilustrado. Jovellanos lector y educador*. Se cumplían dos siglos y medio de su nacimiento. Contiene los estudios de N. Glendinning, «Jovellanos leyendo el código del universo», y G. Sánchez Espinosa, «Gaspar Melchor de Jovellanos. Un paradigma de lectura ilustrada», y un esmerado «Catálogo» a cargo del Gabinete de Estudios de la Calcografía (C. Barrena, J. Blas, J. M. Matilla y E. Villena) en acopio bibliográfico de las actividades de Jovellanos como lector y educador.

B. Gracián, *El arte de prudencia. Oráculo manual*, ed. e introd. de J. I. Díez Fernández, Temas de Hoy, Madrid, 1994. Trescientos aforismos con determinante influencia, en algún caso, sobre Shopenhauer y Nietzsche. Sobre el pragmatismo aforismo 120; el 180 sobre ocultación y la mentira. Un rasgo definidor de la modernidad de la obra, su individualismo De Gracián, la Biblioteca Castro editó en 1993 las *Obras Completas*.

L. Badía y A. Bonner, *Ramon Lull: vida, pensamiento y obra*, trad. de J. M. Martos, Sirmio, Barcelona, 1993. Badía es catedrática de Literatura Catalana Medieval en la Universidad de Barcelona especialista en la obra de Lull y ha publicado recientemente *Teoría i pràctica de la literatura en Ramon Lull*, Quaderns Crema, Barcelona, 1992. Bonner había trabajado el pensamiento y la obra luliana en *Selected Works of Ramon Llull*, Princeton, 1895, traducida en Palma de Mallorca 1989. La publicación actual apareció en catalán, bajo auspicio del Patronato Ramon Llull del Institut d'Estudis Baleàrics, en 1991.

Sobre Ramón Martí d'Eixalà (1808-1857) como fundador de la escuela jurídica catalana del s. XIX, la obra de M. Figueras i Pàmies, *Revolució francesa, Universitat de Cervera i Escola Jurpídica catalana. (La Filosofia Jurídica de Ramon Martí d'Eixalà en la 1.<sup>a</sup> meitat del segle XIX*, Publics. del Institut d'Estudis Ilerdencs de la Diputació de Lleida (Estudis Col.lecció), 1993. Destaca, junto a la su contraria disposición al movimiento codificador, el distanciamiento con el historicismo nacido de un derecho natural de corte tomista.

## PENSAMIENTO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO (JURÍDICO, POLÍTICO, MORAL)

Para resúmenes del pensamiento español conservador decimonónico y socialista entre mediados del s. XIX a mediados del XX respec. C. López Alonso, «El pensamiento conservador español en el siglo XIX: de Cádiz a la Restauración», en Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política*, vol. 4, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 273-314, y M. Bizcarrondo, «Enanos y gigantes: El socialismo español, 1835-1936», *ibidem*, vol. 4, pp. 306-378.

Sobre F. González Vicén, J. Calvo González, «Algo más sobre Guerra Civil, Universidad y Censura. De las sanciones y depuración a González Vicén. (En ocasión de contar historias)», en *Sistema*, 116, 1993, pp. 85-100. De E. Tierno Galván repasa A Rodríguez García su legado ético y político en *Tierno Galván: la actualidad de su pensamiento*, con Pról. de R. Morodo, Edit. Clave, Rincón de la Victoria

(Málaga), 1993. Para Legaz, colaborando J. M.<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, J. Lima Torrado, I. Peidro Pastor, A. Sánchez de la Torre, P. Lucas Verdú, F. Puy Muñoz, R. Maciá, A. Truyol, G. Robles y otros, *Luis Legaz Lacambra: figura y pensamiento*, Colec. Maestros Complutenses de Derecho, Publics. Facultad de Derecho, Madrid, 1993.

Acerca de C. Arenal, M.<sup>a</sup> J. Lacalzada, «Las coordenadas político-intelectuales de Concepción Arenal», en *Sistema*, 116, 1993, pp. 119-131, y C. Díaz Castañón, «Concepción Arenal y su *Mujer del porvenir*», en *Claves*, 40, 1994, pp. 68-71. Espléndida la antología de textos de M. Zambrano, *La razón en la sombra*, J. Moreno Sanz (ed.), Siruela, Madrid, 1994. Excelente también el peritexto. En edición de N. Dennis el *Epistolario Bergamín-Unamuno*, Pre-Textos, Valencia, 1993. Interesante el apéndice, con noticia de más de treinta escritos de Bergamín sobre Unamuno, poco conocidos y de difícil acceso.

A cargo de E. López-Aranguren, J. Muguerza y J. M. Valverde, *Retrato de José Luis L. Aranguren*, Circulo de Lectores, Madrid, 1993. Junto a la noticia familiar y el testimonio cívico-universitario de Valverde, un detenido análisis de la evolución del pensamiento y compromiso político de Aranguren por Muguerza (Catolicismo día tras día; Catolicismo y protestantismo como formas de existencia; Ética; Implicaciones de la filosofía en la vida contemporánea; Ética y Política; El marxismo como moral; La comunicación humana).

## PENSAAMIENTO EUROPEO CONTEMPORÁNEO. (JURÍDICO, POLÍTICO, MORAL)

Sobre Popper, *Popper in China*, W. H. Newton-Smith, J. Tianji y E. P. James (eds.), Routledge, London, 1992, reúne diversos ensayos inéditos en la filosofía de la ciencia de K. Popper relacionados con la experiencia política en China. Entre nosotros, K. Popper, *En busca de un mundo mejor*, trad. de J. Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1994.

W. Benjamin, *La metafísica de la juventud*, trad. de L. Martínez de Velasco, con introd. de A. Lucas, Paidós, ICE/UAB, 1993, recoge doce escritos fechados entre 1912 y 1916. Se detecta el influjo de Wyneken, Rickert y Nietzsche en algún caso. Destacan los relativos a enseñanza, religión, moral.

E. Serrano Gómez, *Legitimación y racionalización*, Anthropos, Barcelona, 1994, aborda la dimensión normativa de un orden secularizado en el pensamiento de Habermas y Weber. También, J. Habermas, «La revisión del pasado: Del nazismo a la RDA», en *Claves*, 33, 1993, pp. 2-8.

H. Dubiel presenta el testimonio intelectual del último representante de la «teoría crítica» en el sector del Institut für Sozialforschung y «Escuela de Frankfurt» que ha sido señalado, junto a zonas periféricas y actitudes más o menos tangentes (Fromm, Benjamin, Neumann, Kichheimer), como núcleo duro, o «Café Marx» (Horkheimer, Pollok, Marcuse, Adorno y Löwenthal): *Leo Löwenthal. Una conversación autobiográfica*, trad. de J. Monter y G. Muñoz, Edicions Alfons El Magnànim-Generalitat Valenciana-Diputació Provincial de València, Valencia, 1993. Un comentario a la obra, en *Sistema*, 122, 1994, por J. Calvo González (pp. 138-143).

K. Löwith, *Mi vida en Alemania antes y después de 1933*. Un testimonio, trad. de R. Zauner y A. Lotha, Visor, Madrid, 1993. Muy tardía versión, aunque llena de interés. Reune la reflexión filosófica con la política y el relato autobiográfico. Mundo de la *Weimar Culture* y su derrumbamiento. Fortísima crítica a Heidegger.

## WITTGENSTEIN

En edición de Peter A. French, *The Wittgenstein Legacy*, University of Notre Dame Press, London, 1993, reuniendo dieciséis trabajos en los que se explora la obra de Wittgenstein y su impacto en el pensamiento del siglo XX. P. Johnston,



*Wittgenstein: Rethinking the Inner*, Routledge, London, 1993, sobre conceptos de persona y sujeto. En torno a la significación del punto de vista religioso, N. Malcolm, *Wittgenstein: A Religious Point Of View?*, ed. de P. Winch, Routledge, London, 1993, incluyendo el estudio de Winch sobre la interpretación de Malcolm. Un acercamiento crítico entre el Wittgenstein de la tradición analítica y la fenomenología de Heidegger, en S. Mulhall, *On Being in the World. Wittgenstein and Heidegger on Seins Aspects*, Routledge, London, 1993.

Anagrama, Barcelona, 1994, por trad. de D. Alou, publicó en su colección «Biblioteca de la memoria», la excelente y muy cumplida «biografía filosófica» que R. Monk titula *Ludwig Wittgenstein. El deber de un genio*. La misma colección editó el año anterior una sobre Foucault.

## H. ARENDT

J. Taminiaux, *La fille de Thrace et le penseur professionnel, Arendt et Heidegger*, Payot, Paris, 1992. El A. se plantea la obra de Arendt como una respuesta a Heidegger. La respuesta se da para el A. dentro de lo que cabría entender como uno de los procedimientos de intertextualidad menos estudiados: la «polémica oculta», esto es, donde las partes no se interpelan directamente, pues ni Heidegger responde verdaderamente a Arendt, ni ésta se dirige realmente a Heidegger, ante quien la profunda admiración no sería óbice para posiciones críticas. De otra parte, mientras Heidegger es visto como el modelo de «pensador profesional», el retrato del pensamiento de Arendt, se aproxima para el A. a la imagen de Sócrates, como pensamiento apasionado y práctico. En ese sentido, un aspecto práctico es el que concierne K. Reshaur, «Concepts of Solidarity in the Political Theory of Hannah Arendt», en *Revue canadienne de Science Politique*, 25, 4, 1992, pp. 723-736.

Más acusadas distancias entre ambos, Arendt y Heidegger, son siempre imaginables tras la lectura de *La politique de l'être. La pensée politique de Martin Heidegger*, trad. de C. Goulard, Kimé, Paris, 1992, de R. Wolin, que además de exponer las connivencias bien conocidas de Heidegger con el nacionalsocialismo, examina la propia predisposición de su filosofía.

Una introducción sistemática al pensamiento político de Arendt (modernidad, acción, formas de democracia y ciudadanía, totalitarismo...), en M. Passerin d'Entrèves, *The Political Philosophy of Hannah Arendt*, Routledge, London, 1993.

Entre las biografías y retratos intelectuales más recientes destacan W. Heuer, *Hannah Arendt*, trad. de J. Chambon, Ed. Jacqueline Chambon, 1993, muy considerablemente superada por E. Young-Bruehl, *Hannah Arendt*, trad. de M. Lloris Valdés, Edicions Alfons El Magnànim-Generalitat Valenciana-Diputació Provincial de València, Valencia, 1993. Se ofrece aquí un verdadero retrato verbal y narrativo. Lo obtenido se corresponde en todo con la aspiración de «biografía filosófica». Es decir, una modalidad de género en la que no sólo el autor sino también los lectores discuten el yo pensante del protagonista en su yo vivido («suyo» como propio del personaje, del autor y del mismo lector). Hoy existe una muy acusada tendencia a eliminar de la «biografía» ese tono reflexivo. En III.<sup>a</sup> parte, cap. 8, se titula a uno de los epígrafes «La banalidad del mal» (pp. 429-443). Un eco bien definido, recogiendo la herencia intelectual de Arendt, deja oírse en los últimos trabajos de N. Bilbeny: «Hannah Arendt: el pensar moral», en *Sistema*, 113, 1993, pp. 119-133 y, en especial, *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX*, Anagrama, Barcelona, 1993.

## PRAGMATISMO. EMPIRISMO

En edición de American Psychological Association, al cuidado de M. D. Donnelly, 1993, *Reinterpreting the Legacy of William James*, en particular interesado por *The Principles of Psychology*. Robert J. Roth, *British Empiricism and American Pragmatism. New Direction and Neglected Arguments*, Fordham University Press,

New York, 1993; resurgimiento del interés hacia el pragmatismo americano de W. James, Peirce y Dewey, con especial atención de la influencia británica de Locke y Hume, así como diferencias entre ambas tradiciones de pensamiento. *William James «Pragmatism» in Focus*, D. Olin, Routledge, London, 1992, al texto de 1907 se acompañan varios ensayos, así de G. E. Moore y Russell, además del estudio introductorio de la editora.

Por encima de la media docena alcanza el número de trabajos que al pragmatismo dedicó la revista de filosofía moral y política *Isegoría*, 8, 1993. Privilegiando la figura y pensamiento de R. Rorty, abre en efecto, el propio Rorty, en versión de C. Thiebaut, con «Norteamericanismo y pragmatismo» (pp. 5-25), y siguen R. del Águila, «El caballero pragmático: Richard Rorty o el liberalismo con rostro humano» (pp. 26-48) y M. García Serrano, «Abstracciones ilustradas. A propósito del pragmatismo de Richard Rorty» (pp. 162-180). En orden complementario a otro de los destacados neopragmatistas americanos, A. Rivero Rodríguez, «Liberalismo, democracia y pragmatismo. La teoría de Cornel West» (pp. 49-65). Th. McCarthy, que ha difundido en EE.UU. la obra de J. Habermas, convina la concepción de razón comunicativa a los etnometodológicos de H. Garfinkel en «La pragmática de la razón comunicativa» (pp. 65-84). El debate entre Rorty y Clifford Geertz es atendido por J. M. Rosales en «Diversidad, interpretación y reconocimiento: sobre las relaciones entre etnocentrismo y pragmatismo» (pp. 151-161). Finalmente, «La *parousia* americana de la democracia filosófica», por J. Poulain (pp. 85-102), ofrece en un apretado recorrido base, filosófico-política del consenso en Rorty por atención a la herencia y contexto científico anglo-americano y referencias a Peirce, Dewey, Austin, Grice, Searle, Rawls, neoliberales y comunitaristas.

## BENTHAM. UTILITARISMO

En edición de Ph. Schofield, *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press Oxford, 1993, recoge diversos escritos de derecho constitucional (ideal Constitutional Code) relacionados con el aforismo «aptitude maximized, expense minimized».

J. Semple, *Bentham's Prison, A Study of the Panopticon Penitentiary*, Oxford University Press, 1993; interpretación de la idea de panopticon en el contexto de la filosofía penal del s. XIX y su instrumentación en las modernas tecnologías de subjección (Foucault) por la política penitenciaria del XX. Sobre el compromiso político activo ejercido por Bentham, junto al poeta Byron, con la independencia griega entre 1821 y 1827 desde su pertenencia al Comité Griego de Londres, *vid.* el estudio de F. Rosen, *Bentham, Byron and Greece*, Clarendon Press, 1992, que relaciona sus doctrinas sobre la democracia constitucional y los trabajos del mencionado Comité, dando a conocer un material hasta ahora virgen de investigaciones.

J. S. Mill's «*On Liberty*» in *Focus*, J. Gray y G. W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, además del texto base se acompañan varios ensayos, así de I. Berlin, A. Ryan, J. Rees, C. L. Ten y R. Wollheim y Russell.

## Τελοξ. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas

Vol. II, 1, 1993. La distribución de contenidos muestra una dedicatoria central a Mill, con participación de J. García Añón («Una aproximación al concepto de derecho a la intimidad en John Stuart Mill», pp. 17-30) y J. M.<sup>a</sup> Gil Ruiz («Una visión de mujer en el pensamiento de John Stuart Mill», pp. 31-42). La mirada a los antecedentes utilitaristas la lleva M. Costa sobre los moralistas británicos anteriores a Hume (pp. 9-14). M. D. Farrell escribe de «Neutralidad y relatividad agencial» (pp. 45-83) para la sección «Debate contemporáneo» donde también aparece, trad. por M. Elósegui, «Inconmensurabilidad y razonamiento jurídico», de J. Raz (pp. 85-98). Por último, en «Ética aplicada» el trabajo de J. Clotet por relación a utilitarismo y bioética (pp. 101-124).

Vol. II, 2, 1993. Trae dedicada su sección monográfica a la obra de W. Godwin en conmemoración del segundo centenario del *Inquiry Concerning Political Justice*. Aparecen así la versión española del trabajo de Ph. Adair sobre el utilitarismo libertario de Godwin (pp. 71-92), en cuya noticia del original hizo referencia nuestra anterior Crónica (*vid.* p. 607), y el estudio que A. Fernández Álvarez (pp. 93-106) dedica sobre el anarquismo godwiniano. Una labor que merece el elogio es la concernida desde las «Traducciones de textos clásicos inéditos». En ella, por C. Verde Diego, la de fragmentos a *De la educación moral del Hombre*, de C. A. Helvétius (pp. 107-146). Del apartado «Debate contemporáneo», las colaboraciones de J. Griffin, «Ética y Bienestar» (pp. 11-32) y J. R. Bengoetxea, «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho» (pp. 31-68), orientado en análisis de interpretación operativa.

Al tiempo de publicarse esta Crónica habrá sido distribuido el número especial dedicado a J. Ferrater Mora.

## PENSAMIENTO POSMODERNO: SOCIEDAD, CULTURA, DERECHO

*Vid.* A. K Koch, «Rationality, Romanticism and the Individual: Max Weber's *Modernism* and the Confrontation with *Modernity*, en *Revue Canadienne de Science Politique*, 26, 1, 1993, pp. 123-144.

R. V. Cornejo-Parriego, *Escritura posmoderna del poder*, Fundamentos, Madrid, 1993; aplicación de la noción conceptual de posmodernidad en Foucault y Derrida a la literatura de habla hispana contemporánea (Ayala, García Márquez, Roa Bastos, J. Goytisolo).

S. Mestrovic, *The Barbarian Temperament. Towards a Postmodern Critical Theory*, Routledge, London, 1993, interesante información del debate americano sobre civilización, tradiciones y culturas en la modernidad y postmodernidad.

Sobre el proyecto ético postmoderno en Nietzsche, L. M. Hunt, *Nietzsche and the Origin of Virtue*, Routledge, London, 1993. Complementariamente a mi juicio, Y. Lediure, «Nietzsche et légalité de droits. De l'usage juridique d'un concept religieux chrétien», en *Archives de philosophie*, 56, 1993, pp. 251-265. De más amplio alcance temático B. Magnus, J.-P. Mileur, S. Stewart, *Nietzsche's Case. Philosophy as/and Literature*, Routledge, London, 1993. También, O. Reboul, *Nietzsche, crítico de Kant*, Anthropos, Barcelona, 1993. En *Philosophica Malacitana*, VI, 1993, M. Parmeggiani Rueda, «La interpretación nietzscheana de la metafísica tradicional» (pp. 159-172). De esta misma publicación, además, el suplemento monográfico núm. 1 de 1993, en ed. de J. Rubio Carracedo, *El giro posmoderno*, destacando en él R. J. Bernstein, «El resurgir del pragmatismo» (pp. 11-30), F. Fehér, «The Modern versus the Post-Modern Political Conditions: Comparison and Contrast» (pp. 31-45), A. Heller «Omnivorous Modernity» (pp. 47-63), J. L. del Barco, «Pasión por la ironía» (pp. 71-102), P. Peñalver «Ética, desconstrucción, responsabilidad. Negociaciones» (pp. 139-155), J. M. Rosales, «Democracia y Posmodernidad» (pp. 157-174), J. Rubio Carracedo «El Ethos posmoderno» (pp. 175-194) L. E. de Santiago Guervós, «El pensamiento de la diferencia: cómo pensar de otra manera en la posmodernidad» (pp. 195-211) y C. Thiebaut, «Cosmopolitismo y Tolerancia» (pp. 213-225).

Una contribución a la historia de la subjetividad en A. Renaut, *La era del individuo*, Destino, Madrid, 1993, dentro de la colección «Ensayo» que dirigen R. Argullol, E. Lynch, F. Savater y E. Trias. Por su enfoque y temas valdría complementar en lo reseñado *infra* dentro del apartado de esta Crónica sobre *Narrativismo* para la colección «Autobiografía» que dirige F. Jurdao Arrones desde Megazul-Endymion.

D. Gray Carlson, D. Cornell y M. Rosenfeld, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, London, 1993. Orientación derridiana, presentando alguno de sus escritos, así como estudios de F. Dallmayr, H. L. Gates, A. Heller, A. J. Jacob-

son, J. Hillis Miller, R. Schurmann, B. Herrnstein Smith, S. Weber, A. Wolfe y Ch. M. Yablon.

En la órbita de los Critical Legal Studis, M. J. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, con introd. de J. G. Greenberg, Routledge, London, 1993.

## LENGUAJE. SEMÁNTICA. SEMIÓTICA

C. F. Delaney, *Science, Knowledge and Mind. A study in the Philosophy of C.S. Peirce*, University of Notre Dame Press, London, 1993. Estudio sobre la filosofía de la ciencia de Charles S. Peirce y su influencia en la teoría del conocimiento, tomada ésta como el núcleo central del proyecto filosófico de Peirce. Similar contenido, aunque con aportaciones múltiples, lo editado por E. C. Moore, a resultas del Charles S. Peirce Sesquicentennial International Congress, celebrado en Harvard en septiembre de 1989 y ya con una orientación en diversos trabajos más próxima a la semiótica, *Charles S. Peirce and the Philosophy of Science*, University of Alabama Press, 1993. Sobre éste, igualmente, C. Hookway, *Peirce*, Routledge, London, 1992.

Mención separada merecen los trabajos de B. Fraenkel, *La signature. Genèse d'un signe*, Gallimard, Paris, 1992, que rescata el estudio histórico de la obligación de firma y rúbrica autógrafa en los documentos con intervención de fedatarios públicos, en especial notarios, ordenada desde 1554, y G. Kocher, *Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie*, C. H. Beck, München, 1992, presentando original y sugestiva aportación a la historia iconográfica del derecho, abundantemente documentada.

Sobre postestructuralismo y la aportación de J. Kristeva, dos trabajos complementarios, ambos publicados por Routledge, London, 1993: K. Oliver (ed.), *Ethics, Politics and Difference in Julia Kristeva's Writing*, y J. Fletcher y A. Benjamin (eds.), *Abjection, Melancholia and Love. The Work of Julia Kristeva*.

En Estética y Teoría del Derecho, R. Kevelson (ed.), *Law and Aesthetics*, Peter Land, New York, 1992.

## International Journal for the Semiotics of Law

Se completó la edición de las tres entregas (núms. 16, 17, y 18) correspondientes al vol. VI, 1993.

En el 16 concluyó la publicación (continuando lo aparecido en vol. V, 15, 1992. Vid. nuestra última *Crónica*, p. 601) de los trabajos presentados al Human Rights Symposium organizado en Utrecht, agosto 1991, por la International Association for the Semiotics of Law. Potenciando el acercamiento al Derecho desde diversas perspectivas de análisis semiótico se registran los estudios de E. P. Haba, «Definitions, interpretations et pratique des droits de l'homme. De la *grammaire aux formes de vie* dans la rhétorique des droits de l'homme» (pp. 3-44), B. S. Jackson, «European Conventions of Human Rights Articles 6 & 12: Some Semiotic Observations» (pp. 45-69), y R. Kevelson «Some Possible Meanings of the Idea of Human Rights» (pp. 71-88). Para la sección de «Discussion», L. Hickey (pp. 89-109) trabaja un tema de derecho procesal e interpretación judicial: «Presupposition under Cross-Examination». Del núm. 17, reseñar el examen que B. S. Jackson lleva a cabo sobre el caso judicial *Oswald Rufeisen v. Minister of the Interior*, extrayendo en él reflexiones sobre la construcción jurisprudencial de «identidad hebrea» («Brother Daniel: The Construction of Jewish Identity in the Isreal Supreme Court», pp. 115-146). De interés también, E. Van Alphen (pp. 163-178) en correlación crítica del concepto de imputación en el *Reine Rechtslehre* de Kelsen y la *Strukturen der Zurechnung* de J. M. Hruschka. Aportación a la teoría narrativa del Derecho encontramos en W. J. Witteveen, «Doctrinal Stories» (pp. 179-202). Finalmente, para el núm. 18, destacar las colaboraciones de F. Ost, «L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit» (pp. 227-247), B. Van Roermund

(pp. 249-270), sobre presunciones jurídicas, y de H. Kaptein (pp. 315-324), en problemas de argumentación jurídica («*E Contrario Arguments in Law. From Interpretation to Implicit Premises*»).

## NARRATIVISMO Y MATERIALES PARA UNA TEORÍA NARRATIVA DEL DERECHO

Dentro del volumen *Filosofía de la Historia*, R. Mate (ed.), Trotta, Madrid, 1993, se hallan los trabajos de J. Sádaba, «¿El fin de la historia?. De la crítica de la posmodernidad al concepto de historia como metarrelato», pp. 193-205, y de M. Cruz, «Narrativismo», pp. 253-269. Sobre la naturaleza de la historiografía se dispone ahora también de la trad. de H. White, *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX*, FCE, México, 1992. La misma cuestión en orden al pensamiento posmoderno, K. Jenkins, *Rethinking History*, Routledge, London, 1991. A modo de recordatorio, Ch. Nash, *Narrative in Culture. Storytelling in the Sciences, Philosophy and Literature*, Routledge, London, 1989. Más recientes G. Lloyd, *Being in Time. Selves and Narrators in Philosophy and Literature*, Routledge, London, 1993; en literatura, Prouts y Woolf, para filosofía, Aristóteles, San Agustín, Descartes, Hume, Kant, siendo fuentes teóricas Derrida y Ricoeur, y M. Freeman, *Rewriting the Self. History, Memory, Narrative*, también Routledge, London, 1993, interesando los problemas de la autointerpretación (biografía), en especial en escritos de San Agustín, H. Keller y Ph. Roth, y profundizando interpretaciones psicológicas. En este mismo orden, la excelente trad. realizada por M. Martínez-Lage de K. Weintraub, *La formación de la individualidad. Autobiografía e historia*, Megazul-Endymion, Madrid, 1993, originalmente *The Value of the individual*, University of Chicago Press, 1978 (San Agustín, G. Cardano, Montaigne, Vico, Gibbon, Rousseau, Goethe). La misma editorial incluyó junto a éste nuevos títulos en la que ha dado en llamar como colección «La Autobiografía». Se trata así, hasta ahora, de: P. Jay, *El ser y el texto. La autobiografía, del romanticismo a la postmodernidad*, 1993, trad. de M. Martínez-Lage sobre el original publicado por Cornell University Press (1984); P. J. Eakin, *El contacto con el mundo. Autobiografía y realidad*, 1994, trad. de A. G. Loureiro sobre la previa edición de Princeton University Press (1992) y Ph. Lejeune, *El pacto autobiográfico y otros estudios*, 1994, trad. de A. Torrent sobre varias ediciones de Seuil en 1975, 1980 y 1986.

Distinta perspectiva en P. Burke, que presenta en *Formas de hacer historia*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, «Historia de los acontecimientos y renacimiento de la narración». Interroga acerca de hasta qué punto debería volverse a la narración al servicio de la veracidad y la visión del historiador.

Un estilo narrativo y bellamente literario emplea A. Cauquelin en su ensayo *La mort des philosophes et autres contes*, PUF, Paris, 1992, teniendo la experiencia del ejemplo socrático como base de la investigación.

## SOCIOLOGÍA JURÍDICA

### Sociología del diritto

Anualidad 1993, núm. 1, en general todo orientado hacia las nuevas perspectivas del momento europeo, donde se incluye R. Dahrendorf, «Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento» (pp. 7-18), lección doctoral en el acto de *laurea honoris causa* por la Universidad de Urbino (marzo, 1993); V. Ferrari, «Note sull' alternativa del diritto contemporaneo» (pp. 19-38), V. Gessner, «L'interazione giuridica globale e le culture giuridiche» (pp. 61-78), F. Galgano, «Le espeienze transnazionali del giurista» (pp. 121-128), B. R. Machiavelli (pp. 161-172), sobre la política social europea (de la Carta de derechos fundamentales a la ciudadanía de la Unión), A.-J. Arnaud (pp. 173-194) que aporta el añadido preparado para la versión italiana

de su libro *Les juristes face a la société (Da giureconsulti a tecnocrati*, Napoli, 1993). Este fascículo fue dedicado a Renato Treves en el primer aniversario de su muerte. En el contenido del núm. 2 se hallará un documentado trabajo de C. Luzzati sobre teoría y metateoría de la interpretación jurídica (pp. 7-50). En el 3, M. L. Ghezzi, «Senso della crisi nella giustizia» (pp. 5-24), quien relaciona con puntos de vista en la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Del mismo número, en Note e Rassegne, las de M. Varejão (pp. 163-168) acerca de *Sobre la analogía en el Derecho* de M. Atienza, y de R. Cotterrell (pp. 169-172), «Per una deontologia della ricerca sociologico-giuridica».

## FACSIMILES

En conmemoración del centenario de la edición de *El Derecho Antiguo. Parte general*, de H. Sumner Maine, con prolog. de G. de Azcárate, la Edit. Civitas procedió en 1993 a una impresión facsimilar del mismo.

La Viceconsejería de Cultura del Gobierno de Canarias recuperó en su colección Facsímiles de Canarias, 1993, la obra de filosofía moral *Convalecencia del Alma* (1689), de P. Alvarado de Lugo. La edición adjunta, por separado, el estudio de A. Sánchez Robayna titulado «Pedro Álvarez de Lugo y la moralística española del Barroco» (temas de un «elogio de las virtudes»; discurso sobre la razón y sus razones, moralismo y retórica; Alvarez de Lugo y los moralistas barrocos, de Quevedo a Polo de Medina), incluyendo también en apéndice separado la *Apología Soñada*, inédita, en defensa del *Gobierno moral a Leilo*, de Polo de Medina, con declarada admiración por el *Marco Bruto* de Quevedo.

## PERPLEJIDADES DE UN LIBERAL: LA OBRA RECIENTE DE J. GRAY

Por JOSÉ MONTOYA

Valencia

El fracaso político del socialismo en los países del Este no ha causado tan sólo en Occidente problemas de reorganización práctica (económica, política, militar), sino también serios problemas de reorganización teórica. La izquierda evidentemente se ha quedado sin una figura de referencia que —por mucho que se criticaran sus defectos— constituía una prefiguración borrosa de los tiempos futuros, y por tanto una garantía del «mordisco sobre lo real» de su reflexión. Pero también el pensamiento liberal ha experimentado una fuerte sacudida por aquellos acontecimientos. En efecto, en su versión más conocida e influyente, la de la *intelligentsia* académica americana que encuentra su expresión en la obra de autores como Ackerman, Dworkin o Rawls, el pensamiento liberal reciente ha vivido de la esperanza escondida de una convergencia entre capitalismo y socialismo que permitiera remover las aparentes contradicciones entre libertad negativa y libertad positiva, entre individualismo y solidaridad, entre sociedad civil y poder político. Esta esperanza ha quedado, por el momento, claramente defraudada; y con ello los pensadores liberales han quedado emplazados a una reflexión realista sobre los elementos fundamentales de su doctrina, incluyendo una vuelta a las fuentes anteriores a la inflexión americana.

Este es el transfondo de las reflexiones que J. Gray, miembro del Jesus College de Oxford, nos ofrece en los tres libros que vamos a comentar y cuya referencia bibliográfica ofrecemos:

— *Liberalismo*, Madrid, Alianza Editorial 1992 (Edición original: *Liberalism*, Milton Keynes/Minneapolis, Open University Press/University of Minnesota Press, 1986).

— *Liberalisms: Essays in Political Philosophy*, Londres/Nueva York, Routledge 1989.

— *Post-liberalism: Studies in Political Thought*, Londres/Nueva York, Routledge 1993.

Leídos conjuntamente, estos estudios muestran un deslizamiento desde una postura en la que el liberalismo es presentado como «la teoría política de la modernidad» hasta otra mucho más radical, que concluye en la negación del liberalismo como filosofía política y su reducción a una suerte de exégesis de las prácticas características de la sociedad civil. Vamos a seguir los momentos más importantes de esta transformación.

El estudio que lleva por título *Liberalismo* (al que designaremos en adelante por la sigla L) es, de los tres, el más sistemático y el más antiguo (la edición original inglesa es de 1986). Con anterioridad, Gray había publicado sendas monografías sobre Mill y Hayek, dos figuras emblemáticas del liberalismo en sus vertientes moderna y clásica, respectivamente.

El estudio consta de una parte histórica y de una parte sistemática. La parte histórica presenta ya algunas ideas características, que se irán desarrollando en las obras posteriores, tales como el significado de Hobbes para el pensamiento liberal, la crítica de la idea de progreso característica de la Ilustración francesa, el papel de los ilustrados escoceses en la formación del liberalismo («es en “sus” escritos... donde encontramos la primera formulación universal y sistemática de los principios y fundamentos del liberalismo», L, p. 46)...

En la parte sistemática recoge la caracterización del liberalismo que había ofrecido ya en la Introducción (L, pp. 11-12): es una concepción definida del hombre y de la sociedad caracterizada por ser *individualista, igualitaria, universalista y meliorista* (= progresista). Gray señala que «los “pensadores” liberales han contemplado sus exigencias como propias de toda la humanidad... Por esto, la justificación del liberalismo debe ser prioritaria para todos los hombres, y no sólo para los pocos que viven en sociedades individualistas» (L, p. 75). Esta fundamentación del liberalismo como teoría política universalista ha sido intentada por tres vías: la doctrina de los derechos naturales, el utilitarismo y el contractualismo. De ellas, es el contractualismo la que Gray encuentra más pausable: «es justamente en el desarrollo de este método contractualista donde puede encontrarse la solución más prometedora a las cuestiones relativas a los fundamentos del liberalismo» (L, p. 90). Aunque la concepción del ser humano implícita en el empleo del método contractualista puede variar mucho —entre Hobbes y Kant, podríamos decir—, sin embargo el método contractualista «acepta la diversidad moral de la modernidad como un hecho fundamental y busca construir principios de justicia que permitan la coexistencia pacífica de tradiciones morales rivales» (L, p. 90).

Si bien Gray no rechaza explícitamente esta interpretación universalista del liberalismo, que prácticamente tendería a presentarlo como el *verdadero* punto de vista moral, sugiere al final de su libro una versión historicista mucho más débil: «De hecho, el liberalismo acaso se entienda de la manera más cabal cuando se concibe como la respuesta del hombre moderno a una circunstancia histórica en la cual, dada la desintegración del orden social tradicional, las facultades y límites de los gobiernos necesitan redefinirse. Desde esta perspectiva, el liberalismo es una búsqueda de los principios de justicia política que regirán el consenso racional entre personas de concepciones diferentes sobre la vida y el mundo» (L, p. 139).

En las páginas finales del libro aparece un nuevo tema que, a la luz de los escritos posteriores, se revelará íntimamente ligado con las pretensiones universalistas del liberalismo. Es el tema de la oposición entre el liberalismo «clásico» y el liberalismo «moderno». Mientras el liberalismo clásico (el de los ilustrados escoceses y los liberales franceses del XIX: Constant y Tocqueville) encontró su argumento decisivo en favor de la libertad en la incapacidad de la inteligencia humana para comprender el orden social y manipularlo a su antojo, el liberalismo moderno (cuyo antecesor, un tanto ambiguo, es Mill) busca someter la actividad y la organización de la sociedad a una reconstrucción racional. El liberalismo adopta así su forma moderna, «en la que la arrogancia intelectual racionalista se fusiona con una religión sentimental de la humanidad» (L, p. 141). Esta arrogancia no deja de tener consecuencias políticas: el poder deja de considerarse a sí mismo tan sólo como «guardián de la estructura dentro de la cual los individuos pueden velar por sí mismos» para atribuirse los conocimientos y las prerrogativas necesarias para desempeñar la función de estado benefactor. Es a este liberalismo moderno al que Gray designará en su último escrito como «fundamentalismo liberal» y lo relacionará con la presentación del liberalismo como una filosofía política intemporal y suprema. Volveremos posteriormente sobre el tema.

Estos tonos críticos frente a la que ya podemos llamar «ortodoxia liberal» (en un sentido por lo demás bastante poco usual: en el fondo Gray se está refiriendo, a mi entender, al liberalismo académico americano de las dos últimas décadas) se acentúan en *Liberalisms: Essays in Political Philosophy* (en adelante LS). La obra consta de doce artículos, todos ellos publicados anteriormente, y de un epílogo redactado expresamente para su publicación aquí. Muchos de los artículos versan sobre figuras destacadas de la tradición liberal (Mill, Spencer, Oakeshott, Hayek, Popper, Berlín); otros se centran más bien en problemas específicos. Todos ellos, sin embargo, ofrecen una continuidad notable



pues en todos se vuelven a tomar, bajo distintas formas, los temas centrales del liberalismo: la libertad, la igualdad, la pluralidad de los valores, el progreso,... Comentaremos brevemente los más significativos.

En «Social contract, community and ideology», Gray recoge el tema, ya tratado en L, de la fundamentación teórica del liberalismo. El tono es ahora mucho más escéptico. Mientras en L. Gray veía en el contractualismo (con especial referencia el contractualismo de Rawls) la mejor manera de fundamentar teóricamente al liberalismo, ahora descrece abiertamente de tal posibilidad; y aunque no lo diga *expressis verbis* es evidente que no confía en ninguna fundamentación del liberalismo. El contractualismo de Rawls (y también, en un plano secundario, el de Nozick) es «una maniobra ideológica, inevitablemente fracasada, emprendida en respuesta a la crisis actual de la sociedad liberal» (LS, p. 28); una teoría que «ha dificultado... la mejora de nuestra comprensión de la crisis de la sociedad civil» (LS, p. 43); «el reavivamiento del interés en el planteamiento contractualista es desafortunado» (LS, p. 28); «la posición original de Rawls es una metáfora arruinada por sus contradicciones internas» (LS, p. 42). El partidismo de Rawls acerca del valor absolutamente prioritario de la libertad y de la igualdad, que prácticamente lleva a identificar esta prioridad con el punto de vista moral *tout court*, es claramente injustificado e ignorante de la historia (LS, p. 39). En resumen: una clara renuncia a la tesis (expuesta en L) de que contractualismo era la mejor vía para fundamentar teóricamente el liberalismo. La implicación es clara: no es que exista otro método preferible, sino que el liberalismo (como teoría universal acerca del hombre y de la sociedad) no puede ser fundamentado.

Y no puede serlo por una razón que explicará inmediatamente, en el artículo «On negative and positive liberty», que versa sobre la famosa distinción establecida por I. Berlin. La esencia del argumento de Berlin contra la idea de libertad positiva consiste, según Gray, en el rechazo de la idea de que debe existir una coherencia última de los valores, bien por reducción a uno solo, bien por armonía entre los que se muestren irreducibles. Para Berlin, por el contrario, la posibilidad de un conflicto entre valores últimos es un rasgo no eradicable de la experiencia humana; y ello entraña que debemos abandonar de una vez por todas la quimera de una moralidad racional, junto con su consecuencia, el proyecto de una ciencia de la política. La incoherencia de la noción de un bien supremo, un hombre o una sociedad perfectos, entraña la incoherencia de una sociedad que, superando por completo los conflictos, pueda permitirse abolir la política y la historia. En adelante, esta idea del pluralismo irreductible de los valores constituirá uno de los puntos básicos de la crítica de Gray al fundamentalismo liberal. En *Hayek on liberty, rights and justice*, donde el tema vuelve a ser recogido, Gray extrae la evidente consecuencia: «El liberalismo debe considerarse como una forma de actuación moral y política, una especie de partisanazgo, más bien que una deducción a partir del análisis conceptual o de principios verificados racionalmente» (LS, p. 100).

Las consecuencias de la adopción de la tesis del pluralismo de los valores son desgranadas en artículos posteriores. Así, en «Spencer on the ethics of liberty...», Gray critica uno de los puntos esenciales del liberalismo racionalista: su «progresismo», es decir, la identificación del progreso con la realización de un plan racional de vida. La perspectiva «meliorista» (*meliorist outlook*) que anima la obra entera de Spencer y que presupone la necesidad de un progreso moral, lejos de ser esencial al liberalismo, puede convertirse en un peligro para la cultura liberal, al ignorar su carácter de realización histórica y, por tanto, su esencial fragilidad.

El extenso artículo «Contractarian method, private property and the market economy» es particularmente interesante porque en él Gray presenta un decidido cambio metodológico. Ya vimos cómo en L Gray pensaba que el contractualismo (ya fuera en la versión kantiana de Rawls o en la hobbesiana de Buchanan) constituía la *única* posibilidad de fundamentar la teoría liberal.

En LS, en «Social contract...» (cfr. *supra*) rechazaba la posibilidad de una fundamentación contractualista (y aún más claramente, contractualista rawlsiana) del liberalismo. El liberalismo, por tanto, no debería considerarse como una teoría, sino como una forma de actuación moral y política. ¿Significa ello que debemos renunciar

a cualquier intento de comprender esa forma de actuación? Evidentemente, no; puesto que el liberalismo no es una forma de actuar moral y política, debe adecuarse a la comprensión del hombre y de la sociedad que está en el fondo de la cultura que pretende influenciar. Ahora bien, un *Hobbesian standpoint*, un punto de vista hobbesiano, es el que responde más adecuadamente a las circunstancias de una cultura en la que los miembros comparten de una manera muy directa la experiencia del conflicto y la coexistencia entre valores y formas de vida inconmensurables. Gray subraya que la persona hobbesiana no es una criatura completamente desprovista de atributos morales, puesto que es capaz de hacer y de guardar promesas; solamente que no comparte (o no puede suponerse que comparta) los mismos valores últimos que sus conciudadanos.

Con acierto, Gray acerca la postura del último Rawls a este punto de vista hobbesiano: en ambos casos se trata tan sólo de establecer la posibilidad de una cooperación racional entre personas con ideas diferentes acerca de los que constituye su bien.

En todo caso, la adopción del punto de vista hobbesiano permite corregir la afirmación (de *Theory of Justice*) de que el método contractualista no nos permite decir nada acerca de la legitimidad de la propiedad privada y de la economía del mercado. Si suponemos que las personas hobbesianas, en el momento en que se levanta parcialmente el velo de la ignorancia para permitir la elección de una constitución, están pertrechadas con el conocimiento de los elementos esenciales de, por ejemplo, la teoría económica de la escuela austriaca o la teoría de la elección pública, no cabe la menor duda de que aceptarían constitucionalmente la existencia del mercado libre y por tanto alguna forma de propiedad privada. Por otro lado, la concepción hobbesiana de la persona permite incorporar de manera absolutamente natural las características de individualismo, igualitarismo y neutralidad valorativa que son rasgos definitorios del liberalismo y a la vez presupuesto de la existencia de un mercado libre.

La adopción del punto de vista hobbesiano tiene otras ventajas notables, además de permitir legitimar el mercado libre y la propiedad (LS, 186-193). No entraña, por ejemplo, proposiciones definidas acerca de la libertad y la distribución: «es un contractualismo que deja la elección de tales principios en amplia medida a la actividad política... El contractualismo indeterminado reconoce que la vida política está siempre y de manera radical subdeterminada por la teoría, y abandona la idea de que la adopción de principios políticos pueda ser, exclusiva o fundamentalmente, una cuestión de elección radical. Con ello abandona el proyecto central moderno, que es conferir un estado privilegiado al liberalismo» (LS, p. 188).

Esta limitación, por otro lado, supone la adopción de una interpretación diferente del método de la filosofía política. Frente al punto de vista de Rawls, de acuerdo con el cual la filosofía política puede tener un papel constructivo (aunque no fundamentador) con respecto a la práctica política, Gray sostiene que la función de la filosofía política puede ser crítica, e incluso subversiva, de la práctica política, sin que por ello se vea obligada a fundamentar un conjunto determinado de actividades ni una única forma de vida. El punto de vista hobbesiano nos permite cumplir esta función aunque las principales doctrinas del liberalismo (la primacía de la libertad y de la igualdad, el monismo de los valores, el progresismo) hayan sido abandonadas: «Sugiero que una visión hobbesiana de la vida política, liberada de las crudezas de la antropología y sociología de Hobbes, amputada de la incoherente metáfora del contrato social e incorporando intuiciones humanas acerca del papel de las convenciones para hacer lo que la coerción por sí sola no puede para mantener la paz, tiene muchas probabilidades de surgir como un lenguaje poderoso en la teoría post-liberal» (LS, p. 235).

Habiendo examinado con cierto detenimiento LS podemos ser más breves con su último libro, *Post-liberalism: Studies in Political Thought* (en adelante PL). Como en el caso de LS el volumen recoge una serie de artículos publicados con anterioridad; tan sólo el escrito que cierra la serie está escrito *ex professo* para la ocasión.

Los artículos aparecen agrupados en tres secciones: a) en la primera se reúnen los dedicados a pensadores individuales de la tradición liberal: Hobbes, Santayana,

Hayek, Oakeshott, Buchanan, Berlin. Como en LS los distintos estudios se integran de manera muy adecuada en la marcha general de la reflexión acerca del liberalismo; b) en la segunda se integran artículos dedicados a cuestiones teóricas y prácticas relacionadas con el marxismo y, de modo especial, con el derrumbamiento del comunismo. Aunque de notable interés por sí misma, esta segunda parte corresponde menos a nuestro propósito de seguir la evolución del pensamiento liberal de Gray; c) en la tercera se congregan tres escritos referentes de manera más clara a la teoría del liberalismo. De ellos nos proponemos comentar tan sólo el último y más extenso, *What is dead and what is living in liberalism*, cuyo título expresa su voluntad de síntesis del pensamiento de Gray en esta materia.

Desde el principio expone Gray con claridad el meollo de su tesis: ninguno de los cuatro elementos, que ya en L aparecían como constitutivos de la ideología liberal (el individualismo, el igualitarismo, el universalismo y el progresismo) han sobrevivido a la ordalía del pluralismo de los valores, y por tanto puede afirmarse que el liberalismo como filosofía o teoría política está muerto. Y sin embargo algo del liberalismo sigue vivo: la herencia histórica de una sociedad civil cuyas instituciones protegen la libertad y permiten la paz. No es que ese tipo de sociedad sea la única sociedad legítima; pero sí la más adecuada para aquellas culturas que profesan una diversidad de concepciones inconmensurables del bien (PL, p. 284).

De nuevo la argumentación de Gray gira en torno a la inconmensurabilidad de valores últimos y, por tanto, a la vana ilusión de la idea de un progreso moral. Gray no piensa que esta tesis pueda conducir al subjetivismo o relativismo morales: por un lado, porque no niega que los valores últimos sean objetivos, sino simplemente que haya entre ellos una suerte de *harmonia praestabilita*, una necesaria reconciliación última; por otro, porque no excluye —a mi entender— la posibilidad de un «contenido mínimo de la ley natural» (por utilizar la expresión de Hart) que muy bien podría tener valor transcultural. La tesis de la inconmensurabilidad de los valores últimos no tiene por qué afectar a ciertos valores que son prerequisites de cualquier convivencia pacífica (las «condiciones de paz» hobbesianas), sino más bien a los ideales sociales (tales como libertad, igualdad, bienestar, fe religiosa, etc.) que son los que en definitiva dan contenido y coherencia a los diversos códigos morales.

Vistas bajo el prisma de la doctrina de la inconmensurabilidad de los valores últimos, las notas definitorias del liberalismo clásico (individualismo, igualitarismo, universalismo, progresismo) pierden desde luego su carácter de valores últimos, de legitimadores exclusivos de la práctica política, de definidores del punto de vista moral. Pueden sin embargo ser defendidos y en cierta manera recuperados cuando se contemplan en su verdadero contexto: como presupuestos y casi diríamos rasgos definitorios de las sociedades modernas tardías (PL, p. 284). El liberalismo, por tanto, ha decaído como filosofía política que pretendiera proporcionar un criterio intemporal de legitimidad; sigue vivo, sin embargo, en la vida de una sociedad civil que recoge aquellas características, no ya como principios universales, sino como aspectos constitutivos de la vida y la actividad civiles.

La sociedad civil, en el sentido que defiende Gray, puede definirse del modo más adecuado por comparación con los estados confesionales (*Weltanschauung-states*, tales como la ciudad antigua o la Ginebra de Calvino). Ante todo, una sociedad civil es tolerante con respecto a la diversidad de los puntos de vista religiosos o políticos, y no pretende imponer una *Weltanschauung*, una visión abarcadora de la realidad, a todos los ciudadanos. En segundo lugar, en una sociedad civil tanto el gobierno como los simples ciudadanos están restringidos en su conducta por la *rule of law*: ello entraña que la sociedad civil es incompatible con un gobierno ilimitado (mientras que no lo es forzosamente con un gobierno no democrático). En tercer lugar, la sociedad civil tiene la propiedad privada como una de sus instituciones: pues la propiedad privada es un ingenio que permite a personas con valores y objetivos radicalmente discrepantes perseguirlos sin necesidad de recurrir a un procedimiento de decisión colectiva. La sociedad civil queda así caracterizada, a través de la propiedad privada, como «un artificio para asegurar la paz por medio de la reducción al mínimo de las decisiones en las que el recurso a la elección se hace necesario» (PL, p. 315).

Las cuatro notas características de la teoría liberal reaparecen así como características de la sociedad civil (PL, pp. 319-320): el individualismo en la persecución de los diferentes fines y valores; el igualitarismo en la obediencia a la misma ley; el progresismo en la capacidad de la reforma dentro de las tradiciones específicas; el universalismo en la tolerancia de las distintas visiones del mundo y de la sociedad. La sociedad civil concede así a los individuos un amplio espacio para la libertad en la distintas formas de vida y de florecimiento humano.

En conclusión, Gray señala que uno de los mayores peligros que la sociedad civil puede correr es la erosión de las prácticas tradicionales de la asociación civil por las demandas desordenadas de igualdad y de derechos, concebido todo ello de manera abstracta. La ideología liberal (especialmente tal como se encuentra en las instituciones académicas americanas) muestra hostilidad prácticamente a todos los aspectos de la sociedad civil, particularmente a la economía del mercado: «no estamos lejos del punto en que la difusión masiva de esa filosofía *hybrística* puede imponer tensiones insostenibles a las instituciones y prácticas de las que deriva ilícitamente su contenido» (PL, p. 327).

Es digno de notarse que en ese «liberalismo fundamentalista», cuya *hybris* según Gray amenaza con arruinar a la misma sociedad civil, están incluidos Rawls y Nozick (en sus primeras obras), Ackerman y Dworkin: justamente aquel tipo de pensamiento que en L. Gray parecía encontrar más adecuada para la teoría liberal. La renuncia a la posibilidad de la fundamentación parece arrastrar consigo la condena de las teorías cuyo sentido consistía en proporcionar tal fundamentación a la ideología liberal.

Podría pensarse que Gray ha ido demasiado lejos en este proceso de cambio y que ha arrojado, contra lo que aconseja el dicho inglés, el niño con el agua de la bañera. Pues ¿no son acaso la libertad y la igualdad, como expresiones sociales de la autonomía (el rasgo moral esencial), los valores supremos del orden político? ¿Y no son consecuencias necesarias de estos valores el universalismo y el progresismo (es decir, la liberación)? He aquí reconstruida *a priori* la esencia de la ideología liberal.

Debo decir que no encuentro en absoluto convincente ese tipo de argumentación. Sólo muestra la estrecha dependencia que existe entre el liberalismo fundamentalista y una teoría moral (de raíz más o menos kantiana) en la que se hace coincidir la moral con el despliegue de la autonomía, y éste con el despliegue histórico de la libertad y la igualdad políticas. Esta *ethica-cum-politica*, esta canonización de ciertos ideales políticos que se hacen coincidir transitivamente con el punto de vista moral, es ciertamente infundada. (¿Habría que recordar que una ética como la griega ha ignorado por completo el ideal de autonomía?) Probablemente no existe un punto de vista moral privilegiado, por la misma razón que no existe un *summum bonum*; y si existiera, sería de un carácter tan formal que sería posible reconciliarlo con muy diversos catálogos de virtudes y sistemas políticos.

El posliberalismo, por tanto, no es una teoría fuerte, de la que pudieran deducirse, sino las instituciones, al menos los principios por los que las instituciones sociales deberían ser informadas; es más bien una lectura, una captación del sentido que las instituciones de la sociedad civil pueden presentar a quien se dirige a ellas. El punto de vista desde el que podemos realizar una lectura inteligible es, dice Gray, el punto de vista hobbesiano. Las notas que el hobbesianismo destaca como características de la condición humana (la diversidad de opiniones sobre el bien, el conflicto siempre posible entre los diversos intereses, la necesidad de reconciliación en la igualdad ante la ley) son también, sin duda, los presupuestos de la sociedad civil liberal. Puede que sea insuficiente como teoría moral, como guía de la vida personal; pero ofrece sin duda una base, pequeña pero sólida, sobre la que pueden edificarse distintas concepciones del florecimiento humano y realizarse los compromisos políticos que constituyen la vida de la sociedad civil.

Contemplada en su desarrollo, la obra de Gray constituye una excelente introducción a los problemas que hoy afronta la reflexión política. Por su erudición, su minuciosidad, su potencia analítica y su claridad expositiva es sumamente recomendable para el lector que desee un acceso no simplificado a la filosofía política actual.

## COMUNITARISMO VERSUS LIBERALISMO. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Por MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Zaragoza

Ante el tema central propuesto para este número del *Anuario de Filosofía del Derecho* constituye necesidad de fuerza mayor apuntar los últimos avances y progresos en el debate liberalismo-comunitarismo<sup>1</sup>.

El presente artículo pretende llamar la atención sobre la riqueza e interés del mismo, remitiendo a la bibliografía más reciente.

La aparición en los dos últimos años de obras como las de Rawls<sup>2</sup>, Dworkin<sup>3</sup> y Habermas<sup>4</sup>, que prestan una indudable atención a las críticas y propuestas comunitaristas precisan de un proceso de asimilación y de reflexión serena.

---

1. Quiero dejar constancia de mi deuda con Guy Haarscher, profesor de la Universidad Libre de Bruselas, por las discusiones mantenidas sobre este debate, en mi estancia de investigación en la Academia de Teoría del Derecho de Bruselas, durante el curso académico 93/94. Agradezco también a la entidad CAI-CONAI su apoyo financiero para la realización de la misma. Entre los testimonios de primera mano debo citar la amabilidad del profesor Charles Taylor, que me brindó su tiempo para una entrevista en la Universidad de McGill (Montreal). Por último añadir mi agradecimiento a Carlos Thiebaut por poner a mi disposición por anticipado el texto de la introducción a la traducción de la obra de Taylor, *The Malaise of Modernity* y a M.<sup>a</sup> Pilar González Altable por sus comentarios a raíz de su última obra.

2. RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993; GONZÁLEZ ALTABLE, M.<sup>a</sup> P., *John Rawls. Una concepción política y liberal de la justicia*, Iria Flavia-Padrón, Ed. Novo Século, 1993.

3. DWORKIN, R., «Liberal Community», *California Law Review*, 77, 3, 1989, pp. 479-504; DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994. Título original *Life's Dominion*. 1993. Cfr. reseña en el presente *Anuario de Filosofía del Derecho*, realizada por Ana María MARCOS DEL CANO; DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, Introducción de Fernando Vallespín, Traducción Antoni Domenech, Barcelona, Ed. ICE-Paidós, 1993 Original *Foundations of Liberal Equality*, Salt Lake City, University of Utha Press, 1990; VALLESPÍN, F., Introducción a DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, o.c., pp. 9-35; DWORKIN, R., *L'aws Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Cfr. el republicanismo cívico liberal de Dworkin en el capítulo 6.

4. HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989; HABERMAS, J. «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo». En *Europa, la democracia y la izquierda*, *Debats*, n.º 39, marzo, 1992, pp. 11-18. Texto de la conferencia pronunciada por Jürgen Habermas en la

Sus planteamientos no exentos de implicaciones éticas y políticas se sumergen también en los problemas propios de la Filosofía del Derecho.

En este sentido el comunitarismo como corriente de pensamiento afecta a muchos aspectos de la vida humana. En realidad es una nueva propuesta política que atañe a la organización social, cultural, política y jurídica de cualquier comunidad humana.

El comunitarismo se presenta como una alternativa a los modelos políticos tanto marxistas como liberales. Sus críticas van dirigidas al individualismo y atomización de las sociedades postindustriales. Por eso se insiste en recuperar la idea de *comunidad*, de la *sociabilidad* como algo esencial en el desarrollo de la identidad humana. Se propugna una mayor y directa participación de todos los ciudadanos en la vida pública. La *res publica*, los asuntos públicos deben ser resueltos entre todos. Hay que participar a nivel de pequeñas asociaciones, cada uno en nuestro entorno, asociaciones de vecinos, consejos escolares etc. Es decir se propone el fomento de un nuevo *corporativismo* y un mayor asociacionismo.

Entre la literatura secundaria referente a esta polémica es forzosa una referencia a la obra de Stephen Mulhall y Adam Swift, *Liberals and Communitarians*, imprescindible para centrar las bases del debate, y evitar que los árboles nos impidan ver el bosque<sup>5</sup>. El mismo Will Kymlicka, un pensador liberal certero en la exposición de este tema<sup>6</sup>, afirma que la obra de Mulhall y Swift se define por su claridad y por la identificación de las claves de la presente polémica, distinguiendo entre lo sustancial y la retórica empleada en las partes enfrentadas.

El comunitarismo anglo-americano ha adquirido un carácter propio. Aunque en un principio surgió sin un mutuo acuerdo entre sus defensores, provenientes de distintas universidades americanas (estadounidenses —Walzer<sup>7</sup>, MacIntyre<sup>8</sup>, San-

Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Valencia el 14 de octubre de 1991; HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt M. Suhrkamp, 1992, 667 p.; HABERMAS, J., *Necesidad de revisión de la izquierda*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991; HABERMAS, J., «Tres modelos de democracia sobre el concepto de una política deliberativa». En *Europa, la democracia y la izquierda, Debats*, n.º 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., «Más humildad, menos ilusiones. Una conversación entre Jürgen Habermas y Adam Michnik», *Debats*, n.º 47, marzo, 1994, pp. 59-65; HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Ed. ICE-Paidós, 1991.

5. MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam., *Liberals & Communitarians*, Oxford UK & Cambridge USA, Blackwell, 1992. Stephen Mulhall es Reader de Filosofía en la Universidad de Essex y Fellow en All Souls College de Oxford. Adam Swift es Fellow y Tutor en Filosofía política y sociología en Balliol College, Oxford.

6. KYMLICKA, W., *Liberalism, Community and Culture*, New York, Oxford Clarendon Press, 1991, Primera edición 1989.

7. WALZER, M., *Exodus and Revolutio*, Basic Books, 1985; WALZER, M., *Interpretation and Social Criticis*, Harvard University Press, 1987; WALZER, M., «La idea de sociedad civil. Una vía hacia la reconstrucción social». *Debats*, n.º 39, 1992, pp. 30-39. 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., *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Ed. Basic Books, 1983; WALZER, M., «The Communitarian Critique of Liberalism», *Political Theory*, vol. 18, 1, 1990, pp. 6 y ss. WALZER, M., *The Company of Critics*, Basic Books, 1988; KALLSCHEUER, O., «El liberalismo comunitario de Michael Walzer. La fuerza de la oposición interna», *Debats*, n.º 39, 1992, pp. 40-45.

8. MACINTYRE, A., *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press,

del <sup>9</sup>— y canadienses), en la actualidad ha aglutinado elementos comunes con los que todos ellos se ven identificados <sup>10</sup>.

Así el propio Charles Taylor <sup>11</sup> me declaró en el transcurso de una entrevista: «En realidad el término comunitarismo es aplicable a pensadores muy diferentes como Sandel, MacIntyre o yo mismo. Considero el comunitarismo como un tipo de liberalismo entre otros. Se inserta en la tradición del pensamiento de Tocqueville, que fue un pensador liberal. Lo que nos aúna es la crítica del liberalismo estándar. Este factor hace que se considere el comunitarismo como un bloque, aunque nuestra crítica se hace desde posiciones muy diferentes, desde la izquierda y desde la derecha» <sup>12</sup>.

Mulhall y Swift sitúan las críticas del comunitarismo al liberalismo tomando como referente la filosofía política de Rawls. Consideran que fue precisamente la aparición de *A theory of Justice* el detonante de las primeras críticas antiliberales, que con el transcurrir del tiempo, se constituirían como alternativa *comunitarista*. Además este intento de presentación sintética cobra realce porque tiene en cuenta la evolución del pensamiento rawlsiano en los diferentes artículos escritos en la década de los años ochenta. Es cierto que la aparición de la última obra rawlsiana,

---

1981. Traducción española por Amelia Valcárcel, *Tras la virtud*, Barcelona, Ed. Crítica, 1988 y MACINTYRE, A., *Whose Justice? Which Rationality?* University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1988. La última obra se reseña el *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993). 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.

9. SANDEL, M., «Moral argument and Liberal Toleration: Abortion and Sexuality», *California Law Review*, 77, 3, 1989, pp. 521-538; SANDEL, M., *Liberalism and Its Critics*, Oxford, Basil Blackwell, 1984; SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; SANDEL, M., «The political Theory of the Procedural Republic», en Allan R. HUTCHISON, MONAHAN, P., eds., *The Rule of Law. Ideal or Ideology?*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 85-96; SANDEL, M., «The Procedural Republic and the Unencumbered self». *Political Theory*, 12, February 1984, pp. 81-96.

10. THIEBAUT, C., *Los límites de la comunidad. (Las críticas comunitaristas y neoaristotélicas al programa moderno)*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 221 pp.; THIEBAUT, C., «Recuperar la moral: la filosofía de C. Taylor», Introducción a *La ética de la autenticidad* de Charles Taylor, Barcelona, ICE-Paidós, 1993, 146 pp.; ELÓSEGUI, M., Reseña sobre *Los límites de la comunidad* de Carlos Thiebaut, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993, pp. 648-653.

11. TAYLOR, C., «Cross-Purposes: the Liberal-Communitarian Debate», en ROSEMBLUM, ed., *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989, pp. 159-182; TAYLOR, C., *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*. Harvard University Press. Cambridge, Mass., 1989. Hay traducción española *Orígenes del yo. La construcción de la identidad moderna*, en Barcelona, ICE-Paidós; TAYLOR, C., *La ética de la autenticidad*. Introducción Carlos Thiebaut, Barcelona, Ed. ICE-Paidós, 1993; TAYLOR, C., *The Malaise of Modernity*, Ontario, Canadá, Ed. Anansi Press, 1991, 135 pp. The Massey lectures están patrocinadas por Massey College en la Universidad de Toronto y CBC Radio (Canadian Broadcasting Corporation, Société Radio-Canada). Charles Taylor es profesor de filosofía política en la universidad de McGill de Montreal; TAYLOR, C., *Multiculturalism and the Politics of recognition*. A. GUTMANN, A., ed.. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1992. Con comentarios de Steven C. Rockefeller, Michael Walzer y Susan Wolf; TAYLOR, C., *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*. Guy LAFOREST, G., ed., Montreal & Kingston, London, Buffalo, McGill-Queen's University Press, 1993.

12. ELÓSEGUI, M., «Entrevista con Charles Taylor», *Debats*, n.º 47, marzo, 1994, pp. 40-46.

*Political Liberalism*, se produce un año más tarde. No obstante el mismo Rawls en la introducción reconoce que todos los capítulos, con excepción de uno de ellos, han sido publicados anteriormente<sup>13</sup>.

Esta observación no es vanal porque precisamente los autores de *Liberals and Communitarians* mantienen la tesis de que las críticas del comunitarismo a Rawls no han quedado eliminadas a pesar de las réplicas de éste. Si bien es admisible una evolución en el pensamiento de Rawls, la cual ha ayudado a una mayor comprensión del mismo, no es posible sin embargo observar un cambio sustancial con respecto a la perspectiva adoptada en *A Theory of Justice*<sup>14</sup>.

Sin duda, la defensa frente a sus críticos ha sido útil para que Rawls clarificara su posición en algunos puntos y para que cambiara en otros. A pesar de ello la influencia del comunitarismo ha sido mayor en Dworkin y Habermas, que se distancian cada vez más de la idea de la neutralidad y el formalismo, y se añaden al rechazo del presunto velo de ignorancia en la posición original.

Hecha la presentación de rigor, adentrémonos en los puntos que han suscitado la crítica soliviantada de los comunitaristas. Los frentes de batalla se agrupan en torno a cinco tesis:

1. La concepción de la persona. El comunitarismo rechaza la concepción de la persona que se esconde o que está en la base del planteamiento liberal. El liberalismo diferencia entre la persona y sus fines o valores o concepciones del bien. Para los comunitaristas no existe la persona, como algo separado de su concepción del bien, ya que ésta es constitutiva de la identidad personal. Se debe de reconocer que la posición original sitúa la cuestión sobre las concepciones de la persona como centro del debate teórico-político. Rawls no niega que su teoría se construye alrededor de una concepción de la persona<sup>15</sup>.

En la posición original es inevitable tener que decidir sobre qué es importante para la gente, cuáles son sus intereses, qué constituye su bienestar, etc.

Rawls opta por una concepción de la persona que implica una concepción del bien. La identificación de nuestro interés más elevado parece presuponer que somos individuos libremente capaces de formar y cambiar nuestros puntos de vista sobre cómo debemos vivir nuestras vidas.

La pregunta pertinente es si realmente podemos volver hacia atrás, retroceder hacia el origen de los valores particulares que defendemos y cambiarlos por otros nuevos, o ¿no será más bien al contrario?, que somos las personas concretas que somos debido a los valores que mantenemos.

La posición original sólo tiene en cuenta nuestra concepción sobre la justicia, pero deja de lado otras muchas cuestiones que forman parte esencial de la vida moral de las personas.

En conexión con ello se entrevé la cuestión de las distintas concepciones de la justicia que nacen de las diferencias culturales. Esa elección del valor más elevado a defender está condicionado por la cultura. No cabe tampoco una concepción de la libertad que llevara a elegir una concepción del bien.

La prioridad asignada en el liberalismo a la libertad individual, quizá sea coherente, pero indeseable porque, infundamentadamente, enfatiza un aspecto de la

13. RAWLS, J., *Political Liberalism*, o.c., Introducción.

14. Entre los estudios de Rawls realizados en ámbito español, cfr. el más reciente de M.<sup>a</sup> Pilar González Altable. Esta obra es también anterior a la publicación de *Political Liberalism*.

15. Disiento en este punto de la interpretación de M.<sup>a</sup> Pilar González Altable, para quien Rawls no necesita y no pretende elaborar una teoría de la persona, ya que su fin es hacer una teoría política y no metafísica. Aunque ésa fuera su pretensión es inevitable que la teoría política remita a la antropología, bien elaborada por el mismo Rawls o bien tomada de otras fuentes, como por ejemplo la kantiana. No se puede construir una teoría ética y política suspendida en el aire.



vida moral a costa de ser negligente con otros. En definitiva, el yo presupuesto por Rawls es un yo racional, al modo kantiano <sup>16</sup>.

2. En segundo lugar, los comunitaristas denuncian el individualismo asocial, presente en el liberalismo. La cuestión que surge aquí es si Rawls ofrece o no una teoría de la sociedad.

El liberalismo malentiende la relación entre el individuo y la sociedad o comunidad en la que éste se inserta. Todavía más ignora hasta qué punto es la propia sociedad, en la que se halla inmerso el individuo, la que modela lo que él es y los valores que posee.

La concepción liberal parte de la hipótesis del contrato social entre individuos. El individualismo propugnado por Rawls intenta evitar que la mayoría utilice a los demás como medios para sus fines, es decir rechaza el utilitarismo. Pero, a pesar de ello, para los comunitaristas en este planteamiento de Rawls se presupone un individualismo asocial.

En primer lugar porque desde un punto de vista socio-filosófico el autoconocimiento y las concepciones del bien derivan de la propia matriz social. Es decir, no se puede aislar la elección de una concepción de la justicia del proceso de socialización. No es posible desvincular la identidad personal de la identidad social. El descubrimiento de la primera está inexorablemente unida a los orígenes necesariamente comunales y sociales.

En segundo lugar, el liberal ve la sociedad sólo como una aventura cooperativa para el logro del beneficio individual, como una asociación esencialmente privada formada por individuos cuyos intereses se definen con independencia de la comunidad de la cual son miembros. En definitiva, se desvincula la ética de la política. Se excluyen concepciones del bien que están fuertemente vinculadas a la comunidad. En último caso, se atiende a los bienes individuales, pero no a los bienes sociales, como algo que debería estar presente en ese momento en el que se elige unos criterios de justicia. El liberal no tiene en cuenta que parte de nuestra propia identidad se forma en nuestras relaciones con los otros, de ahí que en la posición original se pretende una uniformidad utópica, y se excluyen las diferencias, esenciales para respetar la existencia de una pluralidad de comunidades.

Esta visión del comunitarismo es lo que Rawls ha denominado *concepciones o doctrinas comprensivas*, globales de la moral y de la política <sup>17</sup>. Dworkin ha acuñado un nuevo término, *éticas de impacto* frente a *la ética del desafío*, que es la que él propugna <sup>18</sup>.

Los liberales pretenden que las distintas concepciones del bien no influyan en la comunidad política, mientras que para los comunitaristas algunas *concepciones sustantivas* suponen que *la vida buena* para los seres humanos incluye *la participación en la vida política*, hasta el punto de que el contenido del bienestar individual es inherentemente comunal y comunal al nivel de la sociedad política, y no sólo en la esfera privada.

El liberal concibe que en las relaciones entre el individuo y el Estado no es imprescindible la participación activa en la vida política, mientras que para el comunitarista ello es esencial. La esencia política del ser humano no es una cuestión de libre elección, sino que entra en la esfera de las obligaciones más que en la de un derecho que puede ser ejercido o no.

El liberalismo desgaja unos intereses considerados presociales, de la condición de ser miembro de una sociedad.

16. GONZÁLEZ ALTABLE, M.<sup>a</sup> P., o.c., p. 196. MATSUDA, M., «La jurisprudencia liberal y visiones abstractas de la naturaleza humana. Una crítica feminista a la teoría de la justicia de Rawls», en DURÁN, P., ed., *Debates sobre el género*, Castellón, Ayuntamiento de Castellón, Traducción María Elósegui, pp. 119-137.

17. GONZÁLEZ ALTABLE, M.<sup>a</sup> P., o.c., p. 195.

18. DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, o.c.

Pero según Mulhall y Swift, no está claro que el énfasis de los liberales en las libertades individuales sea negligente con el significado de la matriz social que los comunitaristas subrayan.

Rawls ha respondido con su teoría del *overlapping consensus*, consenso por solapamiento, en la que se enfrenta con los problemas derivados de los fines y valores sociales; «los valores de la comunidad no son solamente esenciales sino también realizables, primero en las distintas asociaciones que desarrollan su vida dentro del armazón de la estructura básica, y segundo, en aquellas asociaciones que trascienden los límites del Estado-nación, como iglesias, sociedades científicas... El liberalismo rechaza el Estado como comunidad porque, entre otras cosas, ello conduce a una negación sistemática de las libertades básicas y a un uso opresivo del monopolio de la fuerza (legal) del Estado. Añadiré que en la sociedad bien ordenada de justicia como equidad los ciudadanos comparten una idea común, y una que tiene una alta prioridad: A saber, la intención de la justicia política, esto es, la intención de asegurar que las instituciones políticas y sociales sean justas (...) como aquello que los ciudadanos necesitan para sí mismos y desean para los otros. No es verdad, entonces, que en una visión liberal los ciudadanos no tengan unas intenciones comunes fundamentales. (...). Pero esta intención común de una justicia política no debe ser erróneamente entendida como una concepción del bien»<sup>19</sup>.

3. Multiculturalismo *versus* universalismo. ¿Es aplicable la teoría de la justicia de Rawls a todas las sociedades, en todos los lugares y en todos los tiempos?, o ¿es más bien un modelo para una sociedad dada?

Los comunitaristas critican la pretendida universalidad del liberalismo y presentan como alternativa una propuesta multiculturalista, especialmente Charles Taylor. El liberalismo no atiende al hecho de que diferentes culturas incluyen diferentes valores y diferentes formas sociales e instituciones, y que todo ello implica unas consecuencias que deben reflejarse en la teoría política.

Por tanto, la abstracción presente en la posición original es utópica. Rawls no ha tenido en cuenta la importancia *moral* de las diferentes culturas, que afectan esencialmente a la propia concepción de la justicia. Para Michael Walzer y Charles Taylor la particularidad cultural es central en la comprensión de cómo una comunidad decida organizar su vida política.

En este sentido el comunitarismo parece un mayor defensor del relativismo moral y cultural. La razón estriba en su insistencia en la importancia de la tradición y las costumbres y en la configuración de los valores morales. Sin embargo, a la vez son los propios comunitaristas quienes califican a los liberales de relativistas. A mi juicio, este dilema y esta contradicción es difícil de superar, tanto en uno como en otro planteamiento.

De hecho, Rawls ha intentado responder a las críticas comunitaristas negando que su teoría pretenda ser universal y queriendo asimilar las culturas específicas. Aparentemente la abstracción de la teoría de Rawls parece implicar una universalidad que desprecia el contexto cultural. Pero Mulhall y Swift plantean un posible camino de solución a este dilema rawlsiano: «Por una parte existe una abstracción en relación con las posiciones sociales particulares y las concepciones particulares sobre el bien, y la teoría de Rawls implica necesariamente esto. Pero no implica necesariamente un segundo tipo de abstracción, la de separar a la gente de sus tradiciones culturales o prácticas sociales. Podría ser no sólo que la teoría de Rawls no implique este segundo tipo de abstracción, sino también que sea precisamente ésta la razón por la que implica el primer tipo de abstracción. Si es nuestra particular comprensión cultural la que identifica los intereses más elevados de la gente de un modo que nos exige abstraer a partir de las concepciones particulares del bien, entonces el liberalismo de Rawls difícilmente puede ser acusado de desatender la particularidad cultural»<sup>20</sup>.

19. GONZÁLEZ ALTABLE, M.<sup>a</sup> P., o.c., p. 180. RAWLS, J., «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1, 1987, pp. 1-25.

Cfr. capítulo dedicado a Rawls en MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam.

20. MULHALL, S., & SWIFT, A., p. 21.

En otras palabras, si nuestra propia cultura incluye el universalismo, entonces Rawls no puede ser acusado de desatender las particularidades culturales.

Algunos liberales no se identifican con el último Rawls e insisten en el universalismo como algo que es verdadero para todos con independencia de la identidad y valores culturales.

Queda claro que una idea fundamental para el comunitarismo es la defensa de la cultura particular de cada grupo social o étnico. Cada persona está enraizada en sus orígenes, en su tradición, en su pasado, en su lengua y en los valores del grupo. Taylor en su última obra, *El multiculturalismo. La política del reconocimiento*, aboga por una defensa de la identidad de las distintas culturas, que no deben desaparecer en la uniformidad propia de las sociedades modernas. Aun admitiendo la mezcla que producen los fenómenos de inmigración, Taylor reclama el derecho a la *diferencia* de cada grupo cultural. Hasta ahora ha sido positivo el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos y de la igualdad de todos los hombres. Pero ahora junto a eso es necesario atender a las diferencias, si queremos evitar que algunas culturas desaparezcan absorbidas por los grupos mayoritarios. Esto justifica incluso que determinadas legislaciones se propongan como objetivo el mantenimiento de determinadas lenguas y modos de vida. El ejemplo cercano que Taylor describe es el de la comunidad francófona de Quebec y los aborígenes canadienses, que a diferencia de lo que ha ocurrido en Estados Unidos, todavía mantienen sus leyes y costumbres.

Ése es uno de los motivos, entre otros, por los que Taylor afirma que las leyes no son neutrales, sino que cada grupo tiene derecho a elegir sus propias metas y sus propios valores y que éstos sean avalados también por la legislación sin dejarlos a la mera elección individual. Cada individuo debe identificarse en algunos aspectos con la comunidad a la que pertenece porque su esencia es sociable. Es decir, el comunitarismo como el antiguo republicanismo, preconiza una mayor relación entre la esfera privada y la esfera pública. Así la ética individual repercutirá en el bien común y en el bienestar del grupo. Muchas conductas trascienden el ámbito privado e inciden en lo público. También se destaca la importancia de las virtudes públicas o del civismo, tanto por parte de cada ciudadano como por los profesionales de la política.

Taylor describe dos tipos de liberalismo; el primer tipo de liberalismo («Liberalismo 1») persigue la defensa de los derechos individuales, lo cual implica la necesidad de un Estado rigurosamente neutral, es decir, un Estado sin proyectos culturales o religiosos o, finalmente, sin ningún tipo de fines colectivos, más allá de la libertad personal y la seguridad física, bienestar, y salvaguardia de sus ciudadanos. El segundo liberalismo («Liberalismo 2») permite que el Estado se comprometa en la sobrevivencia (survival) y mejora de una nación, cultura o religión particular, o un conjunto limitado de naciones, culturas y religiones, en la medida en que los derechos básicos de los ciudadanos, que tienen diferentes compromisos o que ni siquiera los tienen, estén todos ellos protegidos<sup>21</sup>.

Taylor se inclina por el segundo tipo de liberalismo. Aunque no lo diga expresamente en este ensayo *The Multiculturalism. The Politics of «Recognition»*, sí lo expresa con claridad en otro escrito, «Shared and Divergent values», sobre el federalismo canadiense, recogido en un libro titulado *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*.

El apoyar el segundo tipo de liberalismo, en determinadas ocasiones, no impide defender a su vez la universalidad de los derechos para todos. Como comenta Walzer, para Taylor el Liberalismo 2 sobrepesa la importancia de ciertas formas de tratamiento uniformes (siguiendo una teoría fuerte de los derechos) contra la importancia de la sobrevivencia de una cultura, y opta a veces en favor de esta última. Pero otras veces puede optar en favor del Liberalismo 1, porque el Liberalismo 2 es opcional y una de sus opciones es optar por el Liberalismo 1.

---

21. P. 99.

En el caso de Quebec, el gobierno opta por el Liberalismo 2 cuando reconoce su peculiaridad cultural y actúa legalmente en favor de la preservación de la cultura francesa o la cultura aborigen. Muchos gobiernos europeos se interesan por la sobrevivencia cultural de la nación y sus políticas referentes al lenguaje, historia, literatura no son neutrales. A su vez son liberales, según el Liberalismo tipo 1, porque toleran y respetan las diferencias religiosas y étnicas, otorgando a las minorías una libertad similar para organizarse como tales, expresando sus valores culturales y eligiendo su modo de vida en la sociedad civil y en sus familias.

La política del reconocimiento supone la lucha por nuestra identidad, que está estrechamente unida a nuestra cultura, porque la identidad se forja dialógicamente en conexión con los otros, depende por tanto de la sociedad<sup>22</sup>.

Taylor atribuye al liberalismo el cambio de énfasis, del honor a la dignidad entendida como una política del universalismo, que al insistir en la igualdad de todos los ciudadanos ha uniformizado los derechos, olvidando *el derecho a las diferencias*. En la actualidad es necesario reconocer unas veces la igualdad de derechos, pero otras se requiere insistir en una identidad peculiar. Ello justifica incluir como característica de la identidad del individuo, su identidad cultural. El «Liberalismo 1» no es capaz de apreciar las distintas culturas particulares, está ciego ante las diferencias.

Taylor ataca la idea de Dworkin expuesta en un antiguo artículo, según la cual una sociedad liberal es aquella que se niega a adoptar una punto de vista sustantivo sobre los fines vitales<sup>23</sup>.

La conclusión es que nuestras sociedades son cada vez más heterogéneas y que el Estado debe enfrentarse al fenómeno del multiculturalismo, pero no por la vía de la uniformización, sino por la de legislar de acuerdo con las diferencias.

Por supuesto que las tesis de Taylor han recibido numerosas réplicas, entre las que destacan las objeciones hechas por Jürgen Habermas<sup>24</sup>.

Habermas al plantearse la unión europea parece fijarse más en el modelo estadounidense, mientras que Taylor da a entender que un federalismo al estilo canadiense justificaría mejor la integración europea de las minorías étnicas y de los países de la Europa oriental.

Habermas ha criticado la postura de Taylor, entre otras cosas por su definición del patriotismo, tal y como se presenta en su artículo «The Liberal Communitarian Debate»<sup>25</sup>, como una identificación común con una comunidad históricamente fun-

22. TAYLOR, C., o.c., p. 32.

23. DWORKIN, R., «Liberalism», en Stuart HAMPSHIRE, ed., *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

Taylor remite en varias ocasiones al artículo de Sandel, ya reseñado, en *Multiculturalism*, p. 58, y en *Reconciling the Solitudes*, p. 114.

24. THIEBAUT, C., «Democracia y diferencia: un aspecto del debate sobre el multiculturalismo», Conferencia, inédita, próxima publicación en Minnesota university Press, será incluida en la versión inglesa de *Los límites de la comunidad*. Allí Thiebaut comenta y analiza críticamente los siguientes artículos; HABERMAS, J., «Struggles for Recognition in Constitutional States», *European Journal of Philosophy*, 1, 2, August, 1993, pp. 128-155; MCCARTHY, Th., «Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions», *Mimeo*, 1994; RAWLS, J. «The Law of Peoples», en SHUTE and S. HURLEY, S., eds., *On Human Rights*, N. York, Basic Books, pp. 41-82.

Para la última obra de Habermas confróntese la reseña de GALINDO AYUDA, F., en este mismo *Anuario de Filosofía del Derecho* y la de GARCÍA AMADO, J. A., «La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», *Doxa*, n.º 13 (1993), pp. 235-258.

25. TAYLOR, C., «Cross-Purposes: the Liberal-Communitarian Debate», en *Liberalism and the Moral Life*, o.c., pp. 159-183.

dada sobre algunos valores. Para Habermas una cultura política no tiene que estar basada en un origen étnico, lingüístico y cultural, común entre los ciudadanos <sup>26</sup>.

Taylor ha respondido a este desafío de Habermas con la siguiente tesis; «una sociedad libre no puede existir sin patriotismo, a no ser que quiera ser un imperio como lo fue el austro-húngaro. En una sociedad democrática moderna no es posible desinteresarse por el propio país. Las comunidades democráticas exigen una participación deliberativa. Ciertamente, el patriotismo puede degenerar y convertirse en algo negativo, abandonando su carácter virtuoso. Sin embargo, no estoy de acuerdo con esa caracterización del patriotismo que hace Habermas, ya que es abstracta y no refleja la realidad. La Constitución en sí, no es algo capaz de obligarnos a comprometernos en la vida política. Necesitamos algo más fuerte por lo que sentimos obligados y atraídos, y que nos exija comprometernos por un ideal. No es suficiente seguir unas reglas generales, debemos comprometernos en asuntos concretos, particulares. Por otra parte, como respuesta a la crítica de Habermas, diré que hay una dimensión del patriotismo que no tiene que estar necesariamente conectado a la raza, sino a la historia, una historia abierta. En Quebec por ejemplo ha habido una evolución, una mayor apertura. Antes se tenía más en cuenta el origen étnico, ahora asistimos a una evolución que ha convertido a Quebec en una sociedad más abierta» <sup>27</sup>.

A pesar de las justificaciones de Taylor, ello no impide sugerir que, a mi juicio, algunas de las premisas del comunitarismo necesitarían ser equilibradas con una dosis de universalismo y cosmopolitismo. Los sentimientos de pertenencia al grupo serán positivos si se ven compensados con una dosis de racionalismo, lo contrario podría desembocar en un partidismo parcialista, que sólo vea como positivo lo del propio grupo y no sepa reconocer los valores de las demás culturas, o vea a los otros como enemigos en potencia.

El comunitarismo debe completarse con una política de *inclusión*, es decir, que el esfuerzo por salvaguardar la propia cultura, la propia lengua, no lleve a despreciar al que no pertenece al grupo, al *outsider*, a quien desde fuera hace un esfuerzo por integrarse en esa comunidad, habida cuenta de que nadie ha elegido el grupo cultural al que pertenece, le ha venido dado.

A la defensa que el comunitarismo hace del patriotismo como virtud, hay que añadirle una ración de universalismo, que lleve a valorar la dignidad de cada persona por encima de las diferencias y por lo que vale en sí misma, reconociendo además que el intercambio cultural más allá de la propia comunidad contribuye al enriquecimiento de todos.

A la aceptación de la tradición y de los valores del grupo le falta el ingrediente de una dosis de criticismo, porque no todo lo heredado es por serlo positivo. Es decir, el anclarse en el pasado y no atender a la evolución histórica y al progreso, conduce a un conservadurismo absurdo. El favorecer sólo a los del propio grupo desemboca en la corrupción y en la injusticia. Si esto se agudizara hasta podría degenerar en los racismos y xenofobias desencadenados en Europa, que todos lamentamos y que ha sido denunciados en un informe de la Comisión Europea, *informe Ford* <sup>28</sup>.

Sería desable que se cumplieran los pronósticos hechos por el propio Taylor que veía que la Comunidad Europea era un buen foro de integración de las pequeñas comunidades, en las que se podía hacer compatible el particularismo multicultural con el universalismo cosmopolita <sup>29</sup>.

---

26. HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo», *Debats*, o.c., pp. 17-18.

27. ELÓSEGUI, M., «Entrevista con Charles Taylor», *Debats*, n.º 47, marzo 1994, p. 45.

28. *Informe Ford, Comisión de Investigación del racismo y la xenofobia. Luxemburgo. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991, Ponente: Mr. Ford.*

29. ELÓSEGUI, M., «Entrevista con Charles Taylor», o.c., p. 43.

#### 4. El subjetivismo u objetivismo.

La posición original representa un modelo en el que se prioriza o se sitúa como máximo interés para las personas su capacidad de decidir libremente, perseguir racionalmente y fundar personalmente su propia concepción del bien.

Por ello el comunitarismo se cuestiona si esta hipótesis no responde de hecho a una determinada concepción sobre las creencias y valores morales. La sospecha es que el énfasis en que es el individuo el que debe elegir su propio plan de vida significa que para los liberales esas elecciones son arbitrarias y expresiones de las preferencias personales.

Esa es la conclusión a la que llegan los comunitaristas. Contra ello algunos liberales, como por ejemplo Joseph Raz, defienden como compatible el ser liberal y la tesis de que los juicios sobre valores sean objetivos.

De todos modos el liberalismo no implica necesariamente una ética subjetiva, algunos pueden defender una ética objetiva, junto con la necesidad de la tolerancia, es decir, respetar las distintas posturas y fomentar que los individuos descubran libremente esos valores, sin necesidad de que el Estado los imponga.

Ciertamente hay motivos para pensar que en muchos casos el liberalismo y el subjetivismo moral o el escepticismo concurren. Si ningún modo de vida es mejor que otro, si las elecciones de las personas son expresiones de las preferencias, sin ninguna justificación racional de sus valores, reduciéndolos a una cuestión de gustos subjetivos, entonces el Estado se limitará a respetar las elecciones de los individuos y no estaría justificado que promoviera un tipo de vida más que otros. Una vida dedicada a alcanzar la belleza y la verdad estaría en igualdad de condiciones o equiparada a una vida empleada jugando a videojuegos. En este caso el resultado de cualquier elección, siempre que sea libre, se juzgaría en pie de igualdad. Detrás se esconde cierta vaga y escéptica creencia de que todas las elecciones son igual de buenas porque tampoco hay un criterio racional para juzgarlas. Este sería, por ejemplo, el emotivismo propio de nuestra cultura liberal, denunciado y analizado por Alasdair MacIntyre.

El liberal subjetivista cae en sus propias redes y se enfrenta con el problema de justificar racionalmente su propio liberalismo y la necesidad de apoyar un Estado liberal. Es posible escapar de esa crítica diferenciando entre los juicios sobre cómo la gente debe vivir su vida, que son subjetivos, y los juicios sobre cómo las personas deben ser tratadas entre ellas mismas y por el Estado, que son objetivos. El liberal puede exigir objetividad sobre qué tipo de Estado quiere y mantener al mismo tiempo la subjetividad en la moral privada.

De ahí que algunos liberales, como Joseph Raz, aboguen por una distinción según la cual los juicios sobre cómo uno debe vivir su vida son objetivos, sin que ello autorice al Estado a imponerlos, aunque sí justifique por ejemplo que subvencione más determinadas manifestaciones culturales, como la ópera y no el rock duro. Eso permite afirmar que algunas formas de vida son mejores que otras y reconocen la importancia de fomentar determinadas condiciones sociales que faciliten llevar mejores vidas, pero eso no permite la imposición de tales vidas desde el Estado, tan sólo posibilitarlas en un clima de libertad liberal. La razón es que el liberalismo no admite que exista un modo de vida que sea uniformemente el mejor para todos. Incluso a cada persona se le presentan delante una pluralidad de modos de vida, todos ellos dignos e incompatibles entre sí. El valor objetivo que los liberales quieren defender es que cada individuo elija por sí mismo. Del hecho de que mis elecciones puedan ser erróneas no se desprende que el Estado esté autorizado a imponerme una vida mejor contra mi decisión<sup>30</sup>.

A pesar de que la crítica del comunitarismo contra el subjetivismo liberal se recrudece, tampoco el liberalismo objetivista se salva de ella, ya que éste no contempla la posibilidad de que el Estado intervenga, en el caso de que una comunidad se haya propuesto unos fines comunes, cuyo logro requiere una determinada con-

---

30. DÍAZ PINTOS, G., *Autonomía y paternalismo*, Albacete, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 1993.

figuración legislativa. No es que el Estado asuma un papel intervencionista, sino que es la propia comunidad la que exige que se tengan en cuenta su elección de valores también en la vida pública y no sólo en la esfera privada.

Todo ello conecta con el punto siguiente. Para los liberales, el Estado debe ser neutral con respecto a los valores morales, secular y laico, sin tomar parte ideológica, simplemente garantizando la libertad de expresión. Así para Rawls todos los valores compiten en pie de igualdad, mientras que para Sandel podría haber unos valores más valiosos que otros. La política, el Estado debería fomentar esos valores, promover la virtud a través de la educación y excluir los que sean peores.

##### 5. El antiperfeccionismo y la neutralidad.

El modo en el que el comunitarismo y el liberalismo se enfrentan ante el hecho del pluralismo, que ambos reconocen, es diametralmente opuesto. En el caso rawlsiano, en la esfera pública se deben encontrar criterios unitarios y reservar a la esfera privada la práctica de las distintas concepciones de la moral. En el caso de los comunitaristas, esto es una ficción irrealizable desde el momento en que determinadas visiones morales incluyen como parte de esa ética una visión global del individuo, en el que no se puede escindir sus actuaciones y elecciones públicas de sus concepciones éticas. Ello ataca directamente el principio liberal de una pretendida neutralidad del Estado y de las leyes.

En el fondo y en la forma, Rawls pretende establecer una justicia meramente procedimental o formal que no haga alusión a los contenidos o a los resultados que se deriven del proceso democrático, con tal de que se respeten los dos principios de justicia.

Los comunitaristas consideran que ello es insuficiente ya que es inevitable hacer referencia a una moral sustantiva que impregna también en buena medida la esfera política.

Sandel pone en entredicho que en el sistema de Rawls sea posible una sociedad unitaria con unos fines comunes, sin unos valores preferentes. Así habría algunas concepciones del bien que desaparecerían porque por ejemplo son más costosas económicamente (el arte, la pintura, el patrimonio artístico, la ópera, la literatura, idiomas minoritarios). La civilización no cabe en un Estado neutro porque la cultura está subvencionada por el Estado. Si se desea preservar la ópera todos contribuyen con los impuestos de todos, aunque la mayoría prefirieran asistir a espectáculos de rock duro.

El perfeccionismo aristotélico considera que el Estado debe inculcar la virtud o por lo menos unos valores racionales; una vida buena racional, por tanto la concepción formal de la justicia no es suficiente. Rawls defiende una concepción deontológica de la justicia identificada con lo correcto, *right, en la que se prioriza lo correcto sobre lo bueno*. Los comunitaristas apuestan por una concepción teleológica o finalista de la justicia, basada en la búsqueda del bien, *good*.

En el primer principio cabe una posición objetiva, pero tolerante, que quiere en todo caso convencer pero racionalmente, sin imposiciones. Un liberal podría tener una concepción objetiva de la ética, respetando a su vez el principio de autonomía. Pero no es éste el punto de vista de Rawls ya que prescinde de los resultados.

Sandel critica a Rawls su incoherencia, porque la posición original implica un normativismo sustantivo que incluye los principios o valores de igualdad y libertad. Y en realidad el admitir como primer valor el de la autonomía de la voluntad, significa que el liberalismo no es neutral, porque presupone un yo kantiano.

Por otra parte, al priorizar la libertad y la autonomía como primer valor parece que se prescinde de los resultados o del contenido que en el desarrollo de esas capacidades se atribuya a las decisiones políticas. Rawls debería demostrar que esto es así y no darlo por supuesto.

El comunitarismo contrapone como valor la heteronomía, la dependencia del individuo con respecto a su grupo social. Ello le impone unos deberes que condicionan la vida política, cuyos horizontes no terminan en un mero respeto de unos por otros, o en los dos principios de la justicia rawlsianos, sino que van más allá.

En cuanto a las repercusiones que esta discusión alcanza en la práctica política y judicial, Sandel nos ofrece una maestra síntesis en su artículo *The Political Theory of the Procedural Republic*. En otros términos, la pugna enfrenta a las teorías liberales basadas en los derechos, en ocasiones llamados *rights foundationalist*, y los comunitaristas, cuya teoría retoma el *Republicanism cívico*. Para no caer en equívocos, precisemos que es precisamente a la teoría liberal a la que Sandel califica de Republicanismo procedimental (que equivaldría en términos más actuales para nosotros a la democracia formal o procedimental) como contrapuesto al republicanismo cívico defendido por los comunitaristas, que se aproxima a la democracia sustantiva.

Los liberales afirman que el Estado no debe imponer a sus ciudadanos un tipo de vida preferente, sino que debe dejarles lo más libres que sea posible para que elijan sus propios valores y fines, compatible con la misma libertad para los otros. Así los liberales distinguen entre *permitir* y *alabar*. Por ejemplo, que el Estado permita la pornografía no significa que la fomente. Los conservadores a veces no entienden esta distinción y creen que el permitir una situación es equivalente a estar de acuerdo con ella, cuando los liberales contraatacan afirmando que a ellos tampoco les gusta la pornografía, pero que es necesario el valor de la tolerancia, la libertad de elección, o incluso respetar los procesos correctos. El hecho es que los liberales priorizan la tolerancia y la libertad de elección por encima de cualquier otro valor. La respuesta se basa en la defensa de cierto relativismo o subjetivismo moral, que impediría legislar la moralidad. Para ellos no habría un criterio para distinguir qué es buena literatura y qué es basura. El problema sobre todo consistiría en quién está autorizado a decidirlo. Según Sandel los liberales caen aquí en una contradicción *in terminis*, ya que la elección de los valores de tolerancia, libertad y justicia supone un juicio de valor, que ellos se han considerado capacitados a realizar, pretendiendo que no es algo meramente subjetivo, para lo que abandonan el relativismo inicial. Por la misma razón otros se creen capaces de emitir un juicio sobre qué es buena literatura y cuál no.

Las principales bases morales del planteamiento liberal se remontan al utilitarismo de John Stuart Mill o al formalismo kantiano.

No sólo para Sandel, sino también para Dworkin y Rawls el utilitarismo ofrece una fundamentación inadecuada de los principios liberales<sup>31</sup>. De ahí que el kantismo ofrezca una base más sólida para defender la autonomía y dignidad de cada individuo, que posibilita una defensa de los derechos individuales.

La crítica kantiana del empirismo y del utilitarismo es retomada hoy por los liberales en favor de una ética que tome los derechos más en serio, parafraseando el ya tan manido título dworkiano, *taking rights seriously*. Según su opinión ciertos derechos son tan fundamentales que no pueden ser refutados apelando al bienestar general. Estos derechos no deben ser sometidos al pacto, al consenso, al cálculo de los intereses sociales o a la negociación política.

En resumen los liberales kantianos hablan de los derechos, sin priorizar ninguna concepción particular del bien, de manera que no se presuponga que un tipo de vida es superior a otro. Esto se lleva a cabo buscando una justificación neutral sobre los fines. Obviamente Sandel plantea sus dudas sobre cómo alcanzar este equilibrio malabar entre la afirmación de ciertas libertades y derechos como fundamentales y al mismo tiempo evitar cualquier toma de posición sobre la vida buena o sin que unos fines prevalezcan sobre otros. La conclusión es que afirmar los principios liberales, rechazando cualquier fin particular conduce nuevamente al relativismo ético.

Ése es el origen de la distinción entre *the right* y *the good*, entre una base de derechos básicos y las concepciones del bien que la gente elige dentro de esa es-

---

31. Nos llevaría muy lejos justificar aquí este punto. En todo caso como el propósito del presente artículo es mostrar las diferencias entre comunitaristas y los principales liberales, el rechazo del utilitarismo es más un punto en común, que una diferencia.



estructura formal. Por ejemplo es diferente afirmar la libertad de expresión como un derecho, a afirmar que una vida de discusión política es inherentemente más digna que una vida interesada y relacionada con los asuntos públicos.

La neutralidad del Estado no es siempre posible. A la hora de legislar no es lo mismo admitir la monogamia que la poligamia o legalizar sólo las relaciones heterosexuales o las homosexuales. El Estado no puede evitar hacer juicios sobre las distintas formas de vida. Aunque declaremos que debe ser neutral, en la práctica eso es imposible, y en ocasiones ni siquiera es deseable. Por otra parte, determinadas comunidades desean que sus opciones culturales estén protegidas por la legislación; ése es el caso de las comunidades bilingües o la salvaguardia de culturas minoritarias o en peligro de extinción. La conclusión comunitarista será que es más coherente reconocer estos hechos y actuar de acuerdo con sus implicaciones.

La posición de Dworkin es más difícil de situar, ya que aunque es un liberal *rights foundationalist*, defiende una democracia sustantiva, es decir no basta respetar el proceso democrático, también está atento a los contenidos atribuidos a los derechos. La diferencia está en el sistema como según los comunitaristas y según Dworkin hay que dotar de contenido a los derechos.

En este contexto resulta enormemente ilustrativo la obra de Dworkin *Foundations of Liberal Equality*, recientemente traducida al español. Ya desde su obra *Law's Empire* y su artículo en 1989, Dworkin ha ido perfeccionando sus conceptos de *comunidad liberal y de integridad*, que en mi opinión han sido elaborados en discusión con los comunitaristas.

En esta obra el mismo Dworkin reconoce su propia evolución y un distanciamiento interesante con respecto a la radical neutralidad del Estado, defendida por ejemplo en *A Matter of Principle*.

También en Dworkin existe cierta concepción del bien, y los ideales de libertad e igualdad. Aunque más cercano al comunitarismo en la relación entre la ética y la moral y en la crítica del principio de neutralidad de Rawls, su concepto de integración es para los comunitaristas insuficiente. Para comprobarlo es muy significativa la discusión con Sandel a raíz de la sentencia *Bowers versus Hardwick* relativa a la homosexualidad<sup>32</sup>.

Por otra parte, también Habermas ha tenido en cuenta algunas de las propuestas comunitaristas que discute en su último libro. Se acerca al comunitarismo al reconocer la identidad del individuo como algo situado, la tradición, la historia y el derecho a la nacionalidad.

Sin embargo vuelve a la defensa de una democracia procedimental, basada en la comunicación y en el diálogo. Es evidente en esta obra la influencia de los últimos debates, que están teniendo lugar en ámbito angloamericano, con un intento de sintetizar el paradigma liberal o procedimental con el paradigma del republicanismo cívico. Es imposible hacer referencia ahora a esta discusión, por otra parte bastante desconocida en Europa<sup>33</sup>.

Ha quedado apuntado también como las ideas comunitaristas se reflejan en los últimos artículos de Rawls, en su teoría del bien y en su concepto de las virtudes públicas, a pesar de que sigue manteniendo un planteamiento formalista.

32. DWORKIN, R., «Liberal Community», o.c., y SANDEL, M., «Moral argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality», o.c.

33. Sus raíces se remontan a la Ilustración. Para la interpretación de esos dos paradigmas y su origen ilustrado sirva de orientación la reseña que se incluye en este *Anuario de Filosofía del Derecho* sobre el libro de CANEL, M.<sup>a</sup> J., *La opinión pública en la Ilustración escocesa*, Pamplona, EUNSA, 1993, y ELÓSEGUI, M., «El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume y la Ilustración escocesa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pp. 431-453; MICHELMAN, F., «Law's Republic», *The Yale Law Journal*, vol. 97, Number 8, July (1988), pp. 1493-1597.

Para finalizar, señalar que en alguno de los autores comunitaristas se produce, entre otras, la siguiente paradoja; mientras que el comunitarismo denuncia al liberalismo porque su formalismo conduce en definitiva al relativismo ético, ante el binomio universalismo-multiculturalismo da la impresión de que es el propio comunitarismo quien se ve envuelto en las mismas redes, por un camino diferente.

Algunos de los problemas serios, que se reflejan en la entrevista con Taylor, son ciertas ambigüedades que dejan en el aire cuál es el lugar para el universalismo en el comunitarismo. Un yo tan situado y dependiente del contexto social, resulta manipulable si no posee un criterio externo de crítica de la sociedad dada en la que le ha tocado vivir.

La superación del subjetivismo queda inmersa o puede quedar inmersa en algunos comunitaristas en un historicismo, aunque tampoco esto es una sorpresa si atendemos a la formación hegeliana de Taylor.

En la discusión del universalismo frente al relativismo ético, no es exacto identificar el comunitarismo y el liberalismo con una de ellas de un modo global. En una versión que es de contraposición entre el universalismo y el multiculturalismo, atribuiríamos al liberalismo la idea de universalidad y al comunitarismo cierto relativismo cultural. En contraste con lo dicho los términos se invierten si nos referimos a la fundamentación ética; el comunitarismo tiende a una fundamentación objetiva de la ética, que permitiría la universalidad de unos derechos sustantivos y la objetividad del bien, mientras que el formalismo ético del liberalismo, recurre al consenso para determinar el contenido de los valores, incurriendo en un tipo de relativismo ético. ¿Es alguno de ellos coherente? Cierta defensa de la neutralidad por parte de algunos liberales conduciría al relativismo ético, ya que unos valores formales o unos derechos que se dicen universales pero sometidos al consenso político terminan con el pretendido universalismo. Por otra parte cierto comunitarismo terminaría en el historicismo, en el relativismo cultural o en el nacionalismo.

Justificar esta afirmación y contestar a este interrogante son tareas que exceden del propósito del presente artículo. Por mi parte se constituyen como objeto de una reflexión ya iniciada. Esperemos que el lector la realice por sí mismo a través de la lectura de los materiales aquí someramente presentados.

VI  
CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA



**Carlos ALARCÓN CABRERA, *Normas y Paradojas*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993, 157 páginas.**

Resulta cuando menos curioso (o paradójico) que el adjetivo «lógico» aplicado al derecho sea una garantía de certeza, exactitud y objetividad, cuando la lógica, o mejor, las lógicas, contienen en su seno paradojas aún no resueltas que amenazan la coherencia del propio sistema lógico.

Pues bien, entre los muchos problemas que presenta la aplicación de la lógica a las normas jurídicas y/o a los enunciados normativos (y aquí comenzamos con los problemas), está el de las paradojas al que está dedicado este libro del profesor Carlos Alarcón. El libro no tiene por objeto un estudio de todas y cada una de las paradojas deónticas (para ello *vid.* p. ej. el libro de Azizah al-Hibri, *Deontic Logic: A Comprehensive Appraisal and a New Proposal*), sino que se centra en el examen de algunas de ellas.

Como se indica en la introducción, los trabajos que incluye este libro «representan un intento de profundización en los principales dilemas y paradojas de la lógica deóntica en dos vertientes; los tres primeros ensayos desde la perspectiva contiana de la «Filosofía de las Reglas Constitutivas» y de la «Deóntica de la Validez»; los tres restantes, desde la perspectiva evolutiva de los diferentes sistemas de lógica deóntica diseñados por Von Wright» (p. 13).

En el primer trabajo «Reglas Constitutivas, Reglas Hipotético-Constitutivas, Reglas Técnicas», el autor analiza la distinción que A. G. Conte realiza entre estos tipos de reglas. Para ello comienza exponiendo la diferencia que hiciera J. Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas, pasando a exponer a continuación la tesis de las reglas constitutivas de Conte, quien distingue entre reglas eidético-constitutivas, reglas thético-constitutivas y reglas noético-constitutivas, y entre reglas constitutivas ónticas y reglas constitutivas deónticas. Para el iusfilósofo italiano la norma fundamental del ordenamiento es una regla noético-constitutiva. El concepto contiano de regla anancástico-constitutiva es desarrollado por Azzoni a través de los conceptos de reglas metaético-constitutivas, y reglas nómico-constitutivas. Por último, se expone el concepto de reglas técnicas a través de Von Wright y Searle, y su posterior crítica por Conte y Mazzaresse.

El segundo trabajo lleva por título «Validez Pragmática». En él se analizan los tres conceptos contianos de validez: validez deóntica sintáctica, validez deóntica semántica y validez deóntica pragmática; distinción que tiene para Conte el objeto dilucidar cuál es el objeto de la validez, o más precisamente «Qué concepto de norma es metafísicamente más neutral y metodológicamente más fecundo para analizar el problema de la validez de las normas» (p. 37). Una vez definidos los tres conceptos de validez mencionados, C. Alarcón se centra en la noción de validez pragmática, dentro de la cual Conte distingue entre validez pragmática thética (validez praxeonómica) y validez pragmática athética (validez praxeológica). Además de exponer la tesis de Conte, C. Alarcón rebate el carácter athético que Conte atribuye a la validez praxeológica, y mantiene que la validez pragmática de un acto deóntico está relativizada o mediatizada por reglas, reglas que son (y en esto coincide con Conte) anancástico-constitutivas si condicionan la validez pragmática extrínseca

de un acto deóntico, y que son (en contra de Conte) eidético-constitutivas si condicionan la validez pragmática intrínseca de un acto deóntico.

En el tercer trabajo «El puzzle constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas», no trata de analizar las críticas que desde diferentes perspectivas se han hecho al puzzle constitucional de Ross, sino que se limita al examen de la paradoja deóntica derivada del *puzzle* constitucional desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas de Conte. «En concreto —señala C. Alarcón— atribuiré su supuesto carácter paradójico a la confusión acerca de la naturaleza de la norma que regula la reforma constitucional, en algunas ocasiones considerada “regla constitutiva” y en otras ocasiones considerada “regla hipotético-constitutiva”.» (p. 52).

El artículo 88 de la Constitución danesa es para Ross una norma noéticoconstitutiva (esto es una regla que es condición necesaria y suficiente del ordenamiento jurídico), por lo que su carácter paradójico está en relación con la paradoja deóntica de la norma fundamental: la Norma Fundamental, al establecer que toda norma debe fundar su validez en una norma superior, establece su propia invalidez, ya que no existe ninguna norma superior a la Norma Fundamental. Pues bien, la tesis que sostiene C. Alarcón es que «el problema —de la paradoja de la regla de revisión constitucional— no surge porque Ross considera que el artículo 88 de la Constitución de Dinamarca es la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico danés, sino porque Ross no es coherente con tal consideración cuando pretende demostrar la autorreferencia y el carácter contradictorio del mencionado artículo» (p. 57). Para el autor la solución que Ross ofrece para resolver la paradoja es correcta; y las consecuencias de la paradoja y de la aporía de la Norma Fundamental, se evitan considerando el artículo 88 como una regla nómico-constitutiva. Pero la paradoja de la regla de reforma constitucional sigue en pie. En los apartados siguientes se examina la solución que da el propio Ross para solucionar el problema y que C. Alarcón considera acertada: «Puede existir una norma superior que, a pesar de no establecer ningún procedimiento para revisar el artículo 88 ni constituir una autoridad superior a la constituida por el artículo 88, sea la Norma Fundamental del sistema en tanto que confiera al artículo 88 una validez condicional. La Norma Fundamental no transferiría la competencia de constituir la autoridad suprema del ordenamiento jurídico al artículo 88, sino que delegaría tal competencia sin perderla» (p. 60).

El cuarto trabajo, «Experimentaciones deónticas sobre una paradoja lógica», plantea la cuestión siguiente: ¿puede ser la sustitución del valor de la verdad por el 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? La tesis del autor es que «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, debemos «en buena lógica» pensar que podemos formar raciocinios lógicos, basados en normas y con normas como conclusiones, al acoger como criterio la validez de las mismas» (p. 71). «El objetivo de este experimento —señala— no es el de encontrar una solución al problema de 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» (p. 77).

Así, comienza exponiendo la paradoja de la barbería, las razones de su supuesta naturaleza paradójica y las propuestas de solución de la misma. Más adelante se exponen tres intentos de reproducción deóntica de dicha paradoja, llegándose a la conclusión negativa sobre el problema planteado: «No he podido obtener dicha reproducción, porque en todos los intentos la conclusión supuestamente paradójica no ha sido deóntica sino proposicional» (p. 85).

«El último Kelsen ante el dilema de Jorgensen», que constituye en quinto trabajo de este libro, se centra en el análisis de la siguiente inferencia (que Kelsen en sus últimos escritos considera correcta): «Las inferencias lógicas requieren que todas

sus premisas sean verdaderas o falsas», «Las normas no son verdaderas o falsas», «Por consiguiente, las normas no pueden ser premisas de inferencias lógicas». De esta manera Kelsen niega el segundo cuerno del dilema de Jorgensen: esto es, la existencia de inferencias lógicas compuestas por normas; defendiendo que la única lógica deóntica posible es la lógica sobre proposiciones.

En primer lugar al autor analiza las tres alternativas examinadas por Kelsen a la primera de las premisas mencionadas (esto es, a la verdad de las normas) que permitan la existencia de relaciones lógicas. Kelsen rechazará sucesivamente cada una de las alternativas: la analogía entre verdad de las proposiciones y cumplimiento de las normas («lógica de la satisfacción»); la propuesta de Ross («lógica de la validez»), basada en el paralelismo entre los valores de «verdad» y «falsedad» en lógica proposicional y «validez e invalidez» de las normas; y la distinción, en la norma de dos elementos: frástico (elemento descriptivo) y neústico (factor imperativo) (Hare), lo que permite en base al primero de estos realizar inferencias lógicas.

En segundo lugar, Kelsen sostiene que dos principios lógicos, como son el de no contradicción y la regla de inferencia, no son aplicables a las normas «Ni un conflicto entre normas es considerado una contradicción lógica ni una regla lógica de inferencia puede servir para deducir normas individuales de normas generales» (p. 100). Respecto del primer aspecto, puesto que es posible la existencia de dos normas en conflicto dentro de un ordenamiento, y sobre el segundo, porque la relación entre la norma general y la norma individual requiere un acto de voluntad. Ambos principios sí se admiten, sin embargo, si versan sobre proposiciones normativas.

El sexto trabajo versa sobre «La paradoja de los “imperativos contrarios-al-deber”: una muestra de la evolución teórica de Von Wright».

El objeto de este estudio es comparar los diferentes modelos lógico-normativos propuestos por Von Wright y la incidencia de cada uno de ellos en la paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber».

En primer lugar, analiza las alternativas que siguen siendo files al sistema estándar de lógica deóntica contenido en *Deontic Logic* (1951), que realizan algunas modificaciones el mismo: se trata de *Norm and Action* (1963), *A New System of Deontic Logic* (1964) y *A Correction to a New System of Deontic Logic* (1965) del propio Von Wright y las de D. Follesdal y R. Hilpinen, en *Deontic Logic: An Introduction* (1971) y B. Hansson, *An Analysis of Some Deontic Logics* (1969). En segundo término da cuenta de las soluciones que hacen hincapié en aspectos que afectan a la propia naturaleza de la lógica deóntica: concretamente analiza la solución que ofrece Von Wright en *Deontic Logic and the Theory of Conditions* (1968), *Deontic Logic Revisited* (1973), *On the Logic of Norms and Actions* (1981), *Norms, Truth and Logic* (1983). Se refiere asimismo a las propuestas de otros autores como Castañeda, Thomason, Aqvist, Hoepelman, y Peña.

El último trabajo de este libro es «La paradoja de Ross en la “lógica de la motivación”». En él se profundiza en el análisis de las propuestas que se han hecho para resolver la «paradoja de Ross» (o «paradoja de los mandatos disyuntivos»). El prof. Alarcón analiza dos tipos de soluciones: de un lado, la de aquellos autores que, como Hansson, Kalinowski, Castañeda y Follesdal y Hilpinen, fundamentan sus ideas en que realmente en este caso no hay una paradoja; y las que admitiendo la existencia de la misma, ofrecen vías de solución reclamando «la necesidad de ser rigurosos al precisar el significado de los términos deónticos y al analizar la estructura lingüística de los enunciados deónticos para así combatir las consecuencias contraintuitivas» (p. 146). En esta segunda dirección se examinan las soluciones que ofrece Von Wright en *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* y *Deontic Logic and the Theory of Conditions*, ambos de 1968, y en *Norms, Truth and Logic* (1983), y el propio Ross en *Directives and Norms* (1968). El autor se muestra de acuerdo con la posición de Ross y Von Wright. «Confundimos con frecuencia —señala— los principios que regulan las relaciones lógicas entre enunciados descriptivos —aunque hagan referencia a la validez o a la satisfacción de enunciados prescriptivos— con los principios que regulan las relaciones lógicas entre enunciados prescriptivos, sin tener en cuenta que la introducción de operadores

deónticos, debe hacernos cambiar nuestras intuiciones y nuestros esquemas mentales acerca de la corrección o incorrección de determinadas implicaciones.» «Comparto especialmente la tesis de R. Hilpinen, quien ha atribuido el carácter pseudoparadójico de  $O_p$  o  $O(p \vee p)$  al hecho de que nuestras impresiones sobre las relaciones lógicas entre imperativos dependen, en parte, de la lógica de la satisfacción y, en parte, de una lógica basada en las permisiones fuertes (*logic of support*)» (p. 154)

Para poner punto final a esta reseña nos gustaría señalar que, como en cualquier otro ámbito, existen diferentes concepciones de lo que es la lógica jurídica y, sería pretencioso afirmar que la lógica jurídica *es* la lógica deóntica. Ahora bien, creo que no está lejos de la verdad decir que los iusfilósofos españoles han (hemos) abandonado (o pasado de puntillas por) la lógica deóntica que iniciara en los años cincuenta Von Wright, decantándose por otra concepción de la lógica jurídica: la tópica, la retórica y la teoría de la argumentación. El libro del prof. Alarcón constituye una excepción a lo anterior. El no sólo se ha adentrado en la lógica deóntica, sino que lo ha hecho, muy satisfactoriamente, a través de una materia particularmente difícil como son las paradojas.

Victoria ITURRALDE



**María José CANEL, *La opinión pública. Estudio del origen de un concepto polémico en la Ilustración Escocesa*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A. (EUNSA), 1993, 372 páginas.**

Nos acercamos a una exhaustiva e interesante obra de investigación que profundiza, a través de los planteamientos de los ilustrados escoceses, en una noción tan fundamental para una sociedad democrática como la opinión pública.

El análisis que la Dra. Canel hace de las reflexiones de F. Hutcheson, T. Reid, A. Ferguson, D. Hume y A. Smith sobre la compleja relación del individuo con su sociedad resulta enormemente sugerente para descubrir la razón de la presencia de la opinión individual en lo público.

La estructura del presente estudio refleja perfectamente el camino recorrido por la Escuela Escocesa en la materia; como la propia autora señala, «parte de la naturaleza individual y de su relación con la sociedad para llegar a la comprensión de la opinión pública».

En el Capítulo I (*La Ilustración Escocesa*) se apuntan las claves para conocer la sociedad escocesa del siglo XVIII. Entre éstas pueden citarse el libre acceso al mercado inglés y la sujeción del Parlamento escocés al Parlamento inglés como consecuencia del Acta de la Unión de Escocia con Inglaterra (1707); la supervivencia, no obstante, de instituciones como el régimen jurídico escocés («que se mantuvo siempre al margen del sistema de la *common law* inglesa»), el sistema educativo y la Iglesia de Escocia; y la proliferación de sociedades y clubes que constituyeron el nuevo marco de diálogo político.

A continuación se describen los paradigmas actuales de interpretación de la Ilustración Escocesa, de los que es el principal exponente Pocock en *The Machiavellian Moment* (1975). Es en este «Momento Maquiaveliano» donde se da más claramente la tensión (ideológica) entre la tradición clásica o paradigma cívico y la tradición jurisprudencial o paradigma liberal. Desde el punto de vista económico, para la primera corriente el comercio provoca el descuido de lo público; para la segunda, el progreso económico ofrece una mayor posibilidad de participar en lo público. Desde la perspectiva moral, la esencia del paradigma cívico es la definición de la virtud como práctica de la ciudadanía; en el paradigma liberal se valoran el gusto, el refinamiento, el cuidado por las formas... A partir de esta contraposición la autora señalará qué autores y aspectos del pensamiento social escocés del siglo XVIII se encuadran en cada paradigma.

Finalmente, es objeto de atención la Ilustración Escocesa como precursora de las ciencias sociales, en las que la opinión pública es un elemento clave.

Antes de exponer la teoría de la sociedad en los ilustrados escoceses, se analizan en el Capítulo II (*La Escuela del Sentido Común de la Ilustración escocesa. «Sentido común», consenso y opinión*) su teoría del conocimiento y los conceptos más relacionados con la idea de lo público y de opinión.

Tras referirse a la teoría del conocimiento de Thomas Reid, la Dra. Canel realiza un detallado estudio del *common sense* en la Ilustración Escocesa: tanto de la significación metafísica que le atribuye el citado autor, líder de la «Escuela del Sentido Común», como de la aplicación política que los ilustrados escoceses en su conjunto llevaron a cabo. Desde una perspectiva comunitaria, el *common sense* es un juicio sobre lo común que indica una actitud prudencial adquirida por la pertenencia a un grupo social.

Por último, se contempla la relación que guarda la idea de «sentido común» con la de «consenso» (entendido como «el conjunto de inclinaciones, tendencias, sentimientos y costumbres que se transmiten de generación en generación») y ésta a su vez con la de «opinión» en general (ya que «tener una opinión es formarse un juicio sobre algo; en este juicio influyen el conjunto de inclinaciones, tendencias, sentimientos y costumbres heredadas»).

El Capítulo III, *Consecuencias de la aparición de lo público*, se inicia con el análisis de la relación entre el hombre y la sociedad en los ilustrados escoceses. El momento histórico descrito en el primer capítulo («the improvement era») había

ocasionado el fenómeno de la separación entre lo privado y lo público (esferas identificadas en la época clásica), y el resurgimiento de este segundo. La Ilustración Escocesa trataba de dar respuesta al enfrentamiento entre individuo-sociedad, moral privada-moral pública, opinión privada-opinión pública, etc. Con esta finalidad surgió una sociedad civil en la que cada uno actúa por su interés propio regulado por la consideración simpatética de los demás. O lo que es lo mismo, principio del *self-love* matizado por el *moral sense* que aúna la persecución del bien propio y el bien común. M. J. Canel describe en este punto no sólo el planteamiento general y las particularidades que en cada autor presenta, sino los elementos implícitos en aquél: una filosofía de la benevolencia, la teoría de la simpatía como origen de relaciones sociales y el *moral sense*.

En la última parte del capítulo elabora una serie de conclusiones, entre las cuales se pueden señalar la conexión que la teoría de la simpatía establece entre lo público y lo privado y la consideración de la misma no como una teoría moral o prescripción de normas éticas sino como un principio psicológico que fundamenta la comunicación humana.

En el Capítulo IV, *La sociabilidad natural, lo institucional y lo político en la Ilustración Escocesa*, se expone la línea de argumentación implícita en la teoría de la sociedad de la Ilustración Escocesa, la relación entre lo natural, lo social, lo institucional y lo político.

En primer lugar, es objeto de análisis el tratamiento que de la sociabilidad natural del hombre hacen Reid, Hutcheson, Ferguson y Smith, ya que en ella fundamentan la existencia de un ámbito político. Se sigue para ello el esquema de las cuestiones que ellos mismos se plantearon: ¿tiene el hombre impulsos y sentimientos naturales que le hacen actuar de forma social?, ¿es el Estado un corrector de las tendencias antisociales y asociales del hombre?, etc.

Lo institucional en la Escuela escocesa se descubre a partir de las aportaciones de Smith, Millar y Ferguson a la *teoría de los cuatro estadios* y, de la *ley de las consecuencias no intencionadas* de Ferguson; y se encuadra dentro de un tercer tipo de fenómenos situados fuera de la clásica separación entre «lo natural» (nomos) y lo «artificial» (physis). Esta caracterización no deja de tener importancia para el análisis de lo público, configurado por instituciones.

En tercer lugar, se estudia lo político en Ferguson, y sobre todo, en Hume y Smith. En este apartado, se describe con detalle la crítica que Hume hace al estado de naturaleza y al contrato social, el tratamiento de la justicia y la sociedad y el origen del gobierno. Éste se encuentra en criterios de utilidad del común sentir por lo que el gobernante debe guiarse por el estado de la opinión pública o sentir del pueblo. Al llegar a este punto, M. J. Canel adelanta la conclusión, más tarde desarrollada, de que «si todo gobierno descansa exclusivamente en la opinión, el verdadero soberano es la *rule of law*, y la política debe tener por guía el sentido común» (ahora en su significado político como sentido común comunitario). El análisis de la teoría política de Smith sigue el mismo esquema (crítica a la teoría del contrato, teoría de la justicia y origen del gobierno). También para él la opinión y el sentir común deben ser la guía del gobernante (o *man of public spirit*).

En el Capítulo V, *Lo «público» y la «opinión pública» en la Ilustración Escocesa*, se abordan tales conceptos partiendo del de lo institucional (analizado en el capítulo anterior) por considerarlo el cauce para la participación de lo «individual» en lo «social».

Una vez expuesto el estudio psicológico que Hume hace de la formación de la opinión y el significado político que le atribuyen tanto él como Smith (al considerarla guía y fundamento del gobierno), la Dra. Canel describe la ruptura de la relación tradicional entre el individuo y la sociedad.

Si en el paradigma cívico (T. Reid, F. Hutcheson y A. Ferguson) los ámbitos de lo público y de lo privado aparecían claramente separados (y primando el primero sobre el segundo), en la transición a la nueva realidad («Momento Maquiaveliano») desaparece la frontera entre ambas esferas (y la primera, convertida en lo íntimo se reduce, mientras que la segunda, ahora equivalente a lo social, se amplía). Serán Hume y Smith quienes se comprometan con la sociedad comercial, reinsertando en

ella ciertos valores de la tradición clásica y acercándose en algunos aspectos al paradigma liberal.

Culmina la investigación que nos ocupa con el análisis de la institución del poder judicial por constituir en el siglo XVIII el medio de expresión de la opinión pública.

En definitiva, la obra objeto de comentario constituye tanto una aportación a la bibliografía española sobre la Ilustración escocesa como un novedoso enfoque del origen del concepto de «opinión pública». El tema no puede sino resultar del máximo interés, tanto más cuanto es evidente la influencia que en las democracias actuales tiene la formación de una opinión pública libre.

Beatriz Susana TOMÁS MALLÉN

**Javier DE LUCAS, *El Concepto de Solidaridad*, México, ed. Fontamara, 1993, 125 páginas.**

Nos encontramos en un momento histórico en el que se reclama por doquier la revisión del actual modelo del Estado Social de Derecho, no sin cierta paradoja llamado del «Bien-estar». Últimamente, y desde todos los ámbitos y poderes, tanto públicos como privados, se vienen haciendo numerosas declaraciones pidiendo una mayor solidaridad («seamos más solidarios» es una expresión utilizada hasta la saciedad), lo que ha conducido a una cierta «hipertrofia solidarizante», no siempre inteligible por su notable vaguedad conceptual (ante la afirmación anterior, ¿qué significa ser más solidarios?). Javier de Lucas propone en este libro un «ejercicio de precisión» en torno al concepto de solidaridad. Fruto de una preocupación que data ya de varios años, el libro recoge un conjunto de artículos y trabajos cuya característica común es la búsqueda del sentido que a la misma puede atribuirse hoy en día.

Es innegable la ambigüedad que subyace alrededor de la noción de solidaridad. A lo largo de la Historia pueden encontrarse intentos varios —y variopintos— de precisarla y concretarla. Incluso dentro del ámbito jurídico, la expresión latina *in solidum* (la totalidad, el todo), fue utilizada por Cicerón y aparece formulada en los primeros textos del Digesto en el que se habla de relaciones solidarias, aunque limitadas al ámbito privado de los contratantes (la presencia de la solidaridad en el Derecho Romano obedece a una formulación «egoísta» de la misma, de la que es heredera el Derecho privado actual). No obstante, y vinculada en sus orígenes a la ética, se entendió a la solidaridad en su aspecto meramente interpersonal, como ayuda mutua dentro —y exclusivamente— del núcleo familiar, pero también con una proyección más filantrópica (doctrina de la *filia* aristotélica) o piadosa (*pietas* o *humanitas* estoica) extensible a la valoración personal de la relación con los demás, que pudo, a su vez, interpretarse de diversas maneras: afecto más sacrificio y/o riesgo, ayuda, benevolencia, cooperación más esfuerzo, y sobre todo, concretada históricamente a través de la caridad (en el tradicional sentido cristiano), y la fraternidad, como versión secularizada de la anterior. Es obvio, sin embargo, que todos los sentidos atribuidos históricamente a la solidaridad se presentan como limitados e inapropiados al pensar en una posible configuración actual: no abarcan todos los rasgos que comprendería el «ser solidarios» en el presente. Señala el autor que «como principio ético, como virtud, la solidaridad aparece como reactualización de la fraternidad» (p. 22), pero no se trata sólo de eso. La solidaridad, globalmente considerada, posee tres dimensiones: la ética, la política y la jurídica; es más, la aparición de la dimensión político-jurídica no acontece hasta la Edad Moderna (denominada la «solidaridad de los modernos» por Peces-Barba en diversos trabajos, y especialmente en el pormenorizado análisis histórico recogido en su reciente libro *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 294-318). Así, la construcción moderna de la solidaridad es el «resultado de la aportación de corrientes tan diversas tales como el liberalismo progresista de J. S. Mill, los revolucionarios franceses —especialmente Condorcet—, un cierto comunitarismo de inspiración idealista y sobre todo las doctrinas del socialismo utópico, de Saint-Simon, Fourier y Owen a L. Blanc, y del anarquismo...» (pp. 26-27). De otro lado, no hay que olvidar que respecto a la tríada republicana francesa, la libertad y la igualdad han sido reconocidas e instituidas a través de los mecanismos jurídicos constitucionales propios del Estado de Derecho —Liberal y Social, respectivamente—, quedando un «vacío» histórico en relación a la fraternidad. Quizás sea hoy el momento oportuno de replantear aquella «fraternal solidaridad» y dotarla de nuevos contenidos vinculados a la resolución de los problemas sociales más imperiosos y acuciantes. A fin de cuentas, la solidaridad debe ser algo más que aquella tradicional fraternidad republicana.

Empero, el problema no se limita a resolver la dicotomía entre fraternidad y solidaridad. Señala Javier de Lucas que otras nociones más actuales, y que han intentado sustituir a la solidaridad, no son del todo adecuadas. Así, cambios terminológicos provenientes de las teorías sociológicas contemporáneas, como son las

referencias a la «integración», la «cohesión», la «socialización», e incluso otros más recientes como «cooperación» o «consenso», no encierran ni engloban todo el significado actual de la solidaridad. Ello no significa desconocer la influencia de tales construcciones doctrinales, y especialmente la aportación de Durkheim (al respecto, puede verse el capítulo II del libro, *Solidaridad y Derecho: la aportación de Durkheim*, pp. 39 y ss.). Este clásico de la Sociología trata de construir la solidaridad como una categoría científica que parte del indisoluble vínculo que existe entre los individuos y la sociedad, y a su vez entre la sociedad y el Derecho. Puede afirmarse que en Durkheim se produce «una sistematización sociológica general de lo jurídico por vez primera» (p. 49), ya que considera al Derecho como «la expresión de una voluntad colectiva que debe dominar y coaccionar las voluntades individuales, al servicio de la sociedad» (p. 54). Existen para este autor dos tipos de solidaridad paralelos a dos modalidades de estructura social y de Derecho. Por un lado, se da la «solidaridad mecánica», propia de sociedades primitivas y poco evolucionadas, donde prevalecen los rasgos de similitud e identidad entre los miembros del grupo cerrado; el Derecho que desarrolla este tipo de solidaridad es un Derecho meramente represivo. Por otro lado, en sociedades más evolucionadas tiene lugar la llamada «solidaridad orgánica», en la que destacan los rasgos de complejidad y diferenciación a través de la división del trabajo, junto a la necesidad de cooperación entre los miembros del grupo para lograr la integración social. Esta última es la verdadera solidaridad. Hay que advertir que la cualificación del Derecho como un «hecho social privilegiado» dentro de estas sociedades complejas no supone, para Durkheim, que existan unos criterios específicos y claramente diferenciados de sanciones jurídicas respecto a coacciones morales o sociales. La sociedad actúa como «autoridad moral» que limita la actuación del individuo, pese a que cuanto más desarrollada esté la sociedad, mayor necesidad experimente de lo jurídico. Según señala Javier de Lucas, en Durkheim se da una «toma de postura “moralista” respecto al Derecho» (p. 66) ya que son las reglas morales las que realmente «enuncian las condiciones fundamentales de la solidaridad social...» (p. 67) La solidaridad orgánica, pues, se corresponde con un modelo de «moral abierta» en el que se produce un proceso lógico de aumento de los «sentimientos colectivos de igualdad, fraternidad y justicia» (p. 78). Podría resumirse todo lo anterior en que, para Durkheim, «la solidaridad establece entre los hombres vínculos ético-jurídicos que la ley ha de consagrar» (p. 79).

La conexión entre solidaridad y Derecho, ya señalada por Durkheim, es un tema que exige ser tratado con un mayor detenimiento. Y es que el problema fundamental consiste en delimitar cómo y cuándo puede ser exigible jurídicamente la solidaridad. Básicamente, cabría destacar dos cuestiones: la relación entre solidaridad e igualdad, y el establecimiento de límites en los deberes de solidaridad. Respecto al primer problema, se ha comentado erróneamente que hablar de «derechos de solidaridad» (expresión acuñada por Vasak en el ámbito internacional, y sobre los que puede verse un detallado y preciso estudio realizado por E. J. Vidal en «Sobre los derechos de la solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», *AFD*, 1993, pp. 89-110) puede ser retórico y superfluo, ya que no existiría una diferencia sustancial entre solidaridad e igualdad. Sin embargo, hay que apuntar que la juridificación de la solidaridad no pasa por ser una simple especificación de la igualdad, sino que supone el reconocimiento de la diferencia dentro de una sociedad heterogénea. De esta manera, define Javier de Lucas la solidaridad como aquella «conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento» (p. 29). La solidaridad implica, pues, un deber de actuación positiva tanto de los individuos como del Estado, una «responsabilidad colectiva», una «conjunción de esfuerzos» y no una mera reciprocidad de derechos y deberes (p. 30), puesto que los beneficiarios de los derechos de solidaridad no tienen por qué coincidir con los titulares de tales derechos, sino con aquellos individuos cuyos bienes básicos no estén garantizados (sobre este mismo tema, y sus relaciones con la ética y la política, puede verse el sugerente artículo de González Amuchástegui: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad», *Sistema* 101/1991, pp. 123-135). Si bien la Constitución

española de 1978 sólo reconoce explícitamente la solidaridad en dos ocasiones (arts. 2 y 138), y en ambas refiriéndose a la llamada «solidaridad interregional» como exclusión de las discriminaciones y desigualdades entre las Comunidades Autónomas, existen otras posibles formulaciones —aunque implícitas— de la solidaridad a lo largo del texto constitucional (arts. 15, 25, 30, 31, 42, 43, 45, 49, 50, entre otros), que permitirían configurarla como un valor superior del ordenamiento jurídico, pese a no estar incluida en el art. 1.1.º de la misma Constitución.

En relación a la segunda cuestión apuntada, cual sería el posible establecimiento de límites a los deberes de solidaridad, habría que señalar al respecto alguna frontera entre los actos supererogatorios —que exigen un sacrificio mayor que el derivado de la propia obligación—, los deberes morales de solidaridad, y las exigencias jurídicas derivadas asimismo de la solidaridad (p. 96). ¿Cuándo existe un deber de contribución o de actuación positiva de los ciudadanos?; ¿hay que asumir individualmente como propios los intereses del grupo? Responder a estas cuestiones es fundamental si se quiere hablar de una juridificación real de la solidaridad. Así pues, hablar de «derechos de solidaridad», como indicara Vasak, supone una conjunción de esfuerzos y no una mera reciprocidad, argumento que recoge Javier de Lucas al señalar que «la solidaridad aparece así como fundamento de la redefinición de la propiedad, del deber de contribuir a las cargas públicas (y a su sostenimiento), o de otros deberes de los individuos hacia la comunidad como los tipificados en el art. 30 de la Constitución española de 1978... Pero también, del reconocimiento de los deberes hacia las generaciones futuras, hacia la Humanidad, que en buena medida comprenden algunas de las exigencias a las que se refieren los denominados derechos de la «cuarta generación» y entre los que bien podrían tener cabida no sólo los denominados «derechos de los pueblos», sino posiblemente los tan traídos «derechos de las minorías»» (p. 92). Coincidiendo en este aspecto con la posición sustentada por Garzón Valdés, los deberes jurídicos derivados de la solidaridad supondrían el deber de «realización de un sacrificio trivial (es decir, que no suponga riesgo para la satisfacción de la propias necesidades básicas)...» (p. 101).

El libro recoge dos ejemplos actuales en los que se muestra un marcado déficit de solidaridad. El primero se refiere al tema del racismo y la xenofobia que azotan al mundo occidental (al respecto, el capítulo III: Solidaridad y diferencia; a propósito del racismo, pp. 81 y ss.), —tema ya abordado por el autor en su anterior libro *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, Nacionalismo y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos, 1992—. La segunda referencia corresponde al entorno urbano en el que vivimos (al que se dedica un Apéndice: Solidaridad en la sociedad urbana, pp. 103 y ss.). En cuanto al primero de ellos, señala el autor la dificultad de articular el respeto a la diferencia cuando surgen los problemas de racismo y xenofobia, además de la innecesidad de reivindicar la institucionalización de la tolerancia como virtud pública, incluso como principio jurídico y político, teniendo en cuenta que según la definición acuñada por Ferrajoli de la tolerancia como «el respeto de todas las identidades personales y de todos los relativos puntos de vista» (p. 95), ésta no añade ningún contenido nuevo en relación a la igualdad, por lo que «tolerancia e igualdad son exigencias complementarias» (p. 99). No sucede lo mismo respecto a la solidaridad y el respeto a la diferencia, que son un «buen argumento para justificar la positivación o reconocimiento jurídico de los deberes positivos básicos» y de «una acción positiva por parte del Estado» (pp. 100-101).

Por último, cabe señalar en relación al segundo tema citado, que el respeto al medio ambiente, además de su formulación constitucional, es una exigencia de la solidaridad. Resulta ilustrativo, en palabras del autor, que la vida urbana conduzca al fenómeno de «las multitudes solitarias, la vida solitaria. Es uno de los riesgos más patentes de nuestra civilización este de preocuparse con afán por los que viven en las antípodas, al mismo tiempo que se ignoran los problemas y miserias de los que nos rodean, problemas y miserias que, prácticamente, hay que ir apartando para poder respirar» (p. 104). Una necesaria «racionalización de la vida urbana», a través de la llamada «socialización urbanística» es también una exigencia de la solidaridad, que debería concretarse en la adquisición de «pequeños hábitos» cotidianos dentro de comunidades más pequeñas, y por tanto más racionalizadas.

La solidaridad debería mostrarse no tanto a través de las tan manidas declaraciones diarias a las que nos están acostumbrando los medios de comunicación, y que no dejan de estar vacías de contenido. La lectura de este libro, no sólo por su indudable interés erudito, sino también por las continuas y numerosas invitaciones a la reflexión que en el mismo se contienen, proporciona una base fundamental para comprender y entender el sentido más actual de la solidaridad, no limitándose a la visión que de la misma ha presentado la ética o la filosofía política hasta ahora, sino, y esta es, sin lugar a dudas, la gran aportación del libro, poniendo un especial énfasis en el papel primordial que tiene el Derecho a la hora de configurar esos deberes de solidaridad.

Mario RUIZ SANZ

**Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed. corregida y puesta al día, Barcelona, Ariel, 1993, 317 páginas.**

¿Qué sentido pudiera tener en 1994 comentar un libro cuya primera edición apareció hace ya dos décadas y que, además, no ha variado en lo sustancial? Alabar la necesaria puesta al día del que ya es un «clásico» o volver sobre el importante papel que ha venido jugando en nuestra cultura jurídica primaria, introducir a muchos neófitos en el mundo del Derecho, amén de celebrar el cumpleaños, no parecen razones suficientes para justificar el comentario. No, el libro es una disculpa, la mejor de las posibles, por cierto, para apuntar una teoría general que dé explicación también de él, para categorizar una disciplina que, por diversos motivos, sobre todo por haber sido institucionalizada últimamente con nombres diversos, cada día tiene mayor relevancia. Me refiero a la *Introducción al Derecho*, rótulo preferible —creo yo— al que también se usa de *Teoría del Derecho*.

Desde el principio, sin embargo, hay problemas para acometer lo que pudiera parecer una obviedad. Dicho a las claras: existen intereses corporativos a la hora de arribar a una concepción correcta del objeto. Con todo lo que eso conlleva, por supuesto, porque cuando digo corporativos digo también académicos y editoriales, o sea, traducibles materialmente de forma inmediata. Es sabido que en España han sido los civilistas quienes se han encargado tradicionalmente de introducir en el Derecho a los que se acercaban a él: con sus limitaciones, la experiencia en la parte y no en el todo, pero también con sus ventajas, el contacto directo con el Derecho positivo. Por otra parte es verdad que el *Derecho Natural* reinstaurado tras la guerra civil pudo cumplir en ocasiones la misión, pero presiento que eso ocurrió las menos de las veces. Realmente creo que fue el *Derecho Civil. Parte General* el que trató de arrogarse el cometido y entonces, cuando empezaron a surgir asignaturas que en su mismo rótulo utilizaban el término «introducción», los civilistas y los iusfilósofos comenzaron también a disputar acerca de quiénes eran los más competentes para impartirlas. Así fue como ocurrió que la auténtica *conciencia* que trataba de dilucidar en qué consistía o, mejor, en qué había de consistir la disciplina, quedó falseada por la defensa de los propios intereses. Cuando uno se encontraba entonces con un iusfilósofo que afirmaba sin rubor que, en principio, para impartir una asignatura introductoria eran más capaces los profesores de Derecho positivo (Hernández Marín), no podía dejar de preguntarse si no estaría ante una *conciencia* más elevada que las otras.

En esta cuestión, además, todo parece claro. Parece claro incluso lo primero, qué es una introducción al Derecho: porque no hace falta poseer una gran cultura para reconocer el significado de la expresión. Ahora bien, si así fuera, lo mismo podríamos decir de todos los términos: «esencia», «forma» o «materia», pongo por caso. Las apariencias engañan o, si se quiere, que es distinto saber manejar un diccionario que captar el complejo sentido de una expresión, como desde otro nivel percibe bien el estudiante de idiomas. Con «introducción al Derecho» pasa lo mismo, que es distinto conocer qué significa «introducción» y qué «Derecho», si es que se puede, que saber qué implica. Introducir(se)=iniciar(se); Derecho=especial sistema normativo (¡!), luego Introducción al Derecho= Iniciación en un especial sistema normativo, el jurídico. Pero, ¿se resuelve algo procediendo así? Creo que no; creo que lo mejor sería acudir a la literatura sobre el conocimiento jurídico, a los manuales al uso. Mas en éstos se especifica qué es la ciencia y qué la filosofía jurídica, qué la sociología y qué la práctica forense, sin que nadie se pare a dilucidar en qué consiste una introducción. Razonablemente, por otra parte. Mas al fin se halla esa peculiar y resulta que humilde literatura (ahora una reseña): ¡los prólogos y las introducciones a los libros titulados «Introducción al Derecho»! (y la mejor muestra, el prólogo de Virgilio Domínguez a la *Introducción* de GARCÍA MAYNEZ). Pues bien, resulta que estas obritas se caracterizan por el uso de tres términos: el adverbio «sólo» y los adjetivos «elemental» y «didáctico». Sólo son —podríamos decir— tratados muy sencillos, para que puedan ser bien comprendidos por sus lectores, que versan globalmente sobre el Derecho. Pero la duda surge inmediata: ¿cómo se puede traducir a un lenguaje comprensible la explicación de instituciones que se



caracterizan por la complejidad?, y es que hasta ahora no hemos tenido en cuenta el adjetivo «elemental», que nos dice que se trata de los conceptos elementales del Derecho o, mejor, fundamentales. Algo se aclara, creo yo.

Así las cosas, ahora podemos tomar otro camino, el directo: ya no el que marca la *literatura sobre*, sino el de la *literatura de*, o sea, el análisis bibliométrico. El criterio bien pudiera exigir el estudio de aquellos libros que se titulan introductorios o algo semejante. Pues bien, ante todo ese material, una vez visto, ¿a qué conclusión se llega? Que «introducción al Derecho», o similares, no siempre quiere decir lo mismo, que a veces quiere decir cosas bien distintas. Veamos algunas:

a) Primero nos encontramos con introducciones al Derecho históricas. No quiero decir con introducciones a la historia del Derecho, sino con obras escritas ya hace el tiempo suficiente para que podamos considerarlas objeto de la Historia: no se encuentran en el mercado editorial ni se usan para impartir las clases, aunque en su momento se utilizaran. Téngase en cuenta que en el siglo pasado los «Prolegómenos» fueron asignatura de la licenciatura de Derecho en España. Eran aquéllas compendios de diversas facetas del orden jurídico: un poco de todo. Una sola palabra basta para describir su carácter: enciclopédicas.

b) Otro grupo bien definido está constituido por introducciones escritas por civilistas y con los materiales que habitualmente elaboran ellos mismos. En las presentaciones de éstas, por cierto, suelen quejarse de las que producen los iusfilósofos. El dato no es baladí, pues las suyas casi nunca introducen al Derecho, sino, como mucho, al Derecho Privado, pero generalmente al Derecho Civil, cuando no a una parte de éste. Está todo dicho, creo yo. Eso sí, apuntar que el libro de Díez-Picazo no encaja aquí.

c) Un tercer tipo de introducciones al Derecho sería el de los iusfilósofos. Como antes la referencia era al gremio de los civilistas, ahora lo es al de los filósofos del Derecho, que también introducen a éste. ¿Por qué se caracterizan estos libros? Por ser filosóficos, evidentemente, por introducir más que al Derecho, a su filosofía. Su horizonte es más amplio que las anteriores, pero tal vez lo sea demasiado. Téngase en cuenta que muchas veces, de forma expresa o tácita, constan de tres secciones: ontología, gnoseología y deontología jurídicas. En fin.

d) Por último hay «otras introducciones», introducciones que no han sido escritas por los citados juristas o, al menos, que las han escrito con otros criterios. La parte principal del libro suele dedicarse a lo que sea el Derecho y, además, con profusión de contactos con otras cuestiones y ejemplos que acercan al mundo, aunque sea al jurídico. En este epígrafe encajan las *Experiencias* de Díez-Picazo.

No se acaba aquí la investigación, sin embargo; pues si hemos visto qué es lo que hay, aún tenemos que preguntarnos por lo que debería haber: ¿cómo debe ser una introducción al Derecho? o, desde otro punto de vista, ¿la introducción al Derecho es ciencia, filosofía o teoría jurídica?, porque se da por descontado que no es historia ni sociología ni informática, por ejemplo. La resolución que despeje la duda relativa al estatuto epistemológico de las introducciones que nos ocupan ha de seguir el camino de la exclusión: 1) No es teoría porque no está en absoluto claro qué es la teoría del Derecho. 2) No es ciencia porque la Jurisprudencia tiene un carácter limitado, vale decir parcial: la ciencia universal del Derecho no existe; hay concretas ciencias jurídicas (penal, civil, mercantil, etc.). 3) Entonces es filosofía. Sumariamente, la filosofía trata de lo que es el Derecho, de lo que debe ser y de cómo conocerlo, ¿debe tratar de esto la introducción al Derecho?

Anteriormente he criticado las introducciones al Derecho que realmente eran introducciones a la filosofía jurídica y, por tanto, parece que a la última cuestión, si quiero ser coherente, he de contestar con una negativa. Empero, es bien distinto afirmar que la introducción al Derecho no debe ser una introducción a la filosofía del Derecho, que pretender que aquélla tenga carácter filosófico. En efecto, se trata de usos distintos del término filosofía, y ello por lo siguiente: debiera distinguirse —creo yo— entre la introducción al Derecho, la introducción a la ciencia del Derecho y la introducción a la deontología jurídica. En este último caso, el acento se pone en la actividad de valorar el orden jurídico, aunque eso no quite para que haya que hacer referencias al concepto del Derecho o a la ciencia jurídica. En el supuesto

de introducción a esta última, en cambio, el objeto es la Jurisprudencia, aunque también aquí haya que explicitar o, al menos, tener en cuenta el concepto de lo jurídico, a la vez que la cuestión de la legitimidad del Derecho. Ahora bien, en lo tocante a la introducción al Derecho, el eje de la disciplina es el ontológico, o sea, el concepto del Derecho y los conceptos jurídicos fundamentales, mas tampoco esto imposibilita para que se traten las cuestiones primeras de la gnoseología y la deontología jurídicas, sino que es necesario, pues hoy día casi todos reconocemos que el Derecho no es algo al margen de su conocimiento, ni tampoco de las cuestiones valorativas, morales y políticas.

Así sería una introducción al Derecho, que se ha de determinar no sólo por sus partes, por los contenidos que engloba, sino también, y esto es fundamental, por el peso que cada una de ellas tiene o ha de tener. Si a todos los sectores vistos se les otorga igual importancia, resulta que se tratará de una introducción a la filosofía del Derecho, mientras que según dónde pongamos el acento, estaremos ante disciplinas diversas. No es difícil distinguir unas de otras si se comprende el concepto «introducción» en perspectiva funcional. En efecto, una introducción al Derecho no es tal por ostentar el título, pues ya hemos visto casos evidentes que lo confirman, sino porque de veras constituye el estudio preliminar necesario para adentrarse en el análisis de los particulares sectores de un ordenamiento o en el de las instituciones concretas.

Los primeros análisis, sin embargo, sirven para algo más, para constatar que una introducción como la que aquí se propone no puede tener un carácter excesivamente abstracto. Antes al contrario, para lograr una meta de abstracción se requiere haber pasado previamente por momentos concretos, con lo que parece que de nuevo quitamos sentido filosófico a la introducción, y así es. Una asignatura de este tipo ha de referirse continuamente al Derecho positivo, a la ciencia jurídica concreta, al ejemplo cotidiano. Evidente que la asignatura continuará siendo filosófica, pero en el amplio sentido, alejada de la filosofía académica, de lucubraciones complejas y pedantes, ceñida a las ideas más sencillas y, tal vez por eso, a la verdadera filosofía.

Es en el sentido expuesto en el que *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* se convierte, se ha convertido, en una obra paradigmática para las introducciones españolas al Derecho. Claro que llama la atención que el título no encaje en el rótulo referido, pero el nominalismo es incapaz de erigirse en crítica cuando se analiza su contenido. En cuanto a éste, Díez-Picazo optó en su momento por una sistemática distinta a las comunes, mas eso simplemente muestra una particular opción metodológica, diversa de la mayoritaria, que consiste en partir de lo más general para ir descendiendo, como si fuera deductivamente, a las materias más específicas. Al contrario, en esta obra se parte de lo singular y concreto para ir ascendiendo a lo general, al concepto de Derecho. Por ese camino, sin embargo, van apareciendo y cobrando sentido todas las cuestiones que deben englobarse en una introducción al Derecho: desde sus fuentes hasta las clases de ordenamientos jurídicos, desde las normas hasta los principios relevantes para el Derecho. Esa metodología, además, no es ajena a la filosofía que inspira la doctrina del autor, más tónica que «lógica», más constructiva que simplemente expositora. En efecto, porque se trata de un buen libro introductorio, es más que eso, pues en él se enseña una atractiva visión del Derecho. Además, como era de esperar en un jurista que se ocupa con el Derecho positivo, lo hace exponiendo doctrina, pero ejemplificándola con los casos reales con que trabaja el técnico en Derecho.

Por lo hasta aquí expuesto, se trata de un trabajo al que no se suele dedicar el científico de una determinada rama del Derecho. Hay introducciones a concretos Derechos (últimamente, por ejemplo, la magnífica *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, de Silva Sánchez) y en este caso, aunque ya hace más de veinte años, podía haberse pensado que se trataría de una introducción al Derecho civil o del simple estudio del Título Preliminar del Código Civil español, pero no fue así. Hay un dato que debe ser tenido en cuenta por el lector, la cantidad de citas a iusfilósofos (Savigny, Kantorowicz, English, Olivecrona, Kelsen, Viehweg, etc.) que Díez-Picazo utiliza para fundamentar sus tesis: aunque escrito por un civilista, se trata de un libro filosófico, es decir, estamos —pienso— ante el modelo antes defendido de introducción al Derecho. Por eso la obra de Díez-Picazo que comentamos

ha tenido tanto éxito, porque *parte de* o, mejor, *culmina en* una concepción que otorga explicación a todo aquello a lo que se refiere, esto es, que se trata de un mapa global donde cabe ir colocando todos los lugares que van apareciendo y que así, cobran sentido. En fin, el Derecho es una manera que se ha ideado para resolver problemas sociales de singular importancia y, por tanto, «los conceptos jurídicos tienen que ser entendidos desde un punto de vista problemático». Frente a la estricta lógica, el Derecho más bien es un artificio humano regido por las leyes de la dialéctica. Imprescindible.

Benjamín RIVAYA GARCÍA

**Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción por Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994, 359 páginas.**

Era de esperar que tras el éxito obtenido con sus obras anteriores —*Taking Rights Seriously* (1977, traducido al castellano en 1984 por M. Guastavino), *The Philosophy of Law* (1977, edición en español en 1980 a cargo de J. Sainz de los Terreros), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986, traducido por C. Ferrari en 1988)— la versión en castellano del último libro de Dworkin viera pronto la luz (menos de un año). Crítico implacable de las escuelas positivistas y utilitaristas continúa en ésta, su última aportación, la defensa de que el discurso jurídico no excluye ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico.

El autor conduce el debate del aborto y de la eutanasia por cauces diametralmente distintos a los que se vienen ofreciendo en la actualidad. Simplemente por el planteamiento del libro, ya estaría justificada su edición a pesar de que sus argumentos no fueran convincentes. Estimo que es digno de elogio por dos razones, aparentemente formales, pero a mi modo de ver, esenciales por el contexto en el que nace:

1. Desde el punto de vista de la filosofía práctica, es de suma importancia el que se abandonen —al menos, en el inicio— los discursos abstractos sin tener presente el fin de los mismos, para pasar a colocar en primer plano, el problema práctico, ir poco a poco desgranando las cuestiones teóricas que plantea y ofrecer una solución. De este modo, no se pierde el objetivo de la investigación, y no hay riesgo de quedarse en la pura abstracción, incapacitada por definición, para acoplarse a la realidad concreta y específica. En su consecuencia, si el ya famoso *Taking Rights Seriously* fue polémico y aún hoy suscita amplios y críticos debates más allá del ámbito académico, no será menos éste que, además, «obligará» a los teóricos a enfrentarse con la resolución de los problemas prácticos más acuciantes de nuestra época.

2. Desde el campo de la Bioética, es de agradecer que una obra así surja en EE.UU. Los asuntos bioéticos son tratados en dicho país de un modo tan pragmático que raya, en ocasiones, en la superficialidad. Se dan soluciones que resuelven el conflicto *ad hoc* sin demostrar mayor preocupación por la búsqueda de la fundamentación racional de las decisiones, lo que implica la existencia de contradicciones entre los casos resueltos.

El presente libro de R. Dworkin constituye una contribución necesaria para la filosofía moral, política y jurídica en lo referente al tratamiento por parte del Estado de cuestiones tan delicadas como las que rodean *los extremos de la vida* (capítulo 1). De nuevo, como había hecho en otras ocasiones, al tratar temas de gran actualidad desde el enfoque filosófico jurídico, pone de manifiesto la necesidad de relacionar el discurso moral y jurídico. El autor sigue el mismo método utilizado en sus obras anteriores. Analiza los argumentos esgrimidos por los jueces en sus sentencias y, a partir de ahí, teoriza, critica y desarrolla una teoría ambivalente para el estudio del aborto y de la eutanasia.

Conecta la teoría con la práctica desde dentro hacia fuera. Partiendo de problemas prácticos, se plantea las cuestiones generales de naturaleza filosófica o teórica que se deben afrontar para resolver los mismos.

En el primer capítulo se perfila el enfoque general de la obra. Realiza un minucioso análisis de las distintas opiniones que existen tanto del aborto como de la eutanasia. Por otra parte, expone el tratamiento de los mismos en el ámbito del Derecho positivo europeo, demostrando de este modo que, el «aislamiento» tan criticado que parecía sufrir en sus anteriores publicaciones (por ejemplo, la crítica que realiza al positivismo jurídico en *Taking Rights Seriously*, obvia dos de los mayores exponentes en Europa —Ross y Bobbio—), ha dejado de ser tal. Expone, seguidamente, los argumentos de las sentencias más significativas de EE.UU., la sentencia *Roe vs. Wade* que legalizó el aborto en 1973, y la de *Nancy Cruzan* (1990), sobre la conveniencia de retirar o no el soporte de sostenimiento vital a un paciente en unas determinadas circunstancias.

Ambos pronunciamientos (sobre todo, el primero) generaron los debates más virulentos y enfrentados que la sociedad americana ha vivido en los últimos tiempos. Sin embargo, Dworkin pone de manifiesto que la discusión ha sido incorrecta y confusamente planteada al ser alegados continuamente los derechos e intereses del feto por los detractores del aborto. Esta idea es rebatida por el autor al considerar que a un sujeto no pueden atribuírsele derechos e intereses si no ha tenido previamente alguna forma de conciencia: alguna vida psíquica además de física. Por otra parte, la profundización en los argumentos de las partes contendientes (colectivos religiosos, feministas...) —capítulo 2— nos conducen a vislumbrar el fondo de la discusión: los términos en los que se plantea el debate no son otros que la problemática acerca del alcance y el carácter atribuido al valor de la vida humana (menciona como ejemplo, la sentencia 53/85 del Tribunal Constitucional español), y no si el feto tiene o no derechos e intereses. A pesar de la coincidencia de la gran mayoría en admitir la santidad de la vida humana, surgen insalvables diferencias a la hora de entender el alcance de dicha caracterización. La cuestión hay que centrarla, pues, no en si el feto es una persona (pregunta demasiado ambigua para ser útil), sino en la reflexión y la meditación sobre qué quiere decir que la vida humana es sagrada, inviolable; qué consecuencias se derivan de dicho principio; qué papel le corresponde al Estado en relación con el mismo.

A continuación, y a raíz de lo anteriormente expuesto, trata de explicar la concepción de lo sagrado con el fin de entender por qué se le atribuye un valor intrínseco a la vida humana. Ésta representa en nuestra cultura un valor *instrumental* (sirve a los intereses de los demás), *personal* (el hecho de estar vivo es bueno para la persona) y *sagrado* (inviolable, valiosa en tanto que existe). Este carácter sagrado se fundamenta en el hecho de que la vida humana es el resultado de una inversión natural (aparentemente inexplicable) y humana. Así, cuando se pierde una vida, la valoración de dicha pérdida no depende de la cantidad de vida que queda por vivir sino de la *frustración* que suponga. Ahora bien, la disparidad de opiniones en torno a estas cuestiones varía en función de cuál sea la importancia moral relativa que se atribuye a las contribuciones natural y humana en la inviolabilidad de las vidas humanas individuales. «Reconocer la santidad de la vida significa no frustrar las inversiones depositadas en la vida». Si sólo cuenta la inversión natural para decidir si el aborto desperdicia la vida humana estaremos ante la postura conservadora más extremista, si por el contrario es la inversión humana la predominante nos situaremos en el polo opuesto.

En los tres capítulos siguientes, Dworkin analiza las consecuencias jurídicas y políticas que se derivan del hecho de que el Estado debe proteger la vida humana en cuanto tal. Lleva a cabo un meticuloso análisis de los argumentos que se vertieron en la sentencia *Roe vs. Wade*, así como de las críticas de las que fue objeto. Teniendo en cuenta la decimocuarta enmienda de la Constitución de los EE.UU. (cláusula del proceso debido) y el rango constitucional de ciertos derechos (ni restringibles ni anulables por los Estados, salvo que contaran con una justificación muy fuerte) se posiciona a favor de aquel dictamen en el cual el juez Blackmun consideró que el derecho a la privacidad en materia de procreación que asiste a la mujer incluye el derecho al aborto. Su argumentación consiste en demostrar que tal derecho no vulnera en ningún modo la protección de la vida humana, fin de todo Estado. ¿Cómo —se cuestiona Dworkin— debe materializarse dicha protección? ¿Defendiendo los derechos o intereses del feto (*interés derivado*) o aludiendo al carácter sagrado de la vida (*interés de carácter autónomo*)?

Si optamos por la primera posibilidad, esto es, que la protección viene dada en razón de un interés derivado, será necesario comprobar si se puede considerar al feto una persona en sentido constitucional, susceptible de derechos o intereses —cuestión jurídica—, es decir, si la Constitución estadounidense exige a los Estados tratar a los fetos como si fueran niños o adultos. Aprovechando la ocasión para exponer su teoría acerca de la interpretación constitucional (*dimensión del ajuste y dimensión de la justicia*) llega a la conclusión de que, a pesar de que la Constitución no declara que el feto sea una persona, no permite que cada Estado decida libremente que el feto tenga el mismo *status* jurídico que las personas, y ello porque podría

«recortar derechos constitucionales añadiendo nuevas personas a la población constitucional».

De este modo, siendo inviable la primera opción, entra en juego la segunda: el Estado tiene que proteger la vida humana de los fetos en virtud de una razón de carácter autónomo —la inviolabilidad de la vida humana—. Ahora bien, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto ¿puede un gobierno digno imponer a sus ciudadanos qué valores intrínsecos deben reconocer, por qué deben reconocerlos y cómo? Aplicado al caso concreto, ¿tienen los Estados una razón imperativa para negar el aborto? ¿Cuál es el equilibrio apropiado entre la libertad personal y la guarda de un espacio moral público en el cual viven los ciudadanos? La labor del Estado tendrá que decantarse en una de estas dos direcciones: o deja a los individuos que decidan por sí mismos (*objetivo de responsabilidad*), o decide el Estado a través de un proceso político y luego insta a todos al consenso (*objetivo de conformidad*). Fundándose en la idea de que la concepción acerca de la santidad de la vida constituye una creencia esencialmente religiosa, entendida ésta en sentido amplio, y que la primera enmienda de la Constitución estadounidense prohíbe a los Estados imponer alguna religión y garantiza el libre ejercicio de la misma, Dworkin concluye que el derecho a la autonomía procreativa de la mujer (incluido el derecho al aborto) se basa en aquella enmienda primera y ocupa un lugar relevante en cualquier cultura política de corte democrático, basada en la tolerancia. Idea que se recogía ya, de modo general, en sus obras anteriores, cuando afirmaba que «el Gobierno debe tratar a sus ciudadanos como seres capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida y de actuar de acuerdo con ellos» (cfr. *Los derechos en serio*, 1984, p. 388). Por tanto, siendo obligación de cualquier sociedad comprometida con la libertad dejar tales decisiones a la conciencia individual, considera que la controvertida sentencia *Roe vs. Wade* no debería ser revocada.

En los dos últimos capítulos del libro, Dworkin aborda, tomando como referencia teórica la exposición realizada para el aborto, el problema de la eutanasia en sus diversas formas. Con el pretexto de dar a conocer al lector las implicaciones de esta cuestión, comienza este capítulo describiendo casos, encuestas, legislación... Presenta como problemas prácticos a los que se debe ofrecer una solución, tres situaciones paradigmáticas: personas conscientes y competentes, personas inconscientes y, por último, personas conscientes pero incompetentes. Tres son también, los valores que se deben cuestionar para dilucidar lo moralmente correcto en estos casos: *autonomía*, *mejores intereses del paciente* y, de nuevo, la *santidad de la vida*. Los dos últimos son los que aparecen normalmente como «enemigos» de la eutanasia.

Por lo que respecta al problema de averiguar cuál es el mejor interés del paciente cuando éste es incapaz para expresar su voluntad, Dworkin estima necesario «volver a la vida» para poder decidir coherentemente en el momento de la muerte. Y así, distingue entre intereses de experiencia e intereses críticos, con el fin de diferenciar entre dos clases de razones que las personas tienen para encaminar sus vidas en una dirección en vez de en otra, para comprender muchas de nuestras convicciones acerca de cómo deberá ser tratada la gente. Los intereses de experiencia serían aquellos que vienen determinados por las cosas que podemos hacer o nos pueden suceder (buenas y malas); los críticos, son aquellos que guían la vida de una persona, los que hacen que una vida sea auténtica, única e irrepetible. Comprobadas tanto la especificidad como la variabilidad de los intereses críticos, y teniendo en cuenta que la forma de morir puede pertenecer a dichos intereses, concluye que el Estado no puede imponer una concepción general y uniforme mediante una norma imperativa, sino que deberá dejar una esfera de actuación al individuo para que decida sobre su futuro próximo de acuerdo con sus intereses. Y en el caso de que estuviese inconsciente deberían ser sus familiares, o amigos, con los que ha tenido una relación más estrecha los que decidan. Solución esta última que no encaja, a mi juicio, con el concepto central de la argumentación de Dworkin en todas sus obras, la *igualdad*, ese liberalismo radical igualitario que se expresa en «el Estado debe tratar a los ciudadanos con igual consideración y respeto», aparece un poco descafeinado en el caso de los inconscientes con relación a los que aún conservan su autonomía intacta.

Por último, el autor encara el grave y trágico problema de los dementes. ¿Qué derechos les asisten? ¿Qué es lo mejor para ellos? Presenta como paradigma de su discurso teórico los casos de Alzheimer, en los que la demencia ha sobrevenido después de una vida completamente normal. Sus derechos e intereses tendrán que considerarse de dos formas: como un demente, teniendo en cuenta su situación actual; y como una persona que anteriormente llevaba una vida totalmente normal. ¿Cómo juegan en ellos los tres parámetros analizados autonomía, beneficencia, santidad de la vida?

En el supuesto de los dementes se debe atender, en cuanto a la primera cuestión, al grado de capacidad general para orientar su vida, esto es, si sus elecciones se contradicen de forma que no reflejan una coherencia lógica. Si así fuere, habrían perdido su capacidad y no se les podría reconocer el derecho a la autonomía. Sin embargo, estamos ante una persona que anteriormente era plenamente capaz ¿Qué sucede con la posible voluntad que expresara cuando estaba lúcido? ¿Y si se contradice con la que actualmente expresa? Por ejemplo, alguien que hubiera declarado en un testamento vital que llegada la situación de demencia no quería seguir viviendo, y sin embargo, en la actualidad no quiere morir y lleva una vida aparentemente feliz. De acuerdo con la concepción de la autonomía basada en la integridad —alienta y protege la capacidad general de las personas para orientar sus vidas según su criterio— y en coherencia lógica racional con nuestro discurso, deberíamos respetar la autonomía precedente, a sabiendas de que ello conllevaría innumerables problemas prácticos.

Por lo que se refiere a la beneficencia, en orden a conocer cuáles son los mejores intereses del paciente. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre lo que es mejor para ese individuo y su autonomía precedente? Dworkin hace una aclaración en este punto y, recogiendo la anterior distinción entre intereses de experiencia y críticos, explicita que el conflicto existente se da entre la autonomía precedente y los intereses de experiencia, porque los críticos —su plan de vida— coinciden con la autonomía precedente, con lo que el conflicto desaparecería, haciendo prevalecer de nuevo su deseo cuando era plenamente capaz y consciente. Esto viene a corroborar, además, la protección del valor inherente a toda persona humana, su dignidad, consistente en que a una persona se le respeten sus intereses críticos genuinos y, como éstos los conservan —ya que en la actualidad sólo pueden tener intereses de experiencia—, las personas dementes serán acreedoras de que se les respete su derecho a la dignidad, derecho que apunta a favor de la libertad individual ejercida de un modo responsable.

Finaliza el autor el libro con una síntesis en la cual pone de manifiesto que en el núcleo de ambos argumentos se debe centrar la dignidad como «reveladora del respeto al valor inherente de nuestras propias vidas». Reivindica en relación al aborto y a la eutanasia el derecho de decidir por nosotros mismos. Dworkin, al comenzar, declaraba que este libro serviría para una clarificación del debate continuamente salpicado por una lluvia de opiniones encontradas y apasionadas, no del todo injustificadas. No se puede decir, por ahora, que haya logrado su objetivo, pero sí que ha supuesto un gran impulso para seguir reflexionando sobre la problemática de estos supuestos tan actuales como delicados para el conjunto de la sociedad.

Ana María MARCOS DEL CANO

**Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, 107 páginas.**

Este pequeño libro contiene una interesante exposición e interpretación de la doctrina del precedente desarrollada por el Tribunal Constitucional español, según la cual el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución exige que los órganos jurisdiccionales no se aparten arbitrariamente de los criterios de decisión seguidos en sus propias resoluciones anteriores. La autora pone especial cuidado en deslindar el significado, fundamento y alcance de esta exigencia respecto de otras aspiraciones constitucionales como la igualdad material o la unidad de jurisdicción. Y lo hace con tenacidad, en ocasiones en abierta confrontación con el sentido explícito de las sentencias del TC, las cuales evidencian a su vez un descuidado tratamiento del problema. El empeño de Marina Gascón es examinar la difusa doctrina del TC sobre la relevancia del precedente y rescatar de ella una línea argumentativa nítida a cuya luz interpretar la institución —y también, de paso, las manifestaciones del TC que no se ajustan a dicha línea.

Lo primero que hay que subrayar es que por *técnica del precedente* la autora no se refiere al sometimiento de los órganos jurisdiccionales a los criterios de decisión seguidos en el pasado por otros órganos de igual o superior jerarquía al resolver casos iguales; sino a los seguidos por el mismo órgano decisor. Más aun, y esto puede resultar paradójico, a su juicio la regla del precedente tiene sobre todo un sentido de futuro, en tanto que en virtud de dicha regla cuando un juez escoge un criterio por el que guiar su decisión está comprometiendo su actuación futura. La clave de la técnica del precedente para Gascón es que introduce el principio de universalización en la actuación judicial, obligando a resolver el caso presente del modo que el juzgador considera más correcto para dar respuesta a cualquier situación futura con las mismas características. El precedente no protege la tradición jurisprudencial; su razón de ser no es salvaguardar la unidad en las soluciones judiciales para mantener así la ficción de jurisdicción única y promover un aspecto de la seguridad jurídica. La regla del precedente no prohíbe alterar la línea jurisprudencial; sólo prohíbe hacerlo sin motivo y exclusivamente en lo que atañe a la jurisprudencia del propio órgano decisor. Lo que hace el precedente es imponer un mínimo de racionalidad en las decisiones: obliga al órgano decisor a seguir consistentemente la pauta que él mismo se marca, si no hay razones para abandonarla.

El libro comienza con una reflexión sobre el papel de los jueces como creadores de Derecho, en la que la autora se sitúa junto a quienes critican a Dworkin por sostener que el Derecho siempre dispone de una única respuesta correcta para los casos litigiosos, y que la tarea judicial es aplicar ese Derecho preexistente (más en concreto, garantizar los derechos preexistentes), reconstruyéndolo incluso con ayuda de los principios morales vigentes en la sociedad. Gascón lanza contra esa tesis diversos dardos: las expresiones jurídicas pueden ser genuinamente ambiguas; los principios morales no ayudan a la determinación del Derecho, en tanto que su formulación no es precisa; la sociedad no profesa valores homogéneos y los sistemas jurídicos incorporan a veces principios contradictorios; la posibilidad de no alcanzar un consenso sobre normas impide que exista siempre una única respuesta correcta para el conjunto de la comunidad lingüístico-jurídica, frente a lo que ocurre respecto a cada persona individual (cuyas creencias no pueden contradecirse), aunque aspirar a aquélla actúa como idea regulativa en la interpretación jurídica. Hacia el final de estas líneas expondré mi sospecha de que precisamente la referencia a las creencias de cada persona da una pista para matizar la negación de la respuesta correcta única.

Pero el libro de Marina Gascón no está dedicado al problema de la intervención de los jueces en la creación/identificación del Derecho. Su tema es el principio de universalización, tal como se plasma en la exigencia de que los órganos judiciales se atengan siempre a las soluciones que ellos mismos consideran correctas: «toma aquella decisión que en el futuro estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias» (p. 31). Para Gascón, ante el hecho de que a veces los criterios que sirven al juez para decidir no proporcionan una única respuesta, el criterio de universalización se presenta como la garantía mínima de racionalidad de esas decisiones



conflictivas. Se trata, como se comprende fácilmente, de una racionalidad meramente formal, que es compatible con soluciones abiertamente injustas. Por eso es necesario que la garantía formal impuesta por el autopercedente se complemente con una protección material de la justicia, que proscriba las resoluciones judiciales conformes con una línea jurisprudencial lesiva de derechos fundamentales. De ahí que se haya querido combinar la exigencia derivada del precedente con la protección de la igualdad material, llegándose a una confusión de garantías que Gascón se esfuerza por deslindar.

Como apunté, la depuración filosófica del sentido del autopercedente llevada a cabo por Marina Gascón en este libro se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Una jurisprudencia no siempre consistente, como la autora se encarga de poner de relieve, pero que sí ofrece una base en la que sostener una construcción doctrinal como la que este libro propone. Y, sobre todo, una jurisprudencia que emplaza el respeto del autopercedente como algo más que un requisito de rigor formal: es una exigencia jurídica fundamental, derivada del artículo 14 CE. En efecto, para el TC la regla del precedente es una expresión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que forma parte del contenido del artículo 14 CE junto al derecho de igualdad en la ley. Gascón acepta la vía escogida por el TC para deducir de la Constitución la regla del precedente, aunque ella observa que la aplicación de la misma solución jurídica a los casos iguales no es un asunto de igualdad, sino más bien de certeza y seguridad jurídica (pp. 56 y ss.). No obstante después aclara que el objetivo de la regla del precedente no es la uniformidad jurisprudencial en los casos idénticos, frente a la cual el TC prima la independencia judicial, sino que su objetivo es la interdicción de la arbitrariedad que supone que un órgano jurisdiccional desoiga inmotivadamente su propia jurisprudencia (pp. 77 y ss.). Pero el principal reproche que Gascón dirige al TC es que en ocasiones parezca asimilar la vinculación al precedente con la interdicción de interpretar y aplicar el Derecho con criterios discriminatorios. Porque a su juicio —y éste es el hilo conductor del libro— una cosa es la igualdad material ante la ley impuesta por el artículo 14 CE, consistente en la proscripción de discriminaciones no autorizadas, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho; y otra muy distinta es la exigencia de racionalidad en la actuación judicial, la cual se refleja en la obligación de regirse por el principio de universalización en la aplicación del Derecho, obligación que a su vez se plasma jurídicamente en la regla del precedente.

De todos modos, como digo, Gascón acaba aceptando, pese a sus matizaciones, la incardinación de la técnica del precedente en el artículo 14 CE, en cuanto igualdad en la aplicación de la ley. Para ello introduce en esta vertiente de la igualdad una distinción, que en el TC sólo es implícita, entre la obligación de interpretar el Derecho de forma no discriminatoria y la obligación de respetar el propio precedente. Gascón expone cómo la doctrina del TC sobre las exigencias de la igualdad evolucionó desde una garantía material contra las discriminaciones prohibidas por la Constitución hasta una defensa de la regla del precedente en cuanto mandato formal, el cual constriñe al juzgador a mantener el criterio de decisión adoptado por él previamente en supuestos iguales, salvo que motive el cambio. Si originalmente el control de igualdad desarrollado por el TC consistía en la revisión de los criterios interpretativos seguidos por el juzgador, ahora el TC adopta la técnica del precedente como mecanismo de control que no requiere examinar la corrección material de la resolución recurrida. Con esta solución el TC colabora a su propósito expreso —no siempre cumplido— de no convertirse en una instancia más de revisión judicial. La técnica del precedente dota al TC de un mecanismo de control formal de las decisiones judiciales que le evita tener que entrar en el contenido de la decisión.

Pero, por supuesto, un control formal como el que aporta la regla del precedente no satisface la protección constitucional. Por eso el TC ha mantenido, incluso después de desarrollar la doctrina del precedente, su entendimiento original del principio de igualdad como prohibición de discriminaciones al interpretar y aplicar la ley. Ante esta dualidad Gascón sugiere sensatamente que lo más adecuado es interpretar que el TC simultanea ambas interpretaciones de la igualdad en la aplicación de la ley, aunque esporádicamente se torne reduccionista (Gascón menciona la STC 144/1988 como una sentencia restrictiva, en cuanto que condiciona la aplica-

ción de la regla del precedente a que la resolución que cambia inmotivadamente de criterio tome en consideración indebidas circunstancias personales o sociales de las partes). La Constitución prohíbe en primer lugar la aplicación discriminatoria del Derecho; pero impide también apartarse arbitrariamente del propio precedente aunque la nueva decisión no atente contra la igualdad material. Esta segunda garantía, que el TC llama por antonomasia *igualdad en la aplicación de la ley*, es el contenido de la técnica del precedente.

El enfoque de Gascón para armonizar la jurisprudencia constitucional sobre el autoprecedente me parece acertado. La coexistencia de las diversas exigencias constitucionales de igualdad material y racionalidad formal aparece con cierta claridad en la STC 159/1989, de 6 de octubre de 1989, que reconoce el derecho de una mujer a que la atribución judicial del arrendamiento de un local de negocio tras su separación conyugal, y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, no sea considerada un traspaso con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). El fundamento jurídico 2.º de esta STC recoge la doctrina del autoprecedente al resumir las condiciones para invocar la igualdad en la aplicación de la ley: «la aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y la verificación de la existencia de un cambio de criterio efectuado de forma inmotivada o irrazonable por un mismo órgano judicial en sus decisiones»; lo cual ha de ser «compatible con los principios de independencia judicial y no necesaria vinculación a los precedentes, de forma que el órgano judicial pueda, mediante el oportuno razonamiento y motivación, variar eventualmente de criterio en sus ulteriores decisiones respecto al mantenido inicialmente en alguna o varias de las dictadas con anterioridad». Esta mención se debe a que la demandante alegaba que la sentencia recurrida era contradictoria con otra anterior de la misma Audiencia Territorial y con otras del Tribunal Supremo sobre hechos similares. Pero el TC responde que ambas sentencias de la AT difieren tanto en los hechos como en la normativa aplicable. Y que el hecho de que la AT no comparta el criterio de la STS invocada no infringe el derecho a la igualdad, por varias razones (algo llamativo, pues la primera de ellas debería hacer a las demás irrelevantes): porque este derecho vincula sólo respecto al propio precedente, porque no basta una sentencia aislada sino que es precisa una línea jurisprudencial consolidada, y porque la STS no ventilaba el mismo problema ni tenía el mismo supuesto (versaba sobre un arrendamiento de vivienda). Esta última razón explica a su vez por qué no resulta aplicable al caso otra exigencia constitucional derivada del art. 24.1 CE: diversos órganos del Estado no pueden resolver contradictoriamente sobre la existencia e inexistencia de unos mismos hechos (cfr. STC 185/1985).

Junto al evocado enfoque de la igualdad constitucional en la aplicación de la ley, esta STC 159/1989 recoge también en su FJ 4.º el enfoque rival: el artículo 14 CE puede verse lesionado «mediante una interpretación o aplicación de la legalidad que resulte *per se* injustificadamente discriminatoria». Al TC no le compete corregir la interpretación y aplicación del Derecho practicada por los órganos judiciales, pero siempre que éstos respeten el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 CE. Atendiendo a esta nueva perspectiva de la exigencia constitucional, la STC otorga el amparo por considerar que la SAT incurre en una discriminación injustificada al interpretar que el artículo 31.1 de la LAU no incluye la atribución judicial por causa de separación matrimonial entre las excepciones del supuesto de traspaso, ya que —advierte el TC— la LAU ha de ser reinterpretada a la luz de la Constitución. Por último, la STC expone que el artículo 24.1 CE exige que la motivación requerida en los pronunciamientos judiciales sea razonable y razonada; y con base en este requisito halla una nueva razón para otorgar el amparo, puesto que la SAT recurrida contiene una argumentación intrínsecamente contradictoria e irrazonable que no respeta el derecho de tutela (en efecto, la SAT reconocía en un principio que los dos cónyuges eran coarrendadores pero después considera que la sentencia judicial dio lugar a un traspaso).

Como se ve, esta STS 159/1989 —que me he permitido exponer puesto que no la he visto citada en el documentado libro de Marina Gascón— contiene una informativa recopilación de varios modos de presencia del principio de igualdad en la tutela constitucional. De ellas nos interesaba sobre todo la recogida en primer

lugar, por cuanto que el objeto de estudio del libro que comento es el autoprecedente. Por cierto que es posible que el TC lo incumpla en esta sentencia, pues se ha dicho que en ella contradice el criterio que siguió en la STC 126/1989 —de la misma Sala 1.<sup>a</sup>, si bien el TC no distingue entre Salas o Secciones de un mismo órgano a efectos de autoprecedente—. Aquella sentencia consideraba que la esposa a la que el juez atribuyó el uso de la vivienda tras la separación no ve lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva si otro juez considera que al no haber notificado la resolución al arrendador incurre en un supuesto de cesión inconstitucional a tenor de los artículos 24 y 25 de la LAU. En esa ocasión el TC estimó que se trataba de un problema de legalidad ordinaria en el que no podía inmiscuirse. Tal vez la diferencia entre los casos a los que se trataba de adaptar la separación conyugal —necesidad de la notificación de la subrogación de vivienda familiar en uno, y existencia de traspaso de local de negocio en otro— permitiría al TC justificar que considerase que en el segundo, pero no así en el primero, permitir el desahucio de la esposa supone una interpretación discriminatoria del Derecho, cuya inconstitucionalidad permite anular la resolución. Pero lo cierto es que en apariencia hay un cambio de criterio, y el TC no lo motiva.

La confrontación de las dos sentencias del TC mencionadas en el párrafo anterior pone de manifiesto un punto importante: la distinción entre la exigencia material de igualdad y el requisito formal de no apartarse arbitrariamente del propio precedente, teóricamente intachable, es en la práctica bastante difusa. Porque el aspecto esencial del escrutinio de la conformidad de unas decisiones con las precedentes es determinar si la *ratio decidendi* es la misma en ambas; y esta determinación, sin duda el momento más complejo de este escrutinio, está inevitablemente guiada por consideraciones sustantivas de valor. No es sorprendente que la afinidad entre unos supuestos de hecho y otros se aprecie en función de los resultados preferidos *en cada caso* desde el punto de vista axiológico: si los criterios de justicia material manejados por el juzgador le llevan a postular una solución divergente a dos casos en apariencia idénticos, la actitud natural será tratar de mostrar que ambos casos no son en absoluto idénticos, y que por tanto admiten perfectamente soluciones contrarias. Marina Gascón reconoce la intervención de componentes axiológicos en la identificación analógica de los precedentes (p. 45), pero pese a ello insiste en diferenciar ambos aspectos de la igualdad en la aplicación de la ley.

Es difícil encontrar dos litigios tan idénticos que sea imposible justificar, más o menos convincentemente, una diferencia de enfoque al resolverlos. Esta dificultad convierte a mi juicio la técnica del precedente en un mecanismo de control de las decisiones judiciales que no es tan formal como pudiera parecer en su descripción doctrinal, sino que obliga en la práctica a realizar una revisión del contenido del fallo para comprobar su justicia material. Por eso no resulta extraño que la STC 144/1988 mencionada antes prime la protección contra las discriminaciones sobre la garantía formal del precedente. La protección constitucional se realiza ante todo procurando que la interpretación y aplicación del Derecho no sea materialmente injusta, y a este propósito se subordina la utilización de la técnica del precedente; de modo que las condiciones para dicha utilización se evalúan en función del resultado que del empleo de la regla del precedente se deriva. Pocos casos habrá tan claros de contradicción entre dos sentencias del mismo órgano como la presente en las SSTS (Sala Primera) de 19 de enero de 1987 y de 16 de febrero de 1987, que juzgaban los mismos hechos (el Banco Zaragozano recurría el levantamiento de un embargo sobre un piso que era bien ganancial de la esposa del deudor), tal como fueron dilucidados en los dos procesos que se siguieron, juicio declarativo y tercera de dominio: la primera sentencia del TS confirma el resultado de aquél, y la segunda casa el resultado de éste, pese a que ambos eran coincidentes. Pero incluso en este flagrante supuesto de contradicción cabría hallar algún resquicio para dejar de aplicar la regla del precedente si ello fuera aconsejable en aras de la justicia material del resultado. [Esa búsqueda no fue necesaria para el TSJ de Navarra, Sala de lo Civil, que en su sentencia de 10 de febrero de 1993 resuelve la contradicción reseñada estimando que el principio de seguridad jurídica aconseja conceder valor preferente a la primera sentencia frente a la segunda. Por cierto que este Tribunal no menciona la regla del precedente como razón de su decisión, sino que invoca —de modo

ciertamente más práctico para el caso concreto— el valor de la cosa juzgada: «declarado en aquélla (sentencia), de forma irrevocable, el derecho, no cabe alterarlo por una nueva actuación de los Tribunales»].

En cualquier caso, hay indicios de que la doctrina constitucional del precedente comienza a declinar por efecto de la creciente reticencia del TC a inmiscuirse en los criterios interpretativos seguidos en las sentencias recurridas. El inhibicionismo del TC ante decisiones judiciales que malinterpretan el Derecho pero que pese a ello proporcionan una tutela judicial efectiva (como es sabido, ésta no equivale al acierto judicial) ha endurecido progresivamente las condiciones necesarias para invalidar una sentencia por violación de precedente. Los requisitos para invocar esta regla —«la identidad del órgano judicial y de supuestos resueltos de forma contradictoria, junto con la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio», en expresión de la STC 160/1993— se exigen ahora con un rigor formal que da idea de la escasa voluntad del TC por anular mediante dicha técnica sentencias que no infringen otros derechos fundamentales. La STC 375/1993 desestima un recurso de amparo contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid porque se aportaban como términos de comparación sentencias del Tribunal Central de Trabajo, aunque —según apuntó el Fiscal— también contradecía sin fundamento razonable una sentencia del día anterior del propio TSJ de Madrid, y aunque ese criterio original había sido confirmado con posterioridad por el Tribunal Supremo.

En fin, discúlpeame esta incursión en el tema que ocupa al libro que reseño, libro al que seguramente me debería haber ceñido puesto que su objeto aparece allí muy competentemente tratado. Es especialmente instructivo su párrafo final, que resume el contenido de la doctrina constitucional del precedente una vez depurada; pero resisto la tentación de reproducirlo para no sustraer al lector de la satisfacción de seguir la argumentación de la autora hasta el momento de la síntesis conclusiva. Creo que esta argumentación tiene un interés intrínseco, con independencia de la actitud que pueda tomar el TC en el futuro respecto a la obligación de atenerse al propio precedente. Es de esperar que el TC no deje de ser el control de racionalidad que en muchas ocasiones ha venido siendo al exigir a los juzgadores congruencia en su línea jurisprudencial, tal como se manifiesta en el libro de Gascón. Para ello ha de evitar que la garantía formal característica del requisito de la universalización deje de ser efectiva por causa del distinto formalismo de las formalidades.

Al margen ya del tema central del libro de Gascón, quisiera ahora hacer el comentario que había pospuesto en relación a sus críticas a la tesis de la respuesta correcta única. Por mi parte admito la posibilidad, en último término, de un genuino conflicto valorativo irresoluble incluso tras un diálogo en condiciones ideales; pero no obstante creo que es igualmente real la posibilidad de solventar tales conflictos en la comunidad empleando criterios semejantes a los que ordenan las creencias de cada individuo, básicamente el principio de no contradicción. En efecto, pienso que si una persona singular puede —y debe, se añade— coordinar sus postulados normativos para formular una única respuesta correcta a cada caso litigioso, en buena medida esta coordinación es trasladable al ámbito colectivo, puesto que los principios que colisionan en uno y otro ámbito vienen a ser los mismos. Supongamos que se trata de decidir sobre la legitimidad de asumir pasivamente el sometimiento a un ejército extranjero de ocupación poderoso y despiadado. Cuando el debate se plantea intersubjetivamente es probable que choquen dos posiciones: una que prima la libertad frente al ocupante y otra que prima la vida de los ocupados. Estas valoraciones divergentes pueden ser ciertamente irreconciliables, de modo que sea imposible alcanzar *la solución correcta* al dilema. Ahora bien, cuando el problema se plantea en el interior de un sujeto singular sucede que ambas valoraciones conflictivas están también presentes, pues no en vano las creencias de cada individuo se nutren de las creencias mantenidas en su medio social; y sin embargo se admite que en esta situación el conflicto valorativo ya no es irresoluble. Al individuo que no sabe si primar la vida o la libertad se le exige que resuelva de una vez por todas sus dudas, porque se entiende que si sus creencias son racionales han de ser coherentes entre sí. Lo que se afirma, según creo, no es tanto una tesis psicológica que niega que el sujeto pueda considerar valiosos dos principios aparentemente incom-

patibles, sino más bien una tesis epistemológica según la cual el sujeto ha de poder reducir esa aparente contradicción con arreglo a criterios arbitrarios que permitan resolver uniformemente los casos planteados. Pero entonces podemos esperar que esos mismos criterios arbitrarios hagan acto de presencia en los debates intersubjetivos, de modo que dilemas aparentemente irresolubles obtengan una solución uniforme.

En definitiva, creo que un proceso constructivista de descubrimiento y análisis de los principios implícitos en la práctica social del discurso moral, con ser dificultoso y polémico, permite acceder a importantes datos que se sustraen a las discrepancias valorativas y constituyen criterios arbitrarios efectivos. Todo esto es muy teórico, y no puede decirse que la investigación constructivista defendida arroje mucha luz sobre cuál pudiera ser la respuesta correcta al dilema planteado por la ocupación militar; pero en cualquier caso no hay razón para negar tajantemente la posibilidad de que exista en realidad dicha respuesta. La discrepancia valorativa intersubjetiva se refleja en el razonamiento individual, y de la misma manera que el sujeto puede superarla en lo que respecta a sus creencias, también cuenta con mecanismos para superarla si precisa armonizar las creencias sociales para definir la mejor solución moral en la comunidad de referencia. El juez, por tanto, puede en principio reconducir la aparente ambigüedad valorativa de la sociedad hacia una red coherente de principios. Obviamente esta posibilidad no es sino la idea regulativa que menciona Gascón —siguiendo a Alexy—, pero con el matiz de que no es simplemente una ilusión imposible (un noble sueño), sino una expectativa al alcance del investigador.

Como es de rigor termino esta nota recomendando el libro de Marina Gascón, cuyo estudiado tratamiento del significado, fundamento y alcance de la obligación de respetar el propio precedente aclara aspectos complejos de dicha obligación y a su vez suscita al lector la reflexión personal, lo cual es uno de los mejores efectos que cabe esperar de un libro de filosofía jurídica.

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES

**Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, 667 páginas.**

La obra tiene dos partes: una primera parte, integrada por nueve capítulos, y una parte final. La parte final está constituida por tres trabajos preparatorios de la obra, ya publicados con anterioridad. En todo caso trabajos y capítulos son el resultado de investigaciones desarrolladas por el autor entre 1986 y julio de 1992, fecha del prólogo.

Son trabajos elaborados a partir de una investigación interdisciplinar, financiada por la Deutsche Forschungsgemeinschaft, que tenía por fin constituir un grupo de trabajo sobre Teoría del Derecho. El grupo quedó integrado inicialmente por los juristas, sociólogos y filósofos siguientes: Jürgen Habermas, Ingeborg Maus, Rainer Forst, Günther Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters y Lutz Wingert. Este grupo ha generado otras publicaciones de carácter jurídico, filosófico y político, recientemente aparecidas o en elaboración en la actualidad. En todo caso la investigación ha constituido el «contexto» gracias al cual Habermas ha podido elaborar las tesis recogidas en la obra estudiada, donde se ocupa especialmente, frente a sus críticos, de mostrar las virtualidades institucionales de su teoría de la acción comunicativa, al considerar desde esta perspectiva el papel que cumple el Derecho en la sociedad democrática actual (p. 10). Habermas entiende por estudio comunicativo aquel que se fija en la interacción cultural que se produce en las distintas actividades jurídicas.

Efectivamente, la tesis central de la obra queda resumida en la consideración del Derecho a partir del amplio ámbito que permite la expansión del mismo entre «facticidad» y validez, frente a un estudio exclusivamente normativo del mismo. Esta aproximación la realiza en coherencia con su posición filosófica, centrada en proponer como procedimiento de estudio de la realidad a la razón comunicativa en lugar de a la razón práctica, una vez que si bien el concepto moderno de razón práctica tuvo la ventaja de permitir elaborar una filosofía del sujeto, también tuvo la desventaja de que al referirse a la autonomía del individuo, a la libertad del hombre como sujeto particular; miembro de la sociedad capitalista, de la clase burguesa y del mundo burgués, «perdió su materialización en formas de vida culturales y órdenes de vida políticos» (p. 15).

Su anclaje moral incapacita a la razón práctica para el estudio de la complejidad de las sociedades modernas. Según Habermas, para superar estas limitaciones sirve la razón comunicativa en cuanto que satisface a la reconstrucción de las estructuras de competencia y de conciencia en su estado anterior al de modernidad, a la vez que es un buen anclaje para estudios funcionales y explicaciones empíricas. Ello lo logra la teoría de la acción comunicativa porque, al contrario que la razón práctica, no se ocupa del sujeto, sea éste una persona física o moral o el mismo Estado, sino del habla o de la comprensión, en cuanto que ésta conecta las interacciones entre los sujetos, y estructura las formas de vida (p. 18). Gracias a estas cualidades la teoría puede exponer los diferentes discursos en los que se fundamenta el poder democrático actuado en forma jurídica, o, dicho de otra manera, expresar las formas jurídicas de comunicación de la construcción de la voluntad política, la elaboración de las leyes y la práctica judicial, pudiendo contrastarse así, críticamente, su constitucionalidad (p. 20).

A partir de estos principios, Habermas se ocupa en los dos primeros capítulos de la obra de exponer por qué la teoría de la acción comunicativa concede a las categorías jurídicas un papel central, al mismo tiempo que explica por qué razones la teoría se constituye como contexto adecuado para una teoría discursiva del Derecho.

En concreto. El capítulo primero está dedicado al estudio del Derecho como categoría de mediación social entre «facticidad» y validez. También se precisa la fundamentación filosófica que, gracias a la teoría de la acción comunicativa, permite considerar al Derecho como tal instancia mediadora. Para ello se exponen las variaciones sufridas por la reflexión filosófica de la modernidad; en concreto se estudia

el cambio del énfasis de la misma, puesto en el sujeto por autores como Kant, o, incluso, en el lenguaje como medio universal de materialización de la razón por autores analíticos, mientras que, tras el giro dado al estudio lingüístico por Frege y Peirce, se sitúa en la intersubjetividad por posiciones pragmáticas, que consideran que el uso comprensivo del lenguaje a través de acciones comunicativas tiene la única función de coordinar actividades, o lo que es lo mismo fundamentan la siguiente afirmación: «la dimensión de la validez en el lenguaje se constituye solamente por medio de la expansión entre facticidad y validez» (p. 53). En este sentido la actuación del lenguaje jurídico es un preclaro ejemplo de la expansión: «las instituciones del Derecho Privado y las del Derecho Público [por ejemplo] posibilitan...el establecimiento de mercados y la organización del poder estatal, puesto que las operaciones de los sistemas económico y administrativo elaboradas a partir de los componentes sociales del mundo de vida se desarrollan en las formas jurídicas» (p. 59). Ha de caerse en la cuenta que las normas jurídicas siempre hacen referencia a la materia sustantiva regulada por las diferentes disciplinas jurídicas, todas las cuales han de ser actuadas por medio de la política y la técnica jurídica en el caso de que acontezca la circunstancia para la cual están previstas.

El capítulo segundo está dedicado al estudio de conceptos sociológicos de justicia de carácter jurídico y filosófico, explicitando el campo de juego que permite el uso de las denominadas teorías de justicia de carácter sociológico y las de carácter filosófico. En concreto considera Habermas las ventajas y, en especial, las limitaciones que tiene una consideración meramente sistémica como la de Luhmann, que explicita de forma objetiva el «encanto» jurídico: «el lenguaje común, sistémico, constituye un horizonte universal para la comprensión; puede traducir todo a partir de todos los lenguajes... pero no puede hacer operativos tales códigos en comportamientos reales actuables por todos los interesados» (p. 78), para ello hace falta el lenguaje jurídico con su riqueza social.

En el capítulo también estudia las propuestas que sobre la teoría de la justicia hace Rawls, poniendo de manifiesto las limitaciones de un discurso como el suyo, de carácter meramente normativo, en cuanto que, preocupado por establecer los principios abstractos de la justicia o la legitimación del Derecho, no pone énfasis en el estudio del proceso de decisión institucionalizado ni en las tendencias de desarrollo social y político presentes en las sociedades, que son el espejo en el que en verdad se configuran los principios del Estado de Derecho y las instituciones sociales (p. 89).

Finalmente propone, siguiendo a Max Weber y Talcott Parsons, utilizar una doble perspectiva sobre la justicia: la que permite atender tanto al contenido normativo del sistema jurídico cuanto a la realidad social. En este sentido Habermas manifiesta que, teniendo siempre presente que «sin la consideración del Derecho como sistema de actividades empíricas, los conceptos filosóficos quedan vacíos», ha de atenderse a las propuestas neokantianas cuyo horizonte está constituido por sus afirmaciones relativas a que «los órdenes sociales están infiltrados por las ideas e intereses (M. Weber) o los valores culturales y motivos (Parsons)» (p. 90). Coherentemente con ello entiende bajo Derecho al «moderno Derecho positivo, que se apoya tanto en su fundamentación sistemática cuanto que en la interpretación y aplicación vinculantes. El Derecho no se presenta únicamente como una forma de saber cultural sino que también al mismo tiempo constituye un componente importante del sistema institucional social. El Derecho es al mismo tiempo sistema de saber y sistema de acciones. Es comprendido tanto como texto de frases normativas e interpretaciones cuanto que institución: complejo de regulaciones de la acción. Una vez que están condicionados entre sí los motivos y las orientaciones valorativas en el Derecho en cuanto sistema de acciones, las frases jurídicas tienen inmediatamente una realidad de acción que falta a los juicios morales. Por otro lado las instituciones jurídicas se diferencian de las ordenaciones institucionales naturales por su elevada racionalidad, una vez que en ellas se incorpora un sistema de saber moldeado dogmáticamente, esto es: articulado, con nivel científico y guiado por principios morales» (pp. 106s).

Los dos capítulos siguientes (tercero y cuarto) quieren «reconstruir» el contenido normativo del Derecho, considerando el sistema de derechos y los principios del

Estado de Derecho desde perspectivas discursivas. En concreto se trata de reelaborar una parte —al menos— del Derecho racional clásico, por medio de una teoría del discurso jurídico, aceptando los principios de la ética del discurso. Con palabras de Habermas: quiere «reconstruir racionalmente la *autocomprensión* de los modernos ordenamientos jurídicos» (p. 109), formulando los Derechos que los ciudadanos se atribuyen unos a otros si quieren regular de forma legítima su vida en común por medio del Derecho positivo. De esta forma quiere fundamentar de nueva manera el viejo compromiso de una autoorganización jurídica de ciudadanos libres e iguales bajo las condiciones propias de sociedades complejas. Congruentemente con ello se revisa el sistema de Derechos y el concepto de Estado democrático de Derecho, construyéndolos a partir de la tensión entre facticidad y validez característica ambivalente de la validez jurídica.

En congruencia con lo anterior establece la siguiente clasificación de Derechos fundamentales: «1) Derechos fundamentales que se originan a partir de la extensión política autónoma del *Derecho a las mismas libertades de acción subjetiva en la mayor medida posible...* 2) Derechos fundamentales que se originan a partir de la extensión política autónoma del *status* de miembro de una libre asociación de correligionarios jurídicos; 3) Derechos fundamentales que se originan inmediatamente a partir de las *posibles reclamaciones judiciales* de Derechos y de la extensión política autónoma de la *defensa jurídica* individual... 4) Derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades en la participación en procesos de formación del pensamiento y de la voluntad, en los cuales los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y establezcan un Derecho legítimo... 5) Derechos fundamentales al disfrute de condiciones de vida, aseguradas social, técnica y ecológicamente, en cuanto que ello sea necesario para tener una igualdad de oportunidades en la utilización de los Derechos anteriores (1 a 4) en determinadas circunstancias.» (pp. 155 y ss.) (La cursiva es del original).

Además de la legitimación del sistema de Derechos por medio de la reconstrucción expuesta, Habermas también se ocupa de un problema diferente: el de la legitimación comunicativa de la práctica del poder político o, dicho de otra forma, el problema de canalizar jurídicamente los poderes estatales de sancionar, organizar y ejecutar: la labor propia del Estado de Derecho. En este sentido se explica en la obra (capítulo cuarto) que en la medida en que los poderes del Estado, a través de la Administración, la Justicia o la elaboración de las leyes, tienen que actuar por medio de la implementación de programas de planificación o finalistas que tienen implícito un carácter de aplicación de textos jurídicos, ya no es suficiente el mecanismo tradicional de la división de poderes: «se hace necesario realizar su lógica por medio de estructuras cambiantes, algo así como la introducción de formas de participación y comunicación o procesos judiciales y parlamentarios que las permitan, o procedimientos de elaboración del compromiso...» (pp. 236 y ss.).

El capítulo quinto trata sobre «la indeterminación del Derecho y la racionalidad de la jurisprudencia»; el sexto trata sobre «justicia y legislación: acerca del papel y la legitimidad de la jurisprudencia constitucional». Ambos capítulos son ejemplos concretos, tomando como referencia el estado de la discusión en Alemania y Estados Unidos, de las posibilidades que ofrece la exposición de problemas jurídicos fundamentales a través de un tratamiento teórico de carácter comunicativo. En el capítulo quinto se revisan críticamente, atendiendo a la aplicación de dicho paradigma a la práctica judicial, explicaciones como las de Dworkin, de la que se dice que tiene fuertes limitaciones porque no es intersubjetiva sino más bien «monológica» (p. 272), y las de Alexy, que las realiza desde la perspectiva de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral, con lo cual se hace insuficiente para explicar las complejas relaciones de justicia y legislación (pp. 282 y ss.). En el capítulo sexto se entra a considerar críticamente la práctica de la toma de decisiones por parte del Tribunal Constitucional en Alemania y Estados Unidos, en cuanto que se somete a una visión liberal del esquema clásico de división de poderes; Habermas propone, frente a ello, una práctica ajustada a la transformación del Estado de Derecho liberal en Estado interventor y de bienestar, y por lo mismo una interpretación comunicativa del proceso político diferente a la propuesta por el republicanismo americano.



El capítulo séptimo trata sobre «política deliberativa: un concepto procedimental de democracia»; el octavo trata sobre «el papel de la sociedad civil y la opinión pública política». Mientras que en los seis primeros capítulos Habermas se dedica a estudiar desde una perspectiva teórico-jurídica la tensión facticidad-validez tal y como se produce en el Derecho mismo, en estos capítulos estudia la relación externa entre facticidad y validez, en concreto la tensión entre la autocomprensión normativa del Estado de Derecho explicada discursivamente y la facticidad social del proceso político, expresado, más o menos, en las formas jurídico estatales. Habermas explica el concepto normativo de política deliberativa e investiga desde una perspectiva sociológica cuáles son las condiciones para una regulación jurídica del reparto del poder en las sociedades complejas, estudiando las teorías de la democracia desde la perspectiva de la legitimación. En este sentido manifiesta que «los Derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho explican solamente el sentido performativo de la autoconstitución de una comunidad de miembros jurídicos libres e iguales. Se constata esta práctica en las formas de organización del Estado de Derecho democrático» (p. 464). La Constitución es el documento en el que se recogen las formas de organización de una sociedad tanto como testimonio de la fundación, cuanto que como proyecto de acciones para el futuro. Importa por ello el proceso democrático de elaboración del Derecho en cuanto que es el mecanismo que profundiza a la Constitución como organización social.

Habermas da cuenta (pp. 465 y ss.) de cómo puede ser implementado en sociedades complejas como las actuales este proceso: *a)* a través del sistema político y la política, en cuanto que el sistema político constitucional del Estado de Derecho está especializado en la creación de decisiones colectivas vinculantes, siendo, ello no obstante, uno de los muchos sistemas parciales que intervienen en el proceso; la política, dado que en virtud de su interna relación con el derecho, es competente para aquellos problemas relativos a la sociedad en su totalidad, y continúa a nivel reflexivo la integración social que otros sistemas de acción no pueden alcanzar; *b)* a través de las limitaciones que establecen al sistema político y la política otros sistemas de acción, en concreto las que pueden articular el poder administrativo (formas de organización jurídica y medios fiscales) y el poder comunicativo que originan las distintas fuentes de los mundos de vida; *c)* por la atención del sistema político a lo expresado en *a)* y *b)*, una vez que su infracción puede menoscabar la efectividad de sus resultados o la legitimidad de sus decisiones; *d)* por la atención de sus actores (ciudadanos, parlamentarios, jueces, funcionarios, etc.) en cada momento al ajuste histórico de la Constitución manteniendo la misma práctica: la práctica de la autodeterminación de miembros jurídicos libres e iguales.

El capítulo noveno estudia distintos paradigmas del Derecho: «Materialización del Derecho Privado»; «Sobre la dialéctica “igualdad jurídica y fáctica”, tomando como ejemplo las políticas de equiparación de sexos»; y, finalmente, «Sobre la crisis del Estado de Derecho y la comprensión jurídica procedimental». Con estos ejemplos, ligados a la aplicación de la teoría del discurso jurídico realizada en capítulos anteriores, que «entiende al Derecho como sistema de acciones» (p. 468) quedan resumidas sus consideraciones teórico-jurídicas acerca del paradigma jurídico procedimental o comunicativo, que, en opinión de Habermas, puede ilustrar sobre la contraposición existente entre el modelo social de Derecho formal burgués y el del Estado social.

Los trabajos preparatorios son: 1) varias lecciones impartidas en 1986 en la Universidad de Harvard, en las que Habermas discurrió acerca de la relación entre Derecho y moral dando respuesta a la pregunta «¿Cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad?» y «Sobre la idea de Estado de Derecho»; 2) un trabajo de 1988 titulado «Soberanía popular como procedimiento», y 3) una monografía de 1990 dedicada al estudio de «La ciudadanía estatal y la identidad nacional».

Desde una perspectiva filosófico jurídica la obra de Habermas es una señal inequívoca de cómo el estudio del Derecho en la actualidad no puede realizarse desde un único lenguaje o una única perspectiva filosófica, sea ésta kantiana, analítica o hegeliana, por ejemplo, sino que se hace imprescindible realizar un estudio del Derecho desde una perspectiva filosófica que no se crea en posesión de la verdad absoluta, sino desde aquella que se entienda a sí misma como un medio capaz de

contar con diferentes universos de discurso, como lo hace la teoría de la acción comunicativa. Dice Habermas que es precisa esta aproximación porque «los expertos interpretan las normas jurídicas no sólo desde el contexto del cuerpo jurídico en su totalidad, sino desde el horizonte de una precomprensión directiva de la sociedad contemporánea. La interpretación del Derecho es una respuesta a las exigencias de una situación social configurada en determinada forma» (p. 468). Ello posibilita realizar un estudio multidisciplinar, científico, del fenómeno jurídico; en concreto, un estudio hecho desde: la Teoría del Derecho, la Sociología e Historia del Derecho, la Teoría de la Moral y la Teoría de la Sociedad.

Desde una perspectiva política el mensaje de Habermas se centra en expresar que en estos tiempos de cambio la intranquilidad tiene su origen en que una política secularizada del Estado de Derecho tan sólo se puede mantener con una radical democracia en la cual los sujetos privados puedan ejercitar por sí mismos su autonomía política (pp. 13 y 536s.)

De todas formas, aun cuando la teoría esté articulada, el problema sigue siendo el de su puesta en práctica. Para ella se hace preciso contar con las instituciones jurídicas, y éstas, con contadas excepciones, en escasa medida están abiertas a estudiosos que tengan por horizonte de su conocimiento la puesta en práctica de la democracia radical.

Fernando GALINDO

**José LLOMPART, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 254 páginas.**

La obra es una introducción a la Filosofía del Derecho elaborada a partir de la presentación de problemas jurídicos fundamentales desde la perspectiva «dicotómica» o «diferencial», que, en opinión del autor, es el interés de conocimiento habitual en el terreno del Derecho. Para ello cuenta con testimonios de la denominada cultura occidental, especialmente la alemana, y de la cultura japonesa en la que vive José Llompart, español —mallorquín—, filósofo del Derecho, sacerdote jesuita, desde hace más de treinta años.

Su principal objetivo es mostrar que en el conocimiento del Derecho «el proceso de dicotomización juega en otras culturas jurídicas (distintas a la occidental) un papel indispensable a la vez que fundamental», lo mismo que sucede en nuestra cultura (p. 15). Con lo cual Llompart manifiesta que no es posible encontrar en posiciones «monotónicas» como las de la Teoría pura del Derecho de Kelsen, o la de la jurisprudencia de conceptos, la Teoría del Derecho universal, porque para que una Teoría o Filosofía del Derecho alcance universalidad ha de atender a los conceptos y a la vida: «La Filosofía del Derecho debe ser una Filosofía del Derecho vivo y no una Teoría o Filosofía de determinados conceptos jurídicos, y por ello debe atender en primer lugar a la historicidad del Derecho, por lo cual una Filosofía del Derecho que no conozca el Derecho vivo de todos los pueblos de este mundo y su historia no puede ser universal» (p. 15).

Estas tesis las establece al considerar: *a)* diferentes dicotomías (capítulos primero y segundo); *b)* la complementariedad de dicotomías y sistemas (capítulos tercero, cuarto y quinto), y *c)* cómo se construyen los sistemas jurídicos a partir de creencias, conceptos y modo de vida de quien los elabora (capítulos sexto, séptimo y octavo).

#### *a) Diferentes dicotomías*

Tras la búsqueda de la comprobación de su hipótesis, el autor revisa en la obra algunas de las más importantes dicotomías que, en su opinión, se producen en el terreno del Derecho. En concreto: las que se hacen presentes en el desarrollo de las instituciones jurídicas, en la definición de Filosofía del Derecho, en la diferenciación entre función y fin, en la distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en la puridad científica, en la teoría de sistemas y en la distinción entre Filosofía y Teoría del Derecho.

Así es, en primer lugar se ocupa de explicar cómo todas las instituciones jurídicas se han configurado siempre a lo largo de la historia, a partir del desarrollo social, manifestando, por ello, ser efecto de una continua «dicotomización». En este sentido las instituciones jurídicas no son, como las fieras o las plantas, un mero resultado de la obra de la naturaleza sino que son elaboradas por los hombres, no pudiendo pensarse en ellas sin contar con los hombres (p. 17). Así, por ejemplo, no se puede hablar del Estado en abstracto, sino del Estado tal y como es entendido por diferentes culturas (p. 18).

Más adelante considera la creciente «dicotomización» de las grandes categorías del conocimiento que, especialmente en el terreno de la Filosofía del Derecho, se han construido a lo largo del tiempo. Toma como referencia propuestas como la de Arthur Kaufmann en la cual, partiendo de la distinción entre el estudio de lo material y el estudio de lo formal, se caracteriza a la Filosofía del Derecho por su objeto formal, justamente por estar constituido por «la totalidad del ser» o el «ser especialmente». A Llompart, si bien constata que se produce dicha diferenciación en la clasificación de los conocimientos, dando con ello de nuevo prueba de la virtualidad del pensamiento «dicotómico», no le convence la distinción porque no es posible una separación total de ambos elementos (material y formal) en cuanto que hay ejemplos que señalan la vinculación de los mismos (p. 31). Así la Filosofía del Derecho («consideración valorativa del Derecho») de Radbruch que, aun partiendo de la distinción kantiana entre ser y deber ser, considera que un estudio filosófico

del Derecho ha de contar, incluso para mantener el dualismo, con que, «para el conocimiento de valores es indispensable un movimiento del pensamiento entre idea y experiencia» (p. 32). Ha de tenerse en cuenta que para Radbruch el Derecho es siempre «realidad calificada por los valores», y es que, como dice Llompart, «seguramente podemos distinguir entre ser y deber ser, la cuestión es si en el terreno del Derecho es posible tratar las cuestiones de deber sin tener consideración alguna a las cuestiones del ser» (p. 33). «La tendencia de la separación es tan peligrosa como la de la identificación. La primera tendencia finaliza con dos “unidades” cerradas, la segunda con una simple “unidad”. Pero ambas tendencias “simplifican” a la todavía no totalmente conocida realidad» (p. 39).

Para saber si todo funciona justamente, cometido propio de la Filosofía del Derecho, es preciso conocer cómo funciona el sistema jurídico de hecho, pero no únicamente esto. Ello es lo mismo que decir: hace falta la Sociología del Derecho, pero no únicamente ella porque ésta no dice qué valoración es la justa o legal. La Filosofía del Derecho, como la Teoría del Derecho, no se puede limitar a la constatación de la realidad social, ha de atender a los fines: «Ni la función o el fin, ni el sistema o el hombre, pueden ser preferidos en absoluto; dicho de otra forma: ni una consideración funcional, ni una finalista, lo decisivo ha de ser una consideración amplia, una visión global. La diferenciación entre fin y función puede auxiliar para encontrar la decisión y entender mejor los problemas ya clarificados...» (p. 48).

Llompart estudia también otra famosa dicotomía: Derecho Natural Positivismo jurídico. Explica cómo en la actualidad hay una pluralidad de posiciones que vienen a coincidir en la que dice que hay una tercera vía que satisface a todas las posiciones que sobre la dicotomía se manifiestan (p. 51), lo que sucede es que alternativas como la de Weinberger, al hablar de «positivismo jurídico institucional», o la de Kaufmann al referirse a la hermenéutica jurídica no son soluciones: la primera porque es positivista como su propio nombre indica, la segunda porque no se ocupa de la justicia material: es tan sólo la reseña de las condiciones del comprender desde la perspectiva del lenguaje (pp. 52 y s.). Lo definitivo para mantener la dicotomía reside para Llompart en manifestar que, desde una perspectiva lógica, las dos posiciones son contradictorias y en cuanto tales no cabe una tercera vía (pp. 54 y s.). Ahora bien, en cuanto que la aceptación o el rechazo de las premisas fundamentales de las dos posiciones es una cuestión ideológica y no lógica, Llompart entiende que no cabe esperar un consenso sobre la problemática y que es de esperar en el futuro que se siga discutiendo tanto en torno a la dicotomía, como con respecto a la búsqueda de un tercer camino.

Con respecto a la puridad científica: «es seguramente deseable, pero tiene sus fronteras y puede ser alcanzada sólo a través de dicotomías conceptuales. Pero la dicotomización es siempre realidad desde una determinada perspectiva que frecuentemente se hace absoluta. Para esto son expulsados todos los elementos extraños (“impuros”), y así se logra una unidad tanto metódica como de contenido que constituye una nueva teoría y que puede ser considerada monista. Lo que sucede es que queda la cuestión de si este proceso tiene que ver con el mundo de la realidad o si bien es una construcción cuyo fundamento reside únicamente en la cabeza del teórico» (p. 61).

El pensamiento sistémico parte de una dicotomía fundamental: la que separa el sistema del ambiente: «Sin diferenciación (dicotomización) no hay sistema posible» (p. 68). La teoría de sistemas es una teoría con la cual «el mundo de la realidad y el mundo de la teoría no están en un único sistema. Hay muchas clases de sistemas que pueden ser diferenciados (dicotomizados): sistemas políticos, económicos, sociales, jurídicos, de la personalidad, etc., y otros muchos subsistemas» (p. 68). La diferenciación interna del sistema es la vida del sistema, «sin la dicotomía el sistema no puede funcionar» (p. 71).

Discurre sobre la diferenciación entre Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Tras aportar varios testimonios sobre el nacimiento de la última y su progresiva complicación con la aparición de diferentes modalidades, manifiesta que no está claro el contenido ni la independencia de la Teoría del Derecho, a lo sumo depende del «cientifismo», moda del siglo, por eso le parece desafortunada la di-

cotomía entre ambas (p. 76). Para Llompart cada uno puede elegir la zona de investigación que quiera, lo que sucede es que ello trae consecuencias como la de que «se ha perdido mucho tiempo y energías en el mundo de las teorías, metateorías y meta-metateorías; mientras que el Derecho vivo, que está en su totalidad ante nuestros ojos, está frecuentemente desatendido» (p.76).

*b) La complementariedad de dicotomías y sistemas*

Tras ejemplificar las dicotomías señaladas que tienen que ver especialmente con el contenido de la Filosofía del Derecho, amplía la discusión al señalar cómo en las diferentes materias jurídicas se está produciendo una continua «dicotomización» del objeto de conocimiento, la cual influye, a su vez, en la configuración de las ciencias o de la misma Filosofía del Derecho. Llompart parte de la convicción de que en las investigaciones siempre se estudian problemas complejos que requieren diferentes argumentos, cuyas particularidades se descubren como resultado de una dicotomía conceptual: cada argumento tiene otro correlativo que no se puede pasar por alto. Ejemplos de viejas dicotomías son: «esencia y existencia; acto y potencia; causa y realidad; nomos y physis; dios y criatura; éste y el otro mundo; materia y forma; sustancia y accidente; parte y todo; episteme y doxa; bueno y malo; verdadero y falso; móvil e inmóvil; cambiante y perdurable; entendimiento y voluntad; individualidad y universalidad; hombre y persona; fin y medio; materia y espíritu; libertad y necesidad; público y privado...».

Ejemplos de modernas dicotomías: «existir y ser; ser y deber ser; ley natural y norma; causalidad y responsabilidad; norma jurídica y proposición normativa; contenido de validez y fundamento de la validez; valor y realidad; valor y juicio de valor; cognitividad y normatividad; materia y energía; autonomía y heteronomía; justicia material y formal; Derecho subjetivo y objetivo; moralidad y legalidad; teoría y metateoría; ética y metaética; sistema y ambiente; input y output; autopoiesis y heteropoiesis...» (p. 78).

De algunas de estas dicotomías, las que juzga más importantes, estudia su consideración a través de la historia cultural reciente habida tanto en las sociedades occidentales como en las sociedades orientales, especialmente Japón. Tras su estudio concluye el autor que: «lo que puede ser separado conceptualmente (pura voluntad o pura razón), en el mundo de la realidad nunca está separado sino en continuo intercambio. De la misma forma han de verse los tipos ideales “comunidad” y “sociedad”. En la realidad estos tipos no se encuentran separados totalmente, aun cuando la distinción pueda auxiliar para conocer la realidad de mejor forma» (p. 140).

Desde esta perspectiva analiza dicotomías importantes en nuestra cultura jurídica. Merece destacar el estudio sobre la validez, en el cual, tras poner de relieve la pluralidad de versiones sobre la misma existente, se pregunta por si no tiene al mismo tiempo elementos normativos y fácticos; responde reconociendo que ello es claro: la validez se constituye en la realidad, por lo cual siempre es posible un determinado ámbito de discrecionalidad, que hay que examinar, en contraste con los datos del problema, para caracterizar totalmente a la validez jurídica, lo que no puede hacer olvidar que la diferenciación o la dicotomización y la división consiguiente de las diferentes disciplinas ha influido en la visión unilateral de la materia, habiendo influido especialmente en ello, en opinión de Llompart, la secularización de la Filosofía del Derecho (p. 186).

Se observa también el fenómeno de la «dicotomización» desde la perspectiva de la teoría del conocimiento, en cuanto que el «saber» sobre el Derecho ha crecido tanto que se ha constituido en objeto de conocimiento para el que reflexiona. Llompart parte de la consideración de que el problema de la teoría del conocimiento y con ello el reconocimiento de las distintas posibilidades de verdad, está implícito en el reconocimiento medieval de las posibilidades de error expresado en libros que son «Retractaciones», en cuanto que por lo mismo se descubrieron las posibilidades de verdad, lo que sucede es que ya no se habló desde entonces sobre el problema de la teoría del conocimiento (p. 189). Es Kant quien hizo del problema del conocimiento en su totalidad el tema de la Filosofía: «¿Podemos conocer la cosa en sí

(noumenon), o vivimos en un mundo de puras apariencias (phainomenon)?» (p. 190) Desde una perspectiva filosófico-jurídica: «¿Cómo se puede conocer el contenido justo del Derecho?» Las dicotomías aquí se encuentran en la distinción entre noumenon y phainomenon y entre sujeto y objeto, elementos indispensables para discurrir acerca del conocimiento y especialmente sobre la distinción entre entendimiento y razón.

De todas formas, para Llompart la discusión sobre el conocimiento se encuentra ya en Aristóteles en su distinción entre acto de conocimiento espiritual y acto de conocimiento material, pese a lo cual Aristóteles cree que el pensamiento tan sólo es posible con ayuda de un acoplamiento con el constructor de sentido: con el «phantasma». En todo caso «un puro pensar como acto del entendimiento espiritual puro no es posible» (p. 191). En este momento también habla de la distinción entre entendimiento y razón, ratio e intellectus, dianoia y nous, distinciones que siempre implican elementos normativos y relativos a la visión del mundo, y que no están en una relación de exclusión o...o... (p. 193).

Pensar sin conceptos es imposible. Hablar de conceptos en el mundo de las ciencias espirituales es difícil, siempre hay que mencionar al que los busca, aunque nunca cabe perder la referencia de la cosa: el Derecho. El problema está en que se habla de concepto de Derecho y de idea de Derecho. Esta es otra dicotomía. Ha de pensarse que hay tantas ideas de Derecho como cabezas pensantes: Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant... han tenido diferentes ideas de Derecho. Se dice que un teórico del Derecho puede usar diferentes conceptos jurídicos sin entrar en contradicción, mientras que ello no es posible con la idea de Derecho: se ha de ser consecuente con la adoptada (p. 195).

Revisa el concepto de Derecho en Kant según Dreier. Para Kant la idea de Derecho es el concepto de Derecho: «Derecho es el conjunto de las condiciones bajo las cuales el egoísmo de uno puede ser conciliado con el egoísmo de otro según una ley general de libertad» «Recht is der Inbegriff aller Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann». Para Dreier este concepto comprende sin duda alguna «tanto al Derecho natural como al Derecho positivo» (p. 197). El problema reside en que con ello no se reconoce el Derecho de resistencia: Kant rechaza el Derecho de resistencia: «... el súbdito no debe hacer sutilezas sobre este origen (el origen del poder supremo), atendiendo a la obediencia debida al Derecho controvertido». «Ello es debido a la consideración del gobierno de que no da a los súbditos la libertad de opinar sobre lo legal o lo ilegal según sus propios conceptos, sino atendiendo a las prescripciones del poder legislador» (p. 198). «Si es posible interpretar el concepto de Derecho de Kant de esta forma puede ocurrir que el derecho positivo fundado en última instancia en la voluntad individual no diga nada. En este caso el Derecho natural, la razón, al contrario de lo que piensa Kant, no puede ser ignorada y quedar acallada. Con lo cual resulta una contradicción» (pp. 198 y s.).

Llompart revisa también las propuestas de Stammler acerca del concepto de Derecho, que critica en cuanto que se mueve únicamente en el mundo de los conceptos, y las de Radbruch, que ensalza en cuanto que, como Kant, toma como perspectiva el tema concepto de Derecho e idea de Derecho, estando la última referida a la realidad e identificada con la justicia, que tiene dos elementos: conveniencia y seguridad jurídica (p. 202). Tras explorar la inviolabilidad de la expresión dignidad humana y a la vez su difícil precisión, Llompart indica que el último fin que puede ser buscado en el terreno del Derecho no es la solución verdadera sino la justa o, mejor, la buena solución, por lo cual si la decisión es encontrada después de una larga argumentación, su causa está más en el trabajo hecho hasta su hallazgo que en la razón dicotómica (p. 210).

Como último elemento que expresa la compatibilidad entre sistema y dicotomía el autor menciona cómo autores clásicos personificaban sus obras y conocimientos acerca del Derecho mientras que en la actualidad con la Teoría del Derecho, en proceso incrementado por la teoría de sistemas que objetiviza y personifica al mismo sistema, se produce una objetivización de la dicha teoría, a excepción de las pro-

puestas iniciales hechas en el «Concepto de Derecho» de Hart, quien, pese a todo, produce un paso del yo y nosotros a la generalización objetiva. Para Llompart, en cambio, no cabe hablar únicamente de objetivización sino de que la dicotomía entre objeto de conocimiento y sujeto que conoce siempre tendrá sentido (p. 214).

c) *Cómo se construyen los sistemas jurídicos a partir de creencias, conceptos y modo de vida de quien los elabora*

En la última parte de la obra se discurre acerca de cómo es indispensable la dicotomía para avanzar en la investigación filosófico jurídica, a la vez que da cuenta de los peligros que conlleva una dicotomización radical. Llompart entiende que sólo a través de la diferenciación se puede profundizar en el desarrollo de las instituciones jurídicas, pero esto no puede terminar conduciendo a la construcción de especialidades de la Teoría del Derecho: Derecho y Lenguaje, Informática Jurídica, por ejemplo, dado que estas especialidades, al no comunicarse con otras, llegan a ser teorías sin Derecho. Frente a ello propone, como se admite generalmente, disciplinas «universales» como: «aproximación global», «investigación interdisciplinar», «jurisprudencia integrativa», «jurisprudencia enciclopédica» y «Sociología del Derecho comunicativa» (p. 216). A estos efectos el autor establece una doble comprensión de «Dicotomía»: como diferenciación mental y como distinción mental y material.

Llompart es partidario de no cambiar la diferenciación por la distinción porque este cambio a menudo origina discusiones estériles. «El Derecho puede ser depurado en nuestra cabeza de los flecos de la ideología y de la moralidad. Pero un Derecho así no existe realmente, y un Derecho, que no puede existir, tampoco puede ser Derecho positivo» (p. 217). Volviendo a la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo encuentra debilidades en una y otra posición así como en las terceras vías: en el Derecho Positivo porque rechaza el estudio de la justicia, en el Derecho Natural por los problemas de conocimiento: el hallazgo de las medidas para controlar la justicia del Derecho [aunque éste también es un problema del positivismo: no cabe tener el optimismo que alega sobre el conocimiento «objetivo» de las cosas, como Kant señala (p. 221)]. Tampoco confía en terceras vías que, por ejemplo, se fijan en el lenguaje o en la «Teoría del Derecho», entendida ésta como «análisis del lenguaje jurídico»: este trato no trae otra novedad que la de poner atención en el lenguaje, quedando los mismos problemas, con lo cual no supone novedad en el problema del conocimiento (pp. 222 y s.). De todas formas, estas debilidades de las teorías son ventajosas, dice Llompart, porque: «En el terreno de la ciencia, como sucede en la política, no se debe tener miedo de la oposición, partidarios de una y otra posición son necesarios; por ello el problema de la ciencia no se puede decidir o resolver simplemente por el principio de mayorías. Incluso más: la oposición es más necesaria en la Ciencia que en la Política, puesto que la crítica científica, a la búsqueda de la verdad, puede hacer más fructífero el avance del pensar» (p. 223).

En coherencia con lo dicho vuelve a establecer una relación entre la concepción jurídica del Este y del Oeste: «a) si se piensa en el Derecho como tal, la concepción occidental es más humana: el derecho no se separa de la moral, sino que la contiene de forma necesaria (*ius est ars boni et aequi*). El Derecho es precisamente en este caso una positivización de la moralidad; b) si se tiene en cuenta, como sucede en Oriente, desde una perspectiva global, el control de una sociedad por medio del Derecho y la moral, allí donde está vivo un fuerte sentimiento de moralidad y solidaridad, muchos problemas pueden ser mejor resueltos que en una sociedad en la cual sólo vive el sentimiento jurídico. No es necesaria una “lucha por el Derecho”. Los problemas son resueltos pacíficamente y siguiendo el espíritu de la armonía. En este caso la moralidad asume la función del Derecho» (p. 231). «En Occidente la moralidad de los antiguos es positivizada a través del Derecho. En Oriente, al contrario, la moralidad ha asumido la función del Derecho. Con ello es claro que ni en el Oeste ni en el Este el Derecho puro (a diferencia de la moralidad) está vivo. Ambos, Derecho y moral, son absolutamente necesarios para la vida en común de los hombres» (p. 231).

Tras lo dicho se ocupa de la sistematización y de cómo ésta es tan antigua como la dicotomización. La sistematización es su acompañante a la vez que intenta,

de nuevo, unificar los elementos simples de la dicotomía. Efectivamente: la diferenciación ha acompañado y acompaña a la Filosofía del Derecho, pero no cabe olvidar que ésta también tiene otra acompañante: la sistematización. Realizada la diferenciación o separación, el trabajo científico puede realizar su otra función: la clarificación de la relación entre los elementos descubiertos: el sistema, que nunca tiene por objetivo la integración de los elementos sino el poner en relación a los elementos descubiertos por el uso de las dicotomías (pp. 233 y s.).

Dado que, como señalan Tomás de Aquino y Kant, nuestro conocimiento es producto únicamente de actos de reunión y de división, dicotomía y sistema están relacionados mutuamente: «ambos son necesarios, ambos se complementan y ambos no tienen posibilidad de vivir una vez separados» (p. 238).

Distingue entre sistema en sentido tradicional y moderna apreciación de sistema. «Ambos tienen en común que son requeridos por una dicotomización precedente o posterior. Totalidad y ordenación es esencial para ambas concepciones pero no de la misma forma. Para la concepción tradicional el sujeto, el hombre, debe ocuparse de poner en orden las circunstancias de su conocimiento; en el segundo caso, en cambio, es suficiente el trabajo del mismo sistema. Ambas concepciones suponen una dicotomía fundamental: sujeto conocedor o sistematizador y circunstancias sistematizadoras del conocimiento en la primera; sistema en funcionamiento y ambiente en la segunda. Por ello los sistemas tradicionales fueron denominados históricamente por los nombres de las personas que los establecieron; en cambio el pensamiento sistemático rechaza estas denominaciones. Se habla de teoría de sistemas, pero no es preciso el auxilio de teóricos» (p. 243).

Las ventajas de los sistemas son evidentes: la sistematización es necesaria para nuestro pensamiento. Las desventajas residen en que la sistematización es siempre hecha desde una determinada perspectiva, por lo cual se ignoran muchos elementos, y, en cambio, frente a ello, el sistema parece ser la última palabra. Las desventajas de los sistemas tradicionales son conocidas: tienen determinados prejuicios o visiones del mundo que no pueden ser probados científicamente: el argumento *ad hominem* no es efectivo, ni tampoco la visión personal del mundo. Lo cual, no obstante, es de aplicación también para aquellos que se orientan por la teoría de sistemas jurídicos (p. 244).

Como conclusión final Llompart se ocupa de considerar cómo, por todo lo expresado, en la discusión filosófico-jurídica no se produce tanto la confrontación de diferentes Teorías del Derecho, expuestas por sus autores como «objetivas», cuanto que la confrontación de las tesis de diferentes teóricos del Derecho que, con gran frecuencia, al amparo de la objetividad proponen verdades parciales: «Lo que decide no es la Ciencia o la Teoría, sino en la mayor parte de las ocasiones la forma de pensar de los teóricos concretos, que es al final lo que realmente decide» (p. 17).

Por ello entiende que no se puede hablar de un núcleo material de Filosofía del Derecho. Para encontrar algo discurre acerca de lo que ha de entenderse por Derecho. Manifiesta que está integrado por los siguientes cuatro elementos que tienen un papel decisivo: 1.º teorías y doctrinas, o lo manifestado por los diferentes autores; 2.º realidad jurídica, integrada no únicamente por lo que sucede en un Juzgado o en un Parlamento, sino también por las normas jurídicas, por las obras del hombre, por ser parte de la realidad natural; 3.º historia, en cuanto que el presente es entendido por el pasado; 4.º lenguaje, dado que sólo a través del lenguaje puede tomar forma nuestro saber sobre el Derecho y hacerse comunicativo (p. 246).

Estos cuatro elementos no deciden finalmente sobre nuestro conocimiento jurídico, sino que lo decisivo es el «principio mental» (Denkansatz). «El principio mental es la totalidad de los supuestos y presuposiciones, sabidos y desconocidos, a partir de los cuales hacemos nuestro trabajo teórico» (p. 247). No hay reglas al respecto: su contenido depende del hombre concreto que pone en práctica el principio, pero al menos si cabe hacer las siguientes afirmaciones (pp. 248s): 1.º El principio mental es diferente en cada teórico: cada uno tiene su individualidad propia, depende de la visión del mundo del sujeto y por ello cada ciencia está ligada, en su último fin, a una determinada visión del mundo; 2.º la última fundamentación



de los diferentes pensamientos ha de encontrarse en el principio mental; las palabras de las discusiones son la mismas pero no son siempre entendidas igualmente; cada palabra tiene una significación, lo importante es, no obstante, la intención o intencionalidad, que está determinada por el principio mental en el que cree cada interlocutor de la discusión; 3.º es imposible demostrar el principio mental de un teórico, aun cuando se haya investigado todas sus obras: dicho principio es la parte no escrita de una teoría que es desconocida por el teórico mismo; 4.º El principio mental cambia a lo largo del tiempo: son posibles los cambios de paradigma que en ocasiones se producen sin que ello sea advertido; 5.º El principio mental juega un papel decisivo en los procesos de dicotomización y sistematización; en cuanto que es el hombre quien piensa y no la ciencia, ésta en el futuro estará determinada no por teóricos sino exclusivamente por hombres: «si el hombre como persona no es el puro “objeto” del Derecho sino también y mucho más sujeto del Derecho, ello debería ser obvio».

Hasta aquí las tesis fundamentales del trabajo, cuyo mayor interés reside, sin duda alguna, en la denuncia, sólidamente construida, que la obra efectúa sobre los límites de las Teorías del Derecho. Denuncia realizada a partir de la perspectiva tradicional a la vez que pluricultural, en la que se desenvuelve el autor, y que, paradójicamente, coincide con la orientación dicotómica de la que participa la Teoría de Sistemas que es, a su vez, la Teoría del Derecho repetidamente tomada en consideración en la obra.

Se echa en falta la referencia al contenido de la Filosofía del Derecho que está presente en manuales al uso. En concreto a actividades profesionales propias de los juristas distintas a las relativas a la construcción de Teorías del Derecho, referencia que queda diluida en la reseña que se hace de los diferentes elementos del Derecho y del «principio mental». Ésta podría ser la continuación de la obra, y mucho más en cuanto que al estudiar otras actividades profesionales jurídicas (interpretación, aplicación, construcción de dogmas y acceso a textos jurídicos), aparecería de nuevo la dicotomización. La dificultad está en que para realizar este estudio es preciso dejar en segundo plano problemas tan ambiciosos como los recogidos en la obra, que el autor considera fundamentales, como son la teoría del conocimiento y el estudio de los sujetos y los objetos. El estudio de otras actividades tiene dificultades, que no lo son en alto grado si el estudio se limita al de las relaciones: al de la comunicación intersubjetiva que tiene lugar efectivamente en cada actividad jurídica. Esto es, por otro lado, lo que exige, como Llompарт reclama, la Filosofía del Derecho entendida como Filosofía del Derecho vivo.

Fernando GALINDO

**Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO: *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, editorial Trotta, 1992, 231 páginas.**

El año 1992 fue un año de múltiples significados elaborados desde una amplia y rica paleta de perspectivas. Para los intelectuales de ambos lados del Atlántico y, para los españoles en especial, las *conmemoraciones* del denominado «Quinto Centenario» —crucial paradigma histórico en el que se replanteará el sentido de la empresa emprendida en 1492 por Castilla—, no sólo han dejado tras de sí un amplio y variopinto elenco de testimonios literarios de todo género iluminados por una vanguardista pirotecnia periodística de gigantescas proporciones —tanto más bella cuanto fugaz—, sino también, felizmente, un sólido y duradero replanteamiento de posturas, actitudes, objetivos y tendencias propias de protagonistas de aquella —por antonomasia— *polémica* época. Sin embargo puede decirse que pocos trabajos de entre todo el cúmulo de publicaciones multidimensionales surgidas al socaire de dicho evento, merece el apelativo de «excelente», como el presente ensayo, por aunar científica y magistralmente (de forma a veces sorprendente) la calidad y la concisión, al condensar a la luz de una historiografía de primera mano y una pará-literatura políglota un análisis ponderado y desapasionado, escrupulosamente crítico en todas sus líneas y corrientes argumentativas —incluso las antitéticas— al par que abierto al diálogo constructivo e interactivo. No es, por suerte, la primera vez que el autor consigue algo similar. Una fugaz consulta de algunas de las obras surgidas de su pluma en los últimos años lo confirma plenamente [p. ej. su manual universitario *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 1991; *La Seguridad Jurídica* (1991); *Nuevas tecnologías, Sociedad y Derecho* (1987)].

La Sevilla de la Expo-92, de la ciudad frívola, superficial, megalómana y desbordada que tantos turistas e intelectuales se llevaron de regreso en su equipaje (sin percatarse tan siquiera que su misma presencia masiva había en parte provocado), ha vuelto paulatinamente a recobrar su rostro secular, sosegado, de profunda reflexión, a la sombra de los claustros universitarios. No en vano se ha requerido por ello algo más de un año desde la publicación del citado ensayo para lograr por nuestra parte una prudente y reposada perspectiva de enjuiciamiento que nos despoje de elementos subjetivos y eufóricos, propios de la coincidencia de su aparición con los festejados eventos históricos.

De ahí que el objetivo que nos marcamos al pergeñar estas líneas sea doble: Por una parte, *facilitar* al lector las ideas esenciales en torno a las que se halla estructurado, si bien desde la perspectiva metodológica empleada por su autor, que consideramos la apropiada; y, por otra, *recomendar* en todo caso la consulta directa de tan preciado ensayo, *complemento* —desde nuestra perspectiva— de cuantos trabajos, pioneros o posteriores, ya han surgido —tanto en España como en el extranjero— acerca de los llamados iusnaturalistas españoles o neoescolásticos del siglo XVI (la denominada Escuela de Salamanca), al igual que sobre las repercusiones de su pensamiento en siglos posteriores (aquí pienso en la polémica en torno a los monarcómacos, p. ej., todavía sin pronunciar la última palabra en cuanto a sus implicaciones y consecuencias históricas) —y todo ello igualmente desde las múltiples perspectivas nacionales e interdisciplinares de que ha sido objeto.

En todo caso es insoslayable que la metodología integracionista crítica pluridimensional y comparatista adoptada por el prof. Pérez-Luño, que incluye tanto perspectivas de «juristas» como de «historiadores» —a veces tan en mutuo desacuerdo— facilita en cambio la comprensión del fenómeno analizado de una forma más completa y profunda que cualesquiera otras visiones unidimensionales (tan respetables como forzosamente parciales) —cuando no abiertamente partidistas de un determinado *modus interpretandi*—. Simultáneamente, el presente ensayo representa hasta la fecha, y con una parquedad de páginas realmente admirable, una aportación en síntesis de una gran parte representativa en extremo de cuanto al respecto se ha investigado a nivel mundial. Dicho aserto no resulta en modo alguno exagerado, si comprobamos que el autor tiene en cuenta a detractores y apologetas de diferentes

y aun contradictorias posturas iusfilosóficas no sólo de la época cuestionada sino también contemporáneas. (Pensemos aquí en las aportaciones de pensadores alemanes K. Kaltenborn von Stachau, E. Reibstein, O. von Gierke, F. Hartung, G. Oestreich, V. Cathrein, J. Kohler, H. Rommen, J. Soder, H. Thieme, A. Dempf, K. Eschweiler, y también H. F. Koeck, y E. Wolf, por tan sólo nombrar algunos a vuelapluma; y en las de otros europeos y angloamericanos, como J. Mackintosh, H. Weathon, A. Padgen, L. Hanke, J. Brown Scott, M. Villey —este último desde una perspectiva diametralmente opuesta a la de nuestro ensayista—, sin olvidar a los propios de habla hispana contemporáneos, como Truyol y Serra, Garzón Valdés, Tierno Galván, Ruiz Giménez y un largo y prolijo —pero no por ello menos valioso— etc.).

A modo de *échantillon* y como ejemplo esclarecedor, cuando el autor se ocupa de cuestiones (Cap. VI) como la del rol de la doctrina lascasiana respecto de la libertad de los indios, concluye, tras reseñar *prima facie* el propio aporte doctrinal genuino de Las Casas, y tras sopesar en condensada visión sincrónico-diacrónica las posturas más relevantes *ad hoc* adoptadas por juristas e historiadores, que: *tuvo una importancia relevante en la conformación del clima intelectual e institucional que marca el tránsito desde los derechos estamentales medievales a los modernos derechos humanos* (p. 184), mas sin incurrir en posturas marcadamente extremistas que o bien atribuyen a Las Casas fuera de todo contexto histórico un papel similar al de *teórico revolucionario de la democracia moderna* y cuasi-promotor de los derechos humanos (A. Larios y L. Pereña) (p. 179-180) —inexistentes incluso a nivel conceptual en su época— o bien pretenden relegarle al papel de mero defensor de una etnia concreta, al sostener que *no se preocupó de los derechos del hombre en general; se afanó en la defensa de los indios, no en la de los chinos o la de los negros...* (M. Villey) (p. 181). Análogas conclusiones aparecen respecto de los pensadores analizados en los restantes capítulos del ensayo. Consecuente ya desde el propio prólogo, con sus premisas metodológicas, el autor insiste en el valor actual de la polémica en torno al nuevo mundo, de rabiosa actualidad, argumentando por vía ecléctica, que hay que: *Repensar nuestro presente sin descuidar las aportaciones del pasado*, saliendo así al paso de extremismos ya tópicos que consisten generalmente tanto en posibles intentos de atomizar el problema descontextualizándolo del más amplio sentido que otorga su ser perenne a la reflexión filosófico-jurídica, como en intentar resolver nuestros problemas actuales con fórmulas extraídas exclusivamente del pasado. El ensayo se compone de ocho capítulos de equilibrada extensión: El cap. I titulado: *El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho*, se halla subdividido en tres apartados, el primero de los cuales gira en torno al actualmente denominado «reencuentro» entre España y América. El uso de dicho vocablo, cuidadosamente seleccionado en el epigrafiado del capítulo —que incluye además otras reflexiones lingüísticas sobre términos hoy periclitados tales como «descubrimiento» o «conquista»—, no sólo evoca la efemérides del 5.º Centenario, sino que evita al par ciertas connotaciones lingüísticas de prepotencia en el Viejo Mundo. El segundo gira en torno al *impacto inicial del encuentro americano y la experiencia jca., ética y política española*, completado por el tercero en el que se replantea el «encuentro» en la *filosofía política y jurídica española del siglo XVI*.

El cap. II, titulado *Aproximación al iusnaturalismo clásico español*, está dividido en dos apartados y varios subapartados en los que se plantea en primer lugar la metodología adecuada en el estudio de la *Spanische Naturrechtsforschung* siempre desde distintas perspectivas; en segundo lugar las cuestiones surgidas a raíz del propio «etiquetado» de los pensadores españoles en torno a una Escuela iusnaturalista española, —de respuesta nada fácil— a la luz de diferentes denominaciones, *ratione loci, temporis et materiae*, y que incluye incluso terminologías de cuño alemán e italiano como las denominadas *Spaetscholastik* y *seconda Scolastica* respectivamente, tan en boga entre los pensadores ultrapirenaicos.

El cap. III, *Avatares historiográficos del iusnaturalismo clásico español*, pretende, en sus seis apartados, dar una respuesta a la cuestión de si realmente existió una «Escuela española de Derecho Natural», pasando por períodos históricos de decadencia y olvido de sus autores durante el siglo XVIII (Ap. 1 y 2); por la revi-

talización de dicho iusnaturalismo en el liberalismo español del siglo XIX y primer tercio del XX (Ap. 3), sin soslayar la crisis historiográfica acaecida durante el franquismo (Ap. 4). Las dos últimas aportaciones que cierran el capítulo versan la una sobre la crítica al pensamiento iusnaturalista clásico español —reseñando los principales autores y sus alegatos— (Ap. 5), así como la respuesta del propio profesor Pérez-Luño a las objeciones de éstos, consiguiendo justificar históricamente a los susodichos clásicos mediante una profunda contracritica (o «crítica de la crítica») (Ap. 6), que desde nuestro punto de vista supone la máxima aportación personal del autor recensado a la historiografía iusfilosófica en esta materia.

El cap. IV, *El iusnaturalismo clásico español y su proyección actual*, también en seis apartados, se estructura esencialmente en torno al controvertido *ius communicationis* vitoriano (Aps. 2 y 4), así como a la significación de su posible proyección hoy en día desde las actuales premisas puramente filosófico-teóricas del Derecho, amplísimo y polémico campo en el que junto a filósofos de primera fila destacan pensadores iusinternacionalistas, privatistas y publicistas.

El cap. V, *Los iusnaturalistas clásicos hispanos ante el encuentro de América*, con cinco apartados, hace hincapié especialmente en el impacto de los autores clásicos españoles en el Nuevo Mundo tanto a nivel de doctrina como de legislación positiva —Leyes de protección de los indios—, de tan amplias y encontradas lecturas (Ap. 2 y 3), así como los problemas de Hispanoamérica «desde la propia Hispanoamérica» (Ap. 4), para concluir con un apartado dedicado al papel clave de los clásicos españoles en la radicalización de posturas pro o contra la labor de España (Ap. 5).

El cap. VI (analizado en parte *ut supra*), titulado *Democracia y Derechos humanos en B. de las Casas*, de diez apartados —el más amplio de todos—, se estructura en torno al legado doctrinal lascasiano y sus interpretaciones (Ap. 1); las formas básicas de iusnaturalismo y su repercusión en Las Casas (Ap. 2); las dos fuentes lascasianas de la libertad (Ap. 3); la libertad en la esfera individual (Ap. 4); las libertades políticas y el pacto social (Ap. 5); ley y libertad (Ap. 6); legitimación democrática del poder y soberanía popular (Ap. 7); el Derecho de resistencia (Ap. 8); la culminación de la trayectoria iusnaturalista lascasiana en el *De regia potestate* (Ap. 9), y los Derechos humanos en Las Casas (Ap. 10).

El cap. VII, *La filosofía jca. y política de Juan Ginés de Sepúlveda*, estructurado en torno a cuatro apartados; a saber, 1.º la controvertida personalidad de J. G. de Sepúlveda, donde los datos biográficos predominan. 2.º Significación de la etapa boloñesa en su trayectoria intelectual —intento de contextualizar su pensamiento dentro de unos parámetros vivenciales y educacionales—, 3.º Su teoría sobre la servidumbre natural de los indios —aportación al acervo iusfilosófico español diametralmente opuesta a la de Las Casas que sigue levantando ampollas entre detractores y apologetas del iusnaturalismo a nivel doctrinal, contrapunto de referencia obligado que justificaría ya de por sí el esfuerzo del autor recensado para aclarar y delimitar conceptos—; así como, finalmente, 4.º los presupuestos para una valoración en conjunto de las tesis sepulvedanas —nuevamente lo más valioso a nuestros ojos—, donde el autor hace un escrupuloso balance de argumentos en pro y en contra de las tesis avanzadas por Sepúlveda teniendo en cuenta no sólo un ciego contexto aristotélico en lectura maquiavélica —erróneamente pretendido por ciertos autores desconocedores de la realidad doctrinal y secular iusnaturalista española—, sino su relectura en el contexto de un príncipe erasmiano cristiano adaptado al catolicismo imperante en la época.

Finalmente, el cap. VII, *La concepción democrática de Juan Roa Dávila y el orden jurídico en Francisco Suárez*, completa el panorama esbozado por el autor en el prólogo, situando la temática en sus justos límites espaciotemporales. Tres apartados vertebran este último capítulo, versando el 1.º sobre la actualidad de la temática expuesta; el 2.º sobre «el control democrático» del poder en Roa Dávila, en torno a la importancia del fundamento y control de la soberanía —cuya relevancia radica en haber hecho extensivo al Nuevo Mundo el marco institucional hispano en materia de soberanía, todavía no apreciado debidamente en toda su extensión y coimplicaciones—, y el 3.º sobre «el ordenamiento jco. en el *liber I* del “*De legibus*”

suareciano», único lugar en donde concluye la exposición de forma un tanto abrupta dejando al lector con la frustrante sensación de necesidad de una segunda parte que amplíe y consolide las tesis jurídico-institucionales tan fugazmente avanzadas y concluidas, a pesar de que el propio autor advierte de la urgente tarea intelectual de revitalizar el legado suareciano. Un índice de nombres y un índice general completan el contenido previo al prólogo facilitando enormemente la búsqueda de pasajes controvertidos, muy de agradecer. El libro ostenta, finalmente, una cuidadosísima presentación y encuadernación, propia de las obras de Editorial Trotta, siendo asimismo de formato muy manejable. Las notas a pie de página reenvían asimismo a publicaciones del autor en otras lenguas (italiano, p. ej.), útiles para quienes las conocen. Una obra, por tanto, que se adecua doblemente a sus objetivos: servir de obligada referencia para estar al día en dicha temática, y ser una preciosísima ayuda para el investigador por la calidad y casi exhaustividad de sus planteamientos en el mínimo formato exigible. Un ensayo de finales de nuestro siglo para pensadores del siglo XXI.

EMILIO MIKUNDA

**Pedro PUY FRAGA (ed).** *Análisis económico del derecho y de la política*, Santiago de Compostela, Ed. Fundación Alfredo Brañas, 1993, 224 páginas.

Nace esta obra colectiva con el deseo de recoger las ponencias que fueron presentadas en el seno de un curso semanal organizado por la Universidad Internacional del Atlántico en el otoño de 1992, bajo el título de *Análisis Económico del Derecho y de la Política*. A él acudieron varios de los más prestigiosos especialistas en el tema en nuestro país, con cuyos trabajos vemos configurarse un libro que intenta desde el primer momento constituirse en guía para la introducción del lector desconocedor de estos temas en el mundo de innumerables posibilidades que nos abre el análisis económico, aplicado a ámbitos tan lejanos de la Economía —o tan cercanos— como la Política, el Derecho, las Ciencias Sociales, etc. Carácter introductor, por tanto, que hace de este libro un sucesivo descubrimiento página a página de los más variados y, a veces, fundamentales y apasionantes problemas a los que se enfrenta de manera peculiar la Teoría económica.

Los profesores participantes en aquel seminario y autores de este libro son: José Casas Pardo, Catedrático de Economía Política de la Universidad de Valencia; Juan F. Corona, Catedrático de Hacienda Pública de la Universidad de las Islas Baleares; Xosé Luis Quiñoá López, del Departamento de Econometría y Métodos Cuantitativos de la Universidad de Santiago de Compostela; Francisco Cabrillo, Catedrático de Economía Política de la Universidad Complutense de Madrid; Fernando Gómez Pomar, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid; Jorge Sobral, Catedrático de Psicología Social de la Universidad de Santiago de Compostela; Josep María Colomer, Catedrático de Ciencia Política del CSIC de Barcelona; Pedro Puy Fraga y Francisco Javier Sanjiao, ambos del Departamento de Economía Aplicada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago; y Angel Serna-Sánchez, del Instituto de Investigación de Economía Empírica de la Universidad de Zürich.

El libro está estructurado en tres partes: la primera, a manera de introducción, recoge las intervenciones de los tres primeros profesores antes citados, todas ellas acerca de aspectos metodológicos. La segunda parte presenta tres ponencias de los profesores Cabrillo, Gómez Pomar y Sobral, relacionadas con la aplicación del análisis económico al Derecho Privado y Procesal. Y en la tercera parte los cuatro profesores citados en último lugar se ocupan de ciertas cuestiones políticas estudiadas desde un punto de vista económico.

Así, en el apartado dedicado a metodología, el profesor Casas Pardo realiza un estudio sobre el análisis económico de las instituciones y de las reglas. Tomando como presupuestos metodológicos el individualismo, el postulado del *homo oeconomicus*, la conformación de la política como un intercambio complejo y el enfoque contractualista de las interacciones sociales realizadas por los individuos, intenta mostrar la influencia de las reglas que regulan el funcionamiento de las instituciones sobre el comportamiento de los individuos y, a su vez, sobre el mismo funcionamiento institucional, así como otros factores de comportamiento individual que también inciden decisivamente sobre el funcionamiento y la eficiencia de las instituciones colectivas. A continuación, Juan F. Corona interviene con un artículo sobre el concepto de racionalidad en el análisis económico; la exposición de los principios metodológicos primarios de este tipo de análisis, junto con las denominadas «necesidades humanas básicas», le llevan a la descripción de un cierto tipo de racionalidad, asentada sobre el principio de maximización de la utilidad, que es muy distinta de lo que coloquialmente y en otros sectores científicos se entiende por racionalidad. La última ponencia de este bloque, presentada por Xosé Luis Quiñoá López, comienza con una muy breve explicación acerca de Teoría de Juegos y continúa con una propuesta de aplicación de esta teoría a las decisiones públicas. El mismo autor se ocupa de materializar esa propuesta a través de dos ejemplos: la lucha contra los incendios forestales y o *xogo da malla*, basado en las costumbres de la Galicia rural de los años sesenta.

Abre el segundo gran apartado del libro, dedicado a las aplicaciones al Derecho, un interesante artículo de Francisco Cabrillo sobre el análisis económico del Derecho

de familia, donde se muestra el tratamiento desde un enfoque económico de las relaciones entre los miembros de la institución familiar y de las normas reguladoras de la institución, tanto desde un punto de vista «externo» (la familia en relación con las magnitudes económicas, con las variaciones tecnológicas, la evolución provocada por los cambios en determinados precios relativos, especialmente el del precio sombra del trabajo doméstico) como desde un punto de vista «interno» (partiendo de la función de utilidad neoclásica se utiliza el instrumental microeconómico básico para estudiar las relaciones surgidas en el seno familiar). Es especialmente atractiva la explicación ofrecida acerca del descenso de las tasas de natalidad en los países occidentales, que relaciona este hecho con una «insuficiente definición de los derechos de propiedad de los padres con respecto a sus hijos», y las soluciones propuestas, siempre en base al principio de eficiencia.

Continúa Gómez Pomar con una ponencia acerca del «Derecho de Accidentes» en relación con el análisis económico. Como es bien conocido, no existe ninguna rama autónoma en el Derecho español que se ocupe específicamente de los problemas jurídicos producidos por los accidentes en general. Gómez Pomar acepta el extranjerismo procedente de EE.UU. para englobar las distintas normativas que en el ámbito del Derecho Civil, Penal y Administrativo tratan sobre el mismo tema bajo esta genérica denominación. La teoría económica aplicada a esta normativa intenta describir cómo funciona este sistema sobre las conductas individuales y realizar predicciones útiles en relación con los problemas encontrados, para ello se sirve del criterio de eficiencia como enjuiciador de la bondad de los resultados de las reglas jurídicas, además de dos instrumentos analíticos típicos de la microeconomía: la optimización y el análisis de equilibrio.

Entrando en el marco del Derecho Procesal, Jorge Sobral nos habla seguidamente de la relación entre las decisiones judiciales y la racionalidad socio-política. Si se entiende la racionalidad como una justificación ante la razón para solucionar casos concretos, ante los mismos hechos pueden existir razonamientos jurídicos impecables, pero muy diferentes debido a la interacción de un cúmulo de elementos lógicos, extralógicos y paralógicos. En este artículo se describen una serie de análisis que, utilizando como instrumento métodos estadísticos, intentaron llegar a conocer los grados de disparidad entre hipotéticas sentencias dictadas para los mismos casos por distintos jueces, por distintos jurados y por jueces y jurados, y cuáles son los factores que producen las discrepancias en todos estos casos. En el fondo de todo el artículo late la conocida polémica en torno a la conveniencia o no de la instauración de jurados en nuestro país.

El bloque de cierre del libro se centra en las aplicaciones del análisis económico a la política, iniciándonos en el tema una ponencia de Josep Maria Colomer sobre Ciencia Política y Elección Racional, que nos ilustra acerca de cómo el enfoque económico se ciernen sobre la Ciencia Política, provocando que ésta adopte un punto de vista individualista en cuanto al método, que, además haga primar una «racionalidad puramente instrumental que no dice nada sobre el contenido moral de sus objetivos», permitiendo, sin embargo, la fácil previsión de las conductas humanas, y que, por último, se destaque el análisis de las interacciones interindividuales no intencionadas que con frecuencia provocan resultados paradójicos e incluso irracionales. Siempre muy a la vista de estos tres aspectos se pasa al estudio de tres ámbitos de la Ciencia Política donde el enfoque económico ha tenido especial éxito: la «Teoría de la Acción Colectiva», los «Modelos de competición Electoral de Partidos» y el papel jugado por las «Instituciones en los Procesos de Decisión», llegando a una llamativa conclusión en torno a la legitimación de la democracia en las sociedades occidentales.

Acto seguido, Puy Fraga aborda el tema de la búsqueda de rentas en el sector público o *rent-seeking*, con un estudio de lo que significa este tipo de actividad, sus consecuencias sobre la economía y las razones de su admisión, a pesar de ser en la mayor parte de los casos económicamente ineficiente y de haber sido calificada como «actividad directamente no productiva». Pero el mayor interés de este artículo reside en la propuesta de configuración de una Teoría económica de la corrupción política, basada en los numerosos cohechos y prevaricaciones detectados en relación con el tema del *rent-seeking*, así como en las soluciones apuntadas para eliminar

los incentivos a la delincuencia que frecuentemente genera la búsqueda de rentas en el sector público, y que van desde una mayor actuación de la Administración, hasta reformas legislativas e incluso constitucionales.

Francisco Javier Sanjiao dedica su artículo al estudio de las relaciones entre los ciclos económicos y las decisiones políticas, refiriéndose en primer lugar a los ciclos económicos y sus causas, para pasar a continuación a un análisis de la función desempeñada por los políticos en la economía según las teorías normativas, y finalizar con otro análisis sobre la misma función, pero desde la óptica de las teorías positivas a las que se adhiere. De esta manera, muestra cómo los gobernantes pueden impulsar la creación de ciclos económicos según sus intereses ideológicos, o de prestigio o poder en el momento más adecuado para satisfacerlos, actuando en el mercado político de la misma forma en que actúan los empresarios en el mercado económico, y qué tipo de decisiones adoptarán según se encuentren en período preelectoral o postelectoral.

Como punto final a este libro, Angel Serna Sánchez pasará a realizar un análisis teórico de los factores influyentes en el «mercado de políticos». Contra la frecuencia de estudios desarrollados dentro de la Teoría económica de la Política o *Public Choice* acerca del «mercado de servicios políticos», aquí se aborda el tema del «mercado de políticos» que precede a aquél. Se trata de un mercado donde la oferta y demanda de candidatos para puestos oficiales determina que los candidatos propuestos tengan unas particulares características socioeconómicas. Este hecho, así como la escasa oferta de candidatos en ciertos países por contra de lo que ocurre en otros, despierta la necesidad de investigar sobre cuáles son las causas que afectan al equilibrio de este mercado. Con tal objetivo, Serna-Sánchez realiza un análisis de los factores influyentes en la oferta y la demanda de candidatos políticos, intentando que su conocimiento pueda ser utilizado para hacer previsiones en busca del equilibrio.

Creo que el contenido del libro aquí descrito viene a llenar sobradamente las necesidades de aquellos que se acercan por primera vez al estudio del análisis económico del Derecho y de la Política. La variedad temática de los distintos artículos no es sino enriquecedora, al tiempo que muestra de manera práctica las múltiples manifestaciones del enfoque económico dentro de estos dos campos. A pesar de la obligada brevedad que implica que ningún estudio pretenda dar por cerrada y zanjada en él la explicación de temas por lo general amplios y complejos, los problemas que van desenvolviendo y las posibles soluciones que dejan apuntadas consiguen interesar al lector no iniciado y animarle a la posterior lectura de otras obras más específicas, que generalmente figuran al término de cada artículo en una sección bibliográfica. En mi opinión, la consciencia que tuvieron estos profesores acerca de la clase de público a que iban dirigidas sus ponencias —previsiblemente alumnos universitarios de los primeros cursos de licenciatura—, derivó en que sus exposiciones fueran claras, estructuradas, amenas y sencillas, cualidades que siempre son de agradecer a cualquier escrito científico.

Con estas «armas» han sabido descubrirnos algunas de las posibilidades que encierra el análisis económico del Derecho y la Política, pero también es necesario tener siempre presente que el análisis económico, basado, como hemos visto, en una concepción propia de «racionalidad económica» que asimismo configura de manera singular al ser humano como *homo oeconomicus*, se asienta sobre un individualismo metodológico que, al dar primacía a principios económicos individualistas, conecta directamente con un tipo de ideología de corte liberal se podría decir «extremo» en lo económico y en lo político incompatible con el modelo del Estado del Bienestar o del Estado Social de Derecho, donde el sector público interviene activamente en la economía. Por suerte, los autores de nuestro libro no olvidan esa realidad —véase Puy Fraga— y tienen en cuenta toda una serie de factores ajenos al análisis económico, pero que indudablemente influyen sobre el objeto de su estudio. Con esto quiero decir que también este tipo de análisis está sometido a limitaciones, como reconocen explícitamente Francisco Cabrillo y Juan Corona, que además vienen dadas desde sus planteamientos de base. Por eso hemos de recordar, en primer lugar, que cualquier estudio de un fenómeno jurídico complejo realizado a través de esta perspectiva corre el gran riesgo de caer en el reduccionismo —véase



Gómez Pomar—. La enriquecedora multiplicidad de matices —sociológicos, económicos, psicológicos y éticos— que configuran la realidad jurídica provoca que cualquier análisis realizado sobre ella desde un punto de vista muy concreto fracase en el intento de presentar una visión totalizadora del conjunto. La teoría económica del Derecho y la política debe ser consciente de que su papel en relación con la Ciencia Jurídica y con cualquier otra disciplina es el de *colaborador* y no sustituto en el intento de construcción de una ciencia seria y completa.

En segundo lugar, el análisis económico es especialmente adecuado para describir el funcionamiento de instituciones jurídicas y políticas, y para detectar determinados problemas que con la utilización de otro tipo de metodología científica pasarían desapercibidos. Del mismo modo, su capacidad de *previsión* acerca de la evolución y funcionamiento de aquellas instituciones hace de él un instrumento francamente útil en el desarrollo de las Ciencias Sociales. Todo ello indica su especial adecuación para explicar lo que *es* el Derecho, es decir, como análisis positivo del Derecho y la Política. En cambio, presenta deficiencias en el ámbito del *deber ser*, como análisis *normativo*. Es precisamente este aspecto del análisis económico, su propuesta de soluciones, el que ha de ser contemplado con más cuidado. Creo que, desde su propia configuración como forma de estudio positivo que no incorpora en su bagaje principios éticos, en muchas ocasiones no tiene capacidad para convertirse en un análisis normativo que pueda aportar soluciones socialmente aceptables acerca del deber ser de materias que, como la Política o el Derecho, son constantemente revisadas, reinterpretadas y aplicadas en virtud de una serie de objetivos elegidos y priorizados también a través de criterios éticos. El desconocimiento de toda una serie de valores y la primacía del principio económico de eficiencia generan en ocasiones resultados que no siempre están de acuerdo con el sentir social, como se pone de manifiesto en la ponencia del profesor Cabrillo acerca del análisis económico y el Derecho de Familia.

A pesar de estas objeciones, me parece una labor imprescindible la difusión de los avances realizados, así como de las posibilidades que aún encierra el análisis económico, y libros como éste ayudan de manera fundamental a dicha labor. Por todo ello, concluyo deseándole al libro una buena singladura y reconozco que su lectura en todo momento ha resultado para mí muy interesante y agradable.

Nora María MARTÍNEZ YAÑEZ

**Dario QUAGLIO, *Guido Fassò: Della Ragione come Legge*, Napoli, ESI, 1991, 161 páginas**

Casi veinte años después de la desaparición de Guido Fassò, una de las más insignes figuras de la Filosofía del Derecho italiano de la segunda parte de este siglo, Dario Quaglio presenta un opúsculo divulgativo que pretende dar una vista panorámica y generalizada de todo el itinerario intelectual fassoniano; para ello, básicamente, sigue el esquema propuesto en su momento por Lombardi Vallauri; un díptico donde, de un lado se afirma la metajuridicidad de la ética, entendida como experiencia religiosa y, de otro, reconoce la función esencial de la razón jurídica en el mundo experimental, donde cada individuo limita y contradice a los otros siendo indispensable una norma de coexistencia<sup>1</sup>.

El primer aspecto abordado por Quaglio, versa sobre estudios que Fassò dedicó a la gnoseología jurídica, de inspiración kantiana y con cierta afinidad respecto a las doctrinas crocianas y neopositivistas. Desde un particular institucionalismo, el profesor boloñés trató de afrontar las críticas vertidas contra el institucionalismo —fundamentalmente la de haber cedido al objetivismo, desvalorando al sujeto y su autonomía— y lo intentó proponiendo llegar a una superación de la antítesis entre subjetivismo-objetivismo, voluntad-hecho, norma-institución; no es casualidad que gran parte de su libro *La storia come esperienza giuridica*<sup>2</sup> se ocupe de solucionar la artificiosa antítesis entre Derecho como factum y el Derecho como criterio axiológico. Estas consideraciones conducirán a Fassò a plantearse la relación entre el Derecho y la moral en *Cristianesimo e società*<sup>3</sup>, donde distingue un plano valorativo, correspondiente al terreno metafísico-moral, y otro histórico-jurídico, en donde no cabe la posibilidad de afirmar verdades absolutas, sino relativas; por ello supondría un auténtico contrasentido defender la existencia de una moral social<sup>4</sup>, puesto que para acceder a la moral, se necesita trascender hasta una dimensión metajurídica<sup>5</sup>.

Al igual que a Kant, también a Fassò se le reprochaba, por parte de las corrientes espiritualistas del iusnaturalismo cristiano, cierta ambigüedad al considerar al Absoluto como un Valor mientras que, por otra parte, militaba dentro un relativismo ético de corte historicista; también Quaglio cree que Fassò incurre en una aporía, llegando a definirle como un inmanentista (pp. 46 y 51). A decir verdad, creemos que Quaglio desconoce que para el su autor, tanto la religiosidad y la sociedad, como la moral y el Derecho, eran conceptos *diversos*, y no *contrapuestos*<sup>6</sup>, al teorizar sobre el Absoluto y valorarlo pretendía decir, estrictamente, que al tener tal naturaleza absoluta y metafísica es incognoscible, *creíble*, pero *no afirmable*<sup>7</sup>; precisamente por esta razón se excluye la contingencia de incurrir en el inmanentismo denunciado por Quaglio, ya que la posibilidad del mundo extraempírico y absoluto, queda abierta<sup>8</sup>.

1. LOMBARDI VALLAURI, L., *Amicizia, carita e diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 238.

2. FASSÒ, G., *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953.

3. FASSÒ, G., *Cristianesimo e società*, Milano, Giuffrè, 1956, 1969.

4. BAGOLINI, L., «Valutazioni morali e giuridiche nella crisi dell'etica individuale», en *Studi Senensi*, 1950, pp. 178-241.

5. FASSÒ, G., «Diritto e morale sociale», *Studi parmensi*, 1951, pp. 171-179; también en *Scritti di Filosofia del Diritto* (vol. I), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 145-150.

6. FASSÒ, G., «Ancora a proposito di Cristianesimo e società», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, IV, 1956, p. 1407; también en *Scritti di Filosofia del Diritto* (vol. I), op. cit., p. 301.

7. PATTARO, E., «Sull'assoluto Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò», En op. *últ cit*, pp. LXV-LXVII.

8. FASSÒ, F., *Riv. Int. di Fil. del Dir.*, IV, 1954, p. 612; también en *Scritti di Filosofia del Diritto* (vol. III), op. cit., p. 1405.

En relación al binomio moral-Derecho, Quaglio advierte que en aquél subyace la crítica fassoniana al iusnaturalismo dogmático, ahistórico y abstracto tanto de matriz iluminista cuanto de derivación católica. Si Fassò soslayaba esta vertiente iusnaturalista, era porque al propugnar un cierto tipo de Derecho que no era obra del hombre, se generaba un Derecho natural dogmático, absurdo y contradictorio constituido por un orden ontológico de valores absolutos, y esto era algo que se oponía frontalmente a su concepción histórica del iusnaturalismo.

Partiendo de la distinción entre positivismo jurídico y filosófico, puesto que el primero puede desembocar en un abstractismo tan grave como el del iusnaturalismo tradicional a causa de su desmesurado formalismo, es necesario, según Fassò, amparar la viabilidad de un iusnaturalismo adherente a aquella naturaleza profunda del hombre representada por la historia, donde se pueden encontrar puntos de enlace con aquél positivismo filosófico que nunca ha rechazado la posibilidad de un Derecho suprallegal no metahistórico.

Aunque el Derecho natural histórico ya ha sido estudiado con anterioridad por autores como Renart, Carnelutti o Kantorowicz<sup>9</sup>, Fassò pensaba más bien en un modelo ideal de ley que se modificara cuando quedase, por el devenir de los tiempos, obsoletizada y distante del sentimiento general de la sociedad; quizás sea ésta la causa de la admiración profesada por Fassò hacia la tradición jurídica inglesa, y por eso observa un acercamiento explícito entre su ideal iusnaturalista y la *common law*, pues ambas son leyes de la razón que siempre se han opuesto a cualquier intento totalitario de hacer del Derecho expresión de la única voluntad arbitraria del soberano<sup>10</sup>.

Es precisamente en la razón donde han convergido tradicionalmente las diferentes formulaciones del iusnaturalismo a través de los siglos, puesto que la función desarrollada por el Derecho natural a lo largo de su dilatada historia ha sido, según Fassò, la de educar a los hombres, induciéndoles a que organizaran racionalmente, esto es, humanamente, su convivencia<sup>11</sup>.

La investigación historiográfica fassoniana, sin embargo, no está tratada, a nuestro juicio, con la extensión y profundidad que merece la obra del erudito boloñés. De forma selectiva, Quaglio ha elegido los aspectos que más originalidad pueden suministrar los escritos de Fassò; así, omitiendo de forma sistemática la exposición de los escritos consagrados a Vico o a Grozio<sup>12</sup> durante su primera etapa, inaugura esta parte del libro dedicándola a la historia de la Filosofía del Derecho, en especial, deteniéndose en la tradicional polémica suscitada entre voluntaristas y racionalistas, citando de manera casi anecdótica a S. Agustín o a Guillermo de Occam, y centrándose en las aportaciones tomistas al iusnaturalismo moderno<sup>13</sup>.

9. RENART, G., *Le Droit, l'ordre et la raison*, Paris, S. A, Pecueil Sirey, 1927; CARNELUTTI, F., «Bilancio sul positivismo giuridico», *Riv. Trim. Dir. Pub.*, II, 1951, pp. 281-300; «L'antinomia del diritto naturale», *Riv. Dir. Proc.*, IV, 1959, pp. 511-525; FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto* (vol. III), op. cit., p 244.

10. FASSÒ, G., *La legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1964, 1966, pp. 218-252.

11. FASSÒ, G., *Ibid.*, pp. 251; PÉREZ LUÑO, A. E., «Guido Fassò», *Revista de Estudios Políticos*, 1975, p 222; n.º 202 «L'itinerario intellettuale di Guido Fassò», *Riv. Int. di Fil. del Dir.*, I, 1976, pp. 372-381.

12. FASSÒ, G., «Il Vico nel pensiero del suo primo traduttore francese», *Memorie della accademia delle scienze dell'istituto di Bologna Classe di scienze morali*, Serie IV, VII, 1944-45, 1947, pp. 47-112; I «quattro auttori» del Vico. *Saggio sulla genesi della Scienza nuova*, Milano, Giuffrè, 1949; «Ugo Grozio, tra medioevo ed eta moderna», *Rivista di Filosofia*, I, 1950, pp. 174-190; VICO e GROZIO, Guida, Napoli, 1971; *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Bologna, Zanichelli, 1949, 1961, también en Morano, 1979.

13. FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto* (vol. I), Bologna, Il Mulino, 1966, 1970, trad. española de Lorca Navarrete en Pirámide, Madrid, 1978; *Ibid.* (vol. II), 1968, 1972, trad. esp. Pirámide, Madrid, 1979.

La filosofía política fassoniana se expone sólo de manera sucinta, tratando la justificación histórica de la formación del Estado, sirviéndose Quaglio de los estudios realizados por Fasso sobre la democracia en la Grecia Antigua y el constitucionalismo inglés<sup>14</sup>, de otro lado, se incluye también la conclusión extraída por Fassò tras su estudio comparativo entre el Estado de Derecho y el Estado de justicia, una peculiar versión del Estado del *rule of law* capaz de hacer valer un Derecho que, si bien no es suprahistórico y abstracto, no depende de la voluntad arbitraria de un legislador que, más allá de sus aparentes intenciones, puede terminar siendo absolutista.

Tras la lectura de este breve estudio monográfico, quizás un poco pretencioso en sus planteamientos iniciales y escaso en sus logros finales, puedan comprenderse mejor los presupuestos y razones por los que la obra de Fassò, que no pasó inadvertida para la comunidad científico-doctrinal de su época, continúe ofreciendo un gran atractivo para todos aquellos que deseen formularse, desde cualquier cuestión filosófico-jurídica, un problema de conciencia.

Fernando H. LLANO ALONSO

---

14. FASSÒ, G., *La democrazia in Grecia*, Bologna, Il Mulino, 1959, 1967, trad. griega., Poseidonas, Thessalonike, 1971; «La democrazia nell'antica Grecia e la riforma agraria», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 1959, pp. 956-965; «Intorno al "sesso" della "common law"», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, I, 1969, pp. 298-306; «Il giusnaturalismo e la teoria moderna dell Stato», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, III, 1962, pp. 813-875.

## Próximo volumen del «Anuario»

El volumen XII del «Anuario» correspondiente a 1995, estará dedicado en su sección monográfica al tema: **Derecho y Ética frente a la vida y la muerte**. Desde la interdisciplinariedad de nuestros Departamentos podría analizarse el debate, en los términos en que se plantea hoy. Consta además que muchos de sus miembros están trabajando en los variados aspectos del tema: aborto, eutanasia, genoma humano, etc..

De tema libre serán las demás secciones. Dado el apoyo encontrado, alentamos con interés a hacernos llegar sugerencias de posibles debates, que supongan crítica de una obra reciente de autora o autor principalmente españoles y la respuesta pertinente. También se consolidan las colaboraciones a las secciones de crítica bibliográfica, por lo que invitamos a nuestros colegas a continuarlas.

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 1995, 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 (25 páginas DIN A4 como máximo).

Todo artículo puede llevar notas a pie de página y referencias bibliográficas. Las referencias bibliográficas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor y año de aparición de la obra. Ejemplo: (DWORKIN, 1985). Al final del artículo serán agrupadas las referencias completas por orden alfabético; las obras de un mismo autor serán subclasificadas cronológicamente.

Las obras citadas, tanto en las notas como en las referencias, deberán ser presentadas de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección).

Ejemplos:

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 425 pp.

Si se trata de un artículo de revista:

DWORKIN, R., «Social Sciences and Constitutional Rights. The Consequences of Uncertainty», *Journal of Law and Education*, 6, 1977, pp. 10-12

Si se trata de un artículo incluido en un libro:

DWORKIN, R., «My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More», en MITCHELL, W.J.T., ed., *The politics of Interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, p. 56

Conviene siempre precisar la página de donde se extrae la cita.

Los manuscritos no se devuelven a sus autores.

Cabe enviar los artículos en diskette de ordenador, siempre que estén realizados con los sistemas operativos MS DOS o WINDOWS

y hayan sido confeccionados en la modalidad sólo texto utilizando el programa Word. 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 Época

Índices de los volúmenes aparecidos

### VOLUMEN I (1984)

I. LA DECISIÓN JURÍDICA. ALFONSO RUIZ 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 argumentos 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 LANS-DORFF 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 BARCI MARTÍN, El Derecho Natural 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 necesidad 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. JÜRGEN 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 ROMANÍ, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant. II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ANGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Soalri, entre la

crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

#### VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGLISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GAMUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCESCA PUIG-PELAT MARTÍ, 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,

personeidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES. Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo 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. RUIZ-RICO y MERCEDES VERA PADIAL, Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la elite 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 Marx Weber: Un problema metodológico. CARLOS ALARCÓN CABRERA, El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Sociología sistemática y política legislativa. II. DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA». ESPERANZA GUISÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. III. ESTUDIOS. NEIL MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de juego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VITORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl R. Popper.

#### VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los Derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La Revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de

Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen. ENRIQUE BONETE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORESO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924).

#### VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, La trauma moral de la democracia en la vida cotidiana. F. QUESADA; F. COLOM; J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: Entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higher Law, pactum unionis y pactum socialis. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídica-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, MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ANGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neoestocismo, iusnaturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, 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 analítico: H. L. A. Hart.

#### VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRÍQUEZ 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 RODRIGUEZ 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 Vifredo 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 ANÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Precursores» en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRANZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamin: 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 ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURAN 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. ÁNGELA 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. MEGÍAS QUIRÓS, 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 MACÍAS 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.

#### VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA; PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia. II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO; JOSÉ ÁNGEL MORENO; JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de Teoría del Derecho como biografía crítica de la ley. 2. DERECHO y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO, Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja Lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARIA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

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.







