

**ANUARIO
DE
FILOSOFIA
DEL
DERECHO**

NUEVA EPOCA

TOMO XII



MADRID

1995

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Director

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

Secretario

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

CONSEJO DE REDACCION

MANUEL CALVO GARCIA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

ANGEL LLAMAS CASCON

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III

BENITO DE CASTRO CID

Catedrático de Filosofía del Derecho
UNED

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III

JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

FRANCESCA PUIGPELAT MARTI

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

MARIA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
UNED

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO



MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR

Secretaría General Técnica

DIRECCION Y REDACCION: Area de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza — Facultad de Derecho
50009 ZARAGOZA — (Teléfono 976/76 14 55)

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 XII



MADRID

1995

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

N.I.P.O.: 060-95-006-6
I.S.B.N.: 84-7787-981-8
I.S.S.N.: 0518-0872
Depósito Legal: M-11.151.1958

Solana e Hijos, Artes Gráficas, S.A.

INDICE

	<u>Págs.</u>
PRESENTACION	11
I. DERECHO Y ETICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE	
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, <i>Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas</i>	15
MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, <i>Perfil general del Derecho médico</i>	39
VICENTE BELLVER CAPELLA, <i>Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos</i>	65
JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, <i>Eutanasia y Derecho</i>	83
MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, <i>Principios secundarios y muerte digna</i>	115
ERNESTO J. VIDAL GIL, <i>Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/94 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica</i>	127
JOSÉ GARCÍA AÑÓN, <i>La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill</i>	149
II. ESTUDIOS	
1. FILOSOFIA DEL DERECHO, MORAL Y POLITICA	
FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, <i>Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho</i>	175

	<u>Págs.</u>
ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, <i>Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral</i>	195
ANGEL CUENCA, <i>Objeción de conciencia: Reflexión Ética</i>	217
ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, <i>Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa</i>	239
ANGELA APARISI MIRALLES, <i>Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad</i>	269
URBANO FERRER, <i>La acción anónima y el sentido (De Weber a Schutz y Habermas)</i>	301
 2. TEORIA DEL DERECHO	
CARLOS ALARCÓN CABRERA Y ANDREA ROSSETTI, <i>Validez y theticidad</i>	323
MANUEL SEGURA ORTEGA, <i>La imperatividad del Derecho</i>	337
RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>La concepción estándar y la concepción realista del Derecho</i>	347
JOSÉ JUAN MORESO, <i>La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica</i>	363
MILAGROS OTERO PARGA, <i>La arbitrariedad</i>	387
VICTORIA ITURRALDE, <i>Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de «civil law»: el caso español</i>	401
 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO	
FRANCISCO CASTILLA URBANO, <i>El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los Siglos XVI y XVII</i>	425
FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, <i>La razón de los Ilustrados</i>	447
ANA LLANO TORRES, <i>Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural</i>	467
JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, <i>El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero</i>	503

	<u>Págs.</u>
ANDREA GREPPI, <i>Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)</i>	547
LEONOR SUÁREZ LLANOS, <i>Un comunitarismo para R. Dworkin</i>	569
SALVADOR RUS RUFINO, <i>La justicia como decisión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman</i>	593
JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, <i>La actitud marxista ante el Estado social</i>	619
 III. IN MEMORIAM	
JESÚS BALLESTEROS, <i>José Corts Grau (1905-1995)</i> ..	643
 IV. DEBATES	
JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, <i>Ecologismo personalista: ecos de premodernidad</i>	653
JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, <i>Las razones del ecologismo personalista</i> ..	667
BENITO DE CASTRO CID, <i>Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras</i>	679
FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, <i>Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor de Castro</i> ..	689
PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, <i>Sobre el análisis económico del Derecho</i>	705
PEDRO MERCADO PACHECO, <i>Respuesta a la profesora Paloma Durán</i>	719
FERNANDO GALINDO, <i>Actividades frente a normas</i> ...	735
ROBERT ALEXY, <i>Respuesta a F. Galindo</i>	743
 V. INFORMACIONES	
<i>El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas</i>	747

	<u>Págs.</u>
<i>Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social</i>	753
<i>XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social</i>	757
<i>Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995)</i>	759
 VI. CRONICA BIBLIOGRAFICA	
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Crónica Bibliográfica 1995</i>	763
 VII. CRITICA BIBLIOGRAFICA	
MARGARITA BELADIEZ ROJO, <i>Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz)</i>	793
NORBERTO BOBBIO, <i>Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso)</i>	796
MANUEL CALVO GARCÍA, <i>La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta)</i>	799
AMEDEO G. CONTE, <i>Filosofía del linguaggio normativo II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera)</i>	803
JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, <i>La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo)</i>	805
WILLIAM W. FISHER III y otros (eds.), <i>American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz)</i>	811
JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, <i>Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales)</i>	816
FRIEDRICH MÜLLER, <i>Strukturierende Rechtslehre (Antonio-Enrique Pérez Luño)</i>	823
LYGIA NÉGRIER-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, <i>Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González)</i> . .	826

	<u>Págs.</u>
ANGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, <i>Consentimiento, Democracia y Obligación política</i> (Nora María Martínez Yáñez)	829
ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>El desbordamiento de las fuentes del derecho</i> (Carlos Alarcón Cabrera)	832
DEREK L. PHILLIPS, <i>Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought</i> (María Leonor Suárez Llanos)	835
JOHN RAWLS, <i>Political Liberalism</i> (Salvador Rus Rufino)	841
MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, <i>Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht</i> (Félix Francisco Sánchez Díaz)	844

Presentación

El tema monográfico propuesto para este volumen —«Derecho y Ética ante la vida y la muerte»— encontró en un primer momento amplios deseos de colaboración. Por su parte, la Dirección procuró y logró que estuviera presente algún autor especializado sobre dos de las materias más candentes hoy y de legislación incipiente o todavía en los telares: técnicas genéticas y eutanasia. Al confeccionar el índice, la elección de originales realizada ha permitido flanquear esas colaboraciones con artículos de filósofos jurídicos y morales.

La pluralidad de criterios y discursos no puede ocultar, sin embargo, la presencia de dos elementos recurrentes. De una parte, la contraposición entre lo natural y lo artificial, viejo lugar común de nuestro pensamiento —antiguo y moderno—, que oscila entre el respeto sacrosanto a la naturaleza, como criterio, y la convención como génesis de la moral y del derecho. Esa dialéctica no puede pasar por alto, sin embargo, que lo construido por el hombre, a lo largo de la historia, no ha significado sólo un mejor acoplamiento a los dictados de la naturaleza, sino también, y en gran medida, una modificación de la misma. Precisamente la cultura ha consistido en aplicar el artificio a la naturaleza a fin de hacerla, con titubeos, humana o inhumana, según la lucidez de individuos, pueblos y épocas. En ese contexto se argumenta moral y jurídicamente.

Esa argumentación —y éste es el segundo motivo recurrente— no puede menos que partir de principios, que se pretenden coherentes con los supuestos de autonomía y racionalidad de los individuos, criterios de lo humano, de lo inhumano o de lo demasiado humano. Quien proclama un principio absoluto, abre pronto la puerta a la casuística que cuarteo el principio. El relativista escéptico se detiene violento ante la vorágine del «todo vale». ¿Cómo se legitima la vida, cómo se justifica la muerte? ¿No serán ambas realidades facetas de un todo? Así lo veía ya Nietzsche: «¿Qué significa vivir? Vivir —significa deshacerse continuamente de algo en uno mismo que quiere morir—. Vivir —significa ser cruel e inexorable contra todo cuanto se hace débil y viejo en nosotros, y no sólo en nosotros—. Vivir —significa, por consiguiente, ¿ser despiadados contra moribundos, miserables y viejos? ¿Ser asesinos en todo tiempo?...—. Y, sin embargo, el viejo Moisés dijo: ¡No matarás!». (*El gay saber*, 26). No sólo el «viejo Moisés», sino también el pensamiento ilustrado, desde Kant hasta Dworking. La vida digna se confronta con la muerte digna.

En la sección «Estudios» se han distinguido, como ya se ha hecho en anteriores entregas, tres apartados. En el primero, junto a los problemas acadé-

micos de delimitación conceptual y metodológica, se contienen artículos situados en la ábil línea divisoria del Derecho y la Moral, y otros que abordan conceptos centrales de la Filosofía política como la individualidad o la igualdad.

En el segundo apartado —«Teoría del Derecho»— se incluyen colaboraciones más homogéneas, como muestra de consolidación, entre nosotros, de una temática que, junto al enfoque analítico, admite puntos de vista metodológicos distintos, aunque menos robustos.

Más heterogéneo es el contenido del tercer apartado, «Historia del pensamiento jurídico». A pesar de ello se acentúan dos líneas de investigación, presentes en anteriores entregas del ANUARIO: el pensamiento jurídico español contemporáneo y las corrientes anglosajonas del momento. Parece que a una orientación germana de anteriores generaciones sucede una anglosajona en las más recientes.

Balance de generaciones es también el que se hace al despedir a Don José Corts Grau, último superviviente de los Catedráticos anteriores a la guerra civil. Lo hace un discípulo suyo con un sentido que supera lo personal y lo local, e invita a los más jóvenes a no desconocer el pasado de nuestra Filosofía jurídica.

Los «Debates» han colmado el deseo de acierto de la Dirección, cuyas iniciativas, en otras ocasiones, no siempre encuentran la respuesta adecuada. La aparición de monografías sobre temas compartidos muestra a veces que sobre el ecologismo, los derechos sociales o el análisis económico del derecho hay posturas diversas, y que conviene estimular un diálogo científico. Tal es el tono logrado esta vez por la sección.

Las «Informaciones» y la «Crónica bibliográfica» se guían por criterios selectivos de utilidad e interés objetivo. También se ha procurado que esos criterios presidieran las críticas bibliográficas, evitando la colaboración demasiado amistosa o buscadora de mutuo favor. Si bien esto no se ha logrado, como tampoco que se haya introducido algún estudio en aras de inmediato concurso del autor.

Con sabor agridulce, propio de una transición, se cierra con este volumen XII una Dirección —legitimada por nombramiento ministerial— y una etapa del ANUARIO, que comenzó algún año antes del de 1984, fecha de aparición del volumen I, ya que fue preciso poner en pie una publicación abandonada y desaparecida y que hoy parece consolidada. Un nuevo contexto, delimitado por el convenio firmado por el Ministerio de Justicia e Interior y la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social y la nueva Directiva de la Sociedad, parecen propiciar una nueva etapa.

El tono de la despedida me lo sugiere —perdóneseme mi debilidad por los «clásicos»— la lectura de un texto de Aristóteles: cerrar los ojos y reflexionar. ¿No es acaso el párpado distintivo del hombre? «Los ojos humanos, en efecto, tienen párpados como cubierta, sin mover los cuales no pueden ver, mientras que los animales de ojos endurecidos (escleróticos) no tienen nada de este tipo, sino que ven directamente lo que aparece en lo diáfano» (*Del alma*, 421 b). En consecuencia, regularé el diafragma, regularé la vista, no para hacer la vista gorda, sino para entender mejor, recordar, aprender...

Juan José Gil Cremades

I

**DERECHO Y ETICA ANTE LA VIDA Y LA
MUERTE**

Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas *

Por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

La Laguna

EL MÉTODO DE APROXIMACIÓN A LAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE PLANTEA LA GENÉTICA HUMANA

Los descubrimientos sobre el genoma humano han acentuado, si cabe, una fuerte tendencia que desde hace años se viene observando en relación con las Ciencias biomédicas en general: la multidisciplinariedad. Su necesidad metodológica se ha venido imponiendo de forma natural como consecuencia de la enorme complejidad que comporta el análisis profundo de las importantes y variadas consecuencias que suponen aquéllas desde hace unas décadas para el ser humano. El resultado de este proceder metodológico que constituye la multidisciplinariedad no es otro que la Bioética, pues no debe olvidarse que, en sentido estricto, la Bio-Ética, es decir, la Ética aplicada a las Ciencias de la vida, sigue siendo tarea fundamental de los especialistas de esa disciplina, mientras que el Derecho tiene sus propios cometidos y métodos, bien es cierto que las grandes cuestiones que plantean las Ciencias Biomé-

* *El presente texto se corresponde con la intervención mantenida el día tres de abril de 1995 ante la Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, de las Cortes Generales, por invitación del Presidente de dicha Comisión, D. Marcelo Palacios. Agradezco a la Dirección del Anuario de Filosofía del Derecho la oportunidad que me ha brindado para poder participar en esta Sección monográfica.*

dicas exigen una mayor relación entre Ética y Derecho, que encontrarían su punto de confluencia en la Bioética, entendida en ese primer sentido amplio propuesto.¹

No son sólo éstos los rasgos más característicos del debate social generado en torno a la genética humana. En primer lugar, no es patrimonio exclusivo ni de los investigadores y operadores² de las Ciencias empíricas ni de los expertos de las Ciencias humanas y sociales; el debate, la discusión, atañe a la sociedad entera, a sus miembros. Por otro lado, como ya he señalado en otro lugar³, ha de ser plural, buscando vías de integración de las diferentes perspectivas ideológicas y culturales; paralelo, en la medida de lo posible, a los descubrimientos y anterior a la toma de decisiones sobre sus aplicaciones; y, por último, ha de ser transnacional e internacional⁴, concitando el encuentro de las diversas áreas económicas, culturales e ideológicas presentes en el mundo, armonizando de este modo las legislaciones nacionales sobre la materia⁵.

Es indudable que debe evitarse caer en la fácil tentación del

1. Sobre las relaciones entre Bioética y Derecho (Bioderecho), v. GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989, pp. 528 y ss. y 575 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994, pp. 8 y ss.

2. Los denomino impropriadamente así para aludir a los profesionales que aplican los resultados de las investigaciones, p. ej., los médicos, clínicos o forenses, los genetistas clínicos, etc.

3. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 16 y s.

4. Algunas de estas iniciativas internacionales —impulsadas tanto por organizaciones gubernamentales como no gubernamentales— se mencionan a lo largo del presente trabajo. Otras son: *La Declaración Universal de los Derechos de las Generaciones Futuras*, de 1994, aprobada en La Laguna con la colaboración de la UNESCO, el Equipe Cousteau y la Universidad de La Laguna (V. *La Declaración Universal de los Derechos de las Generaciones Futuras*, con *Presentación* por Karel VASAK, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º1, 1994, pp. 221 y ss.); el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre *Protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio de Bioética*, aprobado por la Asamblea Parlamentaria el 2 de febrero de 1995 (pendiente de su aprobación definitiva por el Comité de Ministros), aparte de varias Recomendaciones. Y la más reciente, que es la 93.ª Conferencia Interparlamentaria, celebrada en Madrid del 27 de marzo al 1 de abril de 1995, que ha aprobado una Resolución sobre «Bioethics and its implications worldwide for human rights protection» (ponente: M. Palacios).

5. V. en este sentido la *Declaración de Bilbao*, en el «Encuentro Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», celebrado del 23 al 26 de mayo de 1993 en la Universidad de Deusto, bajo los auspicios de la Fundación BBV y de la Diputación Foral de Bizkaia: «Es aconsejable elaborar acuerdos internacionales y armonizar las leyes nacionales para regular la aplicación de los conocimientos genéticos, así como instaurar un control supranacional» (Conclusión 8.ª).

determinismo y reduccionismo científicos⁶, a través de los cuales se podría pretender legitimar cualesquiera decisiones, cuando menos discriminatorias. En efecto, la lógica fascinación que provocan los constantes descubrimientos y avances de las llamadas ciencias empíricas no deben hacernos olvidar dos consideraciones: que la personalidad —la individualidad— no es exclusivamente fruto de los componentes biológicos del ser humano⁷, y que la Filosofía, la Ética y el Derecho giran en torno al núcleo esencial del mundo conceptual de los valores, de los ideales humanos y de la racionalidad que éstos necesitan como soporte irrenunciable⁸.

Después de lo señalado, no haría falta insistir en la justificación de la intervención del Derecho, si asumimos que a éste corresponde, entre sus funciones, permitir y garantizar la convivencia y la paz social, resolver los conflictos allá donde surjan y proteger los valores individuales y colectivos más importantes para aquella convivencia, ya reconocidos (bienes jurídicos) o nuevos necesitados de identificación y merecedores de protección, si, como es lógico, carecen de ella. En este sentido, las investigaciones sobre el genoma humano y las aplicaciones de sus resultados sobre el ser humano abren un cúmulo de expectativas, quizá sobrevaloradas a la vista del grado de conocimiento adquirido hasta el presente, así como no pocos temores sobre sus peligros, probablemente todavía exagerados, si tenemos en cuenta que no se han detectado hasta el momento abusos o daños reales apreciables para los

6. Apunta en este sentido WILKIE, T., *El conocimiento peligroso. El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, Ed. Debate, Madrid, 1994, pp. 186 y s., que el Proyecto Genoma Humano podría llevarnos a adoptar una visión excesivamente «atomista» de los seres humanos y de la vida misma, y que podría acelerar tres procesos: las similitudes entre humanos y animales se harán más aparentes; las diferencias entre unos individuos humanos y otros se acentuarán; y puede que cambie nuestro punto de vista acerca de la naturaleza de la vida.

7. V. al respecto, Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II, Bilbao, 1994, con los trabajos sobre «El legado genético y el principio de culpabilidad», de: KOCH, H.G. (pp. 11 y ss.), TRIFFTERER, O. (pp. 17 y ss.), JOSÉ M.^a STAMPA BRAUN (pp. 45 y ss.), DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (pp. 63 y ss.), BUENO ARUS, F. (pp. 73 y ss.), CARMÍ, A. (pp. 83 y ss.), HUERTA TOCILDO, S. (pp. 95 y ss.), MURRAY, T.H. (pp. 99 y ss.), NELSON, J.R. (pp. 103 y s.), PARRISSIADOU, F. (pp. 105 y ss.), SPRUMONT, D.- GUILLOD, O. (pp. 109 y s.), TEKE SCHLICHT, A. (pp. 111 y ss.) y TORIO LÓPEZ, A. (pp. 119 y ss.). V. también, HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *La culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano*, en «Cuadernos de Política Criminal», n.º 42, 1994, pp. 763 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M., *Genetic legacy and the principle of culpability*, en «10 World Congress on Medical Law. Proceedings», volume C, Jerusalem, 1994, pp. 24 y ss.

8. ATIENZA, M., «Diez errores frecuentes sobre la ética», en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Bilbao, 1994, p. 229, ha señalado que «la investigación sobre el genoma humano no altera los principios ya casi clásicos de la bioética (beneficencia, autonomía y justicia o distribución equitativa de recursos insuficientes), sino que lo que hace —podría decirse— es plantear nuevas circunstancias de aplicación de esos principios».

individuos o para la sociedad. Sin embargo, no es menos cierto que los descubrimientos prosiguen sin cesar y lo que parecía lejano o imposible se vislumbra ya en el horizonte, perfilándose sus contornos cada vez con mayor precisión. Por consiguiente, no es banal ocuparse tanto de beneficios como de riesgos que se pueden ir asentando en nuestro entramado social, sin olvidar al respecto que la Ciencia —la investigación científica y, en consecuencia, sus posibles derivaciones y aplicaciones— no es unidireccional, lo que permite frecuentemente relativizar las valoraciones sobre ella.

PERFIL DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS PRINCIPALES IMPLICADOS⁹

Esta doble faceta se manifiesta de forma casi inherente en primer lugar en los *análisis genéticos*. Como es sabido, son una realidad ya casi cotidiana de la sanidad presente (diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales, en el ámbito del consejo genético; diagnóstico postnatal), con la valiosa información que proporcionan y que, gracias a las investigaciones, están ampliando sin cesar su espectro de obtención de información y ganando al mismo tiempo en exactitud y en capacidad predictiva. De forma inmediata surge la cuestión de si el sometimiento a estas pruebas podría hacerse obligatorio, imponerse incluso coactivamente o condicionar ciertas relaciones o prestaciones a dicho sometimiento voluntario, pero coactivo, y en términos semejantes puede presentarse la cuestión del acceso mismo a los resultados de esas pruebas, esto es, a la información que proporcionan sobre la persona implicada¹⁰. La libertad y la intimidad de las personas, su derecho individual a la autodeterminación de la información personal¹¹, aparecen

9. Sobre ellos me he ocupado en diversos trabajos anteriores, además de los ya citados en este trabajo, a los cuales me remito: «La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho», en *Folia Humanística*, n.º 276, 1986; *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídicopenales*, en S. Mir Puig (ed.), «Avances de la Medicina y Derecho Penal», PPU, Barcelona, 1989 (publicado también en «La Ley», 1987); *El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones jurídicas*, en Javier Gafo (ed.), «Ética y Biotecnología», Madrid, 1993; *Some Implications of Human Genome Analysis and Research in Spanish Law*, Centro de Direito Biomedico —Universidade de Coimbra / Institut für Arzt und Arzneimittelrecht — Universität Göttingen (eds.), «Genome Analysis: Legal rules practical application», Coimbra 1994; *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, en Conseil de l'Europe (ed.), «Ethique et génétique humaine», Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994; *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, en «Proyecto Genoma Humano: Aspectos legales», vol. III, Fundación BBV, Madrid, 1995.

10. No podemos entrar en la importante casuística que generan estos conflictos, pero recuérdense algunos supuestos más relevantes: en relación con diagnósticos de otros miembros de la misma familia, en el ámbito de los seguros (de vida, de enfermedad, de accidentes), del empleo (acceso a un puesto de trabajo, promoción interna) y de las relaciones crediticias, entre otros.

11. V. ROMEO CASABONA, *El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones jurídicas*, cit., p. 172.

así como los objetos (siendo precisos: los bienes jurídicos), deseados o no, sobre los que recaerían los efectos o resultados de las investigaciones aplicadas, cuya protección efectiva habría que verificar. La discriminación en las relaciones privadas o frente a grupos de población, raciales o no, podría imponerse en detrimento de los principios de igualdad (de oportunidades y en el reconocimiento de la igualdad en la diferencia) y de solidaridad¹²; a lo que habría que oponer, como refuerzo de éstos últimos, el consentimiento informado y su contrapunto, el llamado derecho a no saber, así como una rigurosa confidencialidad sobre la información y su no utilización en menoscabo de la intimidad, la igualdad y la solidaridad¹³. Las pruebas biológicas de la paternidad y las huellas genéticas en la investigación penal como instrumentos al servicio de la Administración de Justicia ofrecen otros aspectos, en los que se contraponen los intereses del afectado con los de terceros y los generales de la comunidad.¹⁴

En segundo lugar, también presentan este carácter ambivalente las *intervenciones en el genoma* por medio del ADN recombinante, por su potencialidad modificadora de ciertas características biológicas de los individuos o, incluso, de las estirpes intervenidas; modificaciones que a su vez pueden ser transmitidas o no por los mecanismos de la herencia biológica. Estas intervenciones afectarían a la integridad de las personas y, más allá de ellas, a la propia especie humana; pero también al *nasciturus* mientras se desarrolla en el útero materno y al embrión «in vitro» no transferido, en cuanto son igualmente susceptibles de intervención. En ello ha de centrarse, en consecuencia, la reflexión del jurista, esto es, en la consideración de la adecuada protección jurídica de cada una de estas realidades, identificando o perfilando los bienes o valores presentes dignos de dicha protección¹⁵.

12. Sobre los análisis en el ámbito laboral y en los seguros sociales y privados en particular, v. WIESE, G., *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, Luchterhand, Neuwied, 1994, pp. 36 y ss. y 69 y ss., respectivamente.

13. A este respecto, la *Declaración de Bilbao*, señala: «La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y por tanto debe ser inmune a cualquier intromisión. El consentimiento informado es requisito indispensable para interferir en ella. Excepcionalmente y por motivos de interés general, podrá permitirse el acceso a la misma, en todo caso bajo control judicial» (Conclusión 3.^a).

14. V., por ejemplo, CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual*, en «La Ley», n.º 3556, 1994, pp. 1 y ss.; Jaime PERIS RIERA, *La identificación genética y los derechos fundamentales*, en «Arbor», n.º 564, 1992, pp. 45 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, en «Poder Judicial», n.º 25, 1992, pp. 49 y ss. Así como numerosas sentencias del Tribunal Supremo y otras decisiones del Tribunal Constitucional (en particular, la sentencia de 19 de enero de 1994).

15. V. más ampliamente sobre los bienes jurídicos que estimo implicados, ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, cit., pp. 187 y ss. y 203 y ss.

Finalmente, en este panorama se abren también otras puertas que apuntan a un horizonte todavía indefinido: la eugenesia. La tentación eugenésica, cierto que con intermitencias, ha sido una constante en la historia de la humanidad; no sería, por consiguiente, un fenómeno nuevo. Desde el primitivo recurso espartano a la Roca Tarpeia hasta las corrientes eugenésicas del primer tercio de este siglo, apoyadas en el darwinismo social de la pasada centuria (Herbert Spencer; Francis Galton) ¹⁶ y sustanciadas en el mundo jurídico occidental por medio del darwinismo legal, no han sido infrecuentes los intentos de mejorar la especie humana ¹⁷. Este ideal perfeccionista tuvo que pasar previamente por procedimientos expeditivos tendentes a impedir el nacimiento, la supervivencia o la reproducción de seres «imperfectos»: eutanasia neonatal, aborto o esterilización de individuos considerados atávicos o mentalmente anormales. De estas prácticas de eugenesia negativa sólo la última —la esterilización— fue impuesta coercitivamente por jueces o legislaciones eugenésicas ¹⁸.

En la actualidad los análisis genéticos preconceptivos y el diagnóstico prenatal son un instrumental precioso que aporta la ciencia, pero que pueden ser utilizados en favor de estas corrientes, que han resurgido en la actualidad. Hoy se apela ya por algunos a la responsabilidad de los padres de impedir procrear hijos sabiendo que van a nacer enfermos o con importantes discapacidades; pero no tan sólo a una responsabilidad moral, sino también refrendada por la ley. Si a lo anterior añadimos el coste de las prestaciones sanitarias y sociales, nos podremos explicar —aunque no los compartamos— determinados intentos legislativos actuales en esta dirección ¹⁹. Pero el gran potencial eugenésico (ahora de eugenesia positiva: seleccionar determinados rasgos fenotípicos) que ofrecen las investigaciones sobre el genoma humano, con métodos que se vislumbran de extraordinaria precisión, aunque también de particular complejidad a corto plazo, son el diagnóstico preimplantatorio y sobre todo las intervenciones en el genoma, en con-

16. V. DUSTER, T., *Human Genetics, Evolutionary Theory, and Social Stratification*, en Mark S. Frankel & Albert H. Teich (eds.), «The Genetic Frontier. Ethics, Law and Policy», American Association for the Advancement of Science, Washington, D.C., 1994, pp. 131 y ss.

17. V. MAYR, E., *Darwin et la pensée moderne de l'évolution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1993.

18. P. ej., en los Estados Unidos; sin olvidar la posterior experiencia nacional-socialista, de base ideológica diferente, ni las sospechas de haber impuesto incluso el aborto.

19. Como la Ley sobre Salud materna e infantil de la República Popular China (de 27 de octubre de 1994), que prevé que todas las parejas que deseen contraer matrimonio deberán someterse a un examen médico para comprobar si alguno de ellos sufre alguna enfermedad genética, infecciosa o mental, y de serle diagnosticada alguna de ellas sólo podrán contraer matrimonio si toman medidas anticonceptivas de carácter permanente (según el diario «El Mundo», de 15 de noviembre de 1994).

creto de las células germinales (los gametos) y del embrión en los primeros estadios de su división celular (en su fase de totipotencialidad), justo también al hilo de la terapia génica —en la línea germinal—, de donde rebrota el importante interrogante, de fondo filosófico, de la distinción entre lo normal y lo patológico, entre éste, lo diferente y lo infrecuente. No importa a este respecto cuán lejos se esté científicamente de aquéllo, sin perjuicio de que el diagnóstico preimplantatorio ya sea inmediato, con su potencial de favorecimiento de eugenesia positiva, como paso previo (para algunos incluso alternativo) a la ingeniería genética en la línea germinal.

Las reflexiones sobre los posibles efectos de la eugenesia (de eugenesia positiva, fundamentalmente) y la protección de la especie humana, han dado lugar (más allá de la garantía de su supervivencia), a la consideración del genoma humano como merecedor de protección específica, en cuanto patrimonio de la humanidad. De este modo se reconduciría el enfoque hacia el patrimonio genético como bien de la humanidad, de la especie humana, del que sería depositaria ésta en su conjunto, incluidas las generaciones futuras, e implicaría su intangibilidad e integridad²⁰; esto es, tal discurso abocaría en su maximalización a la sacralización del patrimonio genético como último reducto. Sin embargo, parece ser que por el momento se ha asumido esta idea demasiado rápidamente, sin haber profundizado de forma suficiente sobre su verdadero significado y alcance, sobre su contenido y, finalmente, sobre la adecuación misma e irrefutabilidad de la afirmación.²¹ Nos encontramos así ante un continente más intuitivo que conceptual, necesitado de darle un contenido preciso y practicable, que no puede desatender otros aspectos, como son los beneficios que pueden derivarse de algunas intervenciones genéticas estrictamente terapéuticas o preventivas para mejorar la calidad de vida del ser humano individual y para la propia humanidad, y como es, desde otra perspectiva, la irre-

20. Así, el Primer Borrador de *Declaración sobre la Protección del Genoma Humano*, de la UNESCO (septiembre de 1994), principio 1.º: «El genoma humano, que es una de las partes constitutivas de la herencia común de la especie humana, debe ser protegido en cuanto tal». Y, ya con anterioridad, la Recomendación 934 (1982), sobre Ingeniería Genética, del Consejo de Europa, recomendación 7, b: «Recomienda al Comité de Ministros... prever el reconocimiento expreso, en la Convención Europea de Derechos del Hombre, del derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido ninguna manipulación, salvo en aplicación de ciertos principios reconocidos como plenamente compatibles con el respeto de los derechos humanos (por ejemplo, en el campo de las aplicaciones terapéuticas)»; y la Recomendación 1046 (1986), relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, del mismo organismo (principio 1, que recoge el texto transcrito de la Recomendación 934/1982).

21. También crítico, pues considera que «se cae de nuevo en la falacia naturalista», GRACIA GUILLÉN, D., *Libertad de investigación y biotecnología*, en Javier Gafo (ed.), «Ética y Biotecnología», Fundación Humanismo y Democracia — Fundación Konrad Adenauer, Universidad de Comillas, Madrid, 1993, pp. 23 y s.

petibilidad individual (para garantizar así la identidad e individualidad de cada ser humano) y la diversidad biológica de la especie humana (biodiversidad); o también, pero tal vez sin magnificar su alcance, el significado que se ha de otorgar a los procesos de mutaciones genéticas espontáneas. Si, no obstante, parece correcta la vía que se está abriendo de otorgar una protección al genoma humano y que ello se ha de predicar de algún modo —esto es, construyendo si fuera preciso las categorías jurídicas adecuadas para esta nueva perspectiva— a las futuras generaciones, es cierto también que requiere un profundo y serio debate sustentado en un adecuado enfoque metódico.

De forma paralela debe abordarse el análisis de la protección del medio ambiente (bioseguridad), que también puede verse afectado por las manipulaciones genéticas sobre los seres vivos ²².

A la vista de este panorama, insistamos, pues, en la legitimidad de la intervención de la sociedad en la toma de decisiones sobre lo que desea o rechaza para su conjunto; intervención por lo demás necesaria y en ocasiones urgente, a la vista del panorama anterior, que decíamos se expresa por medio de los instrumentos jurídicos.

Para completar esta global y breve incursión sobre algunas situaciones y aplicaciones conflictivas, abusivas o perversas del conocimiento científico sobre el genoma humano, no debe dejarse en el olvido que los constantes descubrimientos sobre aquél y las numerosas aplicaciones a que han dado lugar en beneficio del ser humano, de la sociedad y del progreso de la ciencia, han sido posibles gracias al importantísimo apoyo que se ha venido prestando a estas investigaciones, pero es cierto que han encontrado otro ineludible y no menos importante soporte en la libertad de investigación, en el *derecho fundamental a la creación y la producción científicas*. Sin embargo, si bien se acepta que la aplicación de los resultados (el conocimiento adquirido) de tales investigaciones puede estar sometida a limitaciones, la opinión no es tan pacífica en lo que se refiere al proceso mismo de la adquisición del conocimiento. Las posiciones son, fundamentalmente, tres: según la primera, la obtención de información, de conocimiento científico, no debe estar sujeta a limitación alguna, puesto que el conocimiento en cuanto tal no es perjudicial, sino la utilización posterior que del

22. La Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, alude a ello en su Exposición de Motivos: «La aplicación de estas técnicas [de manipulación genética] supone grandes posibilidades de desarrollo económico y mejora de la calidad de vida de la humanidad, pero conlleva la responsabilidad de asegurar que dicha aplicación se realice en condiciones en las que los posibles riesgos para la salud humana o el medio ambiente sean mínimos, lo que exige la adopción de una serie de medidas de garantía y control de las actividades en las que se produzcan o empleen organismos modificados genéticamente». Véase también el Convenio de las Naciones Unidas sobre Biodiversidad Biológica, de 5 de junio de 1992.

mismo se haga; la segunda posición sostiene que la investigación dirigida directamente a la adquisición de determinados conocimientos para valerse de ellos con posterioridad en perjuicio de individuos o de la sociedad puede ser contraria a la ética, y por ello estaría entonces justificada su prohibición; y, finalmente, la posición que sostiene que la adquisición de conocimiento en cuanto tal no debe sufrir ningún tipo de limitaciones, sin perjuicio de las que correspondan a su posterior utilización, pero sí es legítima la prohibición de determinados procedimientos o métodos en la medida en que involucren a seres humanos (incluido el concebido), a otros componentes biológicos humanos o a otros bienes dignos de protección (p. ej., los animales). Esta última posición es la más adecuada para la categoría de la libertad de investigación como derecho fundamental, que en tal sentido encuentra refrendo en nuestra Constitución (art. 20.1.b), y por ello las limitaciones o prohibiciones que pudieran establecerse sobre la investigación genética dirigida primordialmente a la adquisición de conocimiento —con todas las matizaciones oportunas, en las que no voy a entrar ahora—, deben venir determinadas exclusivamente por su colisión con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos²³. En otro caso, es decir, cuando tal colisión no se haya producido o haya sido posible su resolución en favor de la investigación por no afectar de forma sustancial a tales derechos, la Constitución impone a los poderes públicos la responsabilidad de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44.2).

La dimensión social de la investigación comporta, finalmente, unas exigencias, como es el libre acceso por parte de los miembros de la comunidad al conocimiento científico (del que serían beneficiarios en primer término los propios investigadores)²⁴ y a los logros de

23. V. de forma semejante la *Declaración de Bilbao*: «La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales, marca el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano» (Conclusión 2.^a); GRACIA GUILLÉN, *Libertad de investigación y biotecnología*, cit., pp. 14 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit. p. 7.

24. V. sobre el problema de las patentes y los genes humanos, Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II, cit., con los trabajos sobre «La patentabilidad de los descubrimientos genéticos» de: J. CRAIG VENTER (pp. 131 y ss.), Christian BYK (pp. 135 y ss.), John M. COLLINS (pp. 155 y ss.), Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (pp. 173 y ss.), José M. OTERO LASTRES (pp. 177 y ss.), Dennis S. KARJALA (pp. 199 y ss.), Guido GERIN (pp. 207 y ss.), Salvador D. BERGEL (pp. 219 y ss.), Norman H. CAREY (pp. 237 y ss.), Milagros DEL CORRAL (pp. 243 y ss.), Rebecca S. EISENBERG (pp. 255 y ss.), Neil A. HOLTZMAN (pp. 259 y ss.), Juan L. IGLESIAS PRADA - Manuel LOBATO GARCÍA-MIJÁN (pp. 265 y ss.) y Ranier MOUFANG (pp. 273 y ss.); y, recientemente, Juan L. IGLESIAS PRADA, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

aquella, sin discriminaciones por motivos geográficos, culturales, económicos u otros.

BREVE PANORAMA SOBRE EL INSTRUMENTAL NORMATIVO EXISTENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español no es ajeno a la problemática que plantea el conocimiento y el acceso científico y material al genoma humano. En este sentido, el legislador español ha tomado diversas iniciativas que ofrecen una amplia cobertura regulativa específica sobre diversos aspectos de la materia que nos ocupa, aunque quedan todavía otros carentes de regulación

Mencionemos, en primer lugar, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida, y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos²⁵. Con ambas leyes España se constituyó entonces como el primer país en el mundo que abordaba de forma ambiciosa, global y completa los aspectos más relevantes relacionados con los diagnósticos genéticos, la terapia génica, la prevención de enfermedades hereditarias y la investigación biológica sobre gametos, embriones y fetos, entre otras materias; además de las técnicas de reproducción asistida en cuanto tales. A partir de entonces la legislación española fue obligada referencia en el derecho comparado e internacional, cierto que, calificada como una legislación abiertamente permisiva, no siempre han sido compartidos sus criterios²⁶. Sin embargo, aunque fuera discutible, tal esfuerzo del legislador no se ha visto apoyado por el poder ejecutivo. En efecto, ambas leyes encomendaban al Gobierno de la Nación el desarrollo y ejecución de lo establecido en estas leyes en el plazo de seis meses o de un año, a partir de su respectiva promulgación, por medio de varios Reales Decretos²⁷. Ninguno de ellos ha sido aprobado todavía por el Ejecutivo, por lo que el potencial de regulación, control y cualificación de estas actividades no ha

25. Ambas leyes tuvieron como antecedente una novedosa forma de proceder por parte de las Cortes Españolas, al crearse en su seno una «Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas», que continuó con la presentación de un «Informe» (conocido como «Informe Palacios») y concluyó con la votación del mismo por el Pleno del Congreso de los Diputados el 19 de abril de 1986. V. más extensamente, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit. pp. 225 y ss.

26. No se olvide que de ambas leyes penden sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos en 1989 por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, sobre los que todavía no ha resuelto el Tribunal Constitucional.

27. Véanse sus Disposiciones Finales y Adicionales, respectivamente. En total se prevén quince materias que deberían ser reguladas en principio, por otros tantos Reales Decretos.

sido garantizado; no existen medios institucionales para conocer con precisión qué actividades se están realizando en nuestro país, con qué porcentajes de éxito y de calidad; no existe una vía administrativa de control específico por parte de las autoridades sanitarias sobre la cualificación de los centros, las condiciones materiales y personales que han de reunir y la realidad de estas prácticas. En resumen, podemos concluir que en gran medida (pues hay algunos aspectos que sí son plenamente aplicables) estas Leyes no han podido satisfacer la finalidad a la que estaban destinadas. Por otro lado, dada su precocidad en el tiempo, algunos criterios adoptados por ellas no gozaban todavía de un pacífico consenso internacional o no se conocían todavía algunas posibilidades de posteriores innovaciones científicas. Estos son los casos, por ejemplo, de la terapia génica en la línea germinal, permitida en mi opinión por la Ley 35/1988 (bien que de hecho sea imposible, al faltar unas condiciones remitidas al desarrollo reglamentario mencionado: la lista de enfermedades graves para las que se autorizaría esta terapia)²⁸, rechazada, sin embargo, en el concierto internacional²⁹ o, cuando menos, sometida a moratoria, así como de la experimentación sobre preembriones (embriones «in vitro»), que ha suscitado recientemente una viva discusión en el Consejo de Europa en relación con el Proyecto de Convenio de Bioética; y del diagnóstico preimplantatorio, igualmente autorizado por la Ley³⁰.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994, hoy en fase de tramitación parlamentaria, pretende cubrir, con la introducción de algunas figuras delictivas, las infracciones más graves que dichas leyes configuraron como ilícitos administrativos³¹. El nuevo Proyecto supera con mucho las graves deficiencias de que adolecía su predecesor, el Proyecto de CP de 1992. Supone una gran complejidad encontrar unos criterios políticocriminales adecuados que, sin desbordar el principio de mínima intervención del Derecho Penal, ni confinar a éste a una función meramente simbólica en esta materia, el Derecho Penal, decimos, pueda cumplir su característica función tutelar de los bienes jurídicos de forma preventivo-represiva frente a las agresiones (posi-

28. Así se deduce del art. 13.1 y 3. El art. 13.3.c, junto con la Disposición Final Primera, d, remite a una lista de enfermedades genéticas o hereditarias que, como ya se ha dicho, no ha sido aprobada todavía por el Gobierno de la Nación. Véase también al respecto la Ley 42/1988, art. 8.2.a y c, y Disposición Adicional Primera, b.

29. En este sentido, p. ej., el Proyecto de Convenio sobre Bioética, del Consejo de Europa, art. 16: «No podrá realizarse intervención alguna sobre el genoma humano si no es con fines preventivos, terapéuticos o diagnósticos y a condición de que no tenga por objetivo interferir en la línea germinal». De igual modo, el Grupo de Asesores sobre las Implicaciones Éticas de la Biotecnología, de la Comisión Europea, en su Dictamen sobre «Implicaciones Éticas de la Terapia Génica», de 13 de diciembre de 1994, opinión 2.7.

30. V. art. 12 de la Ley 35/1988, y art. 8.2.a de la Ley 42/1988.

31. V. Disposiciones Finales Segunda y Tercera.

bles actualmente o en el futuro inmediato) más graves a los mismos. Es también tarea difícil eludir el denostado casuismo en la técnica tipificadora de conductas penalmente relevantes, pero es preferible incurrir en este riesgo al de introducir figuras demasiado vagas, que atentaría contra la seguridad jurídica, lo que sería mucho más grave. En cualquier caso, en mi opinión el Derecho Penal debe limitarse por el momento a crear una barrera de contención frente a las conductas que pueden dar lugar al nacimiento de seres humanos genéticamente manipulados (en el sentido amplio de la expresión) o que no tengan su origen en la unión de *un* óvulo y de *un* espermatozoide humanos. Las conductas manipuladoras en cuanto tales sobre gametos o embriones «in vitro» podrían quedar actualmente al margen del Derecho Penal (sin perjuicio de que en algunos casos den y deban dar lugar a ilícitos administrativos). Como sugiero más adelante, el Proyecto de CP de 1994 no ha satisfecho estos propósitos políticocriminales, pues incurre en una incorrecta protección penal al mismo tiempo por defecto y por exceso. No obstante, estimo válidas algunas de sus previsiones punitivas, al igual que la técnica de incluir los delitos previstos en las Leyes 35/1988 y 42/1988, según corresponda, pues parece más adecuado, tanto para facilitar en algún caso la plena configuración o comprensión de lo ilícito penal, que remite de algún modo a ellas, como para los fines de prevención general propuestos por el legislador.

La Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, ha consistido en la transposición de las Directivas de la Unión Europea (entonces CEE) 90/219/CEE y 90/220/CEE, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. Es pronto todavía para evaluar la eficacia de esta Ley para los objetivos propuestos, y en principio podría tener cobertura penal en algunos supuestos a través del delito contra el medio ambiente que contiene el Código penal vigente (art. 347 bis).

Aparte de las materias acabadas de apuntar, el ordenamiento jurídico español carece de otros instrumentos jurídicos para proteger de forma específica y suficiente otras manifestaciones derivadas del conocimiento genético. Más arriba indiqué que ésta es una de las materias más delicadas relacionadas con el genoma humano: el acceso a la información genética, y es donde el individuo aparece con toda crudeza en una posición de máximo desequilibrio y vulnerabilidad frente a terceros (cualesquiera que sean éstos). Carecemos de una normativa específica sobre la protección de la información genética personal y sobre la garantía de no sometimiento a los análisis y pruebas genéticas de forma obligatoria o coercitiva, incluso cuando tal información deba atender a intereses altamente valiosos, como son los implicados en la

Administración de Justicia³². Si bien la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (arts. 10.1 y 3 y 61)³³, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (arts. 7.º y 8.º)³⁴, entre otras³⁵, prevén medidas de protección de información o datos personales, no son suficientes para cubrir las necesidades específicas actuales derivadas de la información genética, como ponen de relieve algunas iniciativas en el ámbito nacional³⁶ e internacional³⁷.

Esta problemática afecta también a la celebración de contratos de seguros de vida, enfermedad o accidentes, respecto a la cual, a falta de una referencia explícita sobre la cuestión en la Ley del Contrato de Seguro de 1982, no se deduce ninguna facultad especial por parte del asegurador frente al tomador del seguro o asegurado, a pesar de la amplitud que pudiera darse al cuestionario de salud y al reconocimiento médico, como deberes previos a la celebración del contrato³⁸. De todos modos, y en caso de duda, debe garantizarse la prevalencia de los intereses del asegurado, en particular su derecho a la autodetermi-

32. Recientemente ha sido presentada una proposición de ley sobre esta materia por el Partido Popular (sobre el uso y práctica de prueba del análisis del ácido desoxirribonucleico —ADN— dentro del sistema del Derecho Penal y en la Investigación de la paternidad), que sigue muy de cerca la Recomendación R (92)1 del Consejo de Europa.

33. Véase sobre la historia clínica el Real Decreto de 20 de enero de 1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, art. 6.º y Anexo 1, apartado 5.º.

34. Ténganse en cuenta también la Ley Orgánica sobre Medidas Especiales en Materia Salud Pública de 14 de abril de 1986 y la Ley del Medicamento de 19 de diciembre de 1990, citadas por la LORTAD en su art. 8.º, al igual que la propia Ley General de Sanidad, en lo que atañe a los datos relativos a la salud.

35. Así, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, art. 4.º.7. Y el Código Penal, art. 367 y 497 y ss.

36. Así, en la Constitución de la Confederación Helvética se introdujo, tras el referéndum de 17 de mayo de 1992, una nueva redacción del art. 24, que dice así: «El material genético de una persona no puede ser analizado, registrado o revelado sin su consentimiento previo, o cuando expresamente lo autorice o imponga la ley». La Ley austríaca de 12 de julio 1994, sobre Técnica Genética (*Gentechnikgesetz*), establece una específica protección de los datos genéticos en su art. 71. Véase también The Privacy Commissioner of Canada, *Genetic Testing and Privacy*, Ottawa, 1992.

37. Así, el Proyecto de Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de datos médicos, y el Proyecto de Convenio de Bioética, del mismo Organismo, arts. 12 y 18. International Labour Office, *Workers' Privacy, Part. III, Testing in the Workplace*, vol. 12, 2/1993, Geneva, 1993.

38. V. sobre esta materia, MENÉNDEZ, A., *El genoma humano y el contrato de seguro*, en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III (en prensa); YANES, P., *Seguros de personas e información genética (I) y (II)*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 1, 1994, pp. 191 y ss., y n.º 2, 1995, pp. 167 y ss.

nación informativa, tomando las medidas oportunas para impedir que en la práctica de seguros se llegue a generalizar la obligatoriedad de los análisis genéticos³⁹. En derecho comparado encontramos ya ejemplos de prohibiciones muy estrictas en este ámbito, así como en el del empleo⁴⁰.

Por lo que se refiere a las patentes relacionadas con los descubrimientos genéticos en relación con el ser humano y sus aplicaciones para la obtención de determinados productos a partir de aquéllos, es una materia en exceso específica —aunque no por ello menos importante, preocupante y actual— como para detener mi atención en ella con la extensión que merece. Baste decir que es una cuestión que se encuentra en pleno debate en la Unión Europea, cargada de conflictividad⁴¹, y en la que España no debería adoptar ninguna iniciativa unilateral en el ámbito de nuestra legislación interna⁴², sino esperar a que se obtenga un criterio unitario y consensuado en el seno de la Unión.

39. De acuerdo con el criterio de YANES, *Seguros de personas e información genética, cit.*, quien acertadamente propone, además, establecer un control administrativo y judicial de las condiciones generales o particulares de los seguros de las personas capaz de eliminar cláusulas contrarias a la autodeterminación informativa de aquéllos.

40. Así, la Ley austríaca de 1994, ya citada, en su art. 67 prohíbe que el empleador o el asegurador obtengan, exijan, acepten o valoren los resultados de análisis genéticos de sus empleados o candidatos a un empleo o de los tomadores de un seguro.

41. En efecto, el Parlamento Europeo, contra lo previsto, el 5 de marzo de 1995 rechazó una propuesta de Directiva relativa a la Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, por lo que deberá reiniciar sus trabajos. De esta Directiva frustrada deseo mencionar tan sólo parte de su art. 2.º: «1. El objeto de una invención no será excluido de la patentabilidad por el único motivo de estar compuesto por materia biológica, utilizar materia biológica o ser aplicado a esta última. (...) 3. No serán patentables las invenciones cuya publicación o explotación sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres... Por esta razón, no serán patentables, en particular: a) el cuerpo o elementos del cuerpo humano como tales; b) los procedimientos de modificación de la identidad genética del ser humano contrarios a la dignidad de la persona humana...» Por su parte, el Consejo Danés de Ética, *Patenting Human Genes. A Report*, Copenhague, 1994, señala en sus recomendaciones finales que sólo debería ser patentable la información contenida en las secuencias de ADN utilizadas en una especial metodología para la manufacturación de un producto específico (p. 35).

42. Debe recordarse la Ley 11/1986, de 20 de marzo, sobre Patentes, especialmente su art. 5.º, sobre la no patentabilidad de materias biológicas animales y vegetales, que concuerda básicamente con el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973. La Oficina Europea de Patentes de Múnich ha venido mostrando una gran flexibilidad sobre la concesión de patentes relacionadas con la Biotecnología, a pesar de las prohibiciones existentes aparentemente (así, las decisiones «Ciba-Geigy», «Onco-ratón-Harvard», y la reciente del «Relaxin», comunicada el 18 de enero de 1995). Véanse IGLESIAS PRA-DA, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano, cit.*, pp. 35 y ss.; LEMA DEVESA, C., *El Convenio Europeo de Múnich ante la protección de nuevas tecnologías*, en «Actualidad Civil», n.º 34, 1993, pp. 605 y ss.

SUGERENCIAS AL PODER LEGISLATIVO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA GENÉTICA HUMANA

Sería absurdo por mi parte no hacer uso de esta excepcional oportunidad que se me ha brindado de poder dirigirme a los señores Diputados y Senadores de esta Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico para ofrecerles unas reflexiones finales que, como jurista y Director de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, considero significativas en relación con algunos aspectos jurídicos relacionados con la genética humana que de modo más directo conciernen al poder legislativo. Sin embargo, sería necio por mi parte pretender que tales reflexiones, que presento a continuación a modo de sugerencias y conclusiones, sean atendidas sin más, puesto que es cierto que dada su complejidad requieren un amplio y profundo debate previo que, me atrevo a pensar, no debería dilatarse demasiado con el fin de que se dé paso a las acciones legislativas que se tengan por convenientes. De modo que con la serenidad que me produce haber tomado esta decisión unilateral, exenta por ello de responsabilidades no encomendadas y de mayores obligaciones de precisión y exhaustividad, que tampoco se concilian con la brevedad de esta intervención, procedo a terminar ésta con unas sugerencias y conclusiones.

De todos modos, se imponen previamente nuevas puntualizaciones. Primera, que el Derecho no es el único mecanismo disponible para garantizar la convivencia social y los valores asumidos socialmente, ni tal vez el más importante por si solo, existen otros mecanismos sociales de regulación no menos importantes y efectivos. Segundo, que, sin embargo, es también un poderoso instrumento de coacción en manos del Estado frente al individuo y que sólo pueden frenarse eficazmente las decisiones totalitarias de aquél si su configuración es democrática, por tanto plural, y está sometido al Derecho, y su efecto inherente el respeto a los derechos y libertades fundamentales del ser humano,⁴³ con independencia de su origen genético y peculiaridades genéticas, de su raza o de su sexo. Y aquí el respeto a la dignidad humana como principio rector general. Como es sabido, estos derechos, valores y principios han sido recogidos por la Constitución española de 1978.

Por otro lado, la en ocasiones necesaria intervención del legislador⁴⁴

43. Este enfoque presidió, acertadamente, el Segundo Simposio del Consejo de Europa sobre Bioética, dedicado a «Ética y Genética Humana», celebrado en 1993. V. Conseil de l'Europe, *Éthique et génétique humaine*, Strasbourg, 1994, *passim*.

44. Recuérdese la existencia de algunas leyes en varios países europeos que regulan de forma global o parcial estas materias: Reino Unido (Ley de 1 de noviembre de 1990, de Fertilización Humana y Embriología, *Act on Human Fertilization and Embriology*), República Federal Alemana (Ley de 13 de diciembre de 1990, de protección de embriones, *Gesetz zum Schutz von Embryonen*), Austria (Ley de 12 de julio de 1994, sobre Técnica Genética, *GentechnikGesetz*) y Francia (Ley n.º 94-653 de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano, *Loi relative au respect du corps humain*; Ley n.º 94-654 de 29

ha de partir de varias premisas insoslayables al regular materias relacionadas con las Ciencias de la vida y, por consiguiente, con la genética humana: consenso, gradualidad y provisionalidad. La primera —el consenso— no es, evidentemente, un principio nuevo, sin embargo se quiere llamar la atención sobre la irrenunciable necesidad de intervenir en aquellas materias que han encontrado un generalizado punto de acuerdo, tanto en el ámbito nacional como supranacional e internacional, retrasando hasta conseguirlo la intervención sobre aquellos aspectos que carezcan de tal consenso. De esto mismo se deriva la segunda premisa: la gradualidad en la intervención; pero, además, porque debe esperarse al conocimiento más preciso posible de los logros y resultados científicos, por un lado, y la demanda social real que generen y con ello su conflictividad, por otro. Por último, con la provisionalidad quiere significarse que el legislador ha de ser consciente de que en estas materias tan cambiantes (tanto en su presupuesto científico como en su influencia social) no puede aspirar a una regulación con vocación de permanencia o de validez indefinida, hasta que los cambios sociales impongan una revisión, como sucede en tantas facetas de la vida de relación; aquí, por el contrario, ha de operar asumiendo ya la necesidad de revisión desde el momento que adopta decisiones legislativas, llegando a imponerse formal y previamente, incluso, plazos de revisión⁴⁵. No obstante, esta misma conciencia de provisionalidad puede justificar la intervención del legislador en contra de las dos premisas anteriores —consenso y gradualidad—, con la finalidad de evitar perjuicios graves e irreparables en relación con el desarrollo no bien conocido de determinadas actividades, pero calibrando al mismo tiempo que no se interpongan frenos u obstáculos desproporcionados para la aplicación de acciones beneficiosas (como las terapéuticas en la línea génica somática).

Podría destilar en las anteriores propuestas la aceptación de un cierto relativismo axiológico. Es innegable, pero se circunscribe más al proceso de identificación y depuración en sí mismo que a la esencialidad de esos valores, pues la referencia irrenunciable a lo largo de él no puede ser otra que la de los derechos humanos, léase derechos fundamentales y libertades públicas, a los que antes nos vinculábamos.

de julio de 1994, relativa a la donación y a la utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica en la procreación y al diagnóstico prenatal. *Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*).

45. Así lo ha previsto en Francia la Ley n.º 94-654 de 29 de julio de 1994, ya *cit.*, art. 21, que establece que dicha Ley será objeto de un nuevo examen por el Parlamento en un lapso máximo de cinco años desde su entrada en vigor, tras la evaluación de su aplicación por la Oficina parlamentaria de evaluación de las decisiones científicas y tecnológicas.

A) *Sugerencias en relación con la información genética:*

- 1.^a Debe garantizarse el consentimiento libre e informado del afectado para cualquier análisis genético: por consiguiente, ha de establecerse la prohibición de su imposición de forma obligatoria, y mucho menos coercitiva, en beneficio de cualesquiera intereses públicos o privados. Son admisibles excepciones sobre la obligatoriedad de someterse a la obtención de muestras para la obtención de huellas genéticas, en los términos que indicamos más abajo.
- 2.^a Es admisible recurrir a los análisis genéticos cuando ya vengan impuestas por la ley otras pruebas diagnósticas de salud, en la medida en que aquéllos resulten más fiables para el objetivo legalmente establecido y no aporten ninguna otra clase de información, en particular de naturaleza predictiva.
- 3.^a Debe garantizarse en todo caso el secreto sobre los resultados de los análisis genéticos y establecerse restricciones de acceso a los mismos, con principios orientadores y con medidas similares, pero reforzadas, a las previstas para los datos de carácter personal automatizados, se hayan obtenido tanto por imposición de la ley (de estar así establecido) como con el consentimiento del interesado. No obstante, deben preverse medidas específicas más restrictivas en relación con la transferencia de datos genéticos a otros archivos y con el flujo transnacional de estos datos, pues la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, no parece suficiente.
- 4.^a La información al afectado previa a otorgar su consentimiento a someterse a los análisis genéticos ha de ser completa, en particular sobre su naturaleza y los resultados —previstos o no— que se pueden obtener de ellos. Del mismo modo debe garantizarse el respeto a la negativa del interesado a conocer información sobre sus propios datos genéticos (derecho «a no saber»).
- 5.^a Los resultados de los análisis genéticos en el ámbito de la salud no deben dar lugar a prácticas discriminatorias ni a intromisiones en la vida privada, en particular que se condicione de algún modo el acceso a las prestaciones sanitarias o sociales que correspondan ni a restricciones reproductivas (p. ej., aborto, esterilización), sin perjuicio de las que sobre éstas últimas pueda fijar la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en la actualidad o en las revisiones que pudiera experimentar en el futuro.

- 6.^a Debe asegurarse la prohibición de análisis genéticos vinculados con el contrato de empleo, o de seguimientos genéticos, tanto obligatorios como voluntarios. No obstante, pueden adoptarse medidas tendentes a facilitar que los trabajadores se sometan por su cuenta y de forma voluntaria a «chequeos» genéticos, siempre que se garantice el control de la información por parte de ellos. Del mismo modo debe prevenirse que en las relaciones privadas se imponga la realización de análisis genéticos como condición previa al establecimiento de la relación de que se trate (p. ej., en el campo de los seguros de vida, de salud y de accidentes, en la concesión de créditos, etc.)
- 7.^a La obtención de muestras biológicas para la determinación de huellas genéticas de un sospechoso de un delito puede tener carácter obligatorio si así lo establece la ley, pero no coercitivo. Debe tener como finalidad exclusiva la identificación de esas huellas para determinar la autoría del sospechoso o para revelar su inocencia, pero nunca con fines diagnósticos o predictivos de salud o para determinar la personalidad del sujeto analizado. Todo ello debe ser establecido de forma específica por la ley, fijando las condiciones, procedimiento y garantías, acreditación, homologación y autorización de laboratorios, etc.
- 8.^a Debe rechazarse en el momento actual la creación de bancos de datos genéticos o de muestras de material genético con el fin de luchar contra la criminalidad. Probablemente, vulnerarían algunos derechos fundamentales y libertades públicas los realizados a grupos de población en general (p.ej. a varones sólo). Podrían crearse bancos de muestras de material y datos genéticos provenientes de las víctimas y de los presuntos autores de delitos no identificados.

La creación de bancos de datos genéticos de condenados por delitos dolosos graves violentos (contra las personas y la libertad sexual) con fines exclusivos de identificación en relación con posibles delitos futuros es discutible y previamente debería tener en cuenta: que no debe comportar la vulneración de derechos fundamentales de los sujetos cuyos datos son archivados; el estado actual de la ciencia sobre la cuestión; las exigencias jurídicas sobre la protección de los datos; que éstos no se utilicen con otros fines, como la investigación de la personalidad de los sujetos; la coordinación con las prácticas al respecto de otros Estados de nuestro entorno; que sea regulado por ley, de estimarse superadas las anteriores observaciones.

B) *Sugerencias en relación con las intervenciones sobre el genoma humano:*

- 9.^a La terapia génica en la línea somática ha de considerarse lícita, y así se infiere del ordenamiento jurídico español. No obstante, debe autorizarse con las condiciones y limitaciones ya establecidas de forma general para la llamada «terapia experimental» o «experimentación terapéutica» (ponderación de beneficios y riesgos, inexistencia de alternativa terapéutica eficaz, que se trate de una enfermedad grave y se cuente con el consentimiento informado del paciente). En consecuencia, los poderes públicos han de apoyar de forma decidida la investigación sobre la misma, previendo el acceso en igualdad de condiciones para toda la población de acuerdo con lo previsto por la Ley General de Sanidad (art. 3.^o).
- 10.^a La terapia génica en la línea germinal, al no estar vinculada al tratamiento de una enfermedad grave para el afectado sino a su capacidad de tener hijos sanos, y al no conocerse sus efectos colaterales y en la propia herencia, debe someterse a una moratoria cuando sea posible su aplicación al ser humano.
- 11.^a Las intervenciones en el genoma humano no dirigidas a la prevención o tratamiento de enfermedades graves para las que expresamente se establezca algún mecanismo de autorización, deben ser prohibidas penalmente, de acuerdo con la técnica que se propone más adelante.
- 12.^a El embrión preimplantatorio obtenido «in vitro», así como el embrión «in utero» todavía no implantado en el endometrio materno necesitan una protección adecuada, incluso penal en los casos más graves, aunque en mi opinión ésta última deba limitarse en la actualidad al establecimiento de una «barrera de contención» que prevenga el desarrollo de embriones manipulados. Esta necesidad de protección no tiene por qué afectar necesariamente a las consideraciones políticocriminales sobre la despenalización del aborto voluntario. La legislación española vigente prevé ya la protección jurídica del embrión preimplantatorio, aunque todavía no en el ámbito penal. El debate internacional sobre la licitud de la utilización de estos embriones con fines de investigación aconsejan que no me pronuncie sobre ello en estos momentos, pero dicho debate debería ser tenido en cuenta por el legislador español.

13.^a La protección penal del embrión preimplantatorio debería dirigirse contra las conductas de:

- a) *fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*. Es un comportamiento previsto acertadamente como delito en el Proyecto de Código Penal de 1994,

También deberían ser delito las conductas que permitan su desarrollo ulterior «a término» en ciertas condiciones, sin pronunciarnos ahora sobre si la provocación de tales condiciones deban constituir o no delito. Estas conductas penalmente prohibidas deberían ser:

- b) *el desarrollo de un embrión humano más de catorce días fuera del útero de una mujer*, esto es, «in vitro» o en laboratorio o en un animal;
- c) *transferir al útero de una mujer un embrión que no provenga de un espermatozoide y un óvulo humanos o éstos o aquél hayan sido intervenidos con fines distintos a la prevención de enfermedades graves de acuerdo con lo establecido en la presente Ley* (sin que esto se contradiga con la propuesta de establecer una moratoria para la terapia génica en la línea germinal).

La penalización de estos dos comportamientos más el primero mencionado constituyen esa barrera de contención antes aludida con el fin de evitar el nacimiento de seres humanos cuya dotación genética ha sido manipulada o son el resultado de procedimientos de hibridación, quimeras, partenogénesis o de gametos del mismo sexo, transferencia a una mujer de embriones animales o viceversa.

Finalmente, debería penalizarse:

- d) *la creación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento*, como prevé el Proyecto de Código Penal de 1994, aunque no entiendo necesario restringir el tipo delictivo a la finalidad de selección de la raza, como prevé aquél.

Estas propuestas comportan la supresión de las infracciones administrativas equivalentes contenidas en las Leyes 35/1988 y 42/1988, con el fin de evitar incurrir en la prohibición del *ne bis in idem*, previsión, por lo demás, ya contemplada por el Proyecto de CP de 1994.

- 14.^a En coherencia con las anteriores sugerencias, el Proyecto de Código Penal de 1994 debería ser revisado en esta materia, aceptando como punto de partida que la introducción de los tipos penales correspondientes se remita a las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988) y sobre Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células tejidos u órganos (Ley 42/1988):

1. El nuevo art. 10, sobre el delito de manipulaciones genéticas, que se quiere introducir en la Ley 42/1988, no parece correcto en su redacción actual. En efecto la acción típica, consistente en la «manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo», se refiere a cualquier gen humano, lo que parece rebasar el marco de cobertura de esa Ley, que incluye únicamente los embriones y fetos. Cabría admitir tres hipótesis de manipulaciones de genes humanos: en el ser humano ya nacido, que de ser posible y se hiciera con una finalidad distinta a la que prevé el Proyecto en el art. 10 citado, debería remitirse a los delitos de lesiones corporales⁴⁶, incluso si se practicase contra un grupo racial o étnico, al delito de genocidio. Si la manipulación recae en gametos humanos, sería posible su penalización de acuerdo con tal tipo delictivo, pero sería también excesivo si se realiza con los solos fines de investigación y no se tiene el propósito de utilizarlos posteriormente para la reproducción humana. Finalmente, si recae sobre embriones o fetos, en cuanto a los primeros, si se encuentran todavía «in vitro», la Ley estaría tomando partido contra la investigación genética que comportara la alteración del genotipo, lo que, sin embargo, no parece prohibido por ninguna de las dos Leyes de 1998, al menos si aquéllos son inviábiles.

En consecuencia, el tipo delictivo del art. 10 para la Ley 42/1988 ha de hacer referencia al sujeto pasivo de la infracción penal. Si se aceptan las sugerencias que he propuesto más arriba para el embrión preimplantatorio «in vitro» (en especial la clasificada con la letra c) en éste debería incluirse:

«manipulen genes de un embrión o de un feto humanos en el curso del embarazo», en lugar de «manipulen genes humanos».

2. El nuevo art. 22 de la Ley 35/1988, que prevé introducir el Proyecto de Código Penal de 1994 debería ser sustituido por los cuatro supuestos que he propuesto más arriba en la sugerencia 13.^a, en párrafos consecutivos.

46. Dejando sin despejar la duda de que si esa modificación supone una mejora orgánica para el afectado tal vez fueran inadecuados los delitos de lesiones corporales en su redacción actual.

3. En esta línea de sugerencias voy a entrar en algunas cuestiones de detalle, pero no sin relevancia para una adecuada configuración de los tipos penales que prevé el Proyecto de 1994:

3.1. En el art. 21 que se introduce en la Ley 35/1988, sobre la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, deben sustituirse las palabras «o exterminadoras» por «u otros procedimientos exterminadores», pues no es necesario que tengan la calificación formal de armas. Por otro lado, tal vez esta figura delictiva debiera incorporarse al Código Penal, junto a otros delitos similares contra la seguridad del Estado que prevé el Proyecto de 1994, en cuyo caso debería armonizarse con los demás y meditar sobre la necesidad de incluir las armas bioquímicas obtenidas por otros procedimientos no genéticos.

3.2. Ahora ya en el Código Penal en sentido estricto, el Proyecto prevé en el art. 157 el delito de lesiones al feto, figura delictiva que ya propuse en 1981 y he reiterado con posterioridad en otras publicaciones. Pues bien, dada la constante y rápida evolución de las Ciencias biomédicas, entiendo que el legislador no puede evitar en ocasiones introducir términos con un significado más o menos técnico o, dicho de otro modo, no puede evitar que una palabra experimente una modificación en su significado jurídico impuesta por la precisión técnica en el uso del lenguaje que imponen los avances científicos y técnicos. Me refiero a la palabra «feto», que usualmente abarca la realidad biológica de todo el proceso del embarazo. Sin embargo, en la actualidad la doctrina jurídico-penal distingue (no puedo afirmar que de modo unánime pero sí muy extendido) el embrión preimplantatorio o preanidatorio en relación con el objeto sobre el que recae la acción en el delito de aborto; por otro lado, la legislación no penal diferencia también varias realidades biológicas diferentes en todo el proceso de la reproducción humana asistida. En consecuencia, debería sustituirse la palabra «feto» por «*embrión o feto*», para que la ley no suscite dudas interpretativas en materia tan delicada.

CONCLUSIONES

A modo de resumen de todo lo anterior, destaco las siguientes conclusiones:

- 1.^a Es necesaria y conveniente la revisión y actualización de las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida y sobre Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células tejidos u órganos. Por otro lado, debería interesarse al Gobierno de la Nación la aprobación de los Reales Decretos que en ejecución y desarrollo de ambas Leyes le encomiendan las mismas en sus Disposiciones Finales y Adicional

Primera, respectivamente, sobre todo en relación con aquellas materias que previsiblemente no se verían afectadas por una hipotética revisión de aquellas leyes.

- 2.^a Protección por Ley de los datos genéticos referentes a la salud. Ello podría comportar:
 - revisión de la protección de los datos relativos a la salud en general, con especial consideración de las historias clínicas.
 - revisión de la Ley General de Sanidad de de 25 de abril de 1986, Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 29 de octubre de 1992, en relación con la protección de los datos relativos a la salud. Asimismo la legislación sobre Seguros (Ley del Contrato de Seguro de 1982 y, con excepcional oportunidad en estos momentos, el Proyecto de Ley sobre productos de Seguros, hoy en trámite de discusión parlamentaria) y Estatuto de los Trabajadores de 1980.
- 3.^a Regulación por Ley de la utilización de las huellas genéticas (datos genéticos y muestras genéticas) en la Administración de Justicia.
- 4.^a Introducción de algunos delitos referentes a manipulaciones genéticas y revisión en este contexto de la protección penal del medio ambiente (de no ser suficiente por la cobertura del tipo penal vigente y/o de las penas previstas). Todo ello a la luz del CP vigente y del Proyecto CP 1994.
- 5.^a Para las iniciativas legislativas que eventualmente pudieran estimarse oportunas tomar, son de extraordinario interés las Recomendaciones y Resoluciones (o Proyectos) del Consejo de Europa, el Proyecto de Convenio de Bioética, las iniciativas de la Comisión Europea y de la UNESCO y las acciones legislativas de Derecho comparado o Informes de instituciones nacionales e internacionales gubernamentales y no gubernamentales.
- 6.^a El procedimiento debería consistir en un paquete de acciones legislativas simultáneas o sucesivas, pero coordinadas en todo caso. Además, el legislador debería adquirir el compromiso de asumir una revisión legislativa automática o condicionada sobre estas materias (mediante el procedimiento de seguimiento que se estableciera) en un plazo de tiempo prefijado.

Finalmente, quisiera concluir mi intervención recordando que es tarea de todos fomentar el interés de los poderes públicos y del cuerpo social por estas materias. En concreto, despertar una sensibilidad hacia los intereses individuales y colectivos implicados con la investigación sobre el genoma humano y sus aplicaciones, en particular los derechos

fundamentales de los individuos, los llamados derechos de las generaciones futuras, el apoyo a la investigación científica dentro del marco de la libertad de investigación y producción científica, la salvaguarda de la especie humana, la biodiversidad humana, animal y vegetal, la protección del equilibrio biológico y que no se generen diferencias entre los diferentes ámbitos culturales, económicos y geográficos.

Perfil general del Derecho médico

Por MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PREVIA

El presente trabajo contiene el desarrollo programático de cuatro cursos de doctorado, impartidos en la Universidad de Salamanca entre los años 1985 y 1989 a alumnos de posgrado Licenciados en Derecho o en Medicina. Conté para ello con una importante subvención económica, proporcional al número de alumnos por curso, que fue invertida en la adquisición de fondos bibliográficos.

*Quiero dedicar este estudio a la memoria del profesor Karl Engisch, quien, en los semestres de verano de 1964 y 1965 en la Universidad de Munich, me despertó el interés por el Derecho médico y puso a mi disposición su rica biblioteca. Agudo y perspicaz, de profundo pensamiento y de lenguaje preciso y bello, legó a la posteridad una larga serie de libros y artículos en los campos del Derecho penal, de la Filosofía del Derecho, de la Teoría de la Ciencia jurídica, de la Lógica jurídica y también del Derecho médico. Quizá la muestra más completa, y como tal representativa de todos los campos, sea su espléndida obra **La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales**, magníficamente traducida por J.J. Gil Cremades, a quien debo expresar mi gratitud por brindarme de nuevo la ocasión, nunca es tarde si la obra es buena, de recordar al insigne maestro.*

SUMARIO: Introducción.— I. Caracterización general del Derecho médico. 1. En busca del criterio diferenciador. 2. La regulación jurídica de la actividad médica. Su objeto y ámbito. 3. Concepto de Derecho médico.— II. Bases constitucionales del Derecho médico.— III. Derecho civil médico. 1. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. 2. La responsabilidad civil del médico. 3. Otras cuestiones de Derecho civil médico.— IV. Derecho penal médico. 1. La responsabilidad penal del médico y sus implicaciones. 2. Los diversos tipos de delito. 3. Otras cuestiones.— V. El *status* jurídico del médico: regulación administrativa y relaciones laborales. 1. Regulación administrativa de la profesión médica. 2. Relaciones jurídico-laborales. 3. La empresa médica y el régimen del seguro por la actividad médica.— VI. Problemas especiales del Derecho médico.

INTRODUCCION

Desde hace varias décadas se viene hablando con cierta frecuencia de Derecho médico: *Droit médical*, *Arztrecht*, *Medical Law*, según el orden en que han ido surgiendo las respectivas denominaciones. Aunque a veces este nuevo Derecho se identifica o se le tiende a confundir con la llamada *Medicina Legal*, en realidad no tiene mucho que ver con ella. Pues, como muy bien dice Gitrama, «la Medicina Legal estudia los problemas médicos que guardan relación con el Derecho y, por ende, debe ser obra de los médicos, mientras que el nascente Derecho médico aborda problemas jurídicos relacionados con la Medicina y, por consiguiente, ha de ser hechura de los juristas»¹. De acuerdo con ello, lo que con el nombre de Derecho médico se quiere significar no es otra cosa que un nuevo Derecho especial y específico, que como tal se refiere al conjunto de normas y también obviamente de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas, e incluso de laudos arbitrales, acuerdos entre partes en litigio, etc., que tienen por objeto el ejercicio de la actividad médica en cuanto radicalmente condicionada por una serie más o menos amplia de notas distintivas.

1. GITRAMA, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al prof. Ignacio Serrano, T. I (Valladolid 1965), p. 328.

La primera cuestión que surge ante este hecho indiscutible es si realmente se puede hablar con propiedad de un auténtico *Derecho médico*. O, planteada la cuestión de una manera más explícita: Si el conjunto de normas que regulan la actividad médica, y por supuesto de sentencias y resoluciones que resultan de su aplicación judicial y administrativa, tienen tal entidad y presentan tales caracteres diferenciadores que obliguen a o al menos permitan pensar en la existencia o en la posibilidad de una nueva rama del Derecho, por muy específica que se la quiera considerar, pero en todo caso con un grado de autonomía suficiente como para poder separarla de las ramas tradicionales del Derecho que la generaron. Se trataría por tanto de aceptar que el conjunto de normas que regulan la actividad médica constituyen por sí mismas algo más que un *sector normativo*, entendido éste en el sentido acuñado por F. Müller, es decir, como «aquel apartado de la realidad social, en su estructura fundamental, que el programa normativo ha escogido, o en parte ha creado, como su sector de regulación»².

A la hora de querer examinar cuál es el contenido temático que se asigna a este nuevo Derecho, la respuesta que se obtiene no siempre es tan uniforme como sería de desear. Tratando de sintetizar, podríamos distinguir dos posturas principales. La primera de ellas, que podemos llamar tradicional, contempla el Derecho médico como un nuevo desgaje del gran tronco común del Derecho civil, y en consecuencia ordena la materia en torno al viejo y manido tema de la *responsabilidad civil* del médico o más ampliamente del profesional de la Medicina; los demás temas, que poco a poco se han ido sumando, o bien se les considera previos a ese gran tema central, cual ocurre particularmente con la *vexata quaestio* de la naturaleza jurídica de los servicios médicos, o bien se estima que son una consecuencia más o menos tardía del mismo, como sería ante todo el tema paralelo de la responsabilidad penal del médico, así como el problema del deber de información al paciente y otras cuestiones inherentes a la práctica normal de la actividad médica que por su naturaleza puedan tener relevancia jurídica; y ya derivadamente todas las demás cuestiones concernientes a la práctica de ciertas intervenciones médicas peculiares, como son el aborto, la ayuda al suicidio, la eutanasia, el trasplante de órganos, etc. Esta postura, que sigue siendo mayoritaria, tiene a su favor el transitar por la misma vía por la que el hoy pretendido *Derecho médico* encontró su primer desarrollo, no sólo legal, sino también doctrinal y jurisprudencial. La

2. MÜLLER, M., *Juristische Methodenlehre*, 3. ed. (Berlín 1989), p. 142 y ss. Sobre el concepto de sector normativo más concretamente v. mi *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2. ed. (Salamanca 1993), p. 180-181. En el mismo sentido se expresa I. KENNEDY, uno de los principales especialistas actuales del Derecho médico, al decir: «I would suggest to you that there is a discrete area of law which can properly be called "medical law", though it has by no means yet been marked out or accepted as having its own territory. It is, in my view, a discrete area, concerned with the interactions between doctors and patients and the organizations of health care». Cfr. *Treat me right. Essays in Medical Law and Ethics*, 2 ed. (Oxford 1992), p. 3.

otra postura trata en cambio de constituir el Derecho médico sobre nuevas bases metódicas, enraizadas en su propia vocación de plena autonomía. Ahora bien, al pretender diseñar su contenido temático, las opiniones vuelven a dispersarse. No es posible reseñar aquí toda la variedad constatable, por lo cual me limitaré a consignar dos modelos típicos.

Si tomamos como pauta uno de los tratados más extensos que se han publicado, y precisamente en nuestra lengua, con el pomposo título de *Derecho médico*, observamos con cierta pena la poca claridad y precisión que demuestra a la hora de perfilar el contenido temático. Así, después de una introducción dedicada a justificar la peculiaridad y autonomía del nuevo Derecho, se intenta sin éxito aplicarle la clásica división de Parte General y Parte Especial, sin concretar con claridad lo que pertenece a cada una. En principio parece dar entender que a la primera pertenecerían los temas que se enmarcan bajo el rótulo genérico de «el médico ante el Derecho civil»; pero también parece que comprendería los temas correspondientes al título «el médico ante el Derecho penal». La Parte Especial se supone que tendría por objeto las que llama «funciones médicas especiales», entre ellas las relativas a prestación de servicios médicos por accidentes de circulación y por accidentes laborales, así como ciertas intervenciones especiales, como la castración, la esterilización y el cambio de sexo. Cabe aventurar que dentro de esta supuesta Parte Especial se incluyen las intervenciones que implican un inevitable conflicto de derechos fundamentales, como la práctica del aborto, la eutanasia, la esterilización y la inseminación artificial, o que pueden poner en peligro la integridad física y moral del paciente, como la mutilación, las lesiones, los trasplantes de órganos y el tratamiento psiquiátrico. Y también se alude a la objeción de conciencia y algunos temas que propiamente pertenecen a la Medicina forense o a la Medicina Legal, como las medidas adecuadas para determinar el momento de la muerte y para datarla. Y después de esto se vuelve a ordenar los temas según el criterio de las ramas tradicionales del Derecho afectadas, tratando de la situación jurídica del médico en el Derecho administrativo y en el Derecho laboral. Y por si fuera poco, con gran sorpresa para todo el que con curiosidad científica se acerca a examinar este voluminoso tratado, se añade una amplia sección dedicada al médico en el Derecho fiscal, lo que es totalmente inadecuado, por no decir superfluo, pues todo lo que en esa sección se expone en nada diferencia al médico como sujeto pasivo de cualquier otro profesional o trabajador por cuenta ajena, o también de cualquier otra empresa si el médico es además empresario. Y para rizar más el rizo no falta un amplio anexo sobre el tema de moda de la igualdad del varón y de la mujer, y un estudio biológico sobre las diferencias somáticas entre ambos sexos y su repercusión jurídica, así como un estudio sociológico sobre algunas profesiones de la mujer, su situación familiar y la regulación

legal, todo lo cual tiene muy poco que ver con el gran problema de la configuración temática del Derecho médico³.

Con pretensiones mucho más modestas, algunos «Manuales» recientes ofrecen un diseño temático del Derecho médico más acorde con los presupuestos metodológicos de la hora presente. Un ejemplo elocuente es el recentísimo *Medical Law* del prof. Sheila A. M. McLean, director del «Institut of Law and Ethics in Medicine» de la Universidad de Glasgow. Con un procedimiento a la vez descriptivo y discursivo, parte del supuesto que el Derecho médico exige por naturaleza ser dividido en tres partes. La primera ha de dedicarse al análisis de la relación entre médico y paciente, con todas las cuestiones que este gran tema lleva en sí implícitas. La segunda parte se ocupa del estudio de las diversas áreas en que se plantea o es posible la interacción entre Derecho y Medicina. Y la tercera parte contempla los difíciles problemas ético-jurídicos que ha traído consigo la llamada «reproductive revolution», así como anticiparse al imparable avance en esta materia, principalmente por su inevitable repercusión en los temas clásicos del aborto, la esterilización, la inseminación artificial, y en los nuevos temas de la fecundación *in vitro*, la reproducción asistida y la ingeniería genética⁴.

Los datos que anteceden, pese a la concisión con que han sido recogidos, son sobradamente suficientes para urgir la necesidad de abordar con cierta solvencia el gran problema de la configuración temática de un posible *Derecho médico*. De entrada conviene advertir, para no perder el tiempo y evitar divagaciones, que el núcleo temático de este nuevo Derecho lo deben seguir constituyendo los ya añejos temas de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su profesión. Y éstos son también los temas que preocupan a los médicos y los únicos temas en que piensan cuando alguien les habla de un Derecho médico. No obstante, estos mismos temas llevan por sí mismos a pensar en otros muchos temas que poco a poco se han ido agregando, bien porque constituyen su propia base, como ocurre con el tema de la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente o el deber de información y de secreto profesional, o bien porque progresivamente han surgido merced a un proceso de diferenciación continua. Por otra parte, la constante especialización de la actividad médica y el enorme avance de la tecnología a su servicio han hecho aparecer

3. Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., y otros, *Derecho médico*, vol. I. *Derecho médico General y Especial* (Madrid 1986), 989 p. La obra completa consta de dos tomos más, el segundo con el subtítulo *Legislación médica*, con 1027 páginas, y el tercero con el subtítulo *Jurisprudencia médica*, con 958 páginas.

4. Cfr. SHEILA A. M. McLEAN, *Medical Law* (London 1994). Sobre los temas tratados en la tercera parte, v. además su *Legal Issues in Human Reproduction*, de 1989. Más amplia y precisa es todavía la distribución de la materia por parte de KENNEDY, I., and GRUBB, A., Presidente y Director respectivamente del «Centre of Medical Law and Ethics» de Londres, en su excelente tratado *Medical Law. Text with Materials*. Second ed. (London 1994).

nuevos temas desconocidos o que yacían en la penumbra. Si a todo ello se añade la incidencia de otras ramas del Derecho, además de las ya tradicionales del Derecho Civil y del Derecho penal, en la configuración jurídica de los servicios médicos, incluido por supuesto el Derecho constitucional, parece claro que tenemos ante la vista un panorama muy amplio, cuya contemplación obliga a no dilatar más el pronunciamiento acerca de la posible estructura temática del Derecho médico de acuerdo con los actuales conocimientos en la materia.

Desde un punto de vista plenamente objetivo parece evidente que lo más aconsejable, a la hora de querer configurar el perfil temático del Derecho médico, no es separar los criterios a tener en cuenta, sino más bien conjugarlos en la medida en que sean compatibles. Estos criterios son entre otros el desarrollo histórico del todavía en mantillas nuevo Derecho autónomo, las diversas ramas jurídicas que le han prestado su contenido propio y la peculiar especificidad de algunos de los problemas que le afectan, provenientes unas veces de la condición profesional del sujeto que realiza la actividad jurídicamente regulable y otras muchas más dimanantes de los bienes jurídicamente protegibles, como son la salud, la integridad física y moral y la propia vida del paciente o sujeto pasivo, sin olvidar tampoco, como la sana doctrina ético-jurídica proclama, el interés de la comunidad humana a la que aquél pertenece. De acuerdo con esto, es obvio que un adecuado esquema del contenido temático del Derecho médico, que esté en consonancia con los conocimientos actuales, exige ocuparse al menos de los siguientes temas. En primer lugar, y como tema general previo, es preciso hacer una caracterización lo suficientemente precisa de lo que debe entenderse por Derecho médico. En segundo lugar es necesario mostrar las bases constitucionales sobre las que descansa el Derecho médico. A estos dos temas iniciales habrán de seguir como temas genéricos centrales aquellos temas que originariamente proceden del Derecho civil, como son ante todo el relativo a la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente y el de la responsabilidad civil del médico, así como aquellos otros que se enmarcan dentro del Derecho penal, como son la posible actuación delictiva, sea dolosa, culposa o meramente preterintencional, y el agudo problema de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su actividad curativa. Seguidamente habrá que analizar cuál es el *status* jurídico del médico y su situación jurídico-laboral, así como su condición de empresario con base en un objeto tan peculiar como es la protección de la salud. Por último entrarían todos aquellos temas en los que Derecho y Ética se entrecruzan de manera indesligable con la mirada fija en la Deontología médica; dicho con más claridad, aquellos temas en los que la regulación jurídica está inmersa en y atrapada por una tupida red ética, que no permite escaparse fácilmente amparándose en la ligera y débil tipificación jurídica. En las páginas que siguen se pretende rellenar convenientemente, aunque con la brevedad que la índole de este trabajo impone, cada uno de los espacios que este esquema programático presenta.

I

CARACTERIZACION GENERAL DEL DERECHO MEDICO

1. En busca del criterio diferenciador

Sin duda alguna el primer problema que es preciso resolver para poder afirmar la existencia de un auténtico *Derecho médico* consiste en determinar en qué radica propiamente su especificidad y si ésta tiene entidad suficiente como para justificar la constitución de un nuevo Derecho autónomo. Aunque este problema apenas ha sido tratado a fondo y cuando se aborda aparece diluido entre otras cuestiones limítrofes, como la relativa a la naturaleza jurídica de los servicios médicos, no cabe rehuirlo, pues sin su solución positiva huelga toda ulterior discusión acerca de un posible Derecho médico. Entre los criterios diferenciadores que se han apuntado se alude en primer lugar a la peculiaridad de la actividad médica en cuanto desarrollada por unos profesionales que deben cumplir unos requisitos imprescindibles, como son la titulación y la colegiación. En gran medida esta postura sigue siendo tributaria de la conceptualización de la profesión médica como una profesión liberal y que cuenta con una tradición cuyas raíces hay que buscarlas en el pasado siglo. En contrapartida, desde mediados del presente siglo y merced al creciente empuje socializador del ejercicio de la profesión médica, se ha impuesto la tendencia de considerar al paciente, en cuanto titular inalienable de los bienes jurídicos protegibles, como punto de apoyo consistente para delimitar la peculiaridad del Derecho médico. Buscando una vía intermedia, recientemente se ha invocado la existencia de una específica *lex artis*, que como tal legitima radicalmente el ejercicio de la profesión médica. Tendría su fundamento en el conjunto de saberes que componen la Ciencia médica, no sólo en cuanto Ciencia teórica, sino y sobre todo en cuanto Ciencia aplicada o Ciencia práctica, que cuenta además con una excelente tecnología a su servicio. En concreto esta *lex artis* podría conceptuarse como una especie de ley técnica singular, representable como una figura lógica que participa a la vez de los caracteres de las reglas técnicas, que como tales aspiran a conseguir el fin con los medios más eficaces, y de las notas constitutivas de las normas éticas, que en cuanto tales subordinan la consecución del fin a la moralidad de los medios. Precisamente, en un loable intento de reflejar esta singularidad única, se la denomina un tanto enfáticamente *lex artis ad hoc*, que cabría definir como una regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamento y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica.

Estos y otros criterios distintivos de un posible y quizá necesario Derecho médico tienen la ventaja de subrayar la importancia de alguno de los elementos que concurren en el enjuiciamiento jurídico de los

servicios médicos. Pero tienen el inconveniente de olvidar la importancia de los demás elementos. Por todo ello volvemos a insistir que parece aconsejable seguir el procedimiento contrario y, en lugar de separar los elementos que concurren en el acto médico, tratar de aunarlos, para de esa manera hallar la especificidad del Derecho médico. Así centrada la cuestión, la configuración de este nuevo Derecho estaría determinada tanto por la peculiaridad de la actividad médica, en cuanto ejercida por unos profesionales que cumplen con los requisitos de titulación universitaria y colegiación, como por el objeto de esa actividad, que no es otro que el cuerpo humano, en cuanto que no es reductible a mera cosa, sino en cuanto es portador de bienes jurídicos inalienables cuya titularidad corresponde a la persona humana y derivadamente, al menos en situaciones límite, a la comunidad jurídica como garante de su eficaz protección y salvaguarda.

2. La regulación jurídica de la actividad médica. Su objeto y su ámbito

Por paradójico que parezca, la necesidad de un Derecho médico como Derecho especial estaba anunciada por quienes, en tiempos ya un poco lejanos y desde la perspectiva de la Medicina liberal, estimaban que la actividad médica rechaza por naturaleza cualquier intento de someterla a regulación jurídica. Todavía en 1944, en un excelente prólogo a la primera monografía sobre la responsabilidad profesional del médico publicada en España, defendía esta tesis el eximio ensayista y médico Gregorio Marañón, abundando en la idea de que ello dañaría de manera irremediable la innata libertad de la Ciencia médica juntamente con la inconmensurable confianza del paciente en su médico⁵. Mas, habida cuenta de que las normas morales no resultan suficientes para garantizar la recta y debida actuación médica ni mucho menos los derechos inalienables del paciente, la singularidad de la actividad profesional del médico conduce por lógica a confirmar la irreductible especificidad del Derecho médico y por tanto a reconocer la necesidad de su existencia como Derecho especial.

Si, aparte de esto, admitimos la existencia de una Etica médica en creciente auge, confirmada por la promulgación de numerosos códigos de Deontología médica, se abre una nueva vía para el reconocimiento del Derecho médico como Derecho especial, por la misma razón apuntada de que ni la Etica ni la Deontología profesional pueden llegar a donde la regulación jurídica llega en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos inalienables que entran en juego en todo acto médico. Lo que entonces ocurre es que tanto la Etica como la Deontología médicas exigen por naturaleza el complemento de un Derecho médico

5. Cfr. BENZO CANO, E., *La responsabilidad profesional del médico*. Prólogo del Dr. Gregorio Marañón (Madrid 1944).

específico, al cual transmiten sus notas distintivas. En este contexto se podría adelantar que el primer proyecto temático del Derecho médico vendría dado en gran medida por el articulado de los Códigos de Deontología médica, cuyos enunciados no sería difícil convertir en temas específicos del Derecho médico con sólo añadirles el criterio distintivo de lo jurídico frente a lo meramente ético, lo que conduce a un tratamiento diferente así como a distintas consecuencias prácticas, que son similares a las que existen en cualquier otro campo de la actividad humana entre Ética y Derecho.

Afirmada la necesidad de un especial Derecho médico, urge señalar cuál es su *objeto* y delimitar su *ámbito*. El objeto no es otro que los actos médicos susceptibles de regulación jurídica o quizá mejor necesitados de ella, en cuanto ejecutables por profesionales de la Ciencia médica, que normalmente se realizan en el cuerpo humano, bien sea con finalidad curativa o terapéutica o bien para obtener una mejora de las condiciones físicas o psíquicas de la persona humana. Entre los primeros cabe mencionar los que se refieren a la prevención de enfermedades, el diagnóstico, el tratamiento médico, los análisis clínicos, las intervenciones quirúrgicas, las técnicas de rehabilitación, etc. Y entre los segundos la cirugía estética, las técnicas de adelgazamiento, el tratamiento antidepresivo, etc.

En concreto la regulación jurídica de la actividad médica es de dos tipos: uno que incide en la legislación general y otro que pertenece a una legislación especial. La regulación del primer tipo está dispersamente ubicada en todo el *Corpus* legislativo común: Constitución, Código civil, Código penal, Leyes de procedimiento, Ley de la Función pública, legislación laboral, etc. Lo cual significa que en gran medida es la misma regulación jurídico-positiva vigente para otros campos de actividad más o menos afines, por ejemplo en cuanto a la responsabilidad civil o penal, al secreto profesional, a la objeción de conciencia, etc., si bien en su aplicación concreta adquiere matices especialísimos derivados de su propia naturaleza y que la distinguen claramente de cualquier otra modalidad de ejercicio de una determinada profesión. Otra gran parte de la regulación jurídico-positiva es especial y está contenida en las diversas leyes y reglamentos que directamente inciden en o tienen por objeto la actividad médica: así la Ley de Sanidad, la Ley y reglamento de extracción y trasplante de órganos, la reglamentación jurídica de la hemodonación y de los Bancos de sangre, su conservación y técnicas de transfusión, así como sobre los ensayos clínicos en seres humanos o en productos medicinales, o bien sobre las condiciones exigibles para practicar la interrupción del embarazo no penalizable, sin olvidar la regulación de los límites a la experimentación médica, singularmente en materia de tecnología reproductiva o de la eufemísticamente llamada «ingeniería genética».

El ámbito de esta regulación jurídico-positiva comprende todos los actos médicos que requieren una reglamentación jurídica. Se ex-

tiende, por consiguiente, tanto a los que tienen una finalidad curativa o terapéutica, que en su mayoría caen dentro de la denominada legislación general o común, como otros actos médicos cuya finalidad es de mejora funcional, meramente estética o de experimentación médica, a los que primordialmente se refiere la legislación especial. Y comprende también tanto la Medicina general y la Cirugía, como la multitud creciente de especialidades médicas, por muy sofisticadas que se presenten, siempre que para su ejercicio se requieran la titulación y la colegiación médicas. Extensivamente abarca también la actuación del personal sanitario auxiliar, siempre que se realice dentro de un equipo médico o bajo la dependencia de un médico o de una organización médica, e incluso siempre que se lleve a cabo dentro de los límites que su propia titulación concede. No debe comprender en cambio, salvo extensión abusiva, la actividad de quienes ejercen las profesiones llamadas *paramédicas*: fisioterapeutas, podólogos, ópticos, psicólogos, gerontólogos, esteticistas, cosmetólogos, naturistas, dietistas, etc., en cuanto para su práctica legal no requieran titulación médica.

Pero hay que tener muy en cuenta que lo que se debe entender por Derecho médico no se agota en, ni mucho menos se circunscribe a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad médica, es decir, a lo que pudiéramos denominar Derecho *legal* médico. Comprende también la muy apreciable cantidad de decisiones judiciales sobre una gran variedad de casos sometidos a enjuiciamiento y dictamen jurisprudencial. Quizá sea éste uno de los campos en que se comprueba con toda claridad que el Derecho es algo más que la Ley o que supone un *plus* sobre la Ley, entendida ésta en su formulación singular como denominación genérica comprensiva de todas las disposiciones legales y reglamentarias positivamente vigentes. Este problema, que apenas se plantea en la concepción del Derecho del mundo anglosajón, directamente heredera del espíritu del Derecho romano y medieval, cuya influencia supera con mucho los límites de la cultura jurídica británica, tiene sin embargo una importancia decisiva en el ámbito del Derecho europeo continental y de los países con Derecho preferentemente codificado. Cabe advertir no obstante que en las últimas décadas, como ha puesto de manifiesto entre otros J. Esser, se ha producido un acercamiento constante al Derecho anglosajón, aunque manteniendo el dogma del primado de la ley. Mas, aun sin contar con esta visible aproximación a la concepción jurisprudencial del Derecho, hay determinados campos, entre los cuales el Derecho médico es un ejemplo paradigmático, en los que la abundante y cada día creciente cantidad de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas contrasta agudamente con el escaso número de disposiciones legales y reglamentarias directamente aplicables a la actividad médica. Ni unas ni otras son por lo demás reductibles a una mera aplicación lógica de los preceptos legales o reglamentarios, sino que más bien contienen valoraciones jurídicas que apuntan a la dirección indicada.

Esta carencia de preceptos legales y reglamentarios dedicados a regular jurídicamente la actividad médica hiende sus raíces en la vieja mentalidad de la Medicina liberal, según la cual el ejercicio de la profesión médica en modo alguno puede ser sometida a los rígidos cánones de la regulación jurídica. Pues es por naturaleza una actividad libre y esencialmente discrecional, en mucha mayor medida que cualquier otra de las profesiones liberales. En cierto modo confirma esta situación el hecho de que la mayoría de las disposiciones legales que inciden sobre el ejercicio normal de la profesión médica pertenecen a los cuerpos legales comunes, sobre todo al Código civil y al Código penal. Y se constata también que los supuestos que se regulan, por ejemplo la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, son también supuestos comunes, sin que quepa pensar en dos tipos de responsabilidad específicos y radicalmente diferentes de los generales y comunes.

3. Concepto de Derecho médico

En base a todo lo que precede, podemos intentar establecer un concepto más o menos definitivo de lo que cabe entender por Derecho médico en el momento actual y que podemos concretar en lo siguiente: El Derecho médico es el conjunto de disposiciones que regulan la actividad médica, bien pertenezcan a la legislación común en cuanto directa o indirectamente recaen sobre aquélla, o bien pertenezcan a una legislación específica de algunos sectores especiales. Además el Derecho médico comprende el conjunto de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas que versan sobre actos médicos, cuyo repertorio constituye una fuente inagotable de conceptos y de pautas jurídicas para posteriores fallos. Si pensamos además en el Derecho médico como disciplina científica, hay que decir que tanto las disposiciones legales y reglamentarias como las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas constituyen su principal base. A ello debe añadirse el Derecho médico *comparado*, en estricta analogía con lo que se suele entender por Derecho comparado, es decir, el estudio comparativo de otros órdenes jurídicos más o menos próximos, tanto en los aspectos legal y jurisprudencial, como sobre todo en el aspecto científico. Este estudio comparado de otros órdenes jurídicos tiene en el caso del Derecho médico mucha mayor relevancia que la que pueda concederse al Derecho comparado común, lo que es debido en primer lugar a la singularidad de su objeto y en segundo lugar a la radical insuficiencia que todo orden jurídico concreto presenta habida cuenta del considerable avance que constantemente se produce tanto en el ámbito legislativo como en el ámbito del progreso científico y de la experimentación clínica.

II

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO MEDICO

Que el Derecho médico tiene su primer fundamento en la Constitución, en cuanto regulación jurídica básica de la convivencia social, se debe a que afecta directamente a derechos fundamentales expresamente reconocidos en ella. Entre estos derechos cabe mencionar ante todo «el derecho a la protección de la salud», considerado por muchos la «Carta Magna» del Derecho médico. En nuestra Constitución se regula en el art. 43, en cuyo párrafo 1 se reconoce como derecho fundamental, mientras que en el párrafo 2 se establece que corresponde a los Poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, adoptando al respecto las medidas preventivas adecuadas, y ordenar las prestaciones y servicios necesarios. Para su cumplido desarrollo insta además a promulgar una Ley general que señale los derechos y los deberes que todos tienen en esta materia. Este mandato constitucional fue cumplido con la promulgación de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986. Tanto en este artículo de la Constitución como en la Ley General que lo desarrolla se deben destacar, por lo que a la configuración del Derecho médico se refiere, cuatro aspectos principales, que son: a) el reconocimiento del derecho natural de toda persona a la protección de su salud, lo que necesariamente implica, como observa Guy Perrin, un «derecho a los cuidados médicos»⁶; b) la necesidad de establecer un sistema de organización sanitaria, que cubra adecuadamente tanto las medidas preventivas precisas para el mantenimiento y conservación de la salud pública como la apropiada ordenación de los servicios médicos y hospitalarios; c) el reconocimiento constitucional de la dignidad de la profesión médica y de otras profesiones auxiliares, independientemente del reconocimiento que en otro artículo del texto constitucional se hace de la libertad de profesión y de elección de profesión; d) la tutela jurídica de todos los derechos aquí implícitos, con independencia y también en consonancia con la que les corresponda por otros preceptos constitucionales, singularmente en virtud del art. 53, y por las leyes de procedimiento judicial y administrativo.

Aparte de este derecho general a la protección de la salud, hay otros muchos derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional que inciden más o menos directamente en el marco propio del Derecho médico tanto por parte del paciente como por parte del médico. Entre los primeros contamos con el art. 15, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, con expresa prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes, y que

6. Cfr. *Le droit a la santé en tant que droit de l'homme*, ed. René Jean Dupuy. Academia de Derecho Internacional de La Haya 1979, p. 146.

como tal fundamenta más radicalmente aún que el mencionado art. 43 el derecho a la salud y, como consecuencia lógica, a los cuidados médicos para preservarla. Junto a él, y en un mismo plano, tenemos el art. 10, 1, que reconoce la dignidad de la persona humana y los llamados derechos de la personalidad, merced a lo cual, el cuerpo humano, en cuanto objeto directo del acto médico, ha de ser tratado en función de esa dignidad y derechos inalienables de toda persona humana.

Y entre los preceptos constitucionales que protegen y salvaguardan la actividad médica, aparte del ya citado art. 43, es preciso recordar el art. 35, 1, que garantiza la libre elección de profesión y su ejercicio, sin olvidar el art. 36, que remite a una ley reguladora de las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas. También es directamente aplicable al ejercicio de la profesión médica el art. 16, 1, que legitima la objeción de conciencia, y el art. 20, 1, d, que proclama el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión.

Como ya queda apuntado, tanto los derechos inalienables del paciente como los que corresponden al médico en el ejercicio de su profesión, en cuanto derechos fundamentales, son directamente susceptibles de la protección jurídica y de las garantías jurisdiccionales establecidas en el art. 53, así como de la tutela efectiva de todos sus derechos e intereses legítimos por parte de los jueces y tribunales, conforme a lo establecido en el art. 24.

Por lo que atañe a la organización sanitaria y a la opción por un sistema de sanidad pública o por un sistema de sanidad privada, o bien por un sistema mixto o de conciertos entre ambas, entran en juego el art. 149, a), que establece las competencias exclusivas del Estado, entre las cuales enumera en el núm. 16 la que se refiere a la Sanidad exterior, a las bases y a la coordinación general de la Sanidad y a la legislación sobre productos farmacéuticos, mientras que en el núm. 17 alude a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas; asimismo se ha de contar con el art. 148, 1, que establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en varias materias, entre ellas en Sanidad e higiene (núm. 21), juntamente con el art. 150, 2, que permite al Estado transferir o delegar competencias propias siempre que sean susceptibles de ello. Por último es preciso citar el art. 41, que obliga a los Poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, lo que implícitamente incluye los servicios médicos.

Hay además otros preceptos constitucionales que inciden también en la regulación jurídica de la actividad médica, si bien son comunes a otras actividades, como ocurre con el derecho de asociación y de sindicación (arts. 22 y 28), con la propiedad intelectual (art. 20, 1 y 149,

1, 9.ª), con el régimen de seguros (art. 149, 1, 11.ª), con el derecho de huelga y las garantías para mantener los servicios mínimos (art. 28, 2), etc. En definitiva, como bien se ha dicho, «en la Constitución se encuentra en efecto la respuesta a cuestiones claves como la determinación del papel del sector público y del sector privado; la existencia, extensión y naturaleza de derechos y otras relaciones jurídicas entre el ciudadano y las instituciones y centros sanitarios; la ordenación y fuentes reguladoras de las instituciones, derechos y funcionamiento, en general, del sistema sanitario»⁷.

III

DERECHO CIVIL MEDICO

De la variedad de temas que demuestran el entronque del Derecho médico en el Derecho civil hay dos que sobresalen por su importancia: uno es el de la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente y otro el de la responsabilidad civil del médico. Ambos están radicalmente unidos, de tal modo que de la solución que se dé al primero depende la que se haya de dar al segundo. De ellos conviene pues ocuparse *ex profeso*, aunque sea brevemente.

1. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente

Independientemente del modo concreto con que se inicie la relación entre médico y paciente, la naturaleza jurídica de tal relación se conceptúa en dos vertientes: bien como una relación contractual o bien como relación extracontractual. La primera solución prima en la Medicina privada de corte liberal, pero es también aplicable a la nueva Medicina más o menos socializada. La segunda solución prima en cambio en este segundo tipo de ejercicio de la profesión médica, que de ordinario presta sus servicios en centros hospitalarios de carácter público.

La tesis contractualista, tan cara a la Medicina liberal tradicional, se encuentra de entrada con el grave obstáculo de demostrar que en toda prestación de cuidados médicos se cumplen los tres elementos esenciales a todo contrato, que conforme al art. 1261 del Código civil son consentimiento, objeto y causa. Y a renglón seguido se encuentra con la dificultad de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos

7. Cfr. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la sanidad. El marco constitucional* (Madrid 1984), p. 17. Como libro de información y divulgación, desde la perspectiva de los usuarios, v. ORTIZ, C.N., *El derecho a la salud y los derechos de los enfermos* (Madrid 1983).

exigibles respecto a cada uno de estos tres elementos según los arts. 1262-1270, 1271-1273 y 1274-1277 del propio Código civil. Los partidarios de la tesis contractualista han urdido multitud de ardidés para explicar lo inexplicable: que a toda prestación de cuidados médicos, aunque sea por vía de urgencia, precede la celebración de un contrato, ya sea expreso o tácito. En la breve síntesis que aquí nos vemos obligados a hacer no es posible exponer los argumentos invocados ni mucho menos discutirlos ⁸.

Debido a estas dificultades iniciales y a otras que sobrevienen añadidas, tampoco existe uniformidad de pareceres respecto a qué tipo de contrato conviene a los servicios médicos. Enumerándolos por el orden en que han sido propuestos y por el interés que la doctrina les ha dedicado, se recurre al contrato de mandato, sobre todo en el ámbito francés y en el helvético (art. 1709 y ss. del C. civil), al de arrendamiento de obra (art. 1544), al de arrendamiento de servicios (*idem*), y más recientemente, en vista de las objeciones al intento de encajar la atención médica en cualquiera de estos contratos típicos, se ha lanzado la idea de que se trata de un contrato innominado o de un contrato atípico, a los que por tanto no son aplicables las normas generales sobre los contratos; con mayor argucia todavía se ha sugerido que se trata de un contrato multiforme, proteico y variable, que como tal puede adoptar cualquiera de las formas de contratos típicos antes mencionados u otros tipos posibles, con la consecuencia de que no tiene por qué ser adscrito a un tipo fijo de contrato.

Con idéntico propósito de superar estas dificultades, no pocos autores opinan que se trata más bien de un *cuasicontrato* en la forma de una gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 1888 del C. civil). Yendo más lejos y teniendo en cuenta que la profesión médica pertenece al amplio marco de las profesiones liberales, se ha indicado que lo único que existe en la relación médico-paciente es un deber de Ética profesional, con base jurídica en el art. 1104 del Código civil, o bien se llega hasta el extremo que se trata de una mera liberalidad, sin más apoyo jurídico que el que pueda derivarse de los daños conscientemente causados y de una lectura jurídica del Código de Deontología profesional.

Con todo ello se viene a dar la razón a la tesis contraria, la que sostiene llanamente que la prestación de cuidados médicos en modo alguno implica la existencia de un contrato entre médico y paciente, ni siquiera tácito o presunto, ni previo ni sobreveniente. Se trata por tanto

8. Sobre ello v. especialmente el amplio estudio de GITRAMA, M., «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. José Corts Grau* T. I (Valencia 1977), p. 333-398. También examina ampliamente la cuestión ATAZ LÓPEZ, J., en su libro, *Los médicos y la responsabilidad civil* (Madrid 1985), p. 119-232. Y en general todos los autores que tratan de la responsabilidad civil o profesional del médico. Como monografía especial, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos* (Madrid 1988).

siempre de una relación *extracontractual*. Mas, así crudamente enunciada, esta segunda tesis incurre en el error de excluir de raíz la relación contractual, que sin duda puede estar presente cuando ambas partes, médico y paciente, así lo acuerdan, ya sea expresa ya tácitamente, como con frecuencia ocurre en la Medicina privada y como también puede ocurrir en la Medicina pública.

2. La responsabilidad civil del médico

Como hemos indicado, de la tesis que se sostenga respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente depende la que a su vez haya de mantenerse sobre la responsabilidad civil del médico por su actuación profesional. Cuando existe una relación contractual, la responsabilidad será también contractual, siendo directamente aplicable los arts. 1101 y ss. del Código civil, que obligan a la indemnización de los daños causados por dolo, culpa o negligencia y morosidad. Además, cuando se trate de un tipo específico de contrato, por ejemplo el contrato de obra o el de servicios, serán también aplicables los preceptos correspondientes por incumplimiento o deficiente cumplimiento de la obligación contraída. En todos los demás supuestos en que no exista relación contractual entre médico y paciente, entra en juego la responsabilidad *extracontractual* o *aquiliana*, regulada en los arts. 1902 y 1903 del Código civil.

Los problemas que uno y otro tipo de responsabilidad civil presentan al ser referidos a la actividad médica, que aquí no podemos discutir, se acrecientan sobremanera en el supuesto de una posible responsabilidad objetiva derivada del riesgo en los actos que se ejecutan. Si ya de por sí este tercer tipo de responsabilidad civil origina debates interminables a la hora de fijar sus requisitos y de señalar sus límites, esto aumenta de grado cuando se trata de arrojar a su cauce desbordante una actividad tan delicada e imprevista en su resultado como es la práctica médica. De todo ello habrá que dar cuenta en un desarrollo completo del Derecho médico ⁹.

3. Otras cuestiones de Derecho civil médico

Como una secuencia natural de estos dos temas capitales del Derecho civil médico, emergen otros no menos importantes, que al me-

9. Sobre la responsabilidad civil del médico, además de las obras ya citadas de BENZO, E., ATAZ, J., y MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., se han publicado en España importantes monografías, aunque a veces reincidentes y otras veces pretendiendo abarcar más de lo que el tema propiamente exige. Entre ellas, por orden de aparición, DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil del médico* (Madrid 1949), HIERRO, J. M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. (Pamplona 1983); FERNÁNDEZ COSTALES, J., *Responsabilidad civil médica y hospitalaria* (Madrid 1987); LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico*, con prólogo de ALONSO PÉREZ, M., (Madrid 1988). También se ocupan del tema, más o menos circunstancialmente, los principales tratados de Derecho de obligaciones.

nos conviene enumerar. Así, en primer lugar, el del consentimiento del paciente, no solamente genérico, sino también especial para ciertos actos médicos de imprevisibles consecuencias, como ciertas operaciones quirúrgicas, máxime las llamadas en el argot usual a vida o muerte, el trasplante de órganos en su doble vertiente de donante y receptor, algunos tratamientos que conllevan consecuencias lesivas o graves secuelas para el paciente, etc., supuestos todos ellos en los que son aplicables los preceptos del Código civil relativos a la validez del consentimiento. En segundo lugar cabe recordar el deber de información del médico al paciente o a sus familiares e incluso de aconsejar qué es lo más conveniente médicamente para el paciente y qué riesgos pueden seguirse de determinadas intervenciones o tratamientos. También tiene relevancia jurídico-civil el deber de guardar el secreto profesional, que comprende todos aquellos hechos y circunstancias a cuyo conocimiento se llega por medio de la atención médica. Otra cuestión insoslayable, que cae dentro del marco jurídico-civil, es el error médico y la impericia imputable cuando esté por debajo del nivel medio exigible. Y por último entra también dentro de la temática jurídico-privada la exigencia de los honorarios debidos por los cuidados médicos prestados siempre que no sean condonados por razones humanitarias o en base a una insolvencia manifiesta previamente conocida y aceptada.

IV

DERECHO PENAL MEDICO

1. La responsabilidad penal del médico y sus implicaciones

Del mismo modo que ocurre en el Derecho civil, el tema central del Derecho penal médico es el relativo a la responsabilidad penal del médico. Es de advertir sin embargo que aquí la atención se dirige primordialmente a la responsabilidad por culpa y más en concreto por impericia o negligencia en la práctica médico-quirúrgica. Hasta tal punto que, como con razón se ha dicho, es el aspecto que más preocupa a los médicos que son conscientes de la posible repercusión jurídica de sus actos profesionales, y también, obviamente, la que en mayor proporción ha ocupado a los diversos órganos jurisprudenciales en todos los países.

Como es bien sabido, la responsabilidad penal por culpa se regla en nuestro Derecho en el conocido art. 565 del Código penal común, que distingue los supuestos de imprudencia temeraria y el de simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, así como en el art. 586, 3, que se refiere a la simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamentos. Aunque la responsabilidad por conducta

dolosa apenas es considerada, no quiere decir que deba ser excluida, pues puede ser muy clara en algunos de los delitos por omisión y de comisión por omisión, como lo es también en supuestos fácticos que no siempre tienen una finalidad directa curativa o terapéutica, como en el caso de la práctica del aborto, de la eutanasia letal, de algunos transplantes de órganos y en la realización de experimentos.

Teniendo como meta la determinación de la responsabilidad penal del médico en su actuación profesional, surge inevitablemente el estudio detenido de la Teoría del delito y del ilícito penal, en cuanto en tanto éstos pueden ser imputables al médico en el ejercicio legítimo de su profesión y también a aquél que sin titulación legítima la ejerce incurriendo en intrusismo. Dentro de este estudio ocupa un lugar preeminente el análisis del propio concepto de delito y la dilucidación de si existe o puede hablarse de un específico delito médico, así como el análisis de los elementos constitutivos del delito, a saber, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, con las consabidas modalidades de dolo, culpa o preterintencionalidad. A su vez conviene examinar muy cuidadosamente las tres formas genéricas de delito, a saber, de acción, de omisión y de comisión por omisión, sobre todo en el supuesto de abandono o dejación de la asistencia médica debida o en el supuesto de deficiencia asistencial. También deben ser revisadas desde el punto de vista peculiar del Derecho médico las causas legales que excluyen, atenúan o agravan la imputabilidad y, en consecuencia, la responsabilidad penal.

Particular atención habrá que prestar en un desarrollo cabal del Derecho médico a los elementos que conforman los delitos culposos y también a los denominados delitos cualificados por el resultado, en los que entra en juego la categoría de la preterintencionalidad y la posible responsabilidad penal por riesgo. Los conceptos afines, pero diferentes, de falta de diligencia o simplemente negligencia, de impericia profesional, de imprudencia temeraria, de imprudencia profesional, de resultado previsible o imprevisible y el mismo concepto técnico-jurídico de preterintencionalidad, habrán de ser examinados con sumo cuidado, si se quiere conseguir un tratamiento doctrinal preciso y claro, que pueda servir de pauta a las decisiones jurisprudenciales.

2. Los diversos tipos de delito

Independientemente de que se admita la existencia de un específico delito médico, lo cierto es que a todo lo que antecede ha de seguir un minucioso estudio de los delitos jurídicamente tipificados en la legislación común y especial susceptibles de ser cometidos por el médico en su actuación profesional, con especial atención a las especiales características que la actividad médico-quirúrgica presenta. En concreto deben considerarse ante todo aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico de la vida, como son el homicidio (art. 407 del Código penal),

el auxilio o inducción al suicidio (art. 409 y 409 bis), la eutanasia letal, el aborto con o sin resultado letal o de lesiones para la embarazada, los trasplantes de órganos y otros experimentos médico-quirúrgicos, asimismo con resultado letal o secuelas graves para el donante o para el sujeto del experimento.

En segundo lugar es preciso considerar aquellos tipos de delito que ponen en peligro o atentan contra el bien jurídico de la integridad física del paciente, como son las lesiones, y si éstas son graves (art. 420 y ss.) o leves (art. 582 y 583). Dentro de este grupo están los supuestos de castración y de esterilización, la pérdida de un órgano vital o de una función vital, las mutilaciones con la finalidad de eximir de un servicio obligatorio, como el servicio militar, las intervenciones quirúrgicas con finalidad estética o para cambiar de sexo que impliquen pérdida irremediable de órganos o funciones vitales o incluso de la vida, las secuelas por un tratamiento médico deficiente, etc.

Hay sin duda otros supuestos fácticos que pueden tener relevancia jurídico-penal y que por tanto han de ser examinados por el Derecho médico, como son la falsedad en la extensión de certificados médicos, tanto de salud como de defunción, ciertos delitos contra la salud pública cuyo infractor es un profesional médico, entre ellos el omitir la correspondiente notificación de casos de enfermedad contagiosa cuando legalmente se exige, las intoxicaciones causadas por error en la prescripción de medicamentos, los daños a la salud psíquica o a la personalidad del paciente en un tratamiento psiquiátrico, los delitos contra la honestidad cometidos en el ejercicio de la profesión médica y el delito de coacción para obtener el consentimiento del paciente o de sus familiares, supuesto no infrecuente en situaciones límite e incluso en trasplantes, por citar solamente aquellos supuestos fácticos notorios que han merecido atención en la práctica jurisprudencial.

3. Otras cuestiones

Conviene añadir, para terminar, que existen algunas figuras jurídicas que, además de ser tratadas por el Derecho civil médico, presentan caracteres específicos jurídico-penales y que por ello obligan a ser consideradas también por el Derecho penal médico. Entre ellas está el tema del consentimiento del paciente, particularmente el consentimiento en las lesiones y en la asunción del riesgo, con la cuestión subsidiaria de la aplicación de la eximente del estado de necesidad cuando resulte imposible obtener el consentimiento; asimismo el supuesto de oposición del paciente o de sus familiares a determinados tratamientos médico-quirúrgicos y qué vías legales existen para suplir el consentimiento cuando el dictamen médico considera totalmente necesario el tratamiento para salvar la vida, como es el caso de las transfusiones de sangre rechazadas por los testigos de Jehová. En segundo lugar está el tema del deber de información del médico o cirujano, su contenido y

alcance, así como cuándo y a quiénes debe darse la información para evitar responsabilidades penales. En tercer lugar cabe mencionar la relevancia jurídico-penal de la violación del secreto médico y sus consecuencias. Y en cuarto lugar la consideración jurídico-penal del error médico, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento médico o en la intervención quirúrgica, así como en la rehabilitación o en el postoperatorio. También tiene aquí su sede propia la nada fácil cuestión de la obediencia debida, principalmente cuando se actúa en equipo o en un estamento jerarquizado de la actividad médica y hasta dónde puede alcanzar esa responsabilidad (el «Oberarzt» en las clínicas universitarias alemanas). Por último habrá que examinar también los posibles casos de exclusión de la responsabilidad penal, con o sin responsabilidad civil subyacente e inexcusable ¹⁰.

V

EL STATUS JURIDICO DEL MEDICO: REGULACION ADMINISTRATIVA Y RELACIONES LABORALES

La importancia siempre creciente de la profesión y de la actividad médicas exige por naturaleza su regulación jurídico-administrativa. Esta regulación comienza ya con la ordenación de los estudios que llevan a obtener el título universitario, continúa con las normas dirigidas a promocionar la especialización y concluye con todo el cúmulo de disposiciones legales y reglamentarias que regulan más o menos genéricamente diversos aspectos del ejercicio de la profesión médica. De otra parte, una vez superado ampliamente el viejo monopolio del ejercicio de la actividad curativa como profesión liberal, la incidencia progresiva de la legislación laboral en la Medicina socializada es por necesidad inevitable. Por último, como modalidad intermedia, que sintetiza las dos anteriores, aparece la empresa médica, cuyos titulares pueden ser médicos u otras personas. Esto obliga al atento estudio de las normas jurídico-mercantiles que regulan la constitución y la gestión de la empresa médica. Si a todo ello añadimos el imparable au-

10. Entre los estudios sobre Derecho penal médico en España merece mención especial el libro de ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal*, I. *La actividad curativa* (Barcelona 1981). Del mismo autor, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico* (Madrid 1986). También deben citarse RODRÍGUEZ BERZOSA, M.A., y MARTÍNEZ-CALCERRADA, J.M., autores de «El médico en el Derecho penal», en la obra colectiva citada *Derecho médico*, T. I, p. 197-296. Últimamente ha incidido en el tema RUIZ VADILLO, E., «La responsabilidad civil y penal y el derecho a la salud», en *La responsabilidad de los médicos y Centros hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada*. Actas de la Jornada organizada por la Fundación Ciencias de la Salud, celebrada el 18 de octubre de 1993 (Madrid 1994), p. 62-119.

mento del seguro para cubrir las posibles responsabilidades del médico en su actuación profesional y para evitar la tentación de refugiarse en la *Medicina defensiva*, se puede comprender el alcance que tiene el Derecho mercantil, y en concreto el Derecho de seguros, en la configuración temática del Derecho médico. Baste consignar algunas puntualizaciones sobre todos estos aspectos para completar el panorama del Derecho médico.

1. Regulación administrativa de la profesión médica

Hoy día la ordenación de los estudios de Medicina está en proceso de revisión. La atribución a cada Universidad de la posibilidad de elaborar sus propios planes de estudio dentro de un marco general común, hace que puedan variar las condiciones para obtener el título de médico y cirujano. Sigue todavía vigente la obligación de pertenecer a un Colegio Médico para poder ejercer la profesión. Y la pertenencia a la Unión Europea exige acatar y cumplir las directivas que emanen de sus órganos de gobierno concernientes al ejercicio de la profesión médica.

Por lo que atañe a la especialización, empezó a regularse mediante la Ley de especialidades médicas de 1955, reformada en 1978 y completada en 1984. Se distinguen al efecto varios tipos de especialización. En uno de ellos se exige la permanencia del médico aspirante en un centro hospitalario (los MIR) y en otro la asistencia parcial. Un tercer tipo corresponde al que se realiza en las Escuelas de especialización, que no requieren la permanencia en un centro hospitalario, como la de Medicina del trabajo, la de Medicina deportiva y de educación física, la de Estomatología, la de Medicina legal, etc. Y existen por último procedimientos especiales, como el de los Ayudantes de las Facultades de Medicina, que desempeñan tal cargo durante un tiempo equivalente al de la especialización, o la de quienes superan un examen *ad hoc* una vez obtenida la práctica de otro modo; asimismo para quienes tienen titulación extranjera existe, como en otras profesiones, el expediente de la convalidación y homologación.

En cuanto a la preparación técnica exigible como pauta decisiva para determinar la responsabilidad por impericia —lo que la jurisprudencia francesa llama «*inobservation des règles d'art*» y la jurisprudencia alemana denomina «*Kunstfehler*»— cabe distinguir dos tipos fundamentales: la *preparación normal*, que se basaría en el criterio del promedio razonable habida cuenta de las condiciones socio-económicas y de los medios técnicos disponibles, entre ellos los bienes de equipo, sobre todo en cirugía, así como la debida habilitación de centros sanitarios tanto públicos como privados, y la que podemos llamar *preparación de élite*, que puede también ser exigida como pauta de decisión jurisprudencial cuando previamente se incluye en la información dada al cliente. En todo caso, en la situación concreta pueden pesar

más los criterios deontológicos, también atendibles por la jurisprudencia de los tribunales, que la expresa regulación legal.

La regulación jurídico-administrativa del ejercicio de la profesión médica distingue a su vez la Medicina privada, que puede ser ejercida como particular y en equipo, y que en algunos aspectos fundamentales se rige por lo que en cada caso se mantenga respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente, y la Medicina pública, que requiere, además de los requisitos generales, la superación de unas pruebas de selección para el ingreso en el Cuerpo de funcionarios públicos, siéndoles aplicables las demás condiciones que a éstos, como son el nombramiento, toma de posesión, etc. Esta Medicina pública se ejerce normalmente en los hospitales públicos, cuya titularidad corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas u a otros entes públicos, y también en los Hospitales clínicos de las Universidades públicas. Dentro de ella corresponde un régimen especial a los médicos del INSALUD. Lo más notable que cabe reseñar hoy es que en todos los casos en que el ejercicio de la Medicina se efectúe como función pública es aplicable el principio de responsabilidad objetiva y directa de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal como se establece en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 26 de noviembre de 1992.

2. Relaciones jurídico-laborales

Cuando la actividad médica se lleva a cabo en el ejercicio independiente de la profesión médica, el pago por los servicios médicos prestados se efectúa en la forma tradicional de honorarios. Pero cuando esta actividad se realiza en régimen de trabajo por cuenta ajena se origina una relación laboral administrativa en el caso de los funcionarios o una relación de contrato laboral en los demás casos. Si bien en ambos supuestos es aplicable la legislación común, existen algunas peculiaridades tanto respecto a la jornada laboral y al tiempo máximo de trabajo continuado, como respecto a las incompatibilidades, principalmente entre Medicina pública y privada. Estas peculiaridades alcanzan el grado de contar con una regulación específica en las denominadas guardias médicas, bien sean de presencia en el centro hospitalario o bien de localización por algún medio seguro. Lo mismo ocurre respecto al régimen de las horas extraordinarias y a la limitación de tiempo en la jornada continuada. Y también alcanza a la prestación de los servicios mínimos cuando se recurra al derecho de huelga. Todo lo cual debe ser objeto de minucioso análisis no solamente desde el punto de vista *de lege lata*, sino también y sobre todo desde el punto de vista *de lege ferenda*.

3. La empresa médica y el régimen del seguro por la actividad médica

Además de las dos figuras jurídicas descritas, la del médico funcionario y la del que presta sus servicios como trabajador por cuenta ajena, en la Medicina moderna cobra cada vez mayor interés la figura del médico como titular de una empresa dedicada a actividades médicas. A efectos de lograr una tipificación nítida, podemos distinguir tres modalidades principales: a) la del médico titular de empresa que, sin ejercer él mismo la profesión, dirige una clínica en la que prestan sus servicios uno o varios médicos, bien en régimen económico de honorarios fijos o bien en régimen de contrato laboral; b) la del médico que ejerce su profesión en una clínica o consulta privadas conjuntamente con otros médicos o simplemente contando con personal auxiliar a sus órdenes; éste último es sin duda el supuesto más frecuente, pues toda clínica o consulta privadas suelen tener algún empleado o auxiliar a su cargo, sin que quepa desligarse de la actividad principal, como ha estimado con gran acierto la doctrina jurisprudencial en varios fallos importantes; c) la empresa médica cuya titularidad corresponde a un grupo de médicos y cuyos servicios comprenden una o varias especialidades.

Como toda empresa, la que tiene por objeto la prestación de servicios médicos, con o sin hospitalización, se rige por las mismas normas jurídicas que cualquier otra empresa y precisa la licencia fiscal para su apertura. Dispone también de un patrimonio, en el que se incluyen tanto los bienes materiales, sean inmuebles (edificios, locales de consulta, etc.) o sean muebles, en especial los bienes de equipo, como los bienes inmateriales, entre los que se cuentan la propiedad intelectual y la clientela. Y como toda empresa tiene una finalidad de lucro o de obtención de beneficios en base a la explotación de una actividad, que en este caso no es otra que el cuidado médico de la salud humana, lo que precisamente constituye su signo distintivo frente a cualquier otro tipo de empresa. Cuestión importante es determinar qué tipo de Sociedad mercantil legalmente regulado es más conveniente y aconsejable a la empresa médica, lo que en gran parte dependerá de la magnitud que tenga y de la complejidad de los servicios que preste.

Como ya hemos anticipado, dentro del mismo marco del Derecho mercantil tiene hoy en día una importancia capital el tema del seguro médico para cubrir las posibles responsabilidades en que pueda incurrir el médico en el ejercicio de su actividad profesional, excepción hecha de la responsabilidad penal cuando ésta no esté sujeta a cuantificación económica. Tanto es así que en todos los países desarrollados, más en unos que en otros, existen Sociedades de seguro dedicadas a cubrir estos riesgos. En algunos, como en España, las Compañías aseguradoras, que por lo demás sólo cubrían el riesgo de la responsabilidad civil, dejaron de hacerlo a partir de 1992 por las cuantiosas pérdidas que su cobertura económica importaba. En otros países, cuyo ejemplo paradigmático son los EE. UU., hay especialistas como los ginecólogos, que han teni-

do que cambiar de especialidad debido a la cuantiosa suma anual que tenían que pagar para suscribir el seguro ¹¹. Al margen de estas y otras consideraciones, lo que desde el punto de vista jurídico primordialmente interesa es fijar las condiciones generales del contrato de seguro médico, entre ellas la cobertura del riesgo y cuál es su contenido y alcance, la cuantía económica que importa, etc. Y por supuesto no se debe olvidar la penosa situación en que pueden quedar tanto los profesionales de la Medicina como sus usuarios si, como ha ocurrido en España, las Compañías aseguradoras desisten de ofertar el seguro o limitan considerablemente su cobertura.

VI

PROBLEMAS ESPECIALES DEL DERECHO MEDICO

Para concluir este estudio programático, es preciso señalar siquiera una serie de temas especiales, algunos de los cuales han sido ya mencionados y deben ser tratados también en su lugar respectivo, que reclaman una atención especial por parte del Derecho médico. Entre ellos, siguiendo un orden de preferencia lógica, conviene enumerar los siguientes:

- 1) *el deber de asistencia médica*, en el que se incluye la consideración de la actitud de practicar una Medicina defensiva o a la defensiva, sin advertir que esto puede acarrear la consecuencia de incurrir en un delito de comisión por omisión;
- 2) *la preparación debida*, que comprende la pericia técnica exigible y la actualización de conocimientos de acuerdo con el nivel medio o el nivel de élite profesional y de especialización;
- 3) *la objeción de conciencia*, que obliga ante todo a delimitar el concepto, distinguiéndolo de la desobediencia personal y de la desobediencia civil, así como a señalar cuándo procede y cuál es su alcance, junto con las formas concretas que puede presentar: como médico actor, como médico director, como médico que ha de emitir un dictamen, como director de un Centro o establecimiento público y como personal auxiliar o colaborador;

11. Según el Dr. JOSÉ FORNES, que se hace eco de éstas y otras informaciones similares, las pérdidas de las compañías aseguradoras en España por asegurar la responsabilidad civil de los médicos ascendían en 1992 a 10.000 millones de pesetas, y la cuantía a pagar por la póliza del seguro médico de un ginecólogo en EE. UU. alcanza la cifra de 10 millones por año con un límite de cien asistencias médicas o partos. Cfr: su estudio, «La responsabilidad social del médico», en *La responsabilidad de los médicos y Centros hospitalarios.... cit.*, p. 26-43.

- 4) *el deber de información* al paciente o a sus familiares, cuando procede, cuál ha de ser su contenido y cuándo debe acompañarse del consejo o asesoramiento, así como las consecuencias jurídicas de su incumplimiento;
- 5) *el secreto médico*, sus exigencias como secreto profesional de alto rango y las consecuencias jurídicas de su violación;
- 6) *la práctica del aborto*, exponiendo todos los requisitos que se exigen para practicar el aborto no penalizado según el art. 471 bis del Código penal y en concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, pero sobre todo analizando sus consecuencias éticas, los inconvenientes que consigo lleva cualquier intento de ampliación de supuestos lícitos y las graves responsabilidades jurídicas de quienes decidan practicar el aborto al margen de la ley;
- 7) *la eutanasia letal y la eutanasia lenitiva*, prohibida la primera y admitida la segunda, aunque sea con el resultado indirecto de abreviación de la vida, abundando en la consideración de la absoluta ilicitud moral de una posible despenalización de aquélla de *lege ferenda*; habría que ocuparse también aquí del tema de la ilicitud ética de la prolongación artificial de la vida por medios técnicos;
- 8) *el trasplante de órganos*, con toda su problemática, su actual regulación legal y reglamentaria, sus modalidades principales según orden de aparición: transfusiones de sangre, trasplante de córnea, trasplante de riñón, trasplante de corazón, trasplante de hígado, trasplante múltiple, trasplante de médula, etc.;
- 9) *la fecundación artificial y la fecundación in vitro*, sus diversas formas, los avances de la ingeniería genética y los graves problemas ético-jurídicos que plantean, como el de los óvulos fecundados y no implantados, llamados un tanto jocosamente en alguna sentencia embriones arrestados o embriones secuestrados, de los que en España existen ya varios miles, y la degradación que supone su posible utilización futura como cosméticos o regeneradores;
- 10) por último habrá que considerar el tema de *los límites ético-jurídicos al riesgo y a la experimentación* en la práctica y en la investigación médica y las múltiples implicaciones entre Biogenética, Biomedicina y Derecho ¹².

12. De entre la multitud de trabajos y estudios sobre estas cuestiones, cabe aducir como ejemplo, limitándonos a lo publicado en nuestra lengua, los siguientes: DEL CASTILLO, J.L., *De la donación al trasplante. Aspectos legales, médicos y logísticos*. Ministerio de Sanidad y Consumo (Madrid 1987); ROMEO CASABONA, C.M., *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos* (Barcelona 1979). *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados (Madrid 1986); TESTART, J., *El embrión transparente*. Apéndice de Michel Serres. Trad. de O. Caballero (Barcelona 1988); II Congreso Mundial Vasco,

El estudio detenido de todos estos temas supera a veces la estricta consideración jurídico-legal y apunta por tanto al llamado Derecho supralegal, basado en los principios que informan cada orden jurídico concreto y que como tales están, aunque no exclusivamente, reconocidos en la Constitución. En buena lógica tampoco deben quedar al margen aquellos principios que, por su propia naturaleza, han de estar presentes en todo orden jurídico que se precie de tal nombre. Con lo cual queda abierta de par en par la puerta a la dimensión ético-jurídica en su plenitud de sentido y también obviamente a las normas propias de la Deontología profesional y a los respectivos Códigos de Deontología médica, cuyas reglas, si bien no tienen carácter jurídico, no se puede afirmar a la ligera que estén totalmente exentas de relevancia jurídica, pudiendo en ciertos casos ser invocadas como pautas de decisión jurisprudencial. Esto, que de por sí no ofrece mayores dificultades en un Derecho de corte anglosajón, es también aplicable en el Derecho continental, donde cada día se constata un acercamiento visible al anterior, especialmente notable en áreas, como la del Derecho médico, difícilmente sometibles a los rígidos esquemas de la regulación legal.

La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (Madrid 1988); VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español* (Madrid 1988); LLEDÓ, F., *Fecundación artificial y Derecho* (Madrid 1988); MORO ALMARAZ, M.^a J., *Aspectos Civiles de la inseminación artificial y de la fecundación «in vitro»* (Barcelona 1988); SPORKEN, P., *Medicina y Ética en discusión. Los grandes problemas de la Ética médica*, trad. de J. Aguirre (Pamplona 1982); REVERTE, J. M., *Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos* (Madrid 1983); MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho* (Barcelona 1987).

Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos *

Por VICENTE BELLVER CAPELLA

Valencia

Se suele decir que las tres P que amenazan a la humanidad y al medio ambiente son la polución, la población y la pobreza¹. Es muy significativo que se haya llegado a equiparar la polución y la pobreza —dos situaciones que nadie dudaría en considerar como verdaderas amenazas para la humanidad en cualquier lugar y circunstancias— con la población: como si el incremento de seres humanos en el planeta fuera, sin más, algo pernicioso para la humanidad.

Esta percepción de la realidad ha calado hasta el punto de manifestarse en la expresión lingüística. «La explosión demográfica» es un término que, a pesar de su indudable carga valorativa, nadie se atreve a cuestionar en estos momentos. Quizá la revolución científica, la tecnológica, la económica o la del reconocimiento de los derechos, por mencionar sólo algunas, hayan sido más profundas que la demográfica; sin embargo, nadie califica a aquéllas como explosivas mientras que sí se hace respecto de ésta. La bomba de la población ha explotado en nuestro tiempo —se piensa de forma generalizada—, y nuestra tarea con-

* Agradezco al Profesor Antonio-Luis Martínez-Pujalte las sugerencias formuladas durante la realización del presente trabajo.

1. KORMONDY, E., *Conceptos de ecología*, Madrid, Alianza, 1985, p. 236. Otros autores, siguiendo este mismo planteamiento, centran en dos las grandes amenazas planetarias: el cambio climático, producido por la contaminación atmosférica, y el incremento de la población; *cfr.* ADAMSON, D., *Defending the World*, Londres, Tauris & Co, 1990, pp. 14 y 21.

siste en disminuir las fatales consecuencias que tal impacto está ocasionando al medio ambiente y a la humanidad en su conjunto.

Tras este primer engaño, que resulta altamente peligroso pues ha conseguido acantonarse en los campos semánticos, se derivan en cascada toda una serie de consecuencias igualmente erróneas. Si el crecimiento de la población ha sido efectivamente una bomba, su impacto actual y futuro en el medio ambiente puede ser dramático. Al igual que la bomba atómica, la bomba de la población aparece como una siniestra sombra que se proyecta hacia el futuro ².

Ante este estado de cosas, una de las prioridades a nivel planetario consistirá en establecer un frente común de lucha contra el crecimiento de la población. Habida cuenta de la urgencia del problema parece necesario y justificado adoptar medidas drásticas, pues las más moderadas —transferir recursos, o condiciones higiénicas y sanitarias, educación e igualdad de derechos para las mujeres ³—, aunque se decidan ya, sólo empezarán a surtir efecto a medio y largo plazo.

Esas medidas drásticas consisten en limitar el número de nacimientos con todos los medios disponibles: contraceptivos, esterilización y aborto, impuestos muchas veces de forma coactiva. Rara vez se plantea la justificación ética y jurídica de estas medidas ⁴. No parece importar que los países con mayores índices de natalidad vean condicionada la ayuda de las grandes potencias a la adopción de políticas antinatalistas que, de otro modo, probablemente no llevarían a cabo. Tampoco parecen importar las presuntas violaciones de derechos humanos tan elementales como el derecho a la vida o a la libertad o a la identidad cultural que suponen la imposición a las personas de tales medidas. El discurso macroeconómico tiene su propia lógica y parece que, en los países menos desarrollados, no admite ser interferido por el discurso de las éticas dominantes en los sistemas democráticos occidentales: se podría decir que los derechos humanos sólo podrían ser tenidos en cuenta en esos países una vez integrados en la gran trama del mercado mundial.

Estos planteamientos están profundamente arraigados en la conciencia pública de los países occidentales, hasta el punto de que el hecho de mantener una posición discrepante, frecuentemente va acompañado de una descalificación global (como siempre sucede, por lo demás, con los que se atreven a discrepar de los dogmas contruidos al margen de la razón).

2. Cfr: EHRlich. P., *The Population Bomb*, Nueva York, Ballantine, 1968.

3. Cfr: EHRlich & EHRlich, *La explosión demográfica*, Barcelona, Salvat, 1994.

4. Una de las obras precursoras de la ética ambiental, que sí aborda las cuestiones relacionadas con las medidas restrictivas del crecimiento de la población, es PASSMORE, J., *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza*, Madrid, Alianza, 1978, pp. 147-195. Desde esa obra, sin embargo, no ha habido una preocupación creciente por estos problemas.

En los últimos decenios, de una manera muy palmaria a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, los países del Sur se enfrentaron con los del Norte por estimar que las políticas coercitivas en materia de población eran un instrumento de opresión y una garantía de que los recursos del Sur seguirían al servicio de la opulencia del Norte ⁵. La ex-URSS, sus países satélites, y el bloque de países no alineados encabezaban esta protesta, alimentada de razones ideológicas. Esta posición se mantuvo en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest (1974) y, en menor medida, en la de Méjico (1984). En la actualidad, tras la caída del Telón de acero, se constata una falta de articulación contra las políticas restrictivas de la población entre los países objeto de las mismas. Quizá esto explique el particular afán con que los Estados Unidos y la Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPF) presionaron sobre la Conferencia de El Cairo, para que en ella se reconociera el derecho de la mujer al aborto y se reforzaran las medidas antinatalistas en el Tercer Mundo.

A continuación intentaremos desenmascarar las falsedades del planteamiento neomalthusiano, así como estudiar algunos problemas políticos y jurídicos que se derivan del mismo.

1. La ecología y el crecimiento de la población

Cuando decimos que el crecimiento demográfico tiene un carácter ecológico queremos decir mucho más que la población humana incide directamente sobre el medio ambiente, alterando los ecosistemas. Al calificar así el crecimiento de la población queremos decir que la valoración del impacto de ese crecimiento requiere considerar muchas más variables que las puramente económicas.

Con respecto al crecimiento de la población, la diferencia entre la visión ecológica y la dominante en la Modernidad ⁶ está en que la segunda considera la población como una variable más del proceso económico, y llega a pensar que sobre la población se puede actuar con la

5. Cfr. Andrew FEENBERG, *Más allá de la supervivencia. El debate ecológico*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 87 y ss.

6. Uno de los autores que más rigurosamente ha estudiado la evolución en el modo de pensar del presente —de la Modernidad a la Postmodernidad— y la exigencia de un pensamiento ecológico ha sido Jesús Ballesteros; cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Madrid, Tecnos, 1989; «Hacia un modo ecológico de pensar», en *Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, XXVII/2, 1985, pp. 169-177; *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995. Entre las muchas voces que se alzan demandando un nuevo modo de afrontar los problemas de nuestro tiempo destacamos el Informe del Club de Roma, elaborado por su Presidente y su Secretario General, en el que se dice: «La interdependencia de las naciones y la globalización de gran número de problemas exige el despertar de una conciencia universal y la creación de una nueva ética internacional»; KING, A. & SCHNEIDER, B., *La primera revolución mundial*, Barcelona, Plaza & Janés, 1991, p. 225.

misma libertad que sobre otras variables como la inflación, la presión fiscal o el gasto público con el fin de optimizar el sistema económico. Por el contrario, desde una perspectiva ecológica se entiende que el ser humano es un elemento cualitativamente distinto del resto de elementos del ecosistema global. Esa peculiaridad hace que el ser humano se sitúe por encima del sistema económico y establezca un criterio metaeconómico según el cual todo el sistema se ha de ordenar hacia la satisfacción de las necesidades básicas para la totalidad de los seres humanos. A este respecto, Ballesteros, parafraseando a Kant, ha propuesto un nuevo imperativo categórico de índole ecológica: «Obra de tal modo que tu nivel de consumo pueda convertirse en máxima de conducta universal por ser compatible con condiciones de vida dignas para la presente y futuras generaciones»⁷.

Desde esta nueva perspectiva, los eventuales impactos para el medio ambiente de la acción humana merecerán una distinta consideración: ni siempre serán aceptables ni siempre intolerables. Dependerá, en cada caso, de lo que resulte de compaginar la atención a las necesidades fundamentales de los seres humanos con el mantenimiento de las condiciones de vida para las futuras generaciones⁸.

Pero la perspectiva ecológica no es únicamente válida para modificar los criterios de evaluación del impacto ambiental, sino también para tomar las decisiones sobre el crecimiento demográfico con arreglo a unos criterios de racionalidad universalizables. En pocas cuestiones como en ésta la incertidumbre ante el futuro es mayor. Desde los catastrofistas a corto plazo a los optimistas radicales, existe una enorme diversidad de posturas.

Pero esta división de posturas, que incluye también la pura perplejidad ante el futuro, no nos exime de valorarlas y considerarlas para una ineludible toma de decisiones. Al tener que decidir sobre el no-saber⁹ lo razonable es no traicionar aquellos principios que, por ser absolutos, puedan ser universalizables; principios que podemos rastrear por medio de la ecología política¹⁰. Ni siquiera en el caso de riesgo inminente de colapso planetario —situación en la que ni nos encontramos ni parece

7. BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, cit., p. 42.

8. Este criterio de ponderación es el que subyace en el concepto de desarrollo sostenible consagrado en el Informe Brundtland: «El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades»; COMISION MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO, *Nuestro Futuro Común*, Madrid, Alianza, 1988, p. 67.

9. Cfr: LUHMANN, N., «Ökologie des Nichtwissens», en *Beobachtungen der Moderne*, Opladen, 1992.

10. La ecología política, tal como aquí la entendemos, ha sido definida como «una mirada hacia el espacio de lo político desde el punto de vista de la nueva ontología ecológica»; SERRANO, J.L. «Ecología, Estado de Derecho y Democracia», en GARRIDO PEÑA, F. (comp.), *Introducción a la Ecología política*, Comares, Granada, 1993, p. 33.

previsible que nos encontremos en los próximos decenios— la respuesta adecuada sería vulnerar esos principios, pues no haría más que acelerar el proceso. Esos principios son:

1.— *el valor infinito de cada vida humana*: la aparición de un nuevo ser humano es siempre un incremento positivo en el balance de cuentas del planeta. Como reiteradamente se insistió en la Conferencia de Bucarest de 1974, el hombre es la mayor riqueza del planeta y su mayor presencia en la Tierra multiplica las posibilidades de vida digna para todos. Nunca ha habido tanta población como en la actualidad, y nunca ha habido tantos pobres ¹¹. Pero, a la vez, nunca ha habido tantas personas que han vivido en tan buenas condiciones de higiene, alimentación, salud, seguridad y libertad, y lo más importante es que nunca ha tenido el ser humano en sus manos —como sucede ahora— todos los medios para universalizar esas condiciones de vida: no las de los países occidentales, pero sí las que aseguren a todos la cobertura de las necesidades básicas ¹². Por ello, se pudo afirmar en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo: «Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible...» (principio 5).

2.— *La sociabilidad ontológica del ser humano y el igual valor de cada vida humana*. La hipertrofia del primer principio puede conducir —así ha sucedido en Occidente a partir del siglo XVII— a la sobreestima del individuo aislado perdiendo de vista su intrínseca condición social y el valor igual de toda vida humana. El carácter paradójico de la naturaleza humana se manifiesta a las claras aquí, pues la persona, teniendo un valor infinito, no es autotrascendencia ilimitada ¹³: más bien se realiza y se trasciende al reconocerse en los demás ¹⁴.

Durante la Modernidad se llega a la visión del hombre como aquél que se constituye enteramente a sí mismo: como aquél que, en cada momento, *debe ser* el que de hecho es. A este sujeto le resulta imposible: por un lado, reconocer la necesidad de los demás en su propia realización y su responsabilidad en la realización de los demás seres humanos; y, por otro, discernir entre necesidades y deseos en sus relaciones con la naturaleza ¹⁵.

11. Cfr. CLEVELAND, H., *Nacimiento de un nuevo mundo*, Madrid, El País-Aguilar, 1994, p. 210.

12. «La permanencia es incompatible con una actitud depredadora que se regocija en el hecho de que “los que eran lujos para nuestros padres han llegado a ser necesidades para nosotros”»; SCHUMACHER, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, Orbis, Barcelona, 1983, p. 33.

13. Cfr. SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, p. 24.

14. Cfr. COTTA, S., «Sobre el deber de ayuda», en AAVV, *Justicia, solidaridad, paz:.... cit.*, pp. 285-291 (vol. II).

15. La distinción entre preferencias sentidas (*felt preferences*) y preferencias consideradas (*considered preferences*) sirve a Brian Norton para distinguir entre un antropocentrismo fuerte y un antropocentrismo débil (*weak anthropocentrism*): este segundo sería válido, según Norton, para fundamentar una ética sensible al medio ambiente. Cfr. NORTON, B., «Environmental Ethics and Weak Anthropocentrism», en *Environmental Ethics*, vol. 1, N.º 4, 1984, pp. 133-138.

Únicamente agentes externos —ej.: el contrato social— acotarán su capacidad potencialmente ilimitada de marginar a los demás o de explotar la naturaleza. El sentido de la medida ¹⁶, fundamental para el trato con los demás y con la naturaleza, se disuelve, quedando reducido a subjetividad ilimitada y coerción social.

Frente a esta antropología, se recupera la visión del hombre como unidad fragmentada en proyecto de reunificación. El punto de partida es el reconocimiento, en la unidad de la dignidad del ser humano, de una fractura entre su deber ser y su ser. Así como en la Modernidad el hombre es quien de hecho es, en el nuevo pensamiento el hombre debe ser quien es en lo más profundo de su ser. Y, en lo más profundo, cada uno descubre que es los demás ¹⁷. Desde esta perspectiva, la naturaleza es vista no sólo como fuente de recursos sino también como horizonte de significado y de moralidad. Al contacto con los demás seres humanos y con el conjunto de la naturaleza el hombre se va descubriendo a sí mismo como respuesta y proyecto ¹⁸; ni como fatalidad histórica, ni como continua autocreación de la nada.

Así como la antropología moderna daba lugar a las teorías sociales contractualistas, la antropología alternativa reconoce que la sociabilidad del género humano no se asienta en un pacto voluntario y externo sino que es un aspecto constitutivo del ser humano. Desde esta perspectiva se adquiere una comprensión mucho más profunda y acertada del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse frateralmente los unos con los otros».

Viendo la estrecha vinculación del hombre a los demás y a la totalidad de la naturaleza, nos podemos preguntar ¿la relación que tiene el hombre con la naturaleza es análoga a la que tiene con respecto a sus semejantes? Sin ánimo de profundizar en la cuestión, la respuesta parece ser que sí: el ser humano trasciende la naturaleza, pero desde el re-

16. Sobre la importancia del sentido de la medida, a lo largo de la historia del pensamiento, en la experiencia ética y jurídica, *cfr.* BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 95-96.

17. El Otro como constitutivo de la vida de cada ser humano es uno de los temas principales del personalismo europeo de mediados de siglo (Levinas, Buber,...). Pero también la poesía de todos los tiempos, y de una manera especial, la de la primera mitad de nuestro siglo en España hace del Otro como constitutivo del propio ser un tema recurrente. Vayan algunos ejemplos: «Si tú y yo, Teresa mía, nunca / nos hubiéramos visto, / nos hubiéramos muerto sin saberlo: / no habríamos vivido» (Miguel de Unamuno); «Poseído voluntario / de esta fuerza que me invade, / mayor soy, porque me siento / yo mismo, y enajenado» (Pedro Salinas); «Tú justificas mi existencia: / Si no te conozco, no he vivido; / Si muero sin conocerte, no muero, porque no he vivido» (Luis Cernuda).

18. *Cfr.* MARIAS, J., «La estructura vectorial de la vida», en *Antropología metafísica; Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1982, vol. X, pp. 79-84.

conocimiento de su dependencia. Y así como el hombre es responsable de cada ser humano, también es responsable del cuidado por la naturaleza¹⁹. Pero ¿no se produciría entonces un enfrentamiento entre el progreso económico de la humanidad y la conservación de la naturaleza, ambas exigencias derivadas de la misma naturaleza humana y aparentemente contrarias entre sí? Esta quizá sea una de las preguntas fundamentales a las que las éticas ambientales tratan de dar una respuesta desde hace tres decenios²⁰. Nosotros estimamos que ese enfrentamiento no se produce si se valoran los intereses en juego con arreglo a los siguientes principios: el principio de respeto hacia la individualidad de las personas y el principio de respeto hacia la totalidad para la naturaleza²¹. Dentro del principio de respeto hacia la individualidad de las personas, los intereses se jerarquizan, a su vez, distinguiendo entre necesidades básicas —materiales y espirituales— y deseos²². La aplicación de estos dos principios nos separaría del ecologismo radical, en su versión *Deep-Ecology*, pues considera que el sujeto valioso no es el ser humano sino *Gaia* y cada uno de los ecosistemas que la constituyen.

3.— *El carácter limitado de los recursos materiales*: Si bien los recursos del ser humano pueden ser ilimitados, la crisis ecológica nos ha puesto sobre aviso de lo contrario por lo que se refiere a los recursos materiales. La consecuencia inmediata es que el modelo de producción y consumo vigente en Occidente no es racional (porque uno de sus postulados es el carácter ilimitado de los recursos²³) ni lícito (porque lógicamente tal modelo no es universalizable). Si, como consecuencia del igual valor de cada vida humana, se reconoce la necesidad de una solidaridad sincrónica y diacrónica, habrá que reivindicar un cambio en el modelo de desarrollo económico y consumo que tenga, además, presente el carácter limitado de los recursos materiales. Este modelo deberá asentarse en una administración prudente y en un uso y consumo sobrio de los recursos²⁴.

2. Análisis crítico de las ideologías antinatalistas

Después de considerar los principios que deben regir las políticas de población según el nuevo pensamiento ecológico, en este epígrafe

19. Cfr. BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, cit., pp. 34-43.

20. Cfr. BARTOLOMMEI, S., *Etica e Ambiente: Il rapporto uomo-natura nella filosofia morale contemporanea di lingua inglese*, Milán, Guerini e Associati, 1989.

21. Cfr. MEYER-ABICH, K.M., «The Natural Environment in Us: Ecological Humanism in Education», en *Universitas*, 3/193, vol. 35, pp. 208 ss.

22. Cfr. NORTON, B.G., «Environmental Ethics and Weak Antropocentrism», cit., pp. 133-135.

23. SCHUMACHER, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, cit., pp. 13 y ss.

24. Cfr. BALLESTEROS, J., «Hacia un modo ecológico de pensar», cit., p. 171.

ofrecemos un análisis crítico de las distintas posturas antinatalistas. El axioma del que parten todas ellas es que la población crece a un ritmo vertiginoso, que resulta insoportable para el planeta; muchos lo radicalizan hasta decir que sobran miles de millones de seres humanos. Dos ideologías asumen ese punto de partida como indiscutible: el liberalismo individualista vigente en Occidente y la *Deep-ecology*.

1.— Liberalismo individualista: el sustrato antropológico de esta ideología es el voluntarismo. Para esta concepción el rápido crecimiento demográfico en los países del Sur en los últimos treinta años supone una amenaza para las condiciones de bienestar económico, social, político y cultural alcanzado por aquellos países en los que concurre un sistema democrático en lo político y un sistema de mercado en lo económico ²⁵; mientras que la población de los países desarrollados, con un crecimiento del 0'6 % anual, tardarán 120 años en duplicarse, la de los menos desarrollados, con un crecimiento del 2,4% tardarán 20 años ²⁶. «En 1950 las naciones industrializadas contenían un tercio de la población mundial. La proporción se redujo a una cuarta parte en 1985, y se espera que se reduzca más, hasta la sexta parte, en 2025, cuando la población mundial total habrá aumentado en un 60%, hasta 8.000 millones» ²⁷. La consecuencia es obvia: la presión de los pobres —cada vez más numerosos— sobre los ricos se incrementará hasta resultar insoportable.

Esta amenaza empieza a manifestarse en forma de: procesos migratorios del Sur hacia el Norte, que multiplican los focos conflictivos potenciales entre modelos culturales incompatibles; un alto riesgo de proliferación de hambrunas, epidemias y guerras en aquellos lugares donde crece la población sin las condiciones mínimas para sobrevivir; el agotamiento de los enormes recursos naturales que se encuentran en los países menos desarrollados, como consecuencia del afán por alcanzar esas condiciones mínimas de vida para una población cada vez mayor; la contaminación generada por unos modos de producción arcaicos que, sin embargo, no pueden abandonarse por la presión de las necesidades de una población creciente.

Ante la imposibilidad de luchar con total efectividad contra la presión del Sur, desde esta postura se propone simultanear las políticas contrarias a la emigración y a la integración, con las restrictivas de población tanto en el Norte como en el Sur ²⁸.

25. Cfr. FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, Planeta, 1991. «...el crecimiento de la población se acerca al punto crítico, si es que no lo hemos alcanzado ya... Dado el acervo finito y declinante de los recursos no renovables y el espacio limitado del planeta, debemos aceptar el principio de que el creciente número de habitantes acabará por conducir a un nivel de vida inferior»; MEADOWS, D., *Los límites del crecimiento*, Méjico, FCE, 1972, p. 235.

26. EHRLICH & EHRLICH, *La explosión demográfica*, cit., pp. 33-34.

27. WILSON, E., *La diversidad de la vida*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 272.

28. Cfr. EHRLICH & EHRLICH, cit., pp. 57-58.

Hasta el momento, ningún autor neomaltusiano como Garret Hardin ha sido tan descarnado en exponer las razones últimas que impulsan esta ideología: «Conforme pasa el tiempo (los americanos) somos una minoría cada vez más pequeña. Creemos solamente a un ritmo anual del uno por cien; el resto del mundo crece al doble de velocidad (...) Los que crecen más rápido desplazarán a los demás... Es muy poco probable que la civilización y la dignidad puedan sobrevivir por doquier; pero es mejor que sobreviva en unos pocos sitios que no en ninguno. Las minorías afortunadas deben actuar como si fueran depositarias de una civilización que está bajo amenaza de las buenas pero desinformadas intenciones. ¿Cómo podemos ayudar a un país extranjero para que no llegue a la superpoblación? Sin duda, lo peor que podemos hacer es enviarle alimentos. El niño salvado ahora se convertirá mañana en un reproductor. Movidos por nuestra compasión les enviamos alimentos pero ¿no es verdad que ésta es la mejor manera de aumentar la miseria de una nación superpoblada? Las bombas atómicas serían más benévolas»²⁹.

2.— La *Deep-ecology*: esta ideología —manifestada en algunas formas de ecologismo radical— se asienta en el holismo, que considera a Gaia, la Madre-Tierra, el único ser con vida propia³⁰. El ser humano sería una forma de vida más, con un desarrollo superior a otras, que sufre un proceso cancerígeno de multiplicación: «los seres humanos se han hecho cien veces más numerosos que cualquier otro animal terrestre de tamaño comparable en la historia de la vida. Se mida como se mida, la humanidad es ecológicamente anormal»³¹. Ello constituye una amenaza para el equilibrio del ecosistema global. Llevada al extremo esta consideración, se concluye que el hombre es un animal especialmente peligroso por su capacidad depredadora y destructiva, y que la población humana es, desde hace tiempo, muy superior a la tolerable y que lo mejor sería una drástica reducción de la misma³².

3.— Una tercera ideología que, en principio, aparece como defensora del crecimiento natural de la población y que, a nuestro entender, sería también una forma camuflada de antinatalismo es el liberalismo optimista. El punto de partida en este caso es el mismo que en el primero: el individualismo voluntarista. Pero éstos, sin embargo, más que atender a la eventual amenaza de una explosión demográfica en el Sur hacen hincapié en la fuerza ordenadora de las leyes del mer-

29. HARDIN, G., «On immorality of Being Soft-Hearted», en *The Relevant Scientist*, 1 (1971), pp.17-18.

30. Cfr. DEVALL & SESSIONS, *Deep-Ecology: living as if nature mattered*, Salt Lake City, Peregrine Smith Books, 1985.

31. WILSON, E., *cit.*, p. 272.

32. Para conocer los principales argumentos neomaltusianos y sus bases ideológicas, cfr. FEENBERG, A., *cit.*, pp. 88 y ss., y BELLVER, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada, Comares, 1994, pp. 19-26.

cado. Si se deja libertad a los individuos, con su iniciativa e ingenio serán capaces de encontrar los recursos con los que sobrevivir y alcanzar un cierto bienestar ³³. Lo único que ha de procurar el Estado es garantizar las condiciones para *el fair play* de los agentes sociales ³⁴. El ejemplo al que se recurre para justificar esta posición es el enorme crecimiento económico experimentado por determinados países del sureste asiático (Taiwan, Hong-Kong, Singapur, Corea del Sur).

Para estos autores, la búsqueda sin más del interés personal da lugar a una ordenación justa de la sociedad: «mientras la propiciación de las aspiraciones egoístas suele llevar al individuo a contribuir al interés general, las acciones colectivas de los grupos organizados suelen casi siempre ser opuestas al citado interés» ³⁵. Y la desigualdad que genera la consagración del orden espontáneo del mercado se justifica inmediatamente por sus resultados: «el rápido progreso económico con que contamos parece ser en gran medida el resultado de la aludida desigualdad y resultaría imposible sin ella. El progreso a tan rápido índice no puede proseguir a base de un frente unificado, sino que ha de tener lugar en forma de escalón con algunos más adelantados que el resto» ³⁶.

Esta aparente defensa del desarrollo espontáneo de la población humana es una forma solapada de antinatalismo. Cuando tienen que valorar las situaciones de países pobres con enormes índices de crecimiento demográfico, su juicio no puede ser más riguroso: esos países no alcanzan el desarrollo económico necesario para sostenerse porque eso es lo que libremente han elegido. No se plantean que la universalización del sistema de mercado es imposible, porque siempre requerirá de unas colonias a las que proyectar buena parte de las externalidades negativas ³⁷; ni se plantean la posibilidad de otros modelos de desarrollo económico que resulten compatibles con culturas distintas de la tecnocrática occidental ³⁸. Por todo ello, aunque afirmen que puede haber recursos para muchos más de los que somos, su oferta a los países del Tercer Mundo es, a la postre, igual que la de los neoliberales pesimistas: si la población muere por falta de recursos ellos son los

33. Cfr. HAYEK, F., *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*, Madrid, Unión Editorial, 1990.

34. Cfr. HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad (vol. III): el orden político de una sociedad libre*, Madrid, Unión Editorial, 1976, p. 237.

35. HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad (vol. II): el espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1988, p. 241.

36. HAYEK, F., *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, 1961, p. 110. Para una síntesis completa y crítica del pensamiento jurídico y moral de Hayek, cfr. VELARDE, C., *Hayek: una teoría de la justicia, la moral y el derecho*, Madrid, Civitas, 1994.

37. Esas colonias serían, en estos momentos, la naturaleza, el Tercer Mundo, los sectores más débiles y marginados de las sociedades desarrolladas; cfr. MIES, M., «Liberalización del consumo o politización de la vida privada», en *Mientras tanto*, N.º 48, 1992.

38. Cfr. SCHUMACHER, E.F., *cit.*, pp. 55 y ss.

responsables de no haber escogido el camino adecuado para su desarrollo.

Si afrontamos los datos respecto de la evolución demográfica en el mundo sin los prejuicios ideológicos con los que vienen siendo analizados —y que acabamos de referir— podemos extraer las siguientes conclusiones:

- con las posibilidades técnicas actuales, la Tierra puede ofrecer condiciones de vida para, por lo menos, tres veces la población actual, no sólo en cuanto a alimentos sino también en cuanto a espacios para un desarrollo digno de las personas ³⁹;
- es impredecible la evolución de la población a medio plazo y, en líneas generales, se barajan tres hipótesis: una caída generalizada de la población, un leve crecimiento y posterior estancamiento, y un crecimiento sostenido como hasta los años ochenta. De las tres la segunda parece la más verosímil por estar apoyada por los datos de los últimos años ⁴⁰;
- el crecimiento económico de una región suele ir acompañado de un fuerte incremento de la población que, paulatinamente, se va estabilizando (transición demográfica) ⁴¹;
- los principales responsables del deterioro ambiental son los que más energía y más recursos han empleado, los que más han contaminado, los que más han transformado sus paisajes naturales y agotado su diversidad genética: en definitiva, los que más han consumido. No es, por tanto, la población sino el consumo desmesurado la principal causa del deterioro ambiental ⁴². Por otra parte, «el exceso de población es síntoma de pobreza y no al revés» ⁴³.

Por ello, como veremos en el epígrafe siguiente, la reparación de todos esos daños debería recaer sobre los países del Norte y no sobre las que no son más que víctimas de una situación no buscada.

39. Cfr. SIMON, J., *El último recurso*, Madrid, Dossat, 1987.

40. Cfr. DUMONT, G.F., *Le festin de Kronos*, Fleurus, 1991.

41. Cfr. ZURFLUH, A., *¿Superpoblación?*, Madrid, Rialp, 1992, pp. 132 y ss.

42. Cfr. SHAW, P., «Rapid Population Growth and Environment Degradation: Ultimate versus Proximate Factors», en *Environmental Conservation*, vol. 16, N.º 3.

43. Cfr. COMMONER, B., «Ancora da chiudere...», introducción a la nueva edición *Il cerchio da chiudere*, Milán, Garzanti, 1986, p. 60. «Llegaremos, entonces, al punto crucial de nuestro ensayo, que es aquel en que trataremos de demostrar que no es la superpoblación la que crea y mantiene el hambre en ciertas zonas del mundo, sino que es el hambre la que origina la superpoblación»; DE CASTRO, J., *Geopolítica del hambre*, Buenos Aires, Solar-Hachette, 1962, p. 62. Josué de Castro fue Presidente del Consejo Ejecutivo de la FAO.

3. La licitud de las políticas demográficas

En estos momentos, se reconoce de forma casi generalizada que el crecimiento de la población no es algo que, de entrada, haya de interpretarse en clave de problema grave para la supervivencia de la humanidad⁴⁴. Nosotros, siguiendo los principios apuntados en el epígrafe 1.º, afirmamos el carácter positivo de cualquier nueva vida humana y la idea de que las políticas demográficas que sean necesarias para racionalizar el crecimiento de la población en ningún caso podrán ser atentatorias contra los derechos humanos de nadie. Si el número de seres humanos es visto como un mal por los riesgos que puede acarrear, entonces será muy difícil que no se opte por una política demográfica de carácter impositivo y, en consecuencia, será imposible respetar los derechos humanos de determinados grupos: en concreto, los de los más pobres.

El punto de partida de cualquier política demográfica respetuosa con los derechos humanos es que los países del Norte no sólo deben reconocer su deuda ecológica con respecto al Sur sino también su deuda demográfica. El desarrollo acontecido en Occidente en los últimos dos siglos no hubiera sido posible si en las colonias de los continentes americano, africano y asiático no se hubieran encontrado los recursos materiales —y, en muchas ocasiones para vergüenza de los europeos, también humanos— para alimentar el potencial científico y tecnológico del Norte⁴⁵. A su vez, el expolio de recursos hizo todavía más precarias las condiciones de vida en los países del Tercer Mundo.

Por todo ello, el coste de la supuesta explosión demográfica en estos países habría de correr por cuenta de los países del Primer Mundo. El modo de afrontar el pago de esa deuda se concreta en dos aspectos elementales: reducir el nivel de consumo en el Norte hasta el límite en que ese nivel se pueda universalizar; y proporcionar las condiciones para que el acceso a la alimentación, la educación, la salud, y la igualdad de derechos sea posible para todos los seres humanos del mundo.

Si se alcanzara un desarrollo sostenible en las regiones del Tercer Mundo y el modelo de consumo en Occidente variara hasta el punto de resultar universalizable ¿cómo evolucionaría la población? No es fácil responder pero hay muchos elementos para pensar que la evolución sería sostenible. Ahora bien, si esas medidas no se lograran adoptar a medio plazo o si, una vez adoptadas, se demostrara que son insuficientes ¿tendríamos legitimidad para actuar sobre las tendencias demográficas? ¿cabría recurrir a medidas coercitivas? Es, por lo menos, llamati-

44. Cfr. BELL, D., «La Conferencia de El Cairo», en *Claves de la razón práctica*, N.º 45, 1994, pp. 31-37.

45. Cfr. DUMONT, R., *Un mundo intolerable. Cuestionamiento del liberalismo*, Madrid, siglo veintiuno editores, 1991, pp. 21 y ss.

va la poca atención que se ha prestado a la justificación de estas actuaciones por parte de los estudiosos de la ética y de los derechos humanos. Por poner un ejemplo, es mucho más abundante la literatura acerca de la moralidad del trato del hombre a los animales en experimentación, que a la de prácticas impuestas de control de la población —esterilización, aborto, métodos anticonceptivos sin una suficiente información— en los países del Tercer Mundo. Parece que exista una evidencia acerca de la necesidad y la licitud de las prácticas impositivas de control de la natalidad.

Resulta un gravísimo atentado contra los derechos humanos de los habitantes de las regiones más pobres del Hemisferio Sur imponer esos métodos de control de la natalidad pues atentan contra su libertad, sus tradiciones culturales y sus posibilidades de desarrollo económico.

1.— atentado contra la libertad: cuando el acceso a determinadas ayudas económicas se condiciona a limitar el número de hijos, y más todavía cuando se le impone a las mujeres la esterilización, se están cercenando libertades tan fundamentales para el ser humano como lo son las relativas a su vida sexual y a su proyecto familiar. Estas medidas no son formas de paternalismo justificado, sino burdas represiones de quien se cree superior. La justificación última de estas medidas, aunque rara vez se desvela, es que la población en los países pobres querrá vivir como los ricos y, cuantos más sean aquéllos, mayor será la amenaza para éstos ⁴⁶. Pero mientras la base del Derecho internacional siga siendo la soberanía de los Estados será imposible establecer un orden que garantice los derechos de los que no disponen de la fuerza para defenderlos por sí mismos ⁴⁷.

2.— atentado a sus tradiciones culturales: se dice que los hábitos reproductivos en los países del Tercer Mundo son causados por la necesidad que tienen los mayores de asegurar la cobertura de sus necesidades en el futuro. Sin entrar a fondo en la cuestión, hay que señalar que detrás de esos comportamientos hay toda una corriente cultural que impregna y dota de significado la relación sexual, afirma el valor y la riqueza de la vida humana y robustece los vínculos familiares ⁴⁸. Estas formas de vida y pensamiento son tan respetables como cualesquiera otras.

La libertad de las culturas y de las personas es incompatible con el mercantilismo expansivo que domina en Occidente y conduce a ver el derecho a la reproducción como un bien escaso que debe someterse a distribución y asignación. Desde esta perspectiva, se llega a exigir un

46. Cfr. BARSTOW MAGRAW & NICKEL, «Can Today's International System Handle Transboundary Environmental Problems?», en SCHERER, D., *Upstream/Downstream*, Philadelphia, Temple University Press, 1990, p. 121.

47. Cfr. *ibidem*, p. 124; y CARRILLO SALCEDO, J.A., *El derecho internacional en un mundo de cambio*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 202.

48. Cfr. SHIVA & MIES, *Ecofeminism*, Londres, Zed Books, 1993, pp. 277-295.

«plan de cuotas, basado en la distribución igualitaria de una cantidad total de derechos de reproducción, que garantizaría una fecundidad de reposición. Pero esos derechos serían transferibles, porque se reconoce el hecho obvio de que no todos pueden o desean reproducirse mientras que otros estarán muy ansiosos por tener más hijos que el número de reposición» 49.

Frente a esta asimilación de la reproducción humana al derecho de propiedad «conviene señalar que no existe el derecho a tener hijos, ya que el hijo es un don gratuito y tiene además una dignidad propia». En consecuencia, «no puede ser objeto de transacción, de adquisición, de compra o venta. Cualquier intento de aplicar categorías procedentes de este ámbito nos retrotrae al terreno de la esclavitud» 50.

3.— atentado a las posibilidades de crecimiento económico: ya hemos señalado la estrecha vinculación entre crecimiento demográfico y despegue económico. Si el primero se entorpece, lo más probable es que el segundo se imposibilite. ¿Hubiese sido posible el desarrollo económico occidental sin el crecimiento de la población que lo acompañó? Este tipo de actuaciones atentan contra el derecho de estos pueblos a su desarrollo. La valoración negativa de estas actuaciones se agrava si pensamos en que, controlando la población y la economía de estos países, el Norte evita el riesgo de corrimientos más o menos incontrolados de población hacia el Norte, asegura la pervivencia de su modelo de vida, y mantiene en el Sur unas reservas ecológicas para su esparcimiento 51.

Estos argumentos muestran, a mi juicio, la ilicitud de las políticas demográficas coactivamente impuestas a los países del Tercer Mundo; en consecuencia, se hace preciso articular los mecanismos para que la cuestión demográfica sea abordada a nivel planetario conforme al criterio de la dignidad universal de los seres humanos.

Para ello podemos partir de las propuestas de los Ehrlich, padres intelectuales de la *Baby Bomb* y teorizadores mundialmente reconocidos del control de la población. Estas se resumen en tres puntos:

«1. detener el crecimiento demográfico tan rápida y humanamente como sea posible, e iniciar un lento descenso de la población hacia un volumen que pueda sostenerse a largo plazo, permitiendo a todas las personas disfrutar de una vida digna y productiva.

2. Transformar el sistema económico, eliminando su afán de crecimiento, de manera racional, reduciendo el consumo per cápita para así disminuir las presiones sobre los recursos y el medio ambiente.

49. DALY & COBB, *Para el bien común*, Méjico, FCE, 1993, p. 225.

50. BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, cit., p. 99.

51. AMIN, S., «Por una estrategia de desarrollo autoconcentrado en Africa», en *Africa Internacional*, N.º 10, 1992, pp. 7-23.

3. Adoptar, en la medida de lo posible, tecnologías menos nocivas para el medio ambiente»⁵².

De estas tres propuestas nos parece que las dos últimas son necesarias y no suscitan ningún recelo. Siempre que, por lo que respecta a los países pobres, se entienda una cosa tan obvia como que, para reducir el consumo y emplear tecnologías con menos impacto en el medio ambiente, es imprescindible que haya una tecnología y un consumo que satisfaga algo más que las necesidades básicas. Hasta entonces, sólo cabrá aplicar estas medidas al Norte.

Por lo que respecta a la primera de las propuestas, nuestras reservas son importantes. En primer lugar, porque «el verdadero problema no es que el mundo vuelva a ser brutal, sino que ya lo es»⁵³ por causa de la pobreza. En consecuencia, la prioridad no es luchar contra unos riesgos de futuro, cuya verdadera dimensión se desconoce, sino atender los graves problemas del presente —la pobreza—, cuya resolución probablemente despejará las amenazas de crecimiento demográfico desmesurado. En segundo lugar, porque imponer políticas demográficas restrictivas significa atentar directamente contra los derechos humanos de los habitantes del Tercer Mundo, como acabamos de ver. Y el que vivan en condiciones de pobreza, sin instituciones que garanticen la efectividad de sus derechos y sin ni siquiera un Estado que se los reconozca constitucionalmente, son razones fuertes para tratar con mucha más sensibilidad y respeto a estas poblaciones: «mientras exista sobre el globo una gran nación esclava, ni la causa del género humano estará decidida, ni sus cadenas rotas para siempre» (Condorcet). En tercer lugar, porque está demostrado que la pauta razonable de crecimiento o estabilización de la población se alcanza, más que con políticas restrictivas de control de la natalidad, dotando los instrumentos —desarrollo, educación y sanidad— para que las necesidades básicas de la población se vean satisfechas⁵⁴.

Nuestra crítica y nuestra propuesta alternativa, por lo demás, se fundamenta en lo acordado en las mayores reuniones internacionales de todos los tiempos: las dos conferencias sobre medio ambiente y desarrollo celebradas en Estocolmo (1972) y en Río (1992). En la Declaración de Estocolmo se reconoce que el crecimiento natural de la población puede plantear problemas. Pero, considerando que «de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso» y que su capacidad para mejorar el medio puede crecer con el progreso social y con los adelantos científicos y tecnológicos, se establece: «En las regiones en las que exista el riesgo de que la tasa de crecimiento demo-

52. EHRLICH & EHRLICH, *cit.*, p. 194.

53. SEN, A., *Resources, Values and Development*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 524-525.

54. Cfr. SEN, A., «Explosión demográfica: mitos y realidades», en *Letra Internacional*, N.º 37, 1995, pp. 4-14.

gráfico o las concentraciones excesivas de población perjudiquen al medio o al desarrollo, o en que la baja densidad de población pueda impedir el mejoramiento del medio humano y obstaculizar el desarrollo, deberían aplicarse políticas demográficas que respetasen los derechos humanos fundamentales y contasen con la aprobación de los gobiernos interesados» (Principio 16).

Ese mismo espíritu se mantiene en la Declaración de Río de 1992, al afirmarse: «Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas» (principio 8).

De la interpretación conjunta de ambos principios y de las respectivas Declaraciones en las que se enmarcan, podemos derivar las siguientes conclusiones:

1.— El fin de cualquier decisión sobre el medio ambiente y el desarrollo es el ser humano, todo ser humano. «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza» (Principio 1 de la Declaración de Río).

2.— La preocupación por el ser humano es prospectiva, abarcando tanto a las generaciones presentes como a las venideras. «El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras» (Principio 3 de la Declaración de Río).

3.— La primera exigencia de los seres humanos es disponer de las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna. En este sentido, la prioridad de todas las políticas ambientales y de desarrollo será acabar con la pobreza. «Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo» (Principio 5 de la Declaración de Río).

4.— Para acabar con la pobreza y alcanzar un desarrollo sostenible es imprescindible modificar los hábitos de consumo en los países ricos y los sistemas de producción dirigidos exclusivamente al crecimiento a corto plazo. Simultáneamente habrá que proporcionar a los países menos desarrollados condiciones sanitarias, educativas y tecnológicas ⁵⁵.

55. «El problema de las economías africanas es cómo pasar de los sectores de productos primarios a las manufacturas y alta tecnología... La primera respuesta... es la educación. Pero en Africa se han reducido en un tercio los gastos en educación, cinco millones de refugiados han huido de sus países y un tercio de todos los graduados universitarios los han abandonado también. Este es el desolador panorama desde el que Africa afronta el futuro»; BELL, D., «El futuro de África», en *Claves de la razón práctica*, N.º 52, p. 42.

5.— Si, a pesar de las medidas señaladas, el crecimiento de la población llegara a convertirse en una amenaza real para una región determinada y durante un tiempo determinado, cabría pensar en políticas demográficas respetuosas con los derechos humanos (Principio 16 de la Declaración de Estocolmo). Los derechos más vulnerables a este respecto, y que más celosamente habrá que proteger, son el derecho a la vida, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, y el derecho a casarse y fundar una familia (arts. 3, 12 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

¿Cómo habría de hacerse, entonces, para no atentar contra los derechos de las personas? Pensamos que la respuesta se tiene que mover en el ámbito de la política donde, en cada momento, se busca la más adecuada entre las soluciones posibles. Sin embargo, cualquier respuesta que se ofrezca deberá respetar unos límites que garanticen efectivamente los derechos aludidos. A modo de primer apunte, sugerimos los siguientes:

1.— En cualquier medida que se adopte habrá que tener presente y partir del reconocimiento de que la vida humana es la principal riqueza del planeta, tal como se proclamó en la Conferencia sobre medio ambiente de Estocolmo (1972) y en la de población de Bucarest (1974). En este sentido, cualquier nueva vida humana ya concebida habrá de verse más como solución que como incremento del problema de la población: lo que es muy distinto de afirmar la contradicción de que el incremento de la población es la solución al problema de la población. Lo que queremos subrayar es que la aportación de cualquier ser humano siempre es cualitativamente superior al coste que ocasiona su mantenimiento.

2.— El número de hijos que cada pareja trae al mundo es una responsabilidad que nadie fuera de la misma pareja puede juzgar. Por ello, deberán rechazarse todas las campañas que, directa o indirectamente, establezcan unos estereotipos que conduzcan a la discriminación social de determinadas familias en función del número de hijos. Sólo sería admisible algún tipo de campaña de concienciación si el grado de madurez de la sociedad permitiese asumir con absoluto respeto las decisiones que se separaran de lo fomentado. Así, sólo cabría promover medidas como el incremento en la edad para contraer matrimonio o el distanciamiento en los nacimientos, cuando se tuviese la seguridad de que los que realizaran comportamientos *distintos* no fueran a ser socialmente recriminados.

3.— Por lo fácil que es que una campaña educativa estatal en favor de la responsabilidad en la paternidad acabe fomentando una conciencia negativa a la vida humana o discriminatoria hacia las familias natalistas, nos parece que lo más prudente por parte de los poderes públicos será actuar a través de medidas económicas. Estas nunca podrán sancionar el incremento del número de hijos; únicamente podrán consistir en retirar los apoyos económicos —exenciones fiscales, descuen-

tos en los servicios públicos, etc.— que cualquier Estado debe procurar a las familias en condiciones normales, como se desprende de nuestra Constitución aunque, de hecho, no se aplique: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39).

4.— Para aquellos casos, verdaderamente excepcionales, en los que un país pueda encontrarse en una situación de colapso demográfico debería crearse una instancia internacional que velara por la consecución de dos objetivos: que se transfieran urgentemente aquellos recursos necesarios para atender la necesidad del momento; y que se aseguren que las ayudas internacionales no se condicionan a la adopción de medidas coactivas de control de la natalidad.

Eutanasia y Derecho

Por JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Málaga

SUMARIO: 1. Problemas conceptuales. 2. La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico. 3. Una propuesta de interpretación de *lege lata*. 4. Una propuesta de regulación de *lege ferenda*.

1. PROBLEMAS CONCEPTUALES

Por eutanasia, en términos genéricos, debe entenderse aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado ¹.

La definición precedente parte en primer lugar de la concurrencia objetiva de una *situación sanitaria* especialmente desfavorable, que trae como directa consecuencia unas condiciones existenciales muy difíciles de soportar por el afectado. Por tanto, aunque el objeto de nuestro estudio puede estimarse que se integra fundamentalmente en la problemática de la conducta suicida, no se identifica sin más con el libre ejercicio de la disponibilidad de la propia vida en cualesquiera con-

1. Una definición sustancialmente igual, con amplias referencias doctrinales sobre su problemática, definiendo en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, «Delitos contra bienes jurídicos fundamentales». Tirant lo blanch. Valencia. 1993, pp. 254-255. En todo este trabajo vamos a limitar nuestras reflexiones a los comportamientos realizados en el ámbito médico-asistencial.

diciones existenciales, ni con su ejercicio en otras condiciones existenciales igualmente difíciles pero que no están directamente vinculadas a tales carencias sanitarias ².

En segundo lugar, la eutanasia se muestra como la resolución de un conflicto individual, sin relación desde luego con intereses colectivos utilitarios, y en el que la *voluntad o interés del afectado* pasan a tener el papel fundamental frente a la eventual presencia de móviles de piedad, compasión o egoístas por parte de las terceras personas intervinientes. Mientras la inclusión de intereses colectivos se rechaza de manera generalizada, siendo poco más que un argumento retórico utilizado con fines descalificadores de toda la discusión sobre la eutanasia ³, el abandono del énfasis en los motivos que impulsan al que intenta resolver el conflicto del afectado es relativamente reciente ⁴ y tiene una profunda significación: La colocación en primer plano de los móviles, por supuesto valiosos, de la persona interviniente, en ningún caso supone una valoración positiva de la eutanasia ni cuestiona su ilicitud. Todo lo más lleva a disculpar el comportamiento, pero nunca a aprobarlo.

2. Piénsese, p. ej., en los supuestos de negativa a transfusiones sanguíneas por parte de los Testigos de Jehová o las huelgas de hambre reivindicativas. Véase un detenido análisis por mi parte en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 241-254.

3. Aunque no debemos cerrar los ojos ante una discusión todavía en sus inicios, cual es la de los límites que habrá que establecer a las prestaciones de la sanidad pública a partir de la contraposición entre las crecientes posibilidades técnicas de la medicina y los costes que su puesta en práctica conlleva.

En otro lugar y en relación con el aborto (DÍEZ RIPOLLÉS. «El fundamento específico de la indicación eugenésica». En «Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor». Universidad de Santiago de C. 1989, p. 251) he denominado «síndrome alemán» a la incapacidad que atenaza a amplios sectores intelectuales de continuar una discusión racional cuando se entra en temas sensibles relativos a la protección de la vida, en directa conexión con un sentimiento de culpabilidad colectivo por los graves excesos producidos en la época nacional-socialista. Otros, más gráficamente, hablan del «*argumentum ad Hitlerum*» (véase SEMINARA. «La eutanasia en Italia». En «El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada». DÍEZ RIPOLLÉS-MUÑOZ SÁNCHEZ coords. Tirant lo blanch-Instituto andaluz de Criminología. 1995. En prensa. Pág. 138. Véase un paladino reconocimiento de que en Alemania ha quedado prácticamente proscrito el término «eutanasia» por la razón antedicha, sustituido por el de ayuda a morir («*Sterbehilfe*») en KOCH. «La ayuda a morir como problema legal en Alemania». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.* pp. 236, 243.

4. Véase un interesante análisis sobre el papel decisivo que los móviles piadosos desempeñaban para la doctrina penal anterior a la Constitución en DEL ROSAL BLASCO. «Aspectos jurídico-penales de la eutanasia en España». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.*, pp. 48-53; sobre su papel posterior véanse mis referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 255. En la actualidad siguen teniendo una relevancia legal explícita en Códigos penales muy diversos como, entre otros, el de Uruguay, en el que pueden dar lugar al perdón judicial de la pena (véase CAIROLI MARTÍNEZ. «La eutanasia en Uruguay». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.*, pp. 367 y ss., o en el de Suiza, donde a partir de 1990 la atenuación de la pena del homicidio solicitado queda sujeta a la presencia de un motivo valioso, con especial mención de los piadosos (véase QUELOZ. «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza». En «El tratamiento. ...». *Op. cit.*, pp. 197, 208.

La preeminencia de la voluntad o interés del afectado debe regir de modo general: Sin duda está presente en todas las hipótesis en que se precisa la solicitud o consentimiento expreso o tácitos del afectado, o en las que se parte de una voluntad plasmada previamente en una declaración vital. Pero también en aquellas hipótesis, de ámbito más reducido, en las que el consentimiento de los representantes pretende expresar la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz o el interés del paciente incapaz. Incluso actuaciones médicas que pretendan en situaciones límite no iniciar o interrumpir un tratamiento basándose en criterios estrictamente médicos vinculados a la *lex artis* deben respetar la oposición del afectado o sus representantes, a salvo la presencia de un deber o interés superior.

Tercer componente imprescindible en la caracterización de la eutanasia es la *muerte* del afectado, la cual es susceptible de producirse a través de tres secuencias temporales diversas, alusivas a su directa producción, no aplazamiento o anticipación.

Cuarto y último componente esencial de la eutanasia es la *intervención de otra persona*, que puede adoptar la forma de comportamientos activos u omisivos, y que puede poseer una entidad propia de comportamientos de autoría o de participación. En cualquier caso, quedará fuera del concepto todo comportamiento realizado por el propio afectado.

Estas aclaraciones, a primera vista banales, son trascendentes en cuanto nos van a permitir apreciar en qué medida toda la discusión sobre el ámbito de aceptación social y consecuente legitimidad de la eutanasia está condicionada por los criterios rectores en virtud de los cuales se identifican sus diferentes clases y por la correspondiente sustantividad de las variantes resultantes. Tales criterios, como vamos a comprobar, están en función de cuál o cuáles sean los elementos de la definición precedente que pasan a primer plano. Su defectuosa elección hace que la actual polémica sobre la eutanasia se encuentre en buena medida distorsionada, además de lastrada innecesariamente, por problemas terminológicos.

Así, excluidas desde un principio del concepto moderno de eutanasia las hipótesis en que existe una voluntad contraria del afectado⁵, podemos observar que es a partir del elemento consistente en la necesaria *intervención de otra persona* como se obtienen los datos fundamentales para las clasificaciones más al uso.

5. Véase lo dicho *Supra* y lo que se dirá *Infra* sobre el elemento de la voluntad o interés del afectado.

En todo caso, la por algunos denominada eutanasia no voluntaria, que se diferenciaría de la involuntaria en que no concurriría la voluntad contraria del afectado pero tampoco, por no poderlo prestar, su consentimiento, en el peor de los casos exige una ausencia de oposición, siendo aceptable en supuestos limitados, como veremos más adelante.

En efecto, la clasificación más extendida distingue entre una eutanasia activa y otra pasiva, dividiendo a su vez la primera ⁶ entre una eutanasia activa directa y otra indirecta. La contraposición activa-pasiva pretende describir en su vertiente objetiva la conducta de esa persona interviniente distinta del afectado, distinguiendo comportamientos activos de comportamientos omisivos. Por otro lado, la dicotomía directa-indirecta aspira, de modo primordial ⁷, a describir la vertiente subjetiva de la conducta de la persona interviniente, diferenciando entre comportamientos intencionalmente dirigidos a causar la muerte de esa persona y aquéllos que asumen tal resultado en mayor o menor medida ⁸. A esta clasificación aun puede superponerse otra por medio de la cual se distingue en función de la intensidad de la intervención de esa otra persona, diferenciando según sea ella misma la que realiza el comportamiento eutanásico o se limite a auxiliar al propio afectado.

Ahora bien, resulta fácil apreciar que con las distinciones acabadas de expresar no se intenta profundizar en lo que sea la eutanasia sino más bien en lo que sería, si se me permite la expresión, el «delito eutanásico». Los criterios utilizados están todos ellos transidos de valoraciones jurídico-penales, como la que no exige los mismos requisitos para penar una acción que una omisión, la que en ocasiones trata de modo diverso los comportamientos de dolo directo frente a los de dolo eventual, o la que estima que no cabe tratar igual un comportamiento de autoría que uno de participación. Podríamos decir por tanto que el análisis detallado de lo que sea la eutanasia está profundamente «criminalizado», o lo que es lo mismo, condicionado por las características que resultan relevantes para decidir sobre la responsabilidad jurídico-penal de la persona que incide sobre la situación conflictiva intentando, correcta o incorrectamente, resolverla.

Una adecuada profundización en la eutanasia y en sus implicaciones sociales y jurídicas hubiera exigido, sin embargo, diferenciar previamente con cuidado las diversas situaciones eutanásicas para ponerlas a continuación en relación con las diferentes secuencias temporales conducentes a la muerte que tengan virtualidad para resolver aquéllas. Sólo tras ello procedería un análisis integrado de, por un lado, la variada configuración que puede adoptar la voluntad o interés del afectado, y la eficacia a atribuirle en cada una de esas constelaciones, y por otro de los comportamientos que para la resolución de cada

6. Y en ocasiones también la segunda.

7. Véase *Infra* otro posible análisis de la diferenciación.

8. Véanse, entre muchos otros, recientemente sobre estas diferenciaciones VALLE MUÑIZ. «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia». *Cuadernos de Política criminal*. 1989, pp. 169-170; JUANATEY DORADO. «Derecho, suicidio y eutanasia». M.º de Justicia e Interior. 1994, pp. 378-379; ROMEO CASABONA. «El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana». Ed. Centro de estudios R. Areces. 1994, pp. 421-422, 431 y ss.

una de las diversas situaciones son susceptibles de realizar las personas intervinientes. Es decir, son el primer y tercer elementos de la definición antes mencionada los que deben dar lugar a la estructuración de las diversas clases de eutanasia. Será tras esa aclaración que tendrá sentido preguntarse tanto por el grado en que cabe y debe darse el segundo elemento, como por los concretos comportamientos de otras personas que pueden y merecen ser tomados en consideración.

Esto es lo que ciertamente sucede en otras situaciones conflictivas en las que está en juego la disponibilidad de la propia vida o la integridad personal: Cuando se trata la problemática de la huelga de hambre, o de la negativa a recibir transfusiones de sangre, o de las lesiones consentidas, por citar sólo algunos casos, a lo primero que se procede es a identificar correctamente las condiciones en las que ellas se producen. Y ello es así porque, por ejemplo, no es lo mismo una huelga de hambre inmersa en un marco reivindicativo que aquélla utilizada como medio para acabar con una situación sanitaria insoportable o la que se utiliza como mero medio para suicidarse por cualquier otro problema existencial; por lo demás, se introducen diferenciaciones secuenciales en función del riesgo para la vida o la integridad, o, eventualmente, el estado de consciencia o inconsciencia del sujeto ⁹.

El que no se haya procedido de esa manera tiene que ver con el arraigo en los círculos jurídicos, que son los que en definitiva han desarrollado tales clasificaciones, de un prejuicio a cuyo tenor todo análisis de la eutanasia debe tener como trasfondo inmovible una valoración negativa, expresada de un modo especialmente contundente por el Código penal, que, con su castigo del auxilio al suicidio y del homicidio consentido, debe ser el punto de referencia.

Tal actitud es en gran medida compartida por los propios sectores jurídicos que propugnan una reconsideración del descrédito de la eutanasia: Su argumentación se limita a aprovechar los resquicios que ofrece el matizado y sutil sistema de responsabilidad jurídico-penal para excluir o modular la penalización de algunas variantes eutanásicas, pero sin cuestionar en ningún momento una clasificación que, como hemos visto, sólo refleja conceptos jurídico-penales y se despreocupa de describir previamente las diversas situaciones conflictivas de las que se está hablando.

En ese sentido se pretende en ocasiones, aprovechando las graduaciones jurídico-penales entre acción y omisión o entre dolo directo y

9. Todo ello, naturalmente, con independencia de que posteriormente se equiparen jurídicamente las diversas situaciones o no, cosa muy discutida. Véase al respecto mi contribución en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 241-254.

dolo eventual, dejar fuera del Derecho penal los comportamientos omisivos de la persona interviniente, la llamada eutanasia pasiva, o aquéllos en que no está presente un dolo directo de matar, la llamada eutanasia indirecta ¹⁰, sin diferenciar según cuál sea la situación eutánica en la que se incide en cada caso. O, más audazmente, se priva del nombre de eutanasia a algunos supuestos de intervención de otra persona: Así, la eutanasia pasiva pasa a denominarse ortotanasia o distanasia ¹¹, o se distingue nítidamente entre la eutanasia, reducida al homicidio consentido, y la ayuda al suicidio, que deja de ser incluida en el concepto de eutanasia ¹².

Es más, con alguna frecuencia este procedimiento de exclusión del propio concepto de eutanasia de alguna de sus variantes formuladas en función de la intervención de otra persona, se ve reforzado por una utilización sesgada, también de origen jurídico-penal, del elemento de la *producción de la muerte*. En consecuencia, se califican como supuestos de «eutanasia aparente» aquellas hipótesis en las que se interrumpe o no inicia un tratamiento o en las que se aplican medidas paliativas, insinuando que, al ser hipótesis que deben considerarse incluidas en la práctica médica normal, no guardan relación con el no aplazamiento o anticipación de la muerte que respectivamente conllevan ¹³. Con tal razonamiento el concepto de eutanasia queda de nuevo ligado a conceptos penales, en este caso a los criterios de restricción de la imputación objetiva de resultados.

Considero imprescindible recuperar la claridad y neutralidad conceptuales en la definición de la eutanasia, lo que exige no dejar en las

10. Véase *Infra*.

11. Sobre el confuso uso de estos términos en la doctrina jurídico-penal, véanse mis referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 256-257.

12. Esta distinción terminológica está profundamente arraigada en el mundo anglosajón. Véanse STONE-WINSLADE. «Ayuda médica al suicidio y eutanasia en los Estados Unidos». En «El tratamiento jurídico.... *Op. cit.*, pp. 380-382; KEYSERLINGK. «Eutanasia y ayuda al suicidio en Canadá». *Ibidem.* pp. 439-441; KELLY. «Eutanasia en Australia». *Ibidem.* pp. 487-489. Se ha consolidado también en Holanda (véase VAN KALMTHOUT. «Eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa de la vida sin solicitud expresa en los Países Bajos». *Ibidem. Op. cit.*, pp. 284, 287-289. Expresamente en contra de excluir del concepto de eutanasia los supuestos de ayuda al suicidio me manifesté en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 256 Nota 395.

13. Este ha sido un fenómeno de transformación terminológica especialmente evidente en Holanda (Véase VAN KALMTHOUT. *Op. cit.*, pp. 281, 287-289, 318-319), pero también está muy presente en el área anglosajona (véanse STONE-WINSLADE. *Op. cit.*, pp. 380-381, 388; KEYSERLINGK. *Op. cit.*, pp. 423-426, 439-441, y conlleva habitualmente una desacreditación de los términos «eutanasia pasiva» e «indirecta».

manos del Derecho penal su descripción ¹⁴. Ello desde luego no debe ser ningún obstáculo para que, una vez correctamente identificadas todas las situaciones conflictivas, aprovechemos, desde una perspectiva de *lege lata* y a la espera de una reforma en profundidad de la legislación penal, todos los instrumentos que la teoría jurídica del delito nos ofrece para impedir que se criminalicen indebidamente determinadas intervenciones de personas que intentan resolver tales situaciones conflictivas.

En consecuencia, me atrevo a proponer una clasificación de los supuestos eutanásicos en tres grandes grupos, que denominaría eutanasia terminal, eutanasia paliativa y eutanasia cualitativa, y que se estructuran combinando determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte ¹⁵.

Dentro del concepto de *eutanasia terminal* se incluyen las hipótesis de enfermo terminal, estado vegetativo persistente, y neonatos en situaciones equiparables a las dos anteriores ¹⁶. Se trata de situaciones

14. No todas las críticas que se hacen a las clasificaciones usuales responden a lo aquí expuesto. Así, las críticas de CASADO GONZÁLEZ. «La eutanasia». Reus. 1994, pp. 14-15, 20-22, 24-27 y JUANATEY DORADO. *Op. cit.* pp. 322-323, 379, 389-390 a la distinción entre eutanasia activa y pasiva terminan siendo un cuestionamiento a la diversa estructura valorativa jurídico-penal de las acciones frente a las omisiones, algo que no puede compartirse. Aunque GASCÓN ABELLÁN. «Problemas de la eutanasia». Sistema. 1992. N.º 106, pp. 82-86, 103-107, en diferentes pasajes pone acertadamente de relieve que lo fundamental en la consideración y clasificación de la eutanasia es la situación clínica realmente existente, y no el que sea activa o pasiva, la vinculación, innecesaria, de tales circunstancias objetivas a los móviles de la persona interviniente acaba desfigurando su posición, además de que finalmente retorna a la dicotomía activa-pasiva. V. KALMTHOUT. *Op. cit.* pp. 287-289 enfatiza igualmente que las definiciones de eutanasia deben concentrarse en la descripción de las condiciones sanitarias previas y las características objetivas de la producción de la muerte, si bien no coincide con nosotros en la identificación de las situaciones que deben incluirse dentro del concepto de eutanasia ni realiza una convincente eliminación de los elementos relativos a la intervención de otra persona.

15. En mi contribución al estudio de la eutanasia en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 254 y ss. asumí la tradicional terminología de eutanasia pasiva, indirecta y activa, si bien su *contenido* ya no respondía al usual sino a lo que ahora paso a llamar, creo que más propiamente, eutanasia terminal, paliativa y cualitativa, respectivamente.

16. Por «enfermo terminal» entiendo aquella persona que, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte. Por persona en «estado vegetativo persistente» entiendo aquélla que, según los actuales conocimientos médicos, ha perdido de modo irreversible la conciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Por «neonato en situación equiparable» entiendo no sólo aquél cuya afección incurable le ha colocado en una situación terminal o en un estado vegetativo persistente, sino también aquél cuya afección incurable hace que su supervivencia esté ligada de modo necesariamente permanente al uso masivo de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

en las que la medicina, a tenor de los actuales conocimientos y técnicas, sólo puede limitarse estrictamente a retrasar el momento de la muerte, sin capacidad para asegurar una vida que mantenga con una mínima autonomía las funciones vitales esenciales.

Dentro del concepto de *eutanasia paliativa* se incluyen, además de las hipótesis anteriores, las de enfermo de muerte y persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente¹⁷. Se trata de situaciones en que la aplicación de analgésicos o lenitivos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos da lugar a una anticipación del momento de la muerte.

Dentro del concepto de *eutanasia cualitativa* se incluyen todas las hipótesis precedentes. Se trata de situaciones en que se eliminan las graves carencias o sufrimientos padecidos por medio de la directa provocación de la muerte¹⁸.

2. LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Una vez establecidos los supuestos eutanásicos, debemos preguntarnos en qué medida nuestro ordenamiento jurídico atribuye relevancia a la decisión de disponer de la propia vida. Sólo entonces podremos concretar en cada una de sus modalidades el grado en que, a partir de la diversa intensidad con que puede y debe expresarse la voluntad o interés del afectado, cabe considerar legítimas las intervenciones de terceros

a. En primer lugar nos ocuparemos de qué conclusiones pueden obtenerse de un *análisis constitucional*.

El reconocimiento por el art. 15 CE del derecho fundamental a la vida de todos los ciudadanos implica el surgimiento de dos tipos de

17. Por «enfermo de muerte» entiendo aquella persona que, según los actuales conocimientos médicos, padece una afección incurable que le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado. Por «persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente» entiendo, en este contexto, aquélla que, padeciendo una lesión, enfermedad o minusvalía respecto a las cuales, según los actuales conocimientos médicos, no hay posibilidades fundadas de curación y sí seguridad o gran probabilidad de que vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona, se encuentra imposibilitada físicamente de causarse a sí misma la muerte».

18. Véanse todo este conjunto de definiciones, precisadas adicionalmente en aspectos importantes, en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida». 1993. Distribuidor Tirant lo blanch, pp. 20-23, y en mi aportación en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 257, 260, 263.

obligaciones, fundamentalmente referidas al Estado pero también al resto de los ciudadanos: Una de no hacer, consistente en abstenerse de toda actuación que pueda menoscabar tal derecho, y otra de hacer, consistente en proteger y promover su ejercicio. Este derecho ha sido adicionalmente objeto de una interpretación restrictiva que se ha dado en llamar «garantista»¹⁹, en virtud de la cual, y a partir de la asunción implícita de la incompatibilidad de los conceptos de vida y muerte, se ha llegado a la conclusión de que nuestra Constitución se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, la de vivir y no en la negativa, la de morir. Ello trae como lógica consecuencia que el derecho a prescindir de la propia vida no forme parte, al menos en un primer análisis, del contenido del derecho fundamental recogido en el art. 15²⁰.

Tal actitud interpretativa del precepto constitucional tiene buenas razones en que fundamentarse: La primordial importancia del bien jurídico implicado, la vida, que es el presupuesto material del ejercicio de cualesquiera otros derechos, la irreparabilidad de su lesión y, en especial, las socialmente inaceptables consecuencias que se derivarían del contenido de las obligaciones positivas correlativas al derecho fundamental a morir, aconsejan excluir inequívocamente del ámbito de protección constitucional de su ejercicio la pretensión de destruirlo. Por lo demás, el que un derecho fundamental no incluya dentro de sí la vertiente negativa de su ejercicio no es algo insólito²¹.

Podría suceder, sin embargo, que a través de otras normas constitucionales nos viéramos impedidos de mantener hasta el final la interpretación citada.

En efecto, importantes sectores doctrinales abogan por una mayor integración del art. 15 en el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que es la libertad (art. 1.1) o en los fundamentos del orden político y de la paz social constituidos por la dignidad de la persona o el

19. Véanse Ss. del TC. 120/90 de 27 de junio y 137/90 de 19 de julio, en especial FFJJ 7 y 5, respectivamente, que hablan de «un contenido de protección positiva», así como las referencias doctrinales y jurisprudenciales que hago en DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario». *Cuadernos de política criminal*. 1986. pp. 616-617 y DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204, 208. Además, GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 99; ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 103; CASADO GONZÁLEZ. pp. 83-84.

20. Así véanse Ss. del TC 120/90 de 27 de junio y 137/90 de 19 de julio. *Ibidem*; DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, pp. 616-617; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-208, con ulteriores referencias bibliográficas. Además GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 98; MUÑAGORRI LAGUIA. «Eutanasia y Derecho penal». M.^o de Justicia e Interior. 1994, p. 55; ROMEO CASABONA. 101, 103, 104, 106, 437, quien también considera directamente deducible del art. 15, a partir de una discutible consideración de los destinatarios de esa norma, la inexistencia de un deber de vivir.

21. Véanse los ejemplos citados por ATIENZA. «La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO». *Jueces para la democracia*. N.^o 9. 1990, pp. 34, 35; del mismo «Tras la justicia». Ariel. 1993, pp. 133-134; JUANATEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 368-369.

libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), a la luz de los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales ²². Sin embargo, no creo que los principios acabados de aludir tengan la suficiente virtualidad como para anular los argumentos precedentes. Por un lado, comparto la opinión del Tribunal constitucional de que los principios mencionados en los arts. 1.1 y 10.1 CE tienen una eficacia hermenéutica limitada: Si bien pueden precisar los contornos de unos derechos fundamentales o libertades públicas previamente estructurados, no pueden asumir la función de principios autónomos capaces de añadir nuevos elementos no incorporados en su configuración inicial ²³. Por otro, la configuración de su contenido y correlativas exigencias dista de ser algo inequívoco, dada su necesaria interpretación coordinada con los otros principios mencionados al mismo nivel. De ahí que sea razonable pensar que la integración a partir de ellos en el derecho fundamental a la vida, como por lo demás en otros derechos fundamentales, de toda la vertiente negativa de su ejercicio ²⁴ excede, muy probablemente, de su potencialidad interpretativa.

Con todo merece consideración alguna postura que, a partir fundamentalmente del art. 1.1 CE, ha propugnado la inclusión en el art. 15 CE del derecho a prescindir de la propia vida pero conllevando exclusivamente obligaciones de no hacer, es decir, de abstención de toda actuación de impedimento de su ejercicio por su titular ²⁵. A su favor tiene el hecho de que queda intocado el principal motivo que ha llevado a una previa configuración garantista del art. 15, cual es el de evitar las obligaciones de hacer que surgirían si se integrara en él la vertiente negativa del derecho fundamental a la vida. Mis reservas nacen sin embargo, no sólo de que supondría atribuir todavía demasiada virtualidad a una referencia constitucional tan imprecisa como la del art. 1.1, sino de que este anclaje constitucional podría tener efectos contrarios a los deseados respecto a la actitud a adoptar por la legislación ordinaria en ciertos supuestos de activa colaboración al

22. También se menciona, en menor medida, la referencia a la libertad del art. 9.2 CE. Esta actitud está muy extendida. Véanse las referencias bibliográficas que realizo en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206 y, además, RUIZ MIGUEL. «Autonomía individual y derecho a la propia vida». *Revista del Centro de estudios constitucionales*. 1993, pp. 144, 147, si bien atribuye mayor importancia al art. 17.1, como veremos; GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 97-101, 103; JUANATEY DORADO, *op. cit.*, p. 371; CASADO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 32-34, 37; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 35, 38, 42-44, 47, 52-53, 55, 83, 102-103.

23. Véase, entre otras, S. del TC 120/90. *Cit.* FJ 4. En el mismo sentido, véase mi punto de vista con ulteriores referencias bibliográficas, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 208-209.

24. Como proponen, en mayor o menor medida, los autores citados en penúltima Nota.

25. Así ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 104-106, 109-110, 113, 437.

suicidio ²⁶. Todo ello sin olvidar el claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional en contra ²⁷.

Una distinta vía de argumentación cree ver un derecho general a la libertad en el art. 17.1 CE. Su directa consideración como derecho fundamental, que permitiría acudir en amparo frente a sus restricciones no debidamente justificadas, obligaría a practicar un estricto examen de constitucionalidad de toda norma que afectara a aspectos esenciales de la autónoma configuración de la propia vida, o introdujera graves limitaciones a la autonomía personal, lo cual sólo sería asumible en caso de necesidades perentorias. De este modo se insinúa que las limitaciones al ejercicio del derecho a prescindir de la propia vida podrían ser en determinadas circunstancias inconstitucionales por violación del art. 17.1 ²⁸. Tanto esta tesis, como la que acude a una interpretación amplia del art. 17.1 para obtener un argumento más a favor de incluir en el art. 15 la vertiente negativa del ejercicio del derecho fundamental a la vida ²⁹, tropiezan sin embargo con la razonable objeción de que nuestra Constitución no aspira en ningún momento a establecer un derecho fundamental general a la libertad, algo por otra parte de imposible aseguramiento, sino que se ha conformado con seleccionar y otorgar la especial protección propia de los derechos fundamentales a concretas manifestaciones de la libertad personal que se han sentido especialmente dignas de tutela ³⁰. En este sentido, resulta difícil interpretar las menciones a la libertad del art. 17 CE como abarcadoras de algo más que la libertad física, lo que en Derecho penal se denomina la libertad ambulatoria ³¹.

Mayor atención merece a mi juicio una referencia del propio art. 15 que cabe calificar, dada su localización sistemática, como elemento esencial del derecho fundamental a la vida, a saber, la prohibición de

26. Al incluirse en la CE sólo obligaciones de no hacer por parte de terceros podría pensarse que no pueden despenalizarse comportamientos activos de terceros favorecedores del ejercicio de tal derecho.

27. Véanse Ss. TC 120/90 y 137/90, *cit.* FFJJ 7 y 5 respectivamente.

28. Véase RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 144-151, 161, quien descarta, por demasiado limitado, el recurso a la libertad ideológica del art. 16.1.

29. Véanse algunas referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206.

30. *Mutatis mutandi* lo mismo cabría decir de los intentos de argumentar a favor del derecho a prescindir de la propia vida a partir de la libertad ideológica del art. 16.1 ó de la intimidad del art. 18. Véanse algunas referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206, así como GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 103; CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 32-34; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 43-44.

31. Véanse entre otras las ya citadas Ss. del TC 120/90 y 137/90. FFJJ 11 y 9, respectivamente. En la misma línea ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 114-115.

tratos inhumanos o degradantes. Su integración en el propio núcleo del derecho fundamental³² hace que las obligaciones de no hacer y hacer ya mencionadas deban ser moduladas en el sentido de que en ningún caso su cumplimiento conlleve mantener la vida humana con procedimientos o en condiciones inhumanos o degradantes.

El concepto de trato inhumano o degradante contiene aspectos objetivos y subjetivos, de modo que no se podrá hablar de él cuando, concurriendo objetivamente, la voluntad del afectado sea favorable al mantenimiento de su vida aun en tales circunstancias; asimismo, a falta de tales circunstancias objetivas, el simple hecho de mantener la vida contra la voluntad del afectado no supone sin más un trato inhumano o degradante³³.

Como se puede apreciar, la referencia a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes no implica introducir en el ámbito del ejercicio del derecho fundamental a la vida, aunque sea de un modo limitado, su vertiente negativa. Se ofrecería una visión desenfocada del problema, que además probablemente cerraría el paso a ulteriores reconocimientos más amplios en el contexto de la legislación ordinaria, si se dijera que se reconoce el derecho a prescindir voluntariamente de la vida en situaciones objetivas extremas; lo que en realidad sucede es que, dadas determinadas circunstancias objetivas, si no concurre la oposición del afectado, las obligaciones de no hacer o hacer en favor de la vida deben ser reformuladas.

Naturalmente el elemento subjetivo inherente al concepto de trato inhumano o degradante permite afirmar, utilizando un lenguaje sólo aproximado, que la disponibilidad de la propia vida tiene una relevancia indirecta en el art. 15, que no le hace perder a éste su interpretación estrictamente garantista³⁴.

32. En realidad es un límite a los derechos fundamentales de la vida e integridad física y moral, al igual que los que se mencionan en relación con otros derechos fundamentales en los artículos siguientes de la Constitución.

33. Véase ya antes en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 209. Parece también aludir a este doble componente ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 112.

34. La doctrina suele utilizar la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes en diferente medida, si bien tiende a verla, o como un derecho fundamental autónomo, o como un principio regulativo o interpretativo. Así, ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 112; BAJO FERNÁNDEZ. «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante». *Cuadernos de Política criminal*. 1993, pp. 710, 712, 721, 737; MUÑAGORRI LAGUIA. 110-111, 114; GASCÓN ABELLÁN. 101-102, 105-106, si bien la coloca en un segundo plano frente a una referencia a la dignidad con las mismas funciones. En la línea del texto, aunque menos desarrollado, véase también DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, p. 618; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 209-210, con referencias bibliográficas adicionales en línea con doctrina citada *Supra*.

Véase sin embargo una interpretación muy limitada de la virtualidad de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en Ss. del TC 120/90 y 137/90. *Cit.*, FFJJ 9 y 7.

b. Pero la configuración del derecho fundamental a la vida en los términos acabados de expresar no priva al legislador ordinario de tomar decisiones adicionales que, sin contradecir los contenidos anteriores, profundizan en nuestra problemática ³⁵. El *Código penal* nos ofrece nuevas pautas para nuestro razonamiento.

La primera decisión importante que toma el legislador penal es la de considerar impune el comportamiento del suicida, decisión que muestra toda su transcendencia cuando, como es frecuente, el suicidio no tiene éxito y queda en grado de tentativa o frustración: Frente a las opiniones tradicionales que vinculan tal decisión a meras razones de oportunidad, que no impedirían seguir considerando antijurídico el suicidio, comparto la tesis cada vez más generalizada según la cual la impunidad del suicidio es la más directa expresión del limitado reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de un derecho, aunque no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida ³⁶.

Ahora bien, en la medida en que nuestro Código penal considera delito el homicidio consentido y la mayor parte de las conductas de participación en el suicidio, tal derecho a prescindir de la propia vida es objeto de unos límites, los cuales no se aplican al derecho fundamental a la vida, y que tienen que ver con los comportamientos que en el ejercicio de aquel derecho se puede exigir a terceros.

Tales límites responden aproximadamente a las razones que ya hemos visto que habían motivado a nuestra Constitución a abstenerse de integrar la vertiente negativa del ejercicio del derecho a la vida en el contenido del derecho fundamental; pero ahora interpretadas de un modo menos estricto, en coherencia con el ámbito jurídico en el que nos movemos. La consecuencia es que la legitimidad del ejercicio del derecho a disponer de la propia vida queda condicionada, en términos generales, a la exclusiva intervención del suicida en la consecución de su propósito ³⁷.

Ello supone que, mientras el derecho fundamental a la vida impone, en diferente medida, al Estado y a los particulares la obligación de

35. Véanse a favor de esta opinión diversos pasajes de las Ss. del TC 120/90 y 137/90 *Cit.* FFJJ 6,7 y 4, 5, respectivamente, que han sido debidamente resaltados y asumidos por la doctrina. Así Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 208; RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 140-143; JUANATEY DORADO. *Op. cit.*, p. 361; ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 101, 437-438; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, p. 50-52, 55, 103, 107, 110, 114; BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 719.

36. Véase mi punto de vista con ulteriores referencia doctrinales en esa línea en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 203, 207, 209-210. También ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 106; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 51-52, 75, 110; RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 159-160.

37. Sobre la problemática penal de la intervención de terceros en este ámbito, véase el amplio análisis que realizo en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 201-210. También ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 110; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 55-56, 75, 83.

no hacer, consistente en abstenerse de cualquier comportamiento que pueda menoscabar su ejercicio, así como la de hacer, consistente en proteger y promover su ejercicio, el derecho a disponer de la propia vida sólo puede aspirar, en condiciones normales, a exigir que los poderes públicos o los particulares se abstengan de impedir su ejercicio³⁸, sin que haya una correlativa obligación de hacer, encaminada a proteger o promover su ejercicio³⁹.

El derecho a disponer de la propia vida crea, pues, unas relaciones jurídicas diversas a las originadas por el derecho fundamental a la vida, extremo éste que ha sido pasado frecuentemente por alto y que se ha visto fomentado por construcciones doctrinales que no han distinguido entre la vertiente positiva y negativa del derecho a la vida⁴⁰.

38. En coherencia con ello, el Código penal permite calificar como un delito de coacciones no justificadas el impedir por la fuerza la realización de un verdadero suicidio, no conformándose con estimar impunes las conductas omisivas de participación en el suicidio y homicidio consentido, o con no incluir en el tipo de omisión del deber de socorro los casos en que no se impide un verdadero suicidio. Véase al respecto un análisis técnico-jurídico penal, con ulteriores referencias bibliográficas, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 232-235, 237-238, 308-309. Véase también ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 104-105, 109, 113. Por otra parte, debe notarse que las Ss. del TC 120/90 y 137/90. *Cit.* FFJJ 7 y 5, respectivamente, se limitan propiamente a rechazar que el derecho a morir constituya un auténtico derecho subjetivo, aun no fundamental, con capacidad para crear obligaciones de hacer (para los poderes públicos), sin que se pronuncien sobre obligaciones de no hacer.

39. En realidad la virtualidad del Código penal a través del art. 409, como tendremos ocasión de ver, va más allá de no tomar en consideración cualquier obligación de hacer relativa al derecho a disponer de la propia vida, centrándose en cerrar el paso al reconocimiento de una libertad (facultad) de intervenir a favor del derecho a disponer de la propia vida de otra persona.

40. Así sucede con ATIENZA. «La argumentación jurídica...». *Op. cit.*, pp. 33-35, 37; del mismo. «Tras...». *Op. cit.*, pp. 94, 132-134, quien, sin diferenciar entre las obligaciones que crea el derecho a mantener la vida y las que origina el derecho a prescindir de la propia vida, parece asumir que surgen en todo caso tanto obligaciones de no hacer como de hacer. A mi juicio lo que del conjunto de su postura se adivina que quiere decir es que, mientras respecto al derecho a mantener la vida surgen obligaciones de no hacer y de hacer, en lo que concierne al derecho a prescindir de la propia vida sólo surgen obligaciones de no hacer. Su postura se oscurece aun más al mezclar finalmente la problemática de la irrenunciabilidad del derecho a la vida (*vid. Infra*) con la de las obligaciones que genera la vertiente negativa de este derecho. Tampoco JUANA-TEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 357, 368-371, 391, 400 diferencia adecuadamente ambas vertientes del derecho a la vida, con la dificultad añadida de que parece pensar que los derechos subjetivos sólo generan alternativamente obligaciones positivas o negativas, optando en relación con el derecho a la vida por las primeras; ello parece llevarle, aunque en un supuesto no muy claro, a negar la obligación de no hacer en relación con el derecho a disponer de la propia vida. Por lo demás esta autora, y Atienza si no se interpreta su postura en el sentido antedicho, deberían coherentemente reconocer la *obligación* del Estado y aun de terceros de promover y colaborar en el derecho a disponer de la propia vida. Por el contrario, RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 154-160, 163-165 razona correctamente desde la perspectiva del derecho a disponer de la propia vida,

En cualquier caso, a la voluntad de prescindir de la propia vida hay que atribuirle en el ámbito penal una significación mayor que la derivada directamente de la configuración del derecho a disponer de ella. Ya hemos visto su relevancia indirecta en la configuración de lo que sean tratos inhumanos o degradantes y por consiguiente en el derecho fundamental a la vida. A ello hay que añadir los efectos atenuatorios de la pena que la presencia del consentimiento del afectado produce en el castigo de las conductas de participación en el suicidio y homicidio consentido ⁴¹ y, de modo especial, su relevante función en contextos problemáticos más amplios como, sin ninguna duda, todos los eutanásicos en el campo de juego de las causas de justificación legalmente existentes ⁴².

Queda por último una cuestión que surge en cuanto, como ha sucedido al entrar en el ordenamiento jurídico-penal, se reconoce en mayor o menor medida el derecho a disponer de la propia vida. Se trata de la medida en que la irrenunciabilidad del derecho fundamental a la vida pueda afectar al derecho a prescindir de ella. Ante todo cabría decir que si la Constitución, como hemos visto, ha preferido no pronunciarse sobre la vertiente negativa del ejercicio del derecho fundamental a la vida, dejando su concreción en manos de la legislación ordinaria, parece lógico deducir que la irrenunciabilidad debe quedar fuera del contenido del derecho fundamental o, cuando menos, limitada a aspectos

si bien lo considera como un mero «privilegio», con lo que le priva de importantes contenidos ya que los terceros no sólo carecen de obligaciones de hacer sino asimismo de no hacer (deber de no impedir el suicidio); sólo en casos de rechazo de tratamiento médico parece aceptar tanto obligaciones de no hacer como incluso de hacer por parte de terceros. Por lo demás su argumentación a partir de la norma general excluyente no llega a resultados convincentes. También se centra en el derecho a morir GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 100, 103-104, aparentemente aceptando de *lege lata* sólo obligaciones de no hacer.

41. Véase ampliamente al respecto en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 203, 207, 210.

42. Y es que no puede olvidarse que si las conductas amparadas por el derecho a disponer de la propia vida darán lugar por lo general a negar el injusto específico de un determinado comportamiento (atipicidad) —y lo mismo sucederá en los casos en que la voluntad de disponer de la propia vida, en relación con tratos inhumanos o degradantes, desempeñe su función en el área del derecho fundamental a la vida— nada impide que tal voluntad, inserta en determinados conflictos de intereses o deberes, pueda suponer un elemento fundamental entre otros para negar el injusto genérico del comportamiento en cuestión (causas de justificación).

En efecto debe eludirse, desde luego en Derecho penal, un tratamiento de la relevancia de la voluntad de morir exclusivamente limitado a su caracterización como derecho subjetivo con las consecuentes obligaciones para terceros: Las causas de justificación penales inspiradas en los conflictos de intereses hace tiempo que han abandonado rígidas contraposiciones según la previa jerarquía de derechos o deberes. Y no se olvide lo dicho más arriba respecto a las repercusiones de los tipos penales también en la delimitación de facultades, que no obligaciones, de intervención.

que puedan afectar estrictamente a la vertiente positiva ⁴³. Por otra parte, podría haber argumentos suficientes para que su vertiente negativa, es decir, el derecho a disponer de la propia vida gozara también en sí mismo de la exigencia de irrenunciabilidad ⁴⁴.

En cualquier caso, aun si no aceptáramos el tratamiento autónomo de ambas vertientes del derecho fundamental de la vida, la doctrina ha puesto de manifiesto la distinción existente entre la renuncia al derecho mismo y la renuncia a su ejercicio en un caso particular ⁴⁵. Para ello hay que dejar previamente en claro que la irrenunciabilidad consiste, no en que su titular no pueda abstenerse de ejercer el derecho sino en que no puede traspasarlo a terceras personas de manera definitiva. Desde esta perspectiva diremos que se renuncia al derecho mismo cuando se produce su definitivo abandono, su transmisión o enajenación en bloque de modo que es un tercero quien decide si se renuncia o no a la vida y, en caso afirmativo, con total autonomía para decidir el momento y las condiciones; por el contrario se renunciará a su ejercicio en un supuesto concreto cuando su titular encomienda a otra persona, en mayor o menor medida, la ejecución de su decisión de renunciar a la vida en el momento o condiciones por él fijados de modo más o menos preciso. A partir de tal diferenciación puede aceptarse que la renuncia al ejercicio del derecho a la vida en un caso particular, en cuanto no supone la pérdida de la titularidad del derecho, no viola el pretendido carácter irrenunciable del derecho fundamental a la vida tal como lo entendemos en este párrafo.

El hecho de que la renuncia a su ejercicio por una sólo vez suponga la imposibilidad de seguir ejerciéndolo puesto que desaparece definitivamente el presupuesto material, la vida, que le sirve de fundamento, no es obstáculo a lo anterior. No debe confundirse la idea de la irrenunciabilidad, dicho de nuevo, la ilegitimidad de traspasar a terceras personas de manera definitiva un derecho que te es propio, con la de la disponibilidad de la propia vida, es decir, la legitimidad de la decisión de su titular de destruirla. La admisión limitada ⁴⁶

43. Esto último es imaginable. Piénsese en la pretensión de rechazar cualquier ayuda del Estado para ser protegido frente a ataques de terceros, confiando en las fuerzas propias o de otros particulares.

44. Así MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 105-106.

45. Así GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 99-100; ATIENZA. «La argumentación...». *Op. cit.*, p. 37; del mismo «Tras...». *Op. cit.*, p. 134; JUANATEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 372-374, 400.

46. En cuanto que hemos tenido que diferenciar, a partir del ordenamiento penal, en función de si la destrucción la produce él mismo, él mismo en colaboración con otras personas o éstas a partir de su petición.

que hemos realizado de esto último no implica pasar por alto esa otra pretendida exigencia ⁴⁷.

c. La legislación sanitaria también nos ofrece unas pautas especialmente significativas respecto al ámbito a atribuir al derecho a disponer de la propia vida en nuestro ordenamiento.

En efecto, el art. 10.9 de la *Ley general de Sanidad* reconoce el derecho del paciente a negarse al tratamiento, derecho que, salvo cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública (art. 10.6.a), no resulta excluido *en ningún caso* siempre que se siga el procedimiento establecido ⁴⁸.

La no necesidad del consentimiento previo de éste «cuando la urgencia no permita demoras por... existir peligro de fallecimiento», aludida en el art. 10.6.c, debe entenderse en el sentido de que si, por falta de tiempo, no se ha podido seguir el procedimiento prescrito, es decir, no ha podido ser debidamente informado o no ha tenido tiempo para tomar una decisión o plasmarla por escrito, y tampoco se ha podido se-

47. ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 107-109 rechaza la distinción entre renuncia al derecho mismo y renuncia a su ejercicio en lo que concierne al derecho a la vida, con el argumento de que en él ambos aspectos coinciden. Ello impediría reconocer legitimidad, por violación de la exigencia de irrenunciabilidad del derecho, a los supuestos de intervenciones de terceros, o al menos a aquellos en los que no se mantuviera el dominio del suceso por el suicida. Sin embargo, no habría obstáculos a que fuera legítimo que el propio suicida se quitara por sí mismo, o controlando la actuación de un tercero, la vida, pues en tal caso no estaría renunciando al derecho a la vida, o a su ejercicio, sino a su presupuesto material, a la vida misma. Ahora bien, cabe suponer que el motivo por el que Romeo estima que no se puede distinguir entre renuncia al derecho mismo o renuncia a su ejercicio en los supuestos de intervenciones de terceros es porque, habiendo renunciado una vez a su ejercicio, ya no puede recuperarse el derecho mismo dada la destrucción de su presupuesto material, la vida. Pero lo mismo sucede cuando uno se mata a sí mismo pues también entonces, al eliminar el presupuesto material, se imposibilita la recuperación del derecho mismo para hacerlo valer *frente a terceros*.

48. El art. 10 de la LGS en sus números 5, 6, 9 y 15 dice lo siguiente: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c. Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente. 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados».

guir, sustitutivamente por incapacidad del paciente, con sus familiares o personas a él allegadas (art. 10.6.b), se puede intervenir sin el consentimiento del paciente ni de sus familiares o allegados ⁴⁹. Tal autorización no abarca, desde luego, los supuestos en que el paciente ⁵⁰, debidamente informado y decidido a tenor del art. 10.6.p.1, se niega previamente a *cualquier* intervención ⁵¹.

Romeo Casabona considera, sin embargo, que la eliminación del derecho a negarse al tratamiento que establece el n.º 9 del art. 10 respecto a todos los supuestos de urgencia del n.º 6 c es propiamente innecesaria pues sólo cabe referirla a aquellos supuestos de la letra c en que el paciente está inconsciente o en condiciones de no poder consentir, sin que, por la urgencia de la intervención debido al peligro que corre su vida, se pueda esperar a que recupere el conocimiento o a que comparezcan sus familiares o allegados para que decidan en su lugar. Pero en tales hipótesis no se niega la facultad de rechazar el tratamiento sino que se constata que no existe la posibilidad material ni de rechazar ni de consentir. Ahora bien, en todos los demás supuestos de urgencia en que el paciente o sus familiares o allegados puedan consentir al tratamiento, habrá que reconocer su derecho a rechazarlo, con independencia de que se haya seguido o no el procedimiento del art. 10.6.p.1 ⁵².

A mi juicio la interpretación transcrita va demasiado lejos en cuanto que daría por buenos «rechazos desinformados» tanto del paciente como de sus familiares o allegados: En efecto, habría que dar relevancia a la negativa a recibir un tratamiento vital formulada por un paciente que, por premuras de tiempo, no hubiera dispuesto de toda la información disponible, incluida en ella las diferentes alternativas de tratamiento ⁵³, o que, por el mismo motivo, no hubiera podido realizar una libre elección entre tales alternativas confrontándolas asimismo con el rechazo de todas ellas, o no hubiera

49. Parece razonable pensar que el art. 10.6.c tiene también eficacia sobre los supuestos del art. 10.6.b, e incluso la hubiera podido tener sobre las hipótesis del art. 10.6.a si no fuera porque este último precepto, en lugar de aludir a los casos en que debe decidir la autoridad sanitaria sobre la procedencia del tratamiento, parte de que ya se ha hecho la valoración del riesgo y se ha decidido intervenir.

50. O, si está incapacitado para tomar decisiones, sus familiares o allegados.

51. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, pp. 622-623; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 251-252, con abundantes referencias bibliográficas.

52. Véase ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 434-439, 441, 467, 485.

53. Está claro que el cumplimiento de las exigencias del art. 10.5 es presupuesto del de las exigencias del art. 10.6.p.1.

podido expresar la correspondiente decisión con la suficiente claridad. La misma relevancia habría que otorgar a los rechazos desinformados que hicieran por el paciente incapacitado para tomar decisiones sus familiares o allegados. Tal solución contradice las exigencias del «consentimiento informado» desarrolladas en el ámbito sanitario⁵⁴, con más motivo tratándose de situaciones en las que se registra un inmediato peligro de fallecimiento: En ellas parece razonable partir de una presunción de consentimiento a la intervención⁵⁵, que sólo podrá neutralizarse por una negativa adoptada respetando, al menos sustancialmente⁵⁶, el procedimiento prescrito para el consentimiento⁵⁷.

La regulación citada, interpretada como se ha propugnado⁵⁸, constituye un nuevo y explícito apoyo legal para la práctica de actuaciones eutanásicas, como tendremos ocasión de ver.

54. Véase p. ej. últimamente CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 23, 32, 40-42.

55. Sin entrar en planteamientos más genéricos sobre la voluntariedad de los tratamientos médicos, piénsese en la coherencia de tal presunción, incluso en supuestos no urgentes, con un derecho a la vida que contempla obligaciones de hacer respecto a su vertiente positiva y sólo obligaciones de no hacer en su vertiente negativa. Parece partir también de presunción de consentimiento ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 441 en relación con supuestos de eutanasia.

56. No es éste el lugar para precisar el adverbio. Aunque puede verse lo que prevé la Propuesta alternativa recogida en apartado 4.

57. Nada habla a favor de que en estos casos, y probablemente en todos los demás relativos a tratamientos médicos, el procedimiento para rechazar un tratamiento sanitario deba ser más simple que el previsto para consentir. Naturalmente tampoco, nada debe obstar a que si alguien es responsable de que no se haya podido seguir el procedimiento, y con ello de que no haya podido darse relevancia a la negativa, éste deba responder por su comportamiento. En otro orden de consideraciones, no resulta difícil imaginar que, si aceptáramos negativas desinformadas a tratamientos vitales, con frecuencia se intentaría eludir su eficacia a partir de la teoría de los vicios del consentimiento. Por último, y como su mismo defensor reconoce, esta interpretación, a diferencia de la por mí defendida, tropieza con problemas de cara a explicar la remisión del art. 10.9 al art. 10.6.c.

58. Véanse otros autores en la misma línea en DíEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 252. También últimamente BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 725, si bien amplía la posibilidad de rechazo a supuestos tardíos siempre que la intervención implique riesgos previsibles. Por otro lado, nuestro TC en sus Ss. 120/90 y 137/90. *Cit.* FFJJ 5, 7, 8, y 3, 5, 6, respectivamente, abre claramente el paso a considerar ilícita toda asistencia médica contraria a la voluntad del paciente, aun con riesgo de muerte, pero sin profundizar en sus condiciones. RUIZ MIGUEL *op. cit.*, pp. 136-137, aunque dubitativamente, admite que la ley no excluya la relevancia del rechazo del tratamiento cuando haya oposición expresa, pero sin mayores precisiones. Por el contrario CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 39, 41 parece partir de la irrelevancia del rechazo a tratamiento en todos los casos de urgencia. Véase otros autores en esa línea en DíEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, *Ibidem*.

3. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACION DE *LEGE LATA*

a. Una perspectiva como la que enuncia el subepígrafe es necesariamente limitada: La ausencia de una regulación específica de los supuestos eutanásicos en nuestro ordenamiento, que atienda debidamente a sus peculiaridades, hace que todas las propuestas de solución, básicamente centradas en evitar la aplicación de determinados preceptos del Código penal, exijan un esfuerzo interpretativo que en algunas ocasiones, sin dejar de ser convincente, puede parecer excesivo.

Enumeremos en primer lugar las diferentes expresiones de la *voluntad o interés* del afectado que vamos a considerar relevantes, sin perjuicio de su diferenciada consideración según las hipótesis concernidas: La voluntad del afectado capaz⁵⁹ podrá concretarse, según los supuestos, en una solicitud, consentimiento o no oposición⁶⁰.

Considero equiparable a una solicitud, en defecto de la que pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la previa expresión de su decisión a través de la denominada *declaración vital*, siempre que aluda de modo genérico pero inequívoco a situaciones en alguna de las cuales posteriormente ha terminado encontrándose y cumpla con las exigencias de seriedad, persistencia y formalidades suficientes⁶¹.

Si, por el contrario, el afectado es incapaz o siendo habitualmente capaz no puede manifestar su voluntad válidamente⁶², habrá situaciones en que podrá ser suficiente con el consentimiento prestado por sus representantes legales, familiares o allegados, formulado con la pretensión de expresar el interés del paciente incapaz o la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz; incluso a veces bastará con la no formulación de oposición por parte de ellos en las mismas condiciones⁶³.

59. Sobre el concepto de persona capaz en este ámbito, véase DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 266, 212-218.

60. Siempre en las dos variantes de expreso o tácito.

61. Véase más ampliamente al respecto en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 266.

62. Sea de modo permanente a partir de cierto momento, sea de forma transitoria pero sin que proceda médicamente una demora de la acción u omisión.

63. Excepcionalmente el médico podrá realizar intervenciones eutanásicas incluso mediando oposición del afectado.

Si a continuación nos centramos en los *comportamientos* que pueden realizar otras personas para superar las situaciones eutanásicas, y que pueden ser en principio relevantes para el Derecho penal, comprobamos que éstos podrán consistir en acciones u omisiones, realizadas con dolo directo o eventual, a título de autor o de partícipe, que puedan incluirse en las figuras de delito del homicidio consentido (art. 409.2), el auxilio al suicidio (art. 409.1), la omisión del deber de socorro (art. 489 ter) y, eventualmente, el homicidio simple (art. 407) ⁶⁴.

b. En los supuestos de *eutanasia terminal* las conductas eutanásicas consideradas de un modo global serán por lo general de naturaleza omisiva, en cuanto que consistirán en la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico o quirúrgico.

Mientras no concurra la oposición del afectado capaz, o la de los representantes del incapaz, el personal sanitario que las lleve a cabo no incurrirá en ninguno de los tipos omisivos: La incapacidad de la medicina para garantizar una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo sólo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante de los arts. 409.2 y 407, o el de socorro del art. 489 ter, decaigan sin que deba esperarse a ulteriores argumentos específicos ⁶⁵ para excluir ya la tipicidad.

En tales condiciones, en realidad, el deber de velar por la vida se transforma en el de asegurar una *muerte digna*. Ello es coherente con la protección constitucional del derecho fundamental a la vida delimitada por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes ⁶⁶. Se puede afirmar que si ni siquiera se puede asegurar una mínima calidad de vida ⁶⁷, las obligaciones de no hacer y hacer vinculadas al mantenimiento de la vida se transforman en sus correlativas de asegurar una muerte digna.

64. Por razones de claridad expositiva mi argumentación se va a centrar en los tipos de homicidio, consentido o no, y en la omisión del deber de socorro. Sin duda procede seguir hablando de eutanasia cuando, en las circunstancias ya analizadas en el apartado 1, la intervención del tercero se limita a inducir o cooperar a que el propio afectado se cause la muerte; sin embargo su, en principio, menor entidad respecto al homicidio consentido permite que las soluciones aplicadas a éste sean aún de más fácil consideración en la participación al suicidio. También motivos de claridad expositiva aconsejan que, dentro del ámbito médico-asistencial al que se circunscribe el trabajo, no atendamos a las posibles responsabilidades del personal sanitario auxiliar.

65. Véanse en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 258, 262 y las remisiones allí contenidas.

66. Véase lo que dijimos en apartado 2.a. sobre esta limitación del derecho fundamental a la vida. Por lo demás, la S. del TC 120/90. *Cit.* FJ 9 considera que es un trato inhumano y degradante todo aquel que constituya «una prolongación del sufrimiento sin lograr pese a ello evitar la muerte».

67. Véase más adelante cómo juega la prohibición de tratos inhumanos o degradantes si aun se está en condiciones de mantener una mínima calidad de vida.

La no oposición del afectado o de sus representantes, según los casos, tiene debidamente en cuenta el componente subjetivo del concepto de trato inhumano o degradante, ya analizado ⁶⁸. Ello no impedirá sin embargo que en las ocasiones en que la conducta resulte típica por concurrir tal oposición ⁶⁹, el médico pueda resultar excepcionalmente justificado a partir de un conflicto de intereses o una colisión de deberes, generalmente basados en la escasez de medios disponibles combinado con la diversidad de pronósticos existentes entre los diversos pacientes ⁷⁰.

Si, pese a que no será frecuente, se persiste en aislar comportamientos activos en estas hipótesis, se puede afirmar que los tipos activos de los arts. 409.2 y 407 no concurrirán: La argumentación empleada para descartar los tipos omisivos tendrá efectos *mutatis mutandi* para, a partir del criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados consistente en el ámbito de protección de la norma, no imputar el resultado no aplazado de muerte ⁷¹.

En correspondencia, si el médico decide por acción o por omisión seguir retrasando el momento de la muerte, en determinados supuestos en que lo haga en contra de la voluntad del afectado podrá darse el tipo de coacciones del art. 496, e incluso un delito de lesiones o falta de malos tratos ⁷², que no podrán justificarse en virtud de una colisión de deberes del art. 8.11 pues no concurrirá, en las condiciones antedichas, el deber de velar por la prolongación de la vida del paciente y sí, por añadidura, el deber constitucional de velar por una muerte digna así como el de respetar la negativa del paciente al tratamiento cumplidos los requisitos legales ⁷³.

c. En las hipótesis de *eutanasia paliativa* nos encontraremos habitualmente ante comportamientos activos, consistentes en la aplicación de tratamientos que eliminan o mitigan los graves sufrimientos

68. Véase *Supra*.

69. Lo que supone que persiste la obligación de mantener esa vida.

70. Véase lo dicho en el apartado 2.b, aunque allí en una dirección inversa, sobre la importante función de los conflictos de intereses en Derecho penal.

71. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 259, 261.

72. La concurrencia o no de los tipos delictivos depende de si el supuesto producido encaja en las respectivas formulaciones típicas, lo que no será siempre el caso, en especial en las coacciones. Véase al respecto más detenidamente DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p 260. La atipicidad penal no debe impedir, sin embargo, la exigencia de responsabilidades en otros ámbitos jurídicos y profesionales.

73. Véase apartado 2.c. Apréciase en cualquier caso que no ha sido preciso acudir hasta ahora al derecho a negarse al tratamiento pues hemos negado la tipicidad de los comportamientos por otras vías conceptualmente previas.

padecidos dando lugar simultáneamente a una anticipación del momento de la muerte, si bien tampoco cabe excluir los omisivos ⁷⁴.

— Si se sigue tratando de las tres situaciones clínicas constitutivas de la eutanasia terminal ⁷⁵ continuamos dentro de la obligación de asegurar una muerte digna. En consecuencia, el ya aludido criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados basado en el ámbito de protección de la norma permitirá que no se impute el resultado de muerte a la conducta activa del médico no sólo cuando aquella no se aplase sino cuando, en ese mismo contexto agónico, se acelere para evitar sufrimientos. Por lo que se refiere a las conductas omisivas, estarán ausentes los deberes de actuar en el sentido antes indicado. En ambos casos los comportamientos serán, por consiguiente, atípicos.

Regirán por lo demás los mismos requisitos respecto a la no oposición del afectado o sus representantes ⁷⁶.

— Ahora bien, en relación con las dos nuevas situaciones clínicas insertas en esta clase de eutanasia ⁷⁷ la argumentación debe adoptar un sesgo distinto debido a que puede estimarse que en ellas la medicina está en condiciones de asegurar unas condiciones mínimas de calidad de vida. Ello centra la discusión en si tales condiciones garantizan además una *vida digna* o bien esto último está lejos de conseguirse, en cuyo caso el mantenimiento de una vida tal iría en contra de la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes.

La mayor problematicidad respecto a si nos encontramos ante una situación vital inhumana o degradante hace que el aspecto subjetivo deba ser potenciado, de modo que nada se podrá decidir sin contar con el consentimiento del afectado capaz o del de los representantes del incapaz ⁷⁸.

Por otro lado, aun cuando consideremos que en estas situaciones ⁷⁹ la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes no puede conducir a alterar, como en la eutanasia terminal, las obligaciones propias del derecho fundamental a la vida ⁸⁰ hasta el punto de hacer surgir una obligación de hacer consistente en asegurar la muerte, sí puede

74. Se piense en la decisión de prescindir de tratamientos dolorosos, acelerándose con ello la muerte.

75. Véase *Supra* apartado 1 *in fine*.

76. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 261.

77. Véase *Supra* apartado 1 *in fine*.

78. Véase más amplia y matizadamente sobre esto último DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 267.

79. Mediando el consentimiento correspondiente.

80. Entendido siempre, no lo olvidemos, sólo desde la vertiente positiva del derecho a la vida. Véase *Supra* apartado 2.a.

dar pie a alterar la paralela obligación de no hacer en el sentido de que surja el deber⁸¹ de abstenerse de impedir su producción. Tal conclusión permite que, sólo para estas situaciones y en cualquier caso desde perspectivas distintas⁸², se produzca una cierta superposición entre las obligaciones constitucionales y las jurídico-penales.

La decisión del afectado o sus representantes favorable a la adopción de medidas que puedan acelerar la producción de la muerte por medio de la evitación de sufrimientos no va a impedir que la intervención activa de otra persona en ese sentido realice el tipo objetivo del art. 409.2⁸³.

Con todo, si la anticipación de la muerte es de escasa relevancia, podrá seguir restringiéndose la imputación objetiva del resultado en los términos ya vistos para los otros supuestos.

Sin embargo, el comportamiento difícilmente llegará a ser típico debido a que será infrecuente la concurrencia del tipo subjetivo del art. 409.2: En los supuestos aludidos no se suele actuar con dolo directo de primer grado respecto a la muerte, y el tipo no incluye dentro de sí comportamientos con dolo eventual, ni probablemente tampoco con dolo directo de segundo grado⁸⁴.

Si concurriera el dolo directo de primer grado o se aceptara la inserción en el tipo del dolo de consecuencias necesarias, no habría forma de eludir la plena realización del tipo, y el supuesto debería intentar resolverse como los casos de eutanasia cualitativa⁸⁵.

81. Y no sólo la facultad de no intervenir frente a la producción de la muerte en una vida inhumana o degradada.

82. Ya que el Derecho penal, a diferencia del constitucional, se basa aquí en el reconocimiento de un limitado derecho a disponer de la propia vida y en cualesquiera situaciones de libertad de decisión. Véase *Supra* apartados 2.a y b.

83. La presencia del consentimiento deja fuera de consideración el art. 407. Véase más amplia y matizadamente DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 261-262, 256, 267.

84. Ello nos fuerza a matizar afirmaciones anteriores relativas a que el derecho a disponer de la propia vida dentro del ordenamiento jurídico-penal no sólo no incluía las obligaciones de hacer, sino tampoco la libertad (facultad) de intervenir a favor del derecho a disponer de la propia vida de otra persona. Véase *Supra* apartado 2.b. La atipicidad de los supuestos acabados de aludir abre un cierto margen al ejercicio de esa libertad por un tercero.

85. Si bien con una más fácil fundamentación de la justificación. Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 262.

En lo que concierne a las conductas omisivas, la falta de posición de garante en casos en que el afectado no quiere que se realice una intervención sobre él y la ausencia de equivalencia entre la acción y la omisión impedirán hablar de la comisión por omisión en el art. 409.2, a lo que cabría añadir la probable falta del tipo subjetivo. Tampoco se dará el tipo de omisión del deber de socorro, a falta de una persona desamparada ⁸⁶.

Por otra parte, conductas abstencionistas del médico contra la voluntad del afectado tendentes a no eliminar o mitigar los sufrimientos, si bien no siempre será sencillo integrarlas dentro del tipo de coacciones por omisión, podrán cumplir más fácilmente los tipos de lesiones corporales o malos tratos omisivos, que serán a su vez difíciles de justificar, incluso si concurren los deberes de omisión propios de los tipos activos protectores de la vida ⁸⁷ pues éstos se verán contrarrestados por el deber de respetar el derecho del paciente a consentir el tratamiento siguiendo el procedimiento establecido.

d. Llegamos por fin a las hipótesis de *eutanasia cualitativa*, en las que, aunque predominarán intervenciones activas de terceros, no cabe excluir tampoco las omisivas.

La diferencia frente a todos los casos anteriores es la entidad del comportamiento eutanásico: Si en los supuestos precedentes se trataba de no prolongar el proceso irreversible que conducía a la muerte o, a cuenta de evitar determinados sufrimientos, anticipar ésta, ahora se interviene con la intención de producir directamente la muerte del agonizante y/o sufriente. El desencadenamiento, con dolo directo de primer grado, de un nuevo curso causal que, por sí sólo o a partir de la situación sanitaria preexistente, tiene la virtualidad de producir de modo inmediato y directo la muerte del afectado, transforma sustancialmente la situación ⁸⁸.

86. Véase ampliamente sobre la imposibilidad de que se den los tipos omisivos DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 262, 258 y las remisiones allí contenidas. Por lo demás, la más fácil resolución de estas hipótesis omisivas está en directa relación con la vigencia en Derecho penal de la obligación de no hacer, propia del derecho a prescindir de la propia vida, consistente en el deber de abstenerse de impedir un suicidio. Véase *Supra* apartado 2.b.

87. Me refiero a la situación en la que la no intervención del médico para paliar el dolor del paciente, pudiéndose considerar una lesión corporal omisiva, pretendiera justificarse en función del deber de no anticipar la muerte cuyo incumplimiento pudiera calificarse de homicidio.

88. Podríamos decir que el nuevo curso causal ha interrumpido al anterior ligado a una enfermedad o lesión, o bien que el resultado de muerte producido ya no se puede imputar objetivamente al curso causal desencadenado por la lesión o enfermedad. No es éste el lugar para dilucidar por cual alternativa hay que decidirse. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado». En «Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor». Universidad de Santiago de Compostela. 1989, pp. 678-680.

Una primera consecuencia de ello es que ya no bastará con la no oposición ni siquiera con el consentimiento del afectado o de sus representantes para entrar a considerar la licitud de la intervención de terceros. Se precisará, al menos para los comportamientos activos, la solicitud expresa o tácita por parte del afectado, sin que quepa ningún tipo de presunción o representación.

La transformación del mero consentimiento en una solicitud supone trasladar la iniciativa al directamente afectado, cerrando el paso a actuaciones promotoras de la decisión por parte de terceras personas y fomentando la verificación de la seriedad de ésta ⁸⁹.

Una segunda consecuencia es que la anterior diferenciación entre hipótesis en las que se pretende asegurar una muerte digna y aquellas en las que se aspira a salvaguardar una vida digna queda superada. En la medida en que en estas intervenciones eutanásicas ya no se trata de posibilitar una agonía libre de interferencias inhumanas o degradantes sino de la directa producción de la muerte, procede razonar en todo momento desde la perspectiva de la vida *digna*.

En coherencia con ello, la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes sólo da lugar a que persista el deber de abstenerse de impedir la producción de la muerte en tales condiciones ⁹⁰.

Si esta vez comenzamos por los comportamientos omisivos, podemos observar que, a pesar de la mayor significación de estas intervenciones eutanásicas, en ningún caso se realizarán los tipos omisivos de los arts. 409.2 y 489 ter, en la medida en que no concurrirán los deberes de actuar correspondientes, dada la ausencia de la posición de garante ⁹¹ y la no equivalencia entre la acción y la omisión en el primer caso, y la no presencia del desamparo en el segundo ⁹².

Por lo que se refiere a los comportamientos activos del art. 409.2, en principio resulta difícil negar la concurrencia del tipo objetivo y subjetivo, y con ello la plena tipicidad del comportamiento.

89. En los comportamientos omisivos cabe partir del consentimiento expreso o tácito, pero en cualquier caso sin inclusión del presunto ni de la representación.

Véase más ampliamente sobre ello en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 266-267, con las remisiones allí establecidas.

90. Véase lo dicho en el subapartado 3.c.

91. Pues el beneficiario de tal deber de acción desea justamente lo contrario, que se abstenga de intervenir.

92. Todo ello vuelve de nuevo a ser coherente con el deber jurídico-penal de abstenerse de impedir un suicidio.

Ello nos obliga a buscar la legitimidad de estos comportamientos, en principio prohibidos, en el ámbito de las causas de justificación, y en concreto en el marco del conflicto de intereses. Por un lado tenemos los que conducen a salvaguardar una vida no deseada en cualesquiera condiciones. Por otro, aquellos en virtud de los cuales se pretende garantizar en todo momento una vida digna, es decir, libre de tratos inhumanos o degradantes, aceptando su supresión, a solicitud del afectado, en caso contrario.

En este craso conflicto entre santidad y calidad de la vida el primer grupo de intereses tiene a su favor los deberes de omisión ligados a la prohibición penal del homicidio consentido, sin que disponga de un pronunciamiento constitucional respecto a la protección de la vida no deseada.

Asimismo está muy presente el temor de que, si se deja de proteger la vida en cualesquiera condiciones frente a agresiones directas e intencionadas, se produzcan abusos irreparables tanto en la identificación de las situaciones eutanásicas como en la determinación de la auténtica voluntad del afectado.

El segundo bloque cuenta ante todo con un reconocimiento jurídico-penal del derecho a disponer de la propia vida *aun en situaciones no penosas* que no tiene restricciones respecto a uno mismo, establece obligaciones de abstención para terceras personas y otorga facultades de intervención activa de terceros siempre que la intención no sea la de producir la muerte. Parece razonable que en situaciones inequívocamente penosas como las eutanásicas se introduzcan más amplias posibilidades de actuación a través de las causas de justificación.

A ello se une que en condiciones vitales inhumanas o degradantes, como es ahora el caso, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida es objeto de matizaciones transcendentales: Si en las hipótesis de eutanasia terminal pueden llegar a hacer surgir la obligación de asegurar una muerte digna, y en las de eutanasia paliativa y cualitativa implican de cualquier modo la obligación de no impedir la muerte, nada impide que también en estos supuestos tengan una repercusión, aunque más limitada⁹³, en la valoración de los comportamientos activos.

93. La restricción de sus efectos vendría dada por el hecho de que ya no se hacen valer obligaciones derivadas de un derecho subjetivo, ni siquiera libertades (facultades) de intervenir, las cuales excluirían desde un principio la ilicitud del comportamiento, sino que se inserta la voluntad de morir en determinadas condiciones fácticas dentro de un conflicto de intereses más amplio.

De ahí que, a mi juicio, el médico que opte tras una verificación cuidadosa de la situación eutanásica y de la solicitud del afectado, por el segundo conjunto de intereses podrá ampararse en una autorización derivada de un estado de necesidad en conflicto de bienes desiguales ⁹⁴.

4. UNA PROPUESTA DE REGULACION DE *LEGE FERENDA*

Sin embargo, más allá de las soluciones que se puedan encontrar de *lege lata*, resulta indudable la necesidad de reformar nuestro ordenamiento jurídico para lograr su acomodación precisa y sin tensiones a las necesidades de legitimación que plantean los supuestos eutanásicos. Voy a limitarme a continuación, por razones de espacio, a comentar brevemente la «Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida», elaborada por el Grupo de estudios de política criminal ⁹⁵ que, constituyendo a mi juicio el intento más elaborado de regulación, comparto casi en su totalidad ⁹⁶.

Por lo que se refiere a la delimitación de las *situaciones eutanásicas*, la Propuesta alternativa elude expresamente la terminología y clasificaciones al uso y, a partir de los criterios materiales consistentes en la situación clínica y la secuencia temporal de producción de la muerte, identifica y diferencia las diversas hipótesis eutanásicas.

94. Véanse argumentos adicionales en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 264-265.

95. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Op. cit.*, pp. 19 y ss. El Grupo de estudios de política criminal, del que formo parte, está constituido por más de un centenar de catedráticos y profesores titulares de Derecho penal españoles, magistrados y jueces activos en la jurisdicción penal, que se ocupan de temas político-criminales especialmente problemáticos, pretendiendo sentar las bases de la solución por ellos propuesta a través de un Manifiesto que luego se concreta en una Propuesta alternativa de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta el momento ha emitido pronunciamientos sobre Drogas, Disponibilidad de propia vida y Objeción de conciencia. Véase su Declaración programática. *Ibidem*, pp. 69 y ss. Por lo demás mi activa participación junto a otras personas en la elaboración de la Propuesta que nos ocupa explica las coincidencias que se puedan producir en los párrafos que siguen con opiniones previamente manifestadas en este trabajo.

96. Dejamos por consiguiente sin considerar la limitada reforma de este tema que se contiene en el Proyecto de Código penal de 1994 (véanse comentarios a ella, en su versión del Proyecto 92, en MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 59 y ss.; JUANATEY DORADO. «Participación en el suicidio y eutanasia». Poder judicial. Monográfico. Diciembre 92, pp. 109 y ss.; ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 489-490; CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 51-53, y en su versión del Proyecto 94, en DEL ROSAL BLASCO. «Aspectos jurídicos...». *Op. cit.*, pp. 61-63 y la propuesta que en su día formuló RODRÍGUEZ AGUILERA. «El derecho a una muerte digna». *Rev. jur. de Cataluña*. 1989, así como las muy variadas propuestas que, al hilo de la crítica a la actual regulación, ha ido formulando la doctrina penal.

Deja fuera desde un principio los supuestos en que ya se ha producido la muerte clínica cerebral, por cuanto ya estamos jurídicamente ante un cadáver, y aquellos en que no se precisa afectar en ningún sentido la secuencia temporal que conduce a la muerte ⁹⁷.

Llega así a caracterizar las cinco situaciones que ya conocemos ⁹⁸, sin que en ningún momento realice ulteriores depuraciones conceptuales ⁹⁹, más allá de mantener su diferenciación del suicidio ¹⁰⁰.

A la hora de resolverlas centra su atención en la reforma de la Ley general de Sanidad y del Código penal ¹⁰¹.

Respecto a la *Ley Gral. de Sanidad* propone una reforma previa de gran transcendencia, cual es la de formular de un modo mucho más detenido y profundo el derecho del paciente a decidir libremente, una vez debidamente informado, el tratamiento médico que se le vaya a aplicar.

En efecto, se precisan las ineludibles condiciones de capacidad y validez que deberá reunir todo consentimiento relevante, acomodadas en todo caso a las diversas situaciones susceptibles de producirse ¹⁰², se consolida la intervención subsidiaria de los representantes del paciente con requisitos equivalentes a los formulados para el consentimiento del

Tampoco nos vamos a ocupar, a salvo algunas referencias imprescindibles, de la reforma que la Propuesta alternativa propugna de los tipos penales que tratan el suicidio en cuanto tal.

97. Véase más ampliamente sobre estos casos DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 255 -256.

98. Es decir, enfermo terminal, estado vegetativo persistente, neonato en situación equiparable a las anteriores, enfermo de muerte y persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente, si bien su terminología no coincide exactamente con la nuestra, por más que hemos empleado en nuestro trabajo las definiciones de la Propuesta.

99. Como las que a nosotros nos han permitido hablar de eutanasia terminal, paliativa y cualitativa.

100. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Op. cit.*, pp. 19-27.

101. Si bien hay asimismo alguna referencia a la Ley de regulación del Contrato de Seguro.

102. Se parte de que es capaz todo aquel que tenga capacidad natural de juicio para comprender, una vez informado, el sentido y transcendencia de su resolución y para decidir en consecuencia, debiéndose tratar en cualquier caso de un consentimiento previo informado, libre, no obtenido por precio o recompensa, y revocable en cualquier momento. Los supuestos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se resuelven en principio (véase *Infra*) exceptuando la exigencia normal de que el consentimiento se formule expresamente y por escrito por la vía de estimar suficiente el consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado.

afectado, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicamente a falta de la conformidad del paciente o sus representantes ¹⁰³.

Resuelto lo anterior de modo general para todo tratamiento médico, se considera que todas las intervenciones eutanásicas que no impliquen la producción intencionada y directa de la muerte ¹⁰⁴ son susceptibles de inclusión en el marco de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina, por lo que su eventual regulación debe hacerse dentro de la legislación sanitaria y más precisamente en las normas que regulan el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento.

En consecuencia, en todas las hipótesis que nosotros hemos denominado de eutanasia terminal y paliativa el paciente o sus representantes tienen el derecho, siempre que realicen una solicitud ¹⁰⁵ en condiciones equivalentes a las del consentimiento para todo tratamiento médico antes aludido, a que se practiquen al afectado las intervenciones eutanásicas propias de cada situación clínica ¹⁰⁶. Es más, en los supuestos propios de la eutanasia terminal el médico podrá proceder a la interrupción o no iniciación del tratamiento mientras no concurra la oposición del paciente o sus representantes, formulada del mismo modo que el consentimiento propio de todo tratamiento médico.

Asimismo se opta por equiparar a una solicitud de las antedichas las *declaraciones vitales*, siempre en defecto de la solicitud que el paciente pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones. Se exige para su validez su formulación por escrito ante notario por mayor de 18 años capaz de consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa, con contenido alusivo de modo genérico pero inequívoco a todos o parte de los tratamientos vinculados a la eutanasia terminal o paliativa. Ten-

103. En concreto, en supuestos de riesgo para la salud pública, y en los de imposibilidad de averiguación de la voluntad del paciente o de sus representantes. En este segundo grupo de hipótesis habrá que atenerse en cualquier caso a la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz, la cual será también decisiva si la decisión de sus representantes legales es claramente contraria a ella. Véase propuesta de reforma de los arts. 10.5 a 10.7 de la LGS y parte de su Fundamentación, que en ocasiones se sigue en texto literalmente, en *op. cit.*, pp. 28-30, 33.

104. Lo que nosotros hemos denominado eutanasia cualitativa.

105. Obsérvese *Supra* que en nuestra interpretación de *lege lata* nosotros hemos partido de que bastaba el consentimiento, al igual que para las conductas omisivas de eutanasia cualitativa, aunque en éstas sin presunción ni representación (véase sin embargo *Infra*).

106. En concreto la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico o quirúrgico, o la aplicación de tratamientos orientados a eliminar o mitigar graves sufrimientos no evitables de otro modo y que conllevan de modo colateral un acortamiento de la vida.

drá eficacia una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y durante un período de cinco años ¹⁰⁷. Tal declaración podrá ser revocada en cualquier momento por su otorgante, aun si ha devenido incapaz, sin sujeción a las formalidades prescritas para su otorgamiento, y tampoco se tendrá en cuenta si hay serios motivos para pensar que ya no coincide con la voluntad del paciente ¹⁰⁸.

Por lo que se refiere al *Código penal* también se adopta una decisión previa de gran importancia, cual es la de restringir las actuales conductas punibles del art. 409 exclusivamente a la inducción al suicidio y el homicidio consentido activo.

Lo que supone despenalizar la complicidad y cooperación necesaria activas y alejar toda duda respecto a la impunidad de la participación omisiva al suicidio y el homicidio consentido omisivo ¹⁰⁹.

En ese contexto se quiere además asegurar la impunidad, bajo determinadas condiciones, de los supuestos que hemos denominado de eutanasia cualitativa siempre que vayan referidos a situaciones de enfermo terminal en sentido estricto, enfermo de muerte o persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma a partir de afección incurable y permanente.

La Propuesta exige que la solicitud parta de una persona mayor de 18 años capaz, que aquella sea expresa, libre y seria ¹¹⁰, y sin que proceda admitir ningún tipo de representación, lo que no impide dar validez a la declaración vital en los términos ya conocidos.

107. Se establece como condición adicional de su eficacia el que se haga llegar el conocimiento de su existencia, y una forma sencilla de averiguación de su contenido, al médico encargado del paciente o al centro sanitario en que es atendido, lo que podrá hacerse por el propio declarante, otra persona o a través del preceptivo examen de la documentación y pertenencias personales que el paciente lleve consigo.

108. Por otro lado, se propone declarar irrelevante para la relación de seguro la existencia de estas declaraciones vitales, con el fin de evitar utilizaciones abusivas de tal hecho.

Véase sobre todo lo anterior las propuestas de reforma de los arts. 10.8, 10.9 y 11.4 de la LGS, así como la adición de un nuevo art. 93 bis a la ley de regulación del Contrato de Seguro, y sus Fundamentaciones correspondientes, seguidas ocasionalmente de modo literal, en *op. cit.*, pp. 30-35.

109. No podemos ahora ocuparnos de esta problemática. Véase propuesta de adición de art. 408.1 y de reforma de art. 409 del Código penal y Fundamentación. *Op. cit.*, pp. 36-39.

110. En otro lugar de la Propuesta se define una solicitud seria como «aquella que ha sido formulada por el sujeto, bien en condiciones existenciales desfavorables que son consideradas socialmente de importancia y que le resultan subjetivamente inaceptables, bien padeciendo *graves* sufrimientos, y que *además* se presta, a juzgar por su reproducción durante un período de tiempo suficientemente significativo en el caso concreto, de modo que elimina cualquier tipo de duda razonable sobre el carácter definitivo de su decisión». La cursiva es mía. Véase *op. cit.*, p. 23.

Rasgo importante de la Propuesta en este punto es que no se desea abandonar el ámbito médico-asistencial, de modo que la impunidad queda condicionada a que la muerte se produzca por un médico, o por otra persona pero bajo su dirección ¹¹¹.

Aunque la Propuesta, acertadamente, no toma postura respecto a cuáles sean las construcciones técnico-jurídicas que se acomoden más a las soluciones propugnadas, se puede interpretar que, mientras los casos de eutanasia terminal y paliativa así como los de eutanasia cualitativa con intervenciones omisivas deberían entenderse como supuestos atípicos ¹¹², las hipótesis de eutanasia cualitativa habrían de enmarcarse en el ámbito de la justificación penal.

Con ello se consolidaría el ámbito del derecho a disponer de la propia vida que hemos venido defendiendo: Existiría la obligación de no impedir la muerte del que decide libremente prescindir de su vida ¹¹³. A su vez, sin que surja en ningún momento la obligación de practicar o colaborar en la muerte de una persona que, con una vida mínimamente digna, desea libremente prescindir de ella ¹¹⁴, se reconocerá la facultad de colaborar en ello y aun de practicarla en situaciones especialmente penosas ^{115, 116}.

111. Véase propuesta de adición de art. 408.2 al Código penal, y su correspondiente fundamentación en *op. cit.*, pp. 36-38.

112. Con todo, los supuestos de eutanasia terminal y paliativa también podrían configurarse como supuestos de justificación en función del ejercicio legítimo del derecho del paciente o sus representantes a consentir o negarse a un tratamiento (supuestos de eutanasia terminal y paliativa), y en ocasiones del cumplimiento de un deber del médico (supuestos de eutanasia terminal sin oposición del paciente o sus representantes), pero las referencias a la inclusión de tales comportamientos en la *lex artis* abonan la tesis de la atipicidad, que es también la que yo he defendido.

113. Lo que explicaría la impunidad de los comportamientos omisivos propios de toda clase de eutanasia, y eventualmente la punición de conductas obstaculizadoras de la realización de la voluntad del sujeto.

114. Con todo, no queda suficientemente claro en la Propuesta la obligación de asegurar una muerte digna en el marco de la vertiente positiva del derecho fundamental a la vida, para las hipótesis activas, y omisivas, de eutanasia terminal.

115. Lo que explicaría la impunidad, salvo la inducción de la eutanasia cualitativa, de los comportamientos activos de toda clase de eutanasia.

116. Queda un aspecto importante sin tocar, y para el que no disponemos de espacio, cual es el ámbito de la objeción de conciencia del personal sanitario en estos casos. El Grupo de estudios de política criminal prefirió también no incluir este tema en su Propuesta, pero lo ha tratado específicamente en su última «Propuesta alternativa al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia» que, sin limitarse a temas de eutanasia, está pendiente de publicación.

Principios secundarios y muerte digna

Por M. TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE

Salamanca

Los principios morales y su aceptabilidad fáctica corresponden a distintos niveles. Esta diferencia ha llevado casi siempre a matizar en una segunda instancia lo que dice o ha dicho la Filosofía, a la vista de determinados problemas prácticos. El mismo énfasis que le añade el término «Ética aplicada» indica también que la reflexión filosófica concede amplio espacio a una parte teórica «no interesante», no aplicable en modo inmediato a la práctica. Por eso se mantiene vívida la imagen de la esclava tracia, observando con regocijo la torpeza del filósofo, con la mirada en el firmamento y sin ver el suelo que pisaba. Algunos interrogantes, a veces perentorios, sobre los casos difíciles de vida y de muerte invitan, sin embargo, a considerar ese ir y venir de la Filosofía entre los principios y las situaciones. Al menos en el caso de situaciones, en las cuales se requiere de algún tipo de orientación práctica. Los problemas derivados de la eutanasia, la «buena muerte» o muerte digna, ejemplifican agudamente tanto las contradicciones de la Filosofía moral como su potencial reflexivo, de reflexión práctica. En tal sentido, ésta resulta insoslayable para definir qué debe ser la vida y cómo podría ser la muerte. Al menos para quienes la dignidad constituye un atributo de la existencia, y de su término. Las decisiones al respecto competen sin duda a los afectados, pero supongamos también que aún es válida aquella afirmación de Kant: «Nadie se puede hacer pasar por prácticamente entendido en alguna ciencia y, sin embargo, menospreciar la teoría...»¹.

1. KANT, I.: *Ueber den Gemeinspruch das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, en: *Werke*, ed Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt, 1964, Bd. XI, p. 128.

¿Puede justificarse una «buena muerte», una forma digna de poner término a la vida? ¿Cómo establecer un balance correcto entre el valor de la vida y la preferencia por una existencia, digna de ser vivida? ¿Hay extremos de sufrimiento que aniquilan una vida con niveles suficientes de dignidad? ¿A quién compete decidir sobre el alcance efectivo de las prácticas que facilitan una muerte menos mala, menos temible? ¿Existe algún «derecho» a poner fin a las expectativas de una vida de dolor sin remisión? ¿Puede equipararse la eutanasia activa a la eutanasia pasiva? Hablaremos aquí de «muerte digna», en lugar de atender a lo que dice literalmente su etimología *eu thanatos*, buena muerte². Porque se refiere a un daño o mal, comparativamente menor —disponer de la vida de alguien a requerimiento suyo—, con respecto al sufrimiento entendido como un mal absoluto. Se presenta asimismo otra segunda hipótesis. Frente a la tesis de que estos problemas concretos han de resolverse tan sólo en el marco de aquellas disciplinas o ámbitos profesionales, que más directamente se han implicado en los avances técnicos para la disponibilidad sobre vida y muerte como las Ciencias de la salud —una discusión técnica, por tanto—, la Filosofía como teoría puede también ir más allá de la apelación a los principios absolutos, perfectos y categóricos. Se recuerda por ello el papel de los principios secundarios.

Ahora bien, mientras la Moral de inspiración kantiana, moderna, sí ofrece un amplio registro para defender la dignidad y la «humanidad» de las personas morales, sin embargo su especial definición y modo de justificar los principios hace muy difícil, por el contrario, aplicar ese segundo enfoque de la moralidad a la identificación más adecuada del *bonum facere*, en problemas tales como la eutanasia. Es más: la disponibilidad sobre la propia vida estaba limitada de forma clara en la Ética kantiana. Pues no estaban previstas las vías para «producir» el bien o la dignidad, sino para respetar la ley universal. La hipótesis que aquí se expone se refiere, sin embargo, aquella tipología de deberes y de principios, dentro de los cuales es posible todavía considerar la disponibilidad sobre la propia vida, que denominamos «eutanasia voluntaria»³.

2. En cambio, PÁNIKER, S., sí ha usado el término «buen morir», como sinónimo de muerte responsablemente asumida, resultado de la autodeterminación individual; «Del buen morir», *El País*, 4 diciembre, 1992, p. 18. Por su parte, A. ESCOHOTADO prefiere hablar de un «correcto morir», recordando el valor de la autonomía en la decisión, ya practicada en la antigüedad, en contra un idea cruel y banal de muerte; «Morir mejor», *El País*, 6 diciembre, 1994, p. 12. A. ARTETA pone en relación la vida buena con la posibilidad de una muerte, buena también. «Buena» en el sentido de «muerte propia», o libre: «Última voluntad», *El País*, 30 enero, 1995, p. 14.

3. SINGER, P., se ha referido a los tipos de eutanasia voluntaria, involuntaria, no voluntaria. *Ética práctica*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 161-166. Una tipología parecida ha sido incorporada al trabajo de KUHSE, H., «Euthanasia» en SINGER, P.: *A Companion to Ethics*, Blackwell, London, 1991, pp. 294-302. Pensando en un contexto de

Claro que ello implicaría situarse más allá de aquel tipo de deberes racionales, «objetivos», como Kant los denominaba, pensando entonces en un sistema de principios, más sensible hacia las necesidades o situaciones de los sujetos. Más consciente también hacia el hecho de que el bien puede reducirse, en ocasiones, a lo «comparativamente mejor», como decía también Kant. Aspectos éstos que no siempre encajan bien con el tipo de Ética contemporánea, minimalista, que ha venido desarrollando los aspectos normativos de la moralidad.

Se sugiere en estas páginas que los principios «subjetivos», secundarios o imperfectos, ofrecen un marco teórico suficiente para abordar, desde la reflexión filosófico moral, algunos aspectos referidos a asuntos tan conflictivos como la eutanasia. En otros términos: la posibilidad de que el juicio moral contemple a la vez tres niveles de planteamiento, «lo que debe valer», «lo que vale», «lo que es el caso»⁴. Aquí se harán algunas consideraciones sobre la relación entre el primer y tercer nivel, por entender que «lo que vale» implica otro ámbito añadido a esos debates recientes sobre la eutanasia, el nivel de normas vigentes. Por lo tanto, se atenderá tanto al significado y tipología de la eutanasia como al enfoque, específicamente teórico, sobre los principios morales. La síntesis de tendencias en Filosofía moral confluye, no obstante, hacia elementos poco favorables para la discusión; de un lado, un repliegue notable ante la teoría y, en otro extremo, la escasa aplicabilidad de los principios. Convergen sobre la moralidad: (1) La sustitución de las convenciones relativamente estables por una moralidad más construida y postconvencional, (2) el planteamiento moderno, formalista y kantiano, que subraya el valor de los principios morales.

I

Existe un espacio más flexible, el de los tipos de principios secundarios o «subjetivos», que permiten formular los puntos de vista a propósito de la muerte digna. El enfoque feminista de las cuestiones de Bioética⁵, a modo de ejemplo, insiste precisamente sobre la importancia de los principios de nivel medio. No es tampoco casual que señale asimismo la necesidad de tomar distancias con respecto a las grandes

debate abierto, tolerante, sobre la eutanasia, TUGENDHAT, E., ha comentado la posición de estos autores, sobre todo en el caso de la muerte de menores; «Die Singer-Debatte», en *Ethik und Politik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 133-138. Por su parte, HOFFE, O., ha enfocado el tema hacia el *ethos* de las prácticas médicas, «Sterbehilfe», en *Sittlich-politische Diskurse*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 229-233.

4. PIEPER, A., se ha ocupado de tres ámbitos del juicio práctico, «Praktische Urteilskraft», en: Seebohm, Th: *Prinzip und Applikation in der praktischen Philosophie*. Steiner, Stuttgart, 1990, pp. 153-167.

5. PAUDER-STUDER, H.: «Bioethik und Feminismus», *Dtsch. Zt. Philos.*, 42, 1994, pp. 155-166.

teorías, caso de que éstas se muestren poco atentas ante hechos diferenciados. Ahora bien, los principios «subjetivos» y «objetivos» responden a enfoques un tanto distintos de la misma moralidad. En el caso de la eutanasia, parecen tener más sentido una moralidad postconvencional, si bien en términos «razonables», no categóricos. Ni que decir tiene que tales términos impiden, de entrada, saldar las previsibles dificultades teóricas con un pronunciamiento general, *a priori*; tanto si fuera favorable como desfavorable ante la eutanasia.

Esta sustitución de las convenciones, relativamente estables, por una moralidad más construida y postconvencional tiene lugar en un contexto determinado: el contexto de modernización, apertura y evaluación positiva del pluralismo. Las sociedades pluralistas, abiertas, se encuentran con los dilemas de la razón práctica de un modo peculiar, sin la posibilidad de apelar a un sistema de normas o a una visión del mundo aceptada, fácticamente aceptada, por la mayor parte de los agentes morales. El conjunto de las convenciones, los *mores* han dejado de ser un marco de referencia válido, al cual apelar en casos en los cuales el propio juicio no alcanza. Lo cual produce un número creciente de mediaciones entre «lo que debe valer» y «lo que es el caso»; esto es, en el juicio moral. Este desplazamiento desde las creencias o sistemas de entender el mundo, hacia la responsabilidad individual, el fenómeno que J. Rawls denomina el «hecho del pluralismo»⁶, implica en efecto algunos cambios apreciables en el planteamiento teórico de los temas de Ética aplicada. Problemas entre los cuales la eutanasia ocupa un lugar relevante. Por su incidencia en nuestra visión de lo que ha de ser una «muerte digna»; pero, sobre todo, por causa de las enormes posibilidades técnicas, médicas, de prolongar la vida más allá de los umbrales antes acostumbrados.

¿Cómo se presenta ahora la situación? La perspectiva tradicional, al menos en el ámbito de la Ética médica de raíz hipocrática, no contemplaba como posibilidad una justificación moral de la eutanasia. Porque el principio de «hacer el bien» y evitar el mal, la beneficencia, se traducía en respeto absoluto por la vida⁷. Valor máximo, pues, a cuyo

6. RAWLS, J.: «La idea de un consenso por superposición», en Betegón, J., DE PÁRAMO, J.R.: *Derecho y Moral*. Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85.

7. SASS, H.M.: «Einführung» en: *Medizin und Ethik*. Reclam Stuttgart, 1994, pp. 1-16. Por su parte, VIEFHUES, H., incide sobre la situación de no retorno para las normas tradicionales, reemplazadas ya por formas pluralistas, mediante las cuales se procede a evaluar los problemas de ética médica en el contextos de las sociedades abiertas, «Medizinische Ethik in einer offenen Gesellschaft», *o. c.*, pp. 17-39. En este mismo volumen, el trabajo de ENGELHARDT, H.T., recuerda las insuficiencias que afectan ahora, en sociedades avanzadas, al principio de respeto o de beneficencia — *bonum facere*—. Principio que se halla ahora en abierta concurrencia con respecto al principio moderno de autonomía, «Die Prinzipien der Bioethik», pp. 96-117. La influencia del pluralismo de las sociedades actuales sobre las decisiones en el ámbito médico han sido también planteadas por PFÜRTNER, S.H.: «Zur wissenschaftstheoretischen

servicio se ponían siempre los conocimientos de tipo técnico. Ahora bien, la perspectiva *posthipocrática* supone algunos cambios sustantivos, paralelos además a los cambios que se han ido verificando en el *ethos* del médico y del paciente. Por ejemplo, las nuevas condiciones de la asistencia han puesto en cuestión la línea divisoria tradicional entre obligaciones y derechos, así como en todo lo que respecta a la relación entre médico y paciente. Entre otras razones, porque la formación de una relación intersubjetiva, duradera e influyente para ambas partes, ya no es posible dentro de unas prácticas sanitarias que requieren por lo general —y más en casos de vida o muerte— de la intervención de grandes equipos y de distintos especialistas. Requieren asimismo de medios más eficaces, en los cuales no siempre está bien delimitada en qué consiste una praxis asistencial y en qué una praxis invasiva ¿Cómo diferenciar entonces los cuidados óptimos de los procedimientos agresivos, no dignos para un enfermo?

Por una parte, se dirá que la salvaguarda de la vida no tiene ahora las limitaciones objetivas que antes prestaban su máximo valor a la beneficencia —el *bonum facere*—, por encima de la autonomía. Se dirá también que esa nueva disponibilidad sobre la vida no justifica, pese a todo, que se usen de los más eficaces medios contra el sujeto precisamente. Pero, de otra parte, la perspectiva *posthipocrática* ha introducido modificaciones cualitativas, no sólo cuantitativas. Porque cuestiona directamente la anterior jerarquía de principios, introduciendo una nueva definición de «vida digna de ser vivida»: para sujetos autónomos, racionales, autoconscientes⁸. En este nuevo contexto, tampoco parece ser tan contundente la valoración moral de eutanasia activa, frente a eutanasia pasiva. Pues el ayudar a morir y el omitir cuidados vitales no dependen tan sólo o básicamente de la voluntad de quien los administrase, sino del potencial mismo de los medios técnicos, mediante los cuales se ha subido notablemente el umbral de los «cuidados máximos»; sean o no sinónimo de «cuidados óptimos». La tesis más frecuentemente defendida es que, en estas situaciones, no hay un «bien» moral, sino un mal menor. Lo cual se concreta en la evitación del sufrimiento irremediable, que representa un mal mayor. Por eso, pese a que esta nueva orientación *posthipocrática* comienza a considerar situaciones antes inéditas, y pese a que empieza a desechar la tesis de alguna culpabilidad en los casos de ayuda a enfermos terminales

der Moral», en: LUHMANN, N., PFÜRTNER, S.H.: *Theorietechnik und Moral*. Suhrkamp, Frankfurt, 1978, pp. 176-250.

8. En la conocida definición de SINGER, P.; *op. c.*, p. 166. MATHEIS, A., comentaba las limitaciones de base de ese planteamiento utilitarista, sobre todo por lo que concierne al modelo que utilizaba Singer: el sujeto sano. Además está el desplazamiento efectuado en la carga de la prueba, para argumentar sobre el derecho a la vida; «Ethik und Euthanasie», en APEL, K.O., KETTNER, M.: *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik. Recht und Wissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 232-259.

—y bajo determinadas condiciones—, no obstante, se sigue hablando aún con claridad de «responsabilidad»⁹ en la causación de una muerte. Tanto para las situaciones de eutanasia pasiva como en la eutanasia activa.

En suma, esta problemática forma parte de las cuestiones específicas de la Ética aplicada, la Bioética, la Ética médica. Pero esta perspectiva, más especializada, representa tal vez tan sólo una parte, aún siendo sin duda importante, de las cuestiones teóricas y prácticas que deja abiertas la eutanasia¹⁰. La «muerte digna» permite, de otro lado, examinar hasta qué punto los dilemas de la aplicabilidad contribuyen a reformular los objetivos mismos de la Ética, sus conceptos —«autonomía», por ejemplo— y su metodología. Esta segunda perspectiva, que se va a considerar en el siguiente apartado, permite entrar en el terreno de los fundamentos a los cuales se remiten los juicios morales. Los principios desempeñan en efecto el papel de justificación última, más allá de las normas y las reglas. Representan entonces el criterio y la medida de nivel superior. Pero los principios también pueden entrar en concurrencia. En el caso de la eutanasia, esto sucede con frecuencia; los principios de respeto y valor de la vida se encuentran en tensión con respecto al principio de la autonomía, según la cual los afectados determinan si hay una vida no digna de ser vivida ¿Cómo entender ahora el *bonum facere*? La estructura de los principios no resuelve por sí sola en tales situaciones, por la razón expuesta poco antes; esto es, el hecho del pluralismo afecta a la validez de principios de carácter «objetivo» o categórico. La clasificación de Kant sólo admitía dos tipos de principio: «Todos los posibles fundamentos de determinación de la voluntad son o meramente subjetivos, y, por lo tanto, empíricos, o bien *objetivos* y racionales»¹¹. Por lo ya indicado, los principios no objetivos y no categóricos presentarán una mayor ductilidad para la interpretación de casos difíciles.

9. Sobre el alcance de la responsabilidad en las decisiones sobre la muerte de alguien, que la haya solicitado con motivos, BEAUCHAMP, T.L., recuerda que existe no obstante un umbral, aún siendo éste un umbral de riesgo en toda ayuda a morir. La voluntariedad y la atención a las posibles consecuencias siguen siendo parte importante de la justificación, «Antwort auf Rachels zum Thema Euthanasie», en: SASS, H.M.: *Medizin und Ethik, op. c.*, pp. 265-286. También HOESTER, N.: «Tötungsverbot und Sterbehilfe», íbidem, pp. 287-293. NEUHAUS, G.A., se expresa también en términos de culpa y responsabilidad al reflexionar sobre la medicina intensiva, «Die Ethik der Intensivmedizin», en HÖFFE, O., KADELBACH, G.: *Praktische Philosophie/Ethik*, Fischer, Frankfurt, 1981, pp. 306-316.

10. RAPHAEL, D., insiste en que los dilemas que afectan a la vida y la muerte, pese a situarse en un nuevo contexto de posibilidades ampliadas, siguen siendo dilemas morales, no sólo dilemas médicos. «Life and Death: Medical Ethics and the Law», *ARSP*, Beiheft. 32, pp. 13-31.

11. KANT, I.: *Kritik der praktischen Vernunft*, en: *Werke*, Suhrkamp, Frankfurt, Bd. VII, &8, II, p. 152.

II

La compleja problemática que trae consigo la eutanasia cuestiona aquella jeraquización entre lo «subjetivo» y lo «objetivo» de la moralidad. No anula la necesidad de justificación racional, pero tal vez si algunos de los términos restringidos en que aparecía definida la racionalidad desde la Filosofía kantiana. Por así decirlo, el juicio moral modifica en parte sus funciones. En tanto facultad de juzgar, a la cual Kant atribuía nada menos que el potencial mediador, capaz de establecer nexos entre la teoría general y la práctica. Desde una perspectiva más reciente, de Ética postconvencional —según la terminología de L. Kohlberg¹²—, la discusión sobre el alcance de los derechos concernientes a la vida y a la muerte (aborto, eutanasia, reproducción asistida, ingeniería genética, experimentos con humanos, etc.) supondría, en primer lugar, el realizar un auténtico esfuerzo por ir más allá de pautas culturales no justificadas¹³. Es decir, implicaría considerar por igual los distintos puntos de vista. Ponerse en la situación ideal de «rol», gracias a la cual formular soluciones descontextualizadas y en términos universalistas, para casos de difícil resolución. Sin embargo, en ese nivel de universalidad se plantea aún como problemático, de un modo u otro, el equilibrio final entre el alcance de distintos principios. Para el caso, la autonomía y el respeto por la vida. Porque la universalidad sigue en la Ética postconvencional y universalista la línea de la moralidad, definida por Kant. Y ésta separaba con precisión las determinaciones empíricas, subjetivas, de las determinaciones racionales, objetivas.

Se trataba asimismo de una moralidad «negativa», en el sentido de no productiva —«...el efecto de la ley moral como motor es sólo negativo», «En sí, el deber no es más que la limitación de la voluntad...»¹⁴—. Tal objetividad correspondía, claro es, a una Moral desprendida de los intereses, circunstancias y afecciones del sujeto moral¹⁵. ¿Qué principios, qué tipo de deber podrían entonces orientar la voluntad, en los casos de eutanasia? Sin determinaciones empíricas, sin motivaciones, ¿podría hablarse de «aplicabilidad» desde aquellos principios racionales u «objetivos»? La perspectiva de los principios *secundarios* o subjetivos pone término al carácter absoluto de la moralidad, en la línea de

12. KOHLBERG, L.: «The Claim to Moral Adequacy of a Highest Stage of Moral Judgment», *The Journal of Philosophy*, 18, 1973, pp. 630-646.

13. «From Is to Ought: How to Commit the Naturalistic Fallacy and Get Away with It in the Study of Moral Development», MISCHEL, Th.: *Cognitive Development and Epistemology*, Academic Press, New York, 1971, pp. 151-235.

14. KANT, I.: *Kritik der Praktischen Vernunft*, p. 192, *Ueber den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, pp. 132-133.

15. Por el contrario, FERRATER MORA, J., defendía la tesis de que la vida, digna de ser continuada, ha de poseer tanto cualidades objetivas como cualidades subjetivas. FERRATER MORA, J., COHN, P.: *Ética aplicada*. Alianza, Madrid, 1981, pp. 93-107.

lo «comparativamente mejor»; en compensación, se refiere a normas, a cómo orientar las decisiones concretas en torno a la vida y la muerte. Debido precisamente a la «determinación empírica», «subjetiva» que Kant les atribuyó. En la *Crítica de la razón práctica* (LI, & 1), se denominaron «principios» a aquellas proposiciones que determinan universalmente a la voluntad. Tal universalidad los diferenciaba de los principios «subjetivos», que eran aquellos referentes a las condiciones que valen tan sólo para la voluntad de un sujeto. El carácter «objetivo» de la ley práctica procedía, en efecto, de su validez para todo ser racional. Es más, la capacidad de determinar la voluntad en términos universales constituía la garantía de los deberes o imperativos incondicionados, «categóricos». Que se diferenciaban de los deberes condicionados o «hipotéticos», correspondientes a lo comparativamente mejor —pero que en sí mismos podrían ser malos—.

¿Cómo hacerle lugar a algo así como una «muerte digna»? En el esquema kantiano había principios del primer tipo, cuya conciliación no resultaba del todo plausible. De hecho, la dignidad era presentada como un atributo de la «humanidad», que se realizaba dentro de toda existencia, y no dentro de una existencia individual —«...la humanidad en su persona tiene que serle santa»¹⁶—. De ahí que Kant rechazase el suicidio, como disponibilidad absoluta sobre la propia vida. Pero, de otro lado, también era explícito en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad. «Autonomía» era el principio supremo de la voluntad, tal como se definió en la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Este segundo principio ha cobrado un papel central en la justificación que hoy se intenta a favor de la muerte digna. Incluso algún autor ha empleado el término, más descriptivo, de «autonomotanasia»¹⁷. Hasta aquí se ha intentado mostrar que esta posibilidad requería de algún tipo de revisión teórica previa. Los argumentos de tipo kantiano sólo podrían operar en esta ocasión si «lo que debe valer» tuviera en cuenta también a un segundo tipo de principios, subjetivos. Para poder hablar no tanto del bien o el deber incondicionados, sino de lo comparativamente mejor —pese a que, en sí mismo podría ser malo—.

La mayoría de los argumentos sobre una «muerte digna» ejemplifican perfectamente esta tensión entre carácter relativo o absoluto de los principios. La misma terminología —el carácter «absoluto» o «condicionado»— conduce de todos modos hasta la tipología que Kant intro-

16. KANT, I.: *Kritik der praktischen Vernunft*. p. 210.

17. El término se refiere a la elección responsable de la propia muerte. Se enmarca en el conocimiento de sí, que lleva a regular las propia existencia, tal como explica RUBIO CARRACEDO, J.; «Autonomía para morir. Eutanasia y autonomotanasia», en *Ética constructiva y autonomía personal*. Tecnos, Madrid, 1992. pp. 292-307. Por su parte, CORTINA, A., centra la discusión sobre la eutanasia dentro de una Ética de mínimos, por entender que en ésta no sólo entrar en juego los proyectos de autorrealización, sino, sobre todo, el nivel de las garantías jurídicas; *Ética aplicada y democracia radical* Tecnos, Madrid, 1993, pp. 241-251.

dujo para la racionalidad práctica. Así pues, de una parte la moralidad postconvencional, de raíz kantiana, permite enfocar la reflexión más allá del nivel de las pautas vigentes, e incluso más allá también de las normas de la pura reciprocidad. En el nivel superior, sin embargo, los principios pueden entrar en concurrencia, y así sucede en el caso de la dignidad en la muerte o el respeto a la vida. Ahora bien, sucede que el planteamiento moderno, formalista y kantiano, subrayaba el valor de los principios absolutos o perfectos. La posibilidad de enfocar los casos difíciles, como lo es todo aquello que afecta al momento y condiciones de una muerte digna, desde principios secundarios —o «deberes incompletos», como también los denomina G. Nunner-Winkler¹⁸, para diferenciarlos de los «deberes completos» o «negativos»—, mostraría una alternativa. Pero sin romper por ello con las líneas fundamentales, por las cuales se ha venido definiendo la Ética moderna. Ph. Foot¹⁹ ya hizo notar, en su momento, que el problema de la eutanasia había de ser tratado en términos de equilibrio, entre lo malo y lo bueno. En cuanto a los principios, se inclinaba por una moralidad con reglas hipotéticas de conducta. No ha dejado de ser considerable el papel de este tipo de principios, al menos por lo que concierne al razonamiento práctico sobre «lo que es el caso».

III

El cambio de enfoque en la Filosofía moral, durante un tiempo orientada preferentemente hacia cuestiones de *fundamentabilidad*, incluye ahora sin reservas a estas otras cuestiones, de *aplicabilidad*. «Lo que debe valer» se aproxima de alguna manera a «lo que es el caso», incluso para hacer su crítica. Como, por ejemplo, cuando se diluyen los dilemas morales en los términos más funcionales de «políticas terapéuticas»²⁰. Establecer las condiciones para el razonamiento práctico no representa, pues, una tarea excluyente con respecto a la pretensión, más modesta, de solucionar algunos desacuerdos prácticos²¹ en temas

18. La propuesta de esa autora responde a una versión más débil o limitada del universalismo en Teoría moral. NUNNER-WINKLER, G.: «Ein Plädoyer für ein eingeschränkten Universalismus», en: EDELSTEIN, W., NUNNER-WINKLER, G.: *Zur Bestimmung der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, pp. 126-144. Con anterioridad, D. ROSS había propuesto los deberes *prima facie* como deberes condicionados, *The Right and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 19-20.

19. *Virtues and Vices*, Blackwell, Oxford, 1978, pp. 33-61, 157-173.

20. Terminología que recoge DE CERTEAU, M., «L'Innomable: mourir», en: *L'invention du quotidien*. Gallimard, París, 1990, pp. 276-287.

21. Sobre las perspectivas para cerrar el serio desajuste que se ha venido produciendo entre Ética de fuerte orientación teórica y, de otra parte, la Ética aplicada como eficacia frente a una nula eficacia, FOX, R.M., DE MARCO, J. P.: «The Challenge of Applied Ethics», en: DE MARCO, J.P.: *New Directions in Ethics*, Routledge and Kegan Paul, London, 1986, pp. 1-18.

de especial relevancia. Incide sobre el modo en que los principios pueden ajustarse a casos determinados. La somera tipología de intervenciones sobre la vida, antes mencionadas, restringe no obstante la discusión de su posible justificabilidad a la *eutanasia voluntaria*. Los problemas de *eutanasia no voluntaria* deberían ampliar la información pertinente y especializada sobre «lo que es el caso», antes de proceder a su valoración moral y, sobre todo, antes de proceder a indicar las garantías jurídicas al respecto. Debería tenerse presente que en algunos contextos y épocas, trágicos, el término «eutanasia» sirvió para designar prácticas de exterminio²². En todo caso, la tesis de que, al menos en lo que concierne a la legislación, la eutanasia voluntaria debe ser regulada a partir de ciertas restricciones importantes tiene cabida tan *sólo* dentro de un marco teórico, que contemplase la posibilidad de un sistema alternativo al de los principios objetivos o categóricos.

Ha de pensarse, pues, dentro de una teoría que acuda a los principios subjetivos o secundarios y, en general, a una noción de moralidad que asuma su parte de relevancia en el ajuste entre la universalidad y lo más concreto; junto a las cuestiones de validez general, propias de la racionalidad práctica. En fin, se trataría de una moralidad en términos «razonables»²³. En este sentido, tampoco agota las posibilidades del tema un planteamiento en términos más fuertes; por ejemplo, en términos de sujetos maduros, racionales, capaces de establecer por sí mismos las condiciones para terminar su vida de forma digna. Otros casos, las excepciones²⁴, indican que la eutanasia responde con alguna dificultad al principio de universalidad, pues también concierne a decisiones de o sobre sujetos no racionales, no capaces de determinar cómo conducir y terminar su vida. Por una parte, en nombre de la autonomía, se entiende que se haya de extender la dignidad desde la vida hasta la muerte. De otra, sin embargo, las posibles excepciones indican la conveniencia de atender también a la probabilidad de consecuencias no deseables y, por lo tanto, dentro de un tipo de razonamiento que se instala en los términos secundarios, más rebajados e hipotéticos. Si nos limitamos a lo concerniente a la eutanasia voluntaria, la corrección del enfoque kantiano se traduce, en fin, en una noción algo menos categórica de «humanidad» y de «dignidad», en nombre de la autonomía. Y

22. LEIST, A: «Diskussionen um Leben und Tod», en *Um Leben und Tod*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990, pp. 9-72.

23. En otro lugar, he aplicado el concepto de razonabilidad, LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.: *Ética, Procedimientos razonables*, Novo Seculo, Iria Flavia, 1994, pp. 1542.

24. TUGENDHAT, E., no eludía la pregunta por la eutanasia como parte de un «trato humano» a menores que no pudiesen decidir por sí mismos, y se hallasen en condiciones extremas, *Das «Euthanaiseproblem und die Redefreiheit»*, op. c., pp. 94-97.

sitúa el debate en el ámbito de lo comparativamente mejor, puesto que la eutanasia *no* corresponde a un bien incondicionado.

Por lo tanto, la apelación a la autonomía puede seguir conformando a las opiniones no terminantes en torno a la eutanasia voluntaria. Este principio entra en los argumentos de quienes, como F. Tomás y Valiente²⁵, apoyan la validez de peticiones expresas e inequívocas de ciertos enfermos sin expectativas de cura; a fin de eximir de responsabilidades a quienes colaborasen en la muerte voluntaria de tales enfermos. El testimonio insoslayable e impresionante del enfermo tetrapléjico, quien ha solicitado repetidamente en los tribunales la ayuda necesaria para terminar con su vida —«buscar una salida»²⁶, dice—, pone en primer plano la existencia de una jerarquía de principios: libertad del individuo, derecho a la muerte digna. Jerarquía en la cual la vida digna *no* puede separarse de la efectividad de una serie de condiciones, como que «el sufrimiento crea sufrimiento». En lo esencial, la línea argumental básica dice que, en sujetos reflexivos y conscientes del alcance de su voluntad, no se han de limitar las decisiones por lo que se refiere al final de la propia vida, como liberación del dolor indigno. Siempre y cuando la salvaguarda de tal voluntad, expresa y plenamente consciente, estuviera acompañada de todas las cautelas pertinentes al caso.

Tal vez sea bastante inapropiado hablar de un «derecho»²⁷ a morir. Tampoco comportaría obligaciones específicas, pese a que en las decisiones sobre la muerte en casos extremos intervengan sentimientos tales como la compasión ante el sufrimiento degradante. Pero, en aras de posiciones suficientemente razonables sobre la eutanasia, la discusión habría de acompañar a la defensa de los principios, sobre el respeto a la vida o la dignidad de la existencia autónoma, una indicación expresa y cuidadosa de esas cautelas que protegerían a los potenciales afectados. Sobre todo, para situaciones de eutanasia involuntaria. En todo caso, ajustando el criterio de universalidad a las circunstancias y prácticas, en las cuales la muerte voluntaria sí parece constituir la prolongación de un modo de vida digna «Lo que es el caso», al lado de «lo que debe valer». Sólo que ese posible ajuste tendría lugar con los principios «subjetivos» o secundarios, y no resulta posible con los principios o bienes de tipo absoluto. Esta solución significa, no obstante, haber optado antes por una determinada noción de *moralidad*; den-

25. TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Por sí acaso», *El País*. 10 diciembre, 1994, p. 11.

26. Las declaraciones de SAMPEDRO, R., *El Mundo*. 24 diciembre 1994, p. 12.

27. MAY, W., recuerda que, por lo general, asociamos «derechos humanos» a derechos positivos en el ámbito social, cultural y político. Las tradiciones occidentales, teológicas, legales y médicas no consideran en su mayoría el «derecho a morir». La situación se plantea ahora de nuevo, a causa de los procedimientos invasivos que, al menos como posibilidad, están al alcance de las técnicas empleadas para cuidar y prolongar la vida «The Right to Die and the Obligation to Care: Allowing to Die, Killing for Mercy, and Suicide», en PURTILL, R.L.: *Moral Dilemmas*. Wadsworth, Belmont, 1985, pp. 103-115.

tro de la cual los intereses y motivos del agente, como sujeto, tienen tanto valor como los deberes que Kant definía como «objetivos», categóricos. Por lo tanto, no se trataba tan sólo de resolver la concurrencia de principios, sino de algo más complejo. Pues las posiciones que pueden cristalizar en torno a la eutanasia evidencian en modo rotundo hasta qué punto afectan a la misma teoría aquellos criterios, no coincidentes, sobre el bien y el deber. Y, en fin, sobre la misma moralidad.

Límites, notas y garantías de los Derechos
fundamentales. La Sentencia 215/94 (TC) sobre la
esterilización de los incapaces que adolezcan de grave
deficiencia psíquica

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

I. INTRODUCCION

No hay una línea claramente definida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza y límites del derecho a la vida y de los actos que implican disposición del propio cuerpo; por el contrario, siguiendo la distinción establecida por Ruiz Miguel se perfila una doble dirección consistente en afirmar la disposición del derecho sujeta a ciertas limitaciones en el conflicto interpersonal donde los titulares de derecho son dos sujetos distintos (en los casos de Aborto, si se acepta que hay dos sujetos de derechos, y en el presente de esterilización), y en proclamar, por el contrario, la indisponibilidad del derecho cuando se trata de un conflicto individual que se plantea entre los derechos del propio individuo,¹ (el caso de los Grapo), quedando

1. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, Revista del CEC, n.º 14, enero-abril 93, pp. 135-165. ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*, en IPD, n.º 9/90, pp. 31-41. El más reciente y documentado estudio es el de JUANATEY DORADO, C., *Derecho. Suicidio y Eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994.

pendiente la cuestión de la Eutanasia ².

El tema, es de suma importancia; no sólo por la entidad de los bienes y valores que están en juego, el de la integridad física, y *a fortiori*, el de la vida, que en última instancia constituye para algunos la condición de existencia de los derechos, sino también porque afecta a las creencias y convicciones personales. Advertiré que voy a tratar el tema desde el «Cabo de Hornos» de la Ciencia jurídica que supone la distinción entre Derecho y Moral como órdenes normativos claramente diferenciados ³, distinción que no es separación absoluta, pero tampoco confusión; por tanto, teniendo en cuenta que el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral, analizaré la Sentencia desde un punto de vista jurídico cuya referencia última será el texto constitucional. Ello exige, de acuerdo con De Páramo la aceptación del punto de vista interno sin cuyo concurso no puede explicarse la relevancia constitucional de un principio que por evidente no deja de ser obvio: la supremacía de la Constitución y la vinculación directa sobre los Jueces y Tribunales (arts. 9.1 CE y 5.1 LOPJ) ⁴, y sitúa el análisis de la Sentencia, entre los límites de la moralidad legalizada que define la Constitución en los valores superiores (art. 1.1.), con especial referencia a la libertad e igualdad, sin olvidar, *de lege ferenda*, el de la solidaridad, y en los derechos del art. 10 ⁵ que informan el Título I, y los de la moralidad crítica que incluye la tolerancia, ⁶ no en su concepción débil de conmiseración o padecimiento del mal ajeno, que niega el *status* de derecho respecto a lo que se tolera ⁷, sino en el sentido fuerte que parte del respeto al otro, considera el objeto a tolerar como un bien y añade un plus al reconocimiento del derecho a la disidencia ⁸ y a la diferencia, de quienes por las razones justificatorias de índole moral, religiosa,

2. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Problemas de la Eutanasia*. SISTEMA 106/92, pp. 81-107. CALSAMIGLIA, A., *Sobre la Eutanasia*, DOXA, 14/93 pp. 337-358, y PECESBARBA MARTÍNEZ, G., *Notas sobre la problemática ético-jurídica de la Eutanasia*, texto mecanografiado.

3. Sobre la relación Derecho Moral, cfr. ACFS n.º 28/88, y DOXA 8/90. Más reciente, LAPORTA, F.J., *Entre el Derecho y la Moral* México, Fontamara ed., 1993.

4. Cfr. DE PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*, en REDC, n.º 22/88, pp. 88-119.

5. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los Derechos Humanos*, en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*. Madrid, Univ. Compl. 1988 (3.ª ed.º), pp. 205 a 209.

6. Cfr. BOBBIO, N., *Las razones de la tolerancia*, en *El Tiempo de los Derechos*, trad. de R. de Asís Roig. Madrid, Sistema, 1991, pp. 243 a 256. LÓPEZ CALERA, N.M., *Derecho y tolerancia*, en *Jueces para la Democracia*, n.º 2-3/92, pp. 3 a 8.

7. Cfr. DE LUCAS, J., *¿Para dejar de hablar de tolerancia?*, en DOXA 11/92, pp. 117-126. Sobre la tolerancia, cfr. DOXA 11/92, con artículos de DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

8. Cfr. DE LUCAS, J., *Sobre la desobediencia civil en España. Algunos equívocos. un sofisma y una propuesta.*, en IGLESIA VIVA, n.º 173/94, pp. 447-462.

humanitaria u otras), discrepen. El análisis de la Sentencia muestra cómo el concepto de Justicia en nuestro ordenamiento consiste la conjunción entre tolerancia y solidaridad (J. de Lucas-Peces-Barba)⁹, de un lado, en el reconocimiento, garantía y protección de derechos de las minorías¹⁰ (J. de Lucas-L. Prieto)¹¹, de otro, y en todo caso, en la satisfacción de las necesidades básicas y radicales (Añón)¹².

La Sentencia 215/94 del Tribunal Constitucional (BOE n.º 197 de 18/VIII/94, pp. 29 a 41) que declara la constitucionalidad del art. 6 de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio de actualización del Código Penal en la parte del mismo que da nueva redacción al artículo 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, es importante por varias razones¹³.

En primer lugar porque constituye la última declaración del Tribunal acerca de la naturaleza, límites y garantías de un derecho tan fundamental como es el de la disposición de nuestro propio cuerpo. En segundo lugar, porque contribuye a la formación de un *corpus* de doctrina jurisprudencial en el que se perfila el carácter limitado y relativo de derechos que antes parecían absolutos. En tercer lugar, porque se afirma por primera vez, un derecho de autodeterminación de la persona sobre órganos de su propio cuerpo y se confiere relevancia al consentimiento respecto de las lesiones, reconociendo implícitamente, como advierte un sector de la doctrina, la inconstitucionalidad del art. 409 del

9. Cfr. DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad* México, Fontamara, 1993, y PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Seguridad jurídica v solidaridad como valores de la Constitución española*, en *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, pp. 284-320. AÑÓN ROIG M.ª J., *Un punto de vista sobre la solidaridad: A. Camus «o esto es asunto de todos»*, en el libro homenaje al prof. J.M.ª Rojo, (en prensa), y GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Solidaridad y derechos de las minorías en AAVV Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Fundación ONCE, 1994, pp. 147-161.

10. Cfr. DE LUCAS, J., *Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa*, en RCEC n.º 15/93, pp. 97-128. Del mismo autor vide, *El reconocimiento de los derechos ¿camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)*, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, BOE, 1/93, pp. 261-280. PRIETO SANCHÍS, L., *Igualdad y Minorías*. Ponencia presentada al II Seminario Internacional, *La integración de las minorías como problema jurídico y político en la Europa comunitaria*. Valencia, marzo, 1994. Texto mecanografiado. Del mismo autor, en relación con la libertad religiosa, vide, *Las minorías religiosas*, en AAVV *Derechos de las minorías v de los grupos diferenciados*, cit., pp. 1-17.

11. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid, Tecnos, 1992, caps. I, y II. Del mismo autor, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994, cap. 3.

12. Cfr. AÑÓN ROIG, M.ª J., *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid, CEC, 1994, cap. V, pp. 259-323.

13. Cfr. CHOCLAN MOTALVO, J., *La esterilización de disminuídos psíquicos en la doctrina del Tribunal Constitucional en Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 164/94 pp. 1-6. Con anterioridad a la reforma SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La esterilización de los disminuídos psíquicos* Barcelona PPU, 1988.

Código penal y del art. 149 del Proyecto de Código Penal de 1992¹⁴. Y, finalmente porque se confirma un *iter* legislativo que recoge los avances de la ciencia médica y la genética, limitando el viejo dogma de la indisponibilidad de la vida y del propio cuerpo¹⁵.

II. LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA CREACION JUDICIAL DEL DERECHO

El Titular del Juzgado n.º 5 de los de Primera Instancia de Barcelona en respuesta a la demanda en que los padres de una incapacitada aquejada del síndrome de Down solicitan su esterilización mediante la ligadura de las trompas de Falopio, plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley Orgánica de 21 junio 89 en la parte en que autoriza la esterilización de los deficientes psíquicos mediando el consentimiento de sus representantes legales, (art. 428 CP) en relación con el art. 15 de la Constitución, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, por si la esterilización pudiera constituir alguno de estos supuestos.

Recordando algunas ideas expuestas en otro lugar¹⁶, la cuestión de inconstitucionalidad es un procedimiento que media entre el ejercicio difuso del control de constitucionalidad de las Leyes por parte de cualesquiera órganos jurisdiccionales (modelo norteamericano) y el sistema de jurisdicción concentrada, que siguiendo parcialmente el modelo de Kelsen, establece nuestra Constitución; el principio de eficacia directa obliga a los órganos jurisdiccionales al examen previo de la presunta inconstitucionalidad y, en su caso, a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional¹⁷. Este recurso permite apreciar las virtudes de un juez diligente e inquieto, y muestra cómo paulatinamente se va superando la concepción mecanicista y la figura del juez automático e irresponsable, (la boca muda que pronuncia las palabras de la ley), que cede el paso al juez constitucional, independiente y a la vez comprometido con el sistema de normas valores y principios que informan el

14. Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Delitos contra las personas (continuación). Auxilio e Inducción al Suicidio. Homicidio Suicidio*, en VIVES ANTÓN, T., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch ed., 1993, pp. 556-559.

15. Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I) y (II)* en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.ºs 132 y 133.

16. Cfr. VIDAL GIL, E.J., y MARTÍN MORÓN, M.ª T., *Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente «more uxorio» en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista General de Derecho* n.º 586-587, julio-agosto 1993, pp. 6895 a 6927.

17. Cfr. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987, (1.ª ed.), pp. 69 y ss.

ordenamiento jurídico El análisis muestra la diferencia entre los casos fáciles como presuntamente pudiera ser el que nos ocupa puesto, que hay una norma directamente aplicable al supuesto de hecho, los casos difíciles, y aún, los casos trágicos, y señala el alcance y límites que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la creación judicial del derecho¹⁸, que no se encuadra en las concepciones antiformalistas, ni conlleva la adopción del irracionalismo tan próximo a las llamadas escuelas «libres» que como advierte Cattaneo, siguiendo a López de Oñate, liberan al juez pero someten al ciudadano al que se le priva de la protección de la ley general y abstracta¹⁹. Tampoco supone, por el contrario, rendir tributo alguno al legalismo sino preservar la seguridad jurídica que no implica inmunidad al cambio ni observancia estricta de los derechos adquiridos cuya defensa a ultranza, según una reiterada jurisprudencia constitucional no casa con la filosofía de la Constitución ni responde a las exigencias acordes con el estado de derecho (STC 27/81, fdo., jdc., 10.º), sino que constituye una garantía de que los cambios se realizarán conforme a las reglas del ordenamiento La seguridad jurídica responde «a la armonización de los aspectos materiales y formales de la seguridad con los demás valores y principios constitucionales, especialmente con la justicia, libertad e igualdad ponderando su significado en un estado social y democrático de derecho en el que no cabe como un factor de inmovilismo jurídico antinómico respecto de esos valores»²⁰. La creación judicial del derecho supone, siguiendo a Kelsen que la sentencia es un acto de voluntad y da lugar a la creación de una nueva norma, pero también significa, de acuerdo con Bobbio y Hart que el ordenamiento tiene una textura abierta, que hay zonas de penumbra que deben ser resueltas por el juez (art. 1.7 del T.P. CC) y que en tiempos como el presente de cambio social, el jurista realiza su trabajo en un sistema normativo abierto del que debe colmar sus lagunas y resolver sus contradicciones, en el marco de una sociedad en transformación, siendo el derecho una variable dependiente del sistema social²¹.

18. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La creación judicial del derecho desde el 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, *Ideología e interpretación jurídica* Madrid, Tecnos, 1987, caps. IV y V.

19. Cfr. CATTANEO, M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, ed. di Comunità, 1966, p. 193. El texto de LÓPEZ DE OÑATE, F., en *La certezza del Diritto*, Roma Tipografía costituzionale nazionale, 1942, pp. 109 y ss.

20. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*. Barcelona, Ariel Derecho, 1991 pp. 27 y ss. Vide también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho*, en *ADHs* 6/90, pp. 216- 229, ahora en *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, pp. 261-279.

21. Cfr. BOBBIO, N., *Derecho y Ciencias Sociales*, en *Contribución a la Teoría del Derecho* ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Madrid, debate, 1990, pp. 219-231. Cfr además, FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Trad. de J. de Lucas y M.ª J. Añón, Madrid, Debate, 1989, caps. IV-VIII.

III. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LA FUNCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El fondo del problema viene determinado por el concepto de interpretación consitucional y por la función que el Tribunal tiene en nuestro sistema. Superado el carácter de documento político que tuvo las Constitución en un primer momento, y afirmado su carácter de norma jurídica directa e inmediatamente aplicable, se impone la necesidad de interpretar conforme a derecho, la norma jurídica que es la Constitución. La interpretación, salvado el viejo principio *in claris interpretatio non fit*, cuyo verdadero significado como señala Prieto, no es el de excluir la hermeneútica de la norma cuanto el de reforzar el principio de jerarquía normativa, mostrando la preferencia de la Ley sobre cualquiera forma de producción jurídica ²², no es ya, una operación subsidiaria, sino principal, que se da, *siempre* y no sólo en defecto de los términos «claros». La norma no es un dato inamovible sino un resultado, vinculado, porque la interpretación jurídica no es, como la literaria, libre, al que resulte de las reglas que rigen la interpretación y definen la dogmática jurídica, cuya utilidad y funcionalidad social positiva resulta de la observancia de las reglas y principios que impiden la arbitrariedad y limitan la actividad del intérprete, a saber: el principio del Legislador racional, el de sujeción a la Ley y/o el de justicia del caso, el de resolución de los conflictos entre reglas y el de la comprensión del derecho como sistema ²³.

Ahora bien, la interpretación de la norma suprema plantea como advierte Prieto ²⁴, algunas peculiaridades derivadas del objeto y la función del órgano que realiza la interpretación. Por lo que al objeto se refiere, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico (art.9.1) y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1. LOPJ). Como señala García de Enterría siguiendo a Zippelius, la Constitución constituye el contexto necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación ²⁵ y exige someter los

22. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pp. 82 y ss. Sobre la interpretación en general cfr. TARELLO, G., *L'interpretazione de la legge. Trattato di Diritto civile e commerciale* vol I, t. 2, Milano, Giuffré, 1980.

23. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Idelogía e interpretación judicial cit.*, Cap. II, pp. 82 y ss. Sobre la Dogmática jurídica, cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1988 (2.ª ed.), pp. 93 a 126.

24. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Notas sobre la interpretación constitucional*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9/91, pp. 175-198.

25. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, (1.ª ed.), pp. 102 y ss.

criterios hermenéuticos no siempre coherentes que contiene el art. 3.1 del Título Preliminar del Código civil, a los que derivan de la Norma suprema. Dicho en otras palabras, el Tribunal es el intérprete «de» la Constitución e interpreta el ordenamiento «desde» la Constitución²⁶. De ahí, que en este tema haya de observarse un especial cuidado en respetar el carácter jurídico de la Constitución y por consiguiente en observar su vinculación a las reglas que fijan los criterios hermenéuticos, sin perder de vista su fuerza normativa, en cuanto que de ella derivan los valores, principios²⁷ y reglas del sistema, teniendo en cuenta con Prieto que el intérprete ha de asumir que se halla frente a un sujeto libre, el legislador y que su tarea será más bien la de delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulte admisible o no arbitraria²⁸.

En segundo lugar, y por lo que a la función atañe, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1. LOTC), que vincula directa e inmediatamente a los Tribunales (arts.164 CE, y 5 LOPJ) cuya jurisprudencia habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (art. 40,2 LOTC). Desde el principio, advierte el Tribunal que sus sentencias, a diferencia de las del juzgador ordinario que declaran un vencedor en juicio, tienden a compatibilizar al máximo las posibilidades de interpretación a fin de acomodarlas al marco constitucional. Así lo declara en la Sentencia 11/81, cuando dice que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que quepan en él opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermeneúticos» (fdto. jdco. 7). Siguiendo a Howard Ball, advierte García de Enterría que por su peculiar naturaleza y función, el Tribunal Constitucional, a diferencia de los restantes órganos jurisdiccionales, debe presentar al pueblo las decisiones constitucionales «como un producto de la artesanía jurídica a partir de los principios constitucionales y no como *ukases*, como

26. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *La interpretación de la Constitución en Revista de las Cortes Generales*, n.º 1/84 pp. 83-132.

27. Sobre los principios cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, CEC, 1992. Vide, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *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.

28. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Notas sobre la interpretación constitucional*, cit., p. 177.

decisiones de poder que sólo podrían apoyarse en las inclinaciones personales de los jueces constitucionales, inclinaciones irrelevantes para el pueblo y que carecen de legitimidad para erigirse en motivos últimos de dichas decisiones»²⁹. De ahí, la exigencia moral de justificar el razonamiento y el deber jurídico de motivar las Sentencias que, como señala Prieto ya no manifiesta la debilidad del poder real y de los Jueces³⁰, sino que es una obligación legal (art. 120.3 CE), y un test de legitimidad de la función judicial, siendo, como apunta el Tribunal Constitucional, (S. 17-VII-81) no una elemental cortesía sino un requisito del acto de sacrificio de derechos, y, la exigencia, que proveniente del constitucionalismo norteamericano e introducida en nuestro ordenamiento merced a una enmienda del prof. Peces Barba, contiene el art. 90.2 de la LOTC, de incorporar los votos particulares al texto de la resolución en aras del principio de publicidad³¹ y de la mayor garantía de los derechos de los ciudadanos³². Como una garantía adicional, los fallos del TC no sólo han de ser racionales sino razonables, debiendo cumplir los requisitos de la racionalidad lógico formal y siendo ésta insuficiente, han de alcanzar el equilibrio entre exigencias contrapuestas, ser aceptables por la comunidad y superar los test teleológicos: el de la alternativa menos gravosa, y los de idoneidad y proporcionalidad³³

IV. ANALISIS DE LA SENTENCIA

IV.1. La argumentación del juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad

El juez promotor, aprecia una contradicción entre el tenor del art. 15 de la Constitución que protege el derecho a la vida y a la integridad física prohibiendo la práctica de tratos inhumanos y degradantes y el art. 6 de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho

29. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 236 y ss.

30. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Idelogía e interpretación judicial* cit. p. 116 y ss.

31. Cfr. DE LUCAS, J., *Acotaciones kantianas al principio de publicidad*, en *Dianoia*, 1/87, pp. 131-148. Del mismo autor *Democracia y transparencia. (Sobre poder, publicidad y secreto)* en *AFD*. VII/90, pp. 131-145.

32. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 235..

33. Cfr. ATIENZA, M., *Para una razonable definición de razonable*, en *DOXA*, 4/87, pp. 189-200. Del mismo autor *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid, CEC, 1991. DE LUCAS-VIDAL, *Una nota sobre interpretación constitucional*, en *Diez años de régimen constitucional*, (E. Álvarez Conde ed.), Madrid, Tecnos, 1989, pp. 14-23.

Código, que exime de responsabilidad penal por el delito de lesiones cuando medie el consentimiento del lesionado, como sucede en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. «Sin embargo, —y éste es el tenor de la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/89—, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Para el Juez, el consentimiento prestado por persona plenamente capaz, exime de responsabilidad. Ahora bien, en el caso de los disminuidos físicos y psíquicos como los incapaces, que por su propia situación no pueden prestar consentimiento alguno, la autorización estatal de una medida como la esterilización, aún limitada a los padres (reparese en que no se extiende al representante legal), le parece claramente excesiva. Constata un hecho que, afortunadamente, hoy, ya es obvio: el disminuido psíquico no es ya un *untermenschen*, sino que como persona que es, tiene los mismos derechos que los demás ciudadanos, y entre ellos el de ser respetado³⁴, pero infiere unas conclusiones erróneas, porque la práctica de políticas eugenésicas como las que históricamente se dieron en Estados Unidos (por cierto avaladas por el juez O. Wendell Holmes y practicadas en el tristemente célebre Sanatorio Lynchburg (Virginia), y más tarde en la Alemania Nazi)³⁵, no tomaban en consideración el respeto a estas personas sino «razones» (sic), de interés general, (lo que nos debería llevar a repensar sobre las consecuencias que puede tener fundamentar exclusivamente los derechos en la teoría del interés) basadas en políticas racistas de «prevención de salud» (sic). Es, por tanto, errónea la confrontación que el instructor establece entre la norma en cuestión y el art. 49 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos puesto que no responde a ninguna política de contenido eugenésico como las descritas, ni establece medidas de prevención

34. Cfr. FELIÚ REY, M.I., *La protección de los disminuidos psíquicos*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, cit. pp. 201-222, y DE LORENZO GARCÍA, R., *Los derechos de los minusválidos físicos y sensoriales*, vol. cit., pp. 235-266.

35. Cfr. *Voz Eugénica*, en *Novissimo Digesto Italiano*. t. VI, Milan, UTET, pp. 1037-1039 y el apartado *L'Euthanasieprogramm* de la voz *Eutanasia*, *Enciclopedia Giuffré*, t. XVI, p., 103-114.

(contra las quisiera advertir por su peligrosidad y falta de garantías), sino de previsión que son cosas absolutamente distintas, y porque el espíritu de la norma no es anular la personalidad ni eliminar al deficiente psíquico, (cuya vida como decía Binding carecía de valor vital, siendo muertos espirituales —*geistige töten*—) sino obligar a los poderes públicos a facilitar, mediante medidas positivas el goce de sus derechos (individuales sociales y/o de solidaridad) ³⁶, en la forma más amplia posible, dentro de los mandatos y límites de los arts. 10,1,1,1,2 y 14 al 53 de la CE. El bien jurídico protegido no es sólo el derecho a la sexualidad cuya existencia cuestiona el Juez proponente, sino en todo caso, el derecho, este sí plenamente reconocido en la Constitución y en los textos internacionales, al libre desarrollo de la personalidad, del que la sexualidad es una manifestación más. Concluye su argumento con una consideración en torno de la posibilidad de practicar el aborto y de los riesgos que comporta la sexualidad (Sida, enfermedades venéreas) en las que no vamos a entrar, y afirma que la «esterilización de los incapaces es una medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física constitucionalmente protegida».

IV.2. Los argumentos del Fiscal General y del Abogado del Estado

En cuanto defensor de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley (art. 124.1 CE), el Fiscal General, no cree como el juez proponente, que la esterilización sea una práctica eugenésica, sino tan sólo un derecho de disposición de una parte del propio cuerpo que voluntariamente se puede ejercer mediante el consentimiento válidamente expresado. Rechaza la afirmación del juez de que la esterilización constituya un trato degradante, siempre que se realice de acuerdo con lo que la Constitución y las Leyes ordenan; su intervención que de acuerdo con la Circular FGE n.º 1/95, deberá estar inspirada por el criterio del mayor interés y bienestar del incapaz; por tanto, deberá oponerse a las esterilizaciones contrarias a estos intereses que vulneren el derecho del disminuido psíquico a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad ³⁷ Advierte que en nuestro ordenamiento hay ciertos «autoatentados» a la integridad corporal que no constituyen delito por mediar el consentimiento, o ser válidamente manifestado por quienes suplan la voluntad y el interés del incapaz; en consecuencia, no se puede afirmar que estas prácticas constituyan un ataque a la integridad física y moral de la persona afectada, concluyendo que «el legislador ha considerado que, en estos concretos casos (transplantes, esterilización

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

37. Cfr. CHOCLAN MONTALVO, *La esterilización de disminuidos psíquicos en la doctrina del Tribunal Constitucional*, art. cit., p. 6.

y cirugía transexual), existe disponibilidad de la persona sobre su indemnidad física». El punto clave es si la regulación del art. 428.1 del CP y en definitiva el problema de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones del que «es sin duda uno de los peores artículos del CP español»³⁸ y advertido sobre su inconstitucionalidad sobrevenida, tiene justificación, pues se opone al mandato del art. 428.2 cuando dice que la esterilización tiene necesariamente que ir precedida del consentimiento válido de persona capaz, y si es proporcional al fin perseguido.

El Abogado del Estado recuerda que el precepto cuestionado no se refiere a todos los incapaces sino tan sólo a los civilmente declarados como tales que adolezcan de grave deficiencia psíquica. La declaración civil de incapacidad es, condición necesaria e insuficiente para solicitar la esterilización. El fin de la norma es el de evitar la procreación, y dado que la vigilancia permanente que indica el Juez proponente es imposible y que el recurso al aborto (en el caso que fuera posible pues no todo acceso carnal con un enajenado es constitutivo de violación, art. 429.2 CP), sería más traumático que el de la esterilización, la esterilización, practicada con todas las garantías, está justificada.

El problema se centra en la prestación del consentimiento, que como sucede en el supuesto del art. 428.2 del CP., dada la trascendencia de la medida a consentir y para asegurar que redunde en beneficio del deficiente, requerirá de la autorización judicial. El juez deberá contar con el concurso de dos especialistas, y el incapaz adolecer de un grave deficiencia psíquica, y realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal. El concurso y verificación de todas estas condiciones y el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y garantías que la Ley establece avalan para el Abogado del Estado la constitucionalidad del precepto.

IV3. El razonamiento del Tribunal Constitucional

En el primer fundamento jurídico, ya advierte el Tribunal que su función ha de limitarse a despejar la duda de la inconstitucionalidad que se le plantea y que está referida a si la norma cuestionada se opone al derecho fundamental proclamado en el art. 15 de la Constitución. El núcleo de la cuestión planteada afecta «a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces por una autorización judicial, que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona

38. Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Delitos contra las personas (conclusión). Lesiones en AAVV*, (E. ORTS, coord)., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch ed, 1994, pp. 279 y ss.

incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del CP para las personas capaces».

El Tribunal parte de un hecho indiscutible: los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos, lo cual no sólo viene dado por el tenor literal de nuestra Constitución cuyo art. 15 dice «todos», sino por la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (Asamblea General de las Naciones Unidas de 20/XII/71), que en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Constitución y en el 1.5 del TP del Código Civil forman parte del derecho interno, siendo de aplicación directa e inmediata. Del derecho que toda persona tiene a ser respetada, el Juez proponente infiere, erróneamente, para el Tribunal, la inconstitucionalidad del art. 6 de la LO 3 /89, cuando afirma «hemos de partir de un hecho fundamental: toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de la persona mentalmente retrasada». En este punto radica, en mi opinión, el vicio del razonamiento del juez instructor. Una cosa es la política de esterilización por razones eugenésicas racistas y xenófobas que se llevó a cabo en Estados Unidos y en Alemania, y otra muy distinta la medida que aquí se propone. Entre otras razones, por realizarse en el marco constitucional conforme a las normas valores y principios que lo informan, por la exigencia del consentimiento y por las garantías que en todo momento acompañan el proceso. Y porque a mayor abundamiento y para evitar la procreación, no se puede descartar la licitud jurídica y aún moral de la medida si pensamos que la paternidad no es sólo un hecho fisiológico, sino que implica el cumplimiento de derechos y sobre todo deberes (39.3 CE) y funciones (154 CC) que difícilmente los deficientes psíquicos pueden asumir. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no hay derechos absolutos sino resistentes³⁹. También el derecho al matrimonio y a la procreación (art. 32.1 y 2 CE) tienen sus límites⁴⁰; tanto el ordenamiento civil (arts. 44 y 73.1 CC) como el eclesiástico establecen impedimentos para contraer matrimonio, a determinadas personas (Canon 1095, 1, 2 y 3) sin que ello constituya una política eugenésica con las connotaciones negativas que el Juez proponente parece inferir. Parece cuando menos aventurado pensar con el Juez proponente que la esterilización sea una medida que necesariamente, y siempre, constituya un trato inhumano o degradante. A mayor abundamiento y en aras del principio de igualdad, si las personas capaces pueden disponer voluntariamente de sus órganos, no se ve por qué razón se debe negar tal disposición a las

39. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990 pp. 83 y ss.

40. Cfr. ROCA TRÍAS, E., *La celebración del matrimonio en AAVV, Derecho de Familia*, (V.L. Montés coord.) Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 47 y ss.

incapaces; si falta el consentimiento, y si éste se suple con todas las garantías no parece que en principio haya inconveniente en admitir la licitud de la medida. En mi opinión la cuestión está mal planteada, pues no se trata de esterilizar indiscriminadamente como lamentablemente se hizo en otro tiempo, sino en plantear si ésta se realiza con las debidas garantías y guarda proporción al fin que se persigue.

IV.3.1. *El núcleo de la cuestión*

Para el TC consiste en «la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por el incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma función despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del CP para las personas capaces».

La Sentencia 215/94 rompe con una línea jurisprudencial que quizás con algún exceso había sentado en el fundamento jurídico 3.º de la Sentencia 53/85 cuando dice que «el derecho a la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Creo que esta declaración ha sido certeramente criticada por conferir prioridad a este derecho y correlativamente en la S 120/90, a la negación del derecho a una muerte digna, sobre el valor de la libertad⁴¹ que recordémoslo es un valor superior del ordenamiento jurídico, configurando una tradición paternalista⁴² de difícil justificación. Frente a esa línea, la Sentencia declara rotundamente en su fdo. jdco. 2.º: «el supuesto planteado en el presente caso, no estimar punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, no plantea realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto arranca de que el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de esterilización»; y en la misma línea declara acto seguido «admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en este supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del

41. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, art. cit., pp. 135-165. Vide además, ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO*, en TPD, n.º 9/90, pp. 31-41.

42. Cfr. DOXA, 5/89, con artículos de GARZÓN VALDÉS, DIETERLEN, CAMPS, ATIENZA y DE LUCAS. Vide también ATIENZA, M., *Paternalismo y Consenso*, en J. Muguerra, y otros. *El Fundamento de los Derechos Humanos*. G. Peces-Barba, ed., Madrid, Debate, 1989, pp. 81 y ss.

CP —transplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la Ley y cirugía transexual— según la reforma de 1983». Con estas palabras, el TC admite, por primera vez, la autodeterminación de la persona respecto a su propio cuerpo y quiebra el principio general de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones, de dudosa constitucionalidad como afirma un importante sector de la doctrina penal⁴³ para reconocer, frente a la tradición jurídica paternalista, la capacidad de disposición de algunos órganos del propio cuerpo. El Tribunal rompe con el *corpus* jurisprudencial expuesto en las STC 53/85 y 120/90, y afirma en la línea del voto particular emitido por el Magistrado Sr. Leguina Villa en la S.120/90, la prioridad de un derecho general a la libertad y la autonomía de la voluntad del individuo «consistente con Mill⁴⁴, en tomar por sí sólo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás». Creo que esta alteración de la doctrina merece por su importancia una fundamentación suficiente y razonable que el TC, como denuncia M. Gascón, apartándose de sus precedentes, elude⁴⁵. Estoy de acuerdo con Juanatey⁴⁶ cuando define el derecho a la vida como un derecho de libertad positiva y de disponibilidad relativa que conlleva su inalienabilidad en sentido débil, y también con Gascón⁴⁷ cuando señala que la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida constituiría un paternalismo injustificado. El Tribunal parece reconocer la existencia y primacía de un derecho general a la libertad que fundamentado (Prieto) en el art. 16.1⁴⁸, o en el 17.1 (Ruiz Miguel)⁴⁹ actuaría como norma de clausura del sistema y conllevaría la presunción de inconstitucionalidad de las normas que injustificadamente restrinjan las libertades. *A fortiori*, si esto vale para el derecho a la vida con mayor razón deberá valer para la disposición de órganos del propio cuerpo, cuya licitud reconoce y avala el TC.

43. Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J.C., *Delitos contra las personas. (Conclusiones). Lesiones. en Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, (3.^a ed.), 1990, pp. 594 y ss.

44. Sobre MILL, cfr., la excelente Tesis Doctoral de J., GARCÍA AÑÓN, *La teoría de la justicia y los derechos morales en T.S. Mill*. (J. de Lucas director), Valencia, 1994.

45. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 63 y ss.

46. Cfr. JUANATEY DORADO, C., *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, *op. cit.*, pp. 371 y ss.

47. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Problemas de la Eutanasia*. Sistema 106/92, pp. 81-107, CALSAMIGLIA, A., *Sobre la Eutanasia*, DOXA, 14/93 pp. 337-358, y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Notas sobre la problemática ético-jurídica de la Eutanasia*, texto mecanografiado.

48. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 160 y ss.

49. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, *art. cit.*, pp. 147 y ss.

En este contexto y a la vista de lo dispuesto por los arts. 49 CE, y 1.º de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, el problema no es la vulneración del art. 15 cuanto «precisar si el derecho a la autodeterminación (cuya existencia ratifica el tribunal) que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido».

IV.3.2. *Examen de las garantías legalmente establecidas*

Considera inexcusable el TC la intervención judicial, como la «única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que dotada de independencia e imparcialidad reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión».

La autorización judicial sólo procede a instancia de parte mediante solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, y presupone la previa declaración civil de incapacidad. Su necesaria intervención «asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos» mientras que la autorización del Juez, «garantiza que no responderá a intereses espúreos de los referidos representantes». Advierto aquí de la existencia de problemas graves que se verán en los votos particulares.

Niega el TC que el juez, como alega el proponente se vea forzado a autorizar la medida de esterilización, puesto que la solicitud aún siendo presupuesto inexcusable, «carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta». Debe constituir una deficiencia psíquica grave (aunque no dice irreversible) que además de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto, deberá ser verificada por el Juez, mediante la propia exploración judicial del incapaz.

Declara el TC que a las garantías previstas en la Ley podrían haberse añadido otras como las que hicieren referencia al carácter irreversible de la enfermedad o a que la esterilización se haga mediante un procedimiento médico que posibilite su reversibilidad. Frente a otras Sentencias como la 53/85 en que a juicio de algunos magistrados traspasó los límites que como legislador negativo debe observar ⁵⁰,

50. Cfr. los Votos Particulares de los Magistrados *D. Francisco Tomás y Valiente*, *D. Angel Latorre Segura*, *D. Manuel Díez de Velasco Vallejo*, *D. Francisco Rubio Llorente* y *D. Luis Díez Picazo y Ponce de León* a la S.53/85 en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, BOE, t. XI/1985, pp. 584 a 593.

en ésta declara que «no corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces». Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto (fdto. jdco. 3.º *in fine*).

IV.3.3. *Examen de la proporcionalidad*

El TC considera justificada la medida puesto que confiere mayor grado de autonomía de vida al incapaz que la resultante de estar sometido a una vigilancia constante, contraria a su dignidad e integridad moral (arts. 101 y 15,1.CE). Con ello, se facilita el ejercicio de su sexualidad sin el riesgo de la procreación cuyas reponsabilidades y cargas no podría asumir. Considera proporcionada la esterilización al fin y los objetivos que se desean alcanzar puesto que no comporta grave riesgo de atentar el derecho fundamental a la vida del disminuido psíquico, si se realiza conforme a la *lex artis* ⁵¹. Ello permite distinguir la práctica de la esterilización de las torturas o tratos humanos y degradantes que siempre implican un trato vejatorio y con llevan la causación de padecimientos físicos (STC 120/90 y 57/94), y se reafirma finalmente en que el art. 6 de la Ley 3/89 no es contrario al art. 49 de la CE «puesto que contribuye en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a las de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de asumir o desear de forma consciente».

V. LOS VOTOS PARTICULARES

V.1. Votos de quienes disienten de la Sentencia por razones de fondo

V.1.1. *El voto del Magistrado Gabaldón López*

Discrepa el Sr. Gabaldón López porque cree que el derecho a la integridad física y moral es innato e inalienable. Prescindiendo de la cuestión de los derechos innatos, el problema de la inalienabilidad es una objeción de fondo frente a la tesis de la Sentencia que afirma la au-

51. Cfr. RODRÍGUEZ DEL POZO, P., *Los derechos de los enfermos*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, op. cit., 1994, pp. 38-72.

todeterminación y en consecuencia, el poder de disposición del sujeto sobre algunos de sus órganos. Quienes afirman la inalienabilidad de los derechos postulan la existencia de instancias superiores al sujeto sobre las que no puede decidir, defendiendo esos derechos como apunta Ballesteros, «frente a la voluntad individual del sujeto de los mismos», y apostando en consecuencia por «la inalienabilidad de los Derechos humanos que integran los bienes clásicos»⁵². En esta línea, Martínez Pujalte defiende el carácter inalienable de los Derechos Humanos, que son «aquéllos sobre los cuales el titular no puede llevar a cabo actos de disposición»⁵³, porque como dice el n.º 2280 del Catecismo de la Iglesia Católica en relación con el Suicidio, no son bienes propios del sujeto: «Somos administradores y no propietarios de la vida. Dios nos la ha confiado. No disponemos de ella»⁵⁴. Creo que en esta tesis hay una confusión entre el concepto y la fundamentación, entre el plano religioso y/o moral y el jurídico y una consiguiente extrapolación de las consecuencias. Nada que objetar a cuanto se argumenta respecto a la indisponibilidad de la dignidad como principio religioso o como principio moral, en Kant. Pero, por poner un contraejemplo, Mill defiende otros principios y no creo que esté renunciando a la dignidad de la persona ni a su libertad. En cambio me parece contradictorio como ya he mostrado en otro lugar⁵⁵, afirmar, en el plano jurídico, la titularidad de los derechos (fundamentales) y negar su plena disponibilidad, que son conceptos correlativos, sin perjuicio de la existencia de límites, pues no hay derechos absolutos sino resistentes⁵⁶. Los actos realizados en el ejercicio pleno de un derecho y como tal la renuncia son actos libres cuando su titular es el *dominus* del derecho. En otro caso son actos debidos de cuyo ejercicio el *non dominus* debe responder ante quien es su titular de pleno derecho. En nuestro ordenamiento la renuncia es un acto libre, pues sólo aparece limitado (Mill) en perjuicio de tercero, no de uno mismo. De ahí la referencia del principio a la presunta inconstitucionalidad del art. 409 del Código Penal. Por consiguiente, si se mantiene la inalienabilidad habrá de admitirse que la titularidad sobre el derecho no es plena sino limitada y que se ejercerá un acto que es debido y no libre, reemplazando el principio liberal por el paternalista. Una versión débil de la inalienabilidad sería la tesis que

52. Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 146. También en *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 74 y ss.

53. Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L., *Los Derechos Humanos como derechos inalienables*: En *Derechos Humanos* (J. Ballesteros ed.) cit., pp. 86-99.

54. Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, Madrid, Asociac. Edit. Catecismo, 1992, p. 502.

55. Cfr. VIDAL GIL, E.J., *Los Derechos Humanos como derechos subjetivos*, en *Derechos Humanos*. (J. Ballesteros. ed.) cit., pp. 22-41.

56. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp., 83 y ss. y, 99 y ss.

inmuniza los derechos frente a la voluntad de su titular que en todo caso tendría un poder mediato sobre ellos, y hace posible su inclusión aunque no su exclusión del coto vedado ⁵⁷.

Alega finalmente desproporción entre la medida y el resultado y refiere el contexto de la esterilización consentida a la práctica de políticas eugenésicas. No parece tampoco que la Sentencia vulnere el contenido del Informe del Parlamento Europeo, aunque sí que se debieran haber precisado y definido mejor los supuestos condiciones garantías de la esterilización que siempre será un último recurso, como subraya el presidente de la Comisión Sr. Schmudbauer ⁵⁸. Sí en cambio me opondría a la afirmación de que el bienestar del disminuido psíquico no es un derecho fundamental. Sin pretender remover el problema del catálogo de derechos creo que el bienestar en su doble dimensión subjetiva y objetiva es condición del libre desarrollo de la personalidad y merece, con mayor razón en el caso de los disminuidos psíquicos de toda protección ⁵⁹, y atención por parte de los poderes públicos. Así lo declara entre otros Boix cuando dice que «la adición al art. 428 CP se produce a consecuencia del necesario reconocimiento a los disminuidos psíquicos del derecho a su propio bienestar y en consecuencia al desarrollo de su sexualidad». ⁶⁰

V.1.2. *El voto del Sr. Mendizábal Allende*

Partiendo de que «los intelectualmente disminuidos tienen todos los derechos de las personas sedicentemente normales más uno: el derecho a ser protegido de sus propias limitaciones y también a veces de sus protectores» apela al viejo aforismo *qui custodiat custodes?*, y recuerda que el derecho es fundamentalmente un sistema de garantías ⁶¹. Hemos visto que el TC justifica la constitucionalidad de la Ley por las garantías que a lo largo del proceso velen por el cumplimiento de los requisitos legales, y aseguren que el consentimiento se presta, siempre, en interés y por el bienestar del incapacitado. En algún momento se refiere a «la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz». Y aquí radica mi discrepancia, que en este punto coincide con el voto particular. Pensemos en un supuesto en que

57. Cfr. LAPORTA, F., *Sobre el concepto de Derechos Humanos*. DOXA, 4/87, pp. 23-45.

58. Cfr. *Débats du Parlement Européen*. Journal Officiel des Communautés Européennes, n.º 3/241 (A/3 0231/92).

59. Cfr. DOXA, 9/91 los arts. de BARRAGÁN, FARREL, GRIFFIN, MALEM, PRIETO y VALDÉS.

60. Cfr. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T., *La reforma del Código Penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 131 y ss.

61. Cfr. FERRAJOLI, L., *El derecho como sistema de garantías*, (trad. de P.A. Ibáñez) en *JFD*, n.º 2/3 92, pp. 61-67.

el incapaz queda huérfano, y por carecer de familiares que puedan ejercer su tutela queda confiado a los órganos públicos. ¿Dónde está aquí la «*inexcusable*» intervención familiar? ¿Puede tener igual relevancia, y estar dotado de iguales garantías (afecto, cuidado, interés «desinteresado» en bien del incapaz) el consentimiento y aún más la autorización pedida por los padres como representantes legales que la solicitada por los poderes públicos? ¿gozarán quienes estén en esta situación, que normalmente serán personas con escasos recursos económicos y menor *status* social de iguales garantías que los demás? ¿pueden las Instituciones Públicas, *per se* y exclusivamente, suplir la voluntad familiar? Creo que en este punto la ley tendría que distinguir entre el consentimiento de los padres y el de los representantes legales, confiriendo mayor valor al de los primeros y dotando de mayores garantías al incapaz en el caso de que sus representantes no sean los que familiar y biológicamente debieran serlo. También comparto la exigencia de mayores garantías respecto del acto médico pues no basta la genérica de la *lex artis*, sino que precisaría que la intervención, (castración como la califica el Magistrado), no fuera irreversible.

Otras razones, aun siendo de suma importancia, entran más en el ámbito de las consideraciones morales que en el de lo estrictamente jurídico. Así las observaciones respecto de la comodidad, de los padres, de sus tutores y guardadores, quedan más en el ámbito de sus convicciones y creencias pero creo que constituyen un límite que el derecho no debe traspasar. En cambio por lo que he afirmado a lo largo del trabajo discrepo de cuanto afirma respecto de la política eugenésica, advirtiéndome que en sí misma no implica necesariamente atentado a los derechos fundamentales (medidas de prevención del síndrome de Down, diagnóstico precoz, etc.), sino que tan sólo fue *abominable* como la califica el TC, en el contexto y con la referencia que se practicó primero en Estados Unidos (Lynchburg, Virginia) en que se aplicó no sólo a disminuidos psíquicos sino también a pobres, landronzuelos, madres solteras, huérfanos y demás individuos socialmente inadecuados y posteriormente en Alemania, aunque comprendo la carga de emotividad que honestamente confiesa y que como el juez Frankfurter expresa su voto desde la tercera premisa, «su más firme convicción».

V.2. Votos de quienes aceptando el fondo disienten de la Sentencia, disienten por falta de garantías y proporcionalidad

V.2.1. *El voto del Sr. González Campos*

Este voto, denuncia la falta de garantías que la gravedad y trascendencia del caso requiere. Totalmente de acuerdo. Una de las más notables aportaciones de nuestra Constitución es la vinculación de los contenidos materiales y formales del derecho de modo que las normas

no serán legítimas por su forma sino por la realización de determinados valores superiores que definen el ordenamiento. El art. 1 CE, define quién, cómo y qué, se manda ⁶². Pues bien, la falta de garantías afecta a una regulación por Ley Orgánica *ad hoc* como se ha hecho en relación con el transplante de órganos, y en la falta de garantías adecuadas respecto de la prestación del consentimiento de personas que como los disminuidos físicos deben gozar de una especial protección (art. 49 CE). El art. 428 CP no especifica que se trate de una deficiencia psíquica grave y permanente, si hay o no, una falta de comprensión sobre los aspectos básicos de la sexualidad en el deficiente psíquico, si la medida es proporcionada con lo que dispone el art. 15 de la CE, y si hay tratamientos alternativos menos gravosos para la integridad corporal del disminuido.

V.2.2. *El voto del Sr. Gimeno Sendra*

El Sr. Gimeno Sendra, discrepa de la Sentencia porque entraña una discriminación para la mujer a la que se refieren las medidas de esterilización y por la falta de proporcionalidad, entre la medida y los fines que se pretenden, y reprocha que a diferencia de otros supuestos (STC 7/94) el Tribunal no haya tenido en cuenta su propia doctrina sobre este punto (inexistencia de grave riesgo para la vida, cumplimiento del principio de necesidad, y que sea la alternativa menos gravosa). Respecto de la discriminación creo que no cabe más que denunciar su existencia. En lo referente a la proporcionalidad, estoy de acuerdo con Cobo y Carbonell cuando advierten que «la esterilización, esto es la creación de una incapacidad de generar, no puede ir más allá de lo estrictamente necesario en orden a la provocación de la aludida *impotentia generandi*. En absoluto se permite nada más» ⁶³.

VI. CONCLUSION

Personalmente me adhiero a las críticas de quienes aceptando el fondo de la sentencia, rechazan su constitucionalidad por falta de garantías

62. Cfr. LAPORTA SANMIGUEL, F., *Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías*, en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1/84, pp. 36 a 57. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 88 y ss. OLLERO TASSARA, A., *La Constitución entre el Normativismo y la Axiología, ahora en Derechos Humanos y Metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989, pp. 225-243. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los Derechos Humanos*, en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Madrid, cit., pp. 205 a 209.

63. Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J.C., *Delitos contra las personas. (Conclusiones). Lesiones*, en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 599.

y por no guardar la debida proporción entre los fines que se persiguen y el resultado (en la mayoría de las ocasiones irreversible) que supone la esterilización. Creo que la esterilización puede ser necesaria, como último recurso, en determinados supuestos; en todo caso deberá siempre de respetar la dignidad y la integridad física y moral del deficiente psíquico. Puede por tanto, contribuir a que su existencia sea más libre y dotar a su existencia de un mayor bienestar; en definitiva, puede contribuir a su dignidad y a una mayor calidad de vida. Así por ejemplo, Cobo y Carbonell dicen que «se trata de reconocer el derecho al propio bienestar y a la sexualidad de los disminuidos psíquicos, abandonando la vieja condena de castidad a que estaban sometidos por la antigua regulación del delito de violación. No puede desconocerse que la «legalización» del yacimiento con incapaces connota evidentes riesgos de embarazo que deben ser resueltos por una vía distinta a la del continuado recurso al aborto»⁶⁴. Ello no obstante, me inclinaría en la línea de los votos particulares de González Campos y Gimeno Sendra por la inconstitucionalidad de este apartado por la falta de garantías respecto a la prestación del consentimiento. Debería haber sido objeto de un desarrollo legislativo específico como se ha hecho con Ley sobre extracción y transplante de órganos de 27/X/79, y con la Ley 35/88 de 22/XI sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la 22/48 de 28/XII, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos por ejemplo, lo que hubiera evitado muchos problemas provenientes de la precipitación con que se introdujo.

La reforma deja pendientes y abiertos muchos problemas que tendrán que despejar los civilistas⁶⁵. Por ejemplo, la norma habla del consentimiento del representante legal. En el caso de los padres, ¿qué sucede, teniendo en cuenta que la patria potestad es conjunta, cuando en el supuesto de la patria potestad rehabilitada (art. 171 CC) no hay acuerdo entre los titulares? El ejercicio de la patria potestad se rige por lo resultante de la sentencia de incapacitación y subsidiariamente por las reglas del título VII del CC, y parece exigir la declaración civil de incapacidad en contra de lo que sostiene un importante sector de la doctrina penal cuando dice que el actual texto no debe ser entendido en el sentido de que junto a la deficiencia psíquica debe constar una declaración judicial de incapacidad: lo relevante es la capacidad del sujeto para comprender la trascendencia y el significado de la esterilización⁶⁶. Pero en este supuesto, no entiendo porque se ha de suplir el consentimiento, puesto que parece capaz para manifestarlo *per se*. ¿Habrá ade-

64. *Ibíd.*, p. 598, *in fine*.

65. *Cfr.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales*, en AAVV *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, *cit.*, pp. 103-125.

66. *Cfr.* BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y VIVES ANTÓN, T., *La reforma del Código Penal de 1989*, *cit.*, p. 131 y ss.

más, cuando exista interés contrapuesto que proceder al nombramiento del Defensor Judicial (299.1 y 2 CC)? En los casos de divorcio, ¿quién ha de pedir la iniciación del procedimiento? Basta que lo pida quien tiene la patria potestad, o ¿se requiere el acuerdo de los padres? En los casos de tutela por abandono del incapaz, ¿es suficiente la garantía que la ley establece para asegurar el interés del incapaz? ¿Qué sucede respecto de los que adoptan una persona con el síndrome de Down? Dado que la adopción sólo es posible respecto del menor de edad no emancipado, ¿pueden pedir los adoptantes la esterilización, cuando llegue a la mayoría de edad? ¿Cómo se resuelven los supuestos en que la adopción no extingue la patria potestad, *ex art. 178 CC*? ¿*Quid* respecto a las uniones de hecho? ⁶⁷.

De otro lado, por lo que respecta a la proporcionalidad surgen no pocas dudas, ¿es un procedimiento irreversible?, ¿caben otras alternativas como las que la Sentencia alude que no sean la vigilancia permanente o el recurso al aborto como el juez proponente indica? En la ciencia médica se distinguen cuando menos cuatro grados de deficientes: ligeros, medios, severos y profundos. ¿Dónde situar el requisito de que se trate de una deficiencia grave a la que se refiere la Ley? Quizá se podía haber previsto la existencia de tratamientos médicos anticonceptivos (inyecciones periódicas, implantación del DIU, etc.) alternativos frente a la esterilización, que insisto, practicada con todas las garantías (de ahí mi discrepancia) debe ser siempre un último recurso.

67. MONTÉS PENADES, V.L., *Las relaciones paternofiliales (II)*, en AAVV, *Derecho de Familia*. (V.L. Montés coord.) Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 461 y ss.

La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill

Por JOSE GARCIA AÑÓN

Valencia

1. INTRODUCCION

La defensa de la pena de muerte por parte del filósofo y economista inglés John Stuart Mill es un aspecto poco conocido de su pensamiento, que incluso plantea problemas de coherencia con algunas de las interpretaciones que de él se han realizado en relación a cuestiones filosófico-jurídicas y políticas. La interpretación que utilizaré de su pensamiento moral podría sintetizarse de la siguiente manera¹: La teoría moral utilitarista de Mill es peculiar por la importancia que le da a los principios secundarios del principio de utilidad que además forman parte de la estructura consecuencialista indirecta que Mill dibuja. Esto es, la consecución de la felicidad se realiza no de forma directa, sino por medio de otros fines o valores secundarios del principio de felicidad (libertad, dignidad, seguridad...), que son medios para llegar a la felicidad, y además ingredientes de la propia felicidad, es decir, se pueden perseguir y tienen valor por sí mismos. Este tipo de estructura que supone un alejamiento de Bentham, recuerda un planteamiento *eudaimonista* aristotélico. Para él, la felicidad no puede coincidir con cualquier tipo de placer. Los placeres cualitativamente superiores, que coinciden con las facultades intelectuales de los hombres moralmente

1. Vid. esto desarrollado en GARCÍA AÑÓN, J., *La Teoría de la Justicia y los Derechos Morales en John Stuart Mill*, Col. lecció Tesis Doctorals en Microfitxa, Universitat de València, 1994, pp. 114-242.

más desarrollados, son los que conducen a la felicidad más deseable. En este sentido, la valoración de la corrección de las acciones en relación al principio de utilidad dependería del juicio de «personas con facultades elevadas» o «jueces experimentados» o «espectadores imparciales». Mill tiene en cuenta el concepto de felicidad como aquél que desearían un tipo de personas ilustradas, que hace coincidir felicidad con placeres superiores o cualificados y en cuyos juicios se tuviese en cuenta el interés y la felicidad de los individuos en relación a los intereses y la felicidad de la sociedad. Es de esta forma como la corrección de las normas morales tiene relación con el principio de utilidad o de mayor felicidad. Esta conexión se encuentra en la importancia que dio a los principios secundarios del principio de utilidad que, junto a un sistema de prácticas generalizadas que se «moralizan», proporcionan las reglas morales que regulan la conducta moral de los individuos. La función de estas reglas en relación al fin último es la de proteger aquellas cosas que son valiosas para los individuos y para la sociedad de tal forma que su protección propicia el desarrollo de los seres humanos y la consecución de la felicidad en la sociedad. Esto es, los elementos que conforman la felicidad y el bienestar general serían vulnerados si se violasen las normas generales que los protegen. Hemos utilizado en la interpretación de su teoría moral una versión modificada de la «concepción estratégica de las reglas morales» que propone Berger (F. Berger, *Happiness, Justice and Freedom*, Berkeley, V.CP., 1934). Según esta concepción, las reglas son entendidas como «prácticas generalizadas de actos» y funcionarían como «razones para actuar», esto es, serían por tanto imperfectas y modificables teniendo en cuenta las circunstancias de las sociedades que les rodean, porque su fin es acomodarse en cada momento a la promoción del principio de utilidad. Junto a la promoción de los principios secundarios o ingredientes del principio de utilidad, Mill subraya que las reglas morales deben seguirse porque su incumplimiento dará lugar a situaciones de inseguridad, porque se vulnera la confianza y lealtad que el resto de los miembros de la sociedad han puesto en nuestro cumplimiento de las normas, que señala la faceta o el valor instrumental del principio de seguridad, que es uno de los principios secundarios más importantes del principio de utilidad. Además, el contenido de las reglas tiene un límite que si se sobrepasa, puede producir inseguridad a la comunidad, lo que señala la faceta o el valor material de este principio.

Como veremos, el planteamiento de Mill en relación a la pena de muerte, parece no tener en cuenta los intereses de las personas, sino un cálculo directo coste/beneficio en relación al principio de utilidad, o en todo caso, supone una modificación de su concepto de interés. A continuación, trazaré una evolución de sus opiniones en relación a la pena de muerte; para después señalar los problemas y las consecuencias que esto tiene en relación a la interpretación que he propuesto.

En el siglo dieciocho, la muerte era el castigo que rutinariamente se establecía para todos los crímenes contra las personas o la propiedad en Inglaterra. En 1810 existían unos 222 tipos de delitos previstos con la sanción de la pena capital, que incluían desde robos sin violencia, robos de caballos, sacrilegios, violación de la correspondencia, la asociación con gitanos, cazar o pescar en vedado, ser hallado armado o disfrazado en un bosque... La ejecución era pública. La descripción de esto la hace muy gráficamente Mirabeau:

«La primera cosa que llama mi atención en el examen de las leyes penales inglesas es que entre las diferentes acciones que los hombres están obligados a hacer diariamente, hay ciento sesenta que un acto del Parlamento ha declarado crímenes capitales e irreversibles, es decir, que deben ser castigados con la muerte. Cuando se busca la naturaleza de los crímenes que componen este formidable catálogo, se encuentra que son sólo unas faltas que merecerían apenas unos castigos corporales, mientras que omiten las maldades de naturaleza más atroz. El robo más simple cometido sin ninguna especie de violencia es tratado algunas veces como el crimen más enorme. Descarriar una oveja o un caballo, arrancar alguna cosa de las manos de un individuo y echar a huir, robar cuarenta chelines en una casa en que se habita, o cinco en una tienda, tomar de la faltriquera de alguno el valor de doce peniques, son otros tantos crímenes que merecen la muerte, al paso que no se juzga digno de una pena capital un falso testimonio que amenaza la cabeza de un acusado, ni un atentado sobre la vida, aunque fuese la de un padre. La multa y la cárcel son la sola expiación que se exige de aquél que ha dado de puñaladas a un hombre de la manera más cruel, siempre que después de un largo padecer le quede a este desgraciado bastante vida para arrastrar aún unos días enfermizos y dolorosos. Tampoco la pena es más severa contra el incendiario, siempre que haya pasado escritura de la casa que quema, y por consiguiente la vida de algunos centenares de ciudadanos se exponga a perecer en las llamas.»²

En 1808 el movimiento de reforma impulsado por Sir Samuel Romilly consiguió que la Cámara de los Comunes rechazase una ley de 1565 que prescribía la muerte para determinados robos. En los siguientes años los intentos de reforma introducidos en el Parlamento consiguieron la reducción de los delitos castigados con esta pena³. En 1861

2. Honoré Gabriel Riqueti, Marqués de MIRABEAU, *Observations d'un voyageur anglais sur Bicêtre*, 1788. El texto aparece en una nota a la traducción francesa de *Dei Delitti e delle Pene*, de C. Beccaria (París, 1828). Puede verse también en la trad. cast. de Juan Antonio de las Casas (*De los Delitos y de las Penas*), Madrid, Alianza, 1990, pp. 182-3.

3. 1 & 2 William IV, c.62; «An Act for Abolishing the Punishment of Death in Certain Cases» (1832).

todavía quedaban cuatro delitos castigados con la pena de muerte: traición, asesinato, piratería con violencia, incendio de barcos o arsenales... En 1868 se aprobó que las ejecuciones dejaran de ser públicas ⁴.

2. EVOLUCION DE LA POSICION DE J.S. MILL

Según Sumner la evolución del pensamiento de J.S. Mill sobre la pena de muerte es la imagen refleja del de Bentham. Se movió del abolicionismo de los años cuarenta de la carta a R. B. Fox, a las dudas en los diarios de Caroline Fox, y llegando a su apoyo final a la pena de muerte en el discurso de 1868 en el parlamento ⁵. Sin embargo, no creo que podamos trazar de esta forma la evolución; sino que existe una mayor coherencia y regularidad de sus ideas como se desprende de esos textos y otros que vamos a exponer a continuación.

La mención a la pena de muerte aparece ya en sus comentarios a la edición de *Rationale of Judicial Evidence* (1827) ⁶ de J. Bentham. Tanto Bentham como Mill, se refieren a cuestiones procedimentales en relación a las reformas del gobierno de Robert Peel (1788-1850) ⁷, y parecen manifestarse como defensores de la habilitación de instrumentos que faciliten el perdón a los condenados a pena de muerte, y de la definición de sus derechos una vez concedida la medida de gracia.

Posteriormente la postura de Mill parece más clara. Pueden verse sus opiniones al comentar los intentos de la Cámara de los Diputados francesa de evitar las consecuencias tras haber acusado de traición el 13 de agosto de 1830 a algunos ministros de Carlos X ⁸. El 17 de agosto el Conde de Tracy presentó una moción para abolir la pena de muerte y el 8 de octubre de 1830 fue adoptada y se dirigió a Luis Felipe un

4. Vid. estas referencias en HOLDSWORTH, William, *A History of English Law*, vol. XIII, London, Methuen, 1952, pp. 274 y ss.; y vol. XV, London, Methuen, 1965, p. 162; George Ryley SCOTT, *The History of Capital Punishment*, London, Torchstream Books, 1950, pp. 78; *cits.* en SUMNER, L.W., «Mill and the Death penalty: some addenda», *The Mill News Letter*, vol. XIII, 2, 1978, pp. 15 y 19.

5. SUMNER, L.W., «Mill and the Death penalty: some addenda», p.14.

6. BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence*, preface, vol. I (Hunt & Clarke), *Collected Works of John Stuart Mill* [en adelante, CW], vol. XXXI, p. 8 y en vol. V, (Hunt & Clarke), p. 173 y 222, CW, vol. XXXI, p. 57.

7. 5 George IV, c.25; «An Act for Defining the Rights of Capital Convicts who Receive Pardon and for limiting the effect of the benefit of Clergy», (1825).

8. Se acusó a Polignac, Peyronnet, Guernon-Ranville, y Jean Claude Balthazar Victor de Chantelauze. De este proceso dice: «The trial of the ex-Ministers has commenced.- It is expected that Polignac, and, perhaps, Peyronnet, will be sentenced to death; Chantelauze and Guernon-Ranville to some other punishment. If Peyronnet be put to death, and Chantelauze spared, it will be from other causes than any which will appear on the proceedings; for it is proved, that Peyronnet was averse to the issue of the ordinances, and that Chantelauze was not.» MILL, J.S., «French News (7)», *Examiner*, 19 de diciembre de 1830, p. 809, CW vol. XXII, p. 215.

proyecto de ley en el que se reducía el número de delitos a los que se aplicaba la pena de muerte. El proyecto fue aceptado por el rey el 9 de octubre. Posteriormente el 31 de agosto de 1831 se introdujo una proposición para modificar el código penal y reducir los castigos para algunos delitos, entre ellos la pena de muerte. Las modificaciones se aprobaron el 28 de abril de 1832⁹.

Mill se mostraba de acuerdo con esta ley¹⁰ que abolía «la pena de muerte en todos los casos de crímenes políticos, y en todos los demás casos, excepto aquellos delitos específicos, los más peligrosos para la seguridad de la sociedad y que implican la mayor medida de depravación en el criminal»¹¹. E incluso mostraba su «dicha y admiración al ver a este noble pueblo dar cada día algunos nuevos y espléndidos ejemplos de su progreso en los sentimientos humanos y en posiciones ilustradas»¹².

Esta admiración contrasta con lo que sucedía en aquel momento en Inglaterra. Tras varios debates entre abril y junio de 1830, la *House of Commons*¹³ aprobó la abolición de la pena de muerte para los falsificadores frente a la posición del Ministro del Interior, Robert Peel, que mantenía que como la mayoría de los falsificadores eran personas instruidas, una encarcelación larga o un exilio de por vida sería un castigo

9. La ley fue aprobada como Bull. 78, n.º 178 (28 de abril de 1832). Mill comenta: «A bill has been brought in by the ministry for mitigating the penal code, by abolishing the punishment of death in certain cases, and mutilation, branding, and the pillory, in all cases whatever.» *Vid.* MILL, J.S., «French News (27)», *Examiner*, 18 de septiembre de 1831, p. 601, CW, vol. XXIII, p. 351.

10. «It is well understood that the people of Paris will no longer permit the punishment of death to be inflicted in that place. Preparations were commenced a few weeks since in the Place de Grève for a public execution, but the intention was abandoned in consequence of the strong manifestation of public disgust which it excited. The Parisians will not endure that the lives of any other criminals should be taken, when, to save those of Polignac and his accomplices, the Chamber of Deputies and the King united in expressing a wish for the abolition of capital punishment.» MILL, J.S., «French News (38)», *Examiner*, 11 de diciembre de 1831, p. 793, CW vol. XXIII, p. 373.

11. «The French Chamber of the Deputies has voted an address to the king, requesting him to propose a law, for the abolition of capital punishment in all cases of political crime, and in all other cases, except those of a few specified offences, the most dangerous to the safety of society and implying the greatest measure of depravity in the criminal.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», *Examiner*, 24 de octubre de 1830, pp. 673-4, CW, vol. XXII, p. 164.

12. «We cannot restrain our delight and admiration on seeing this noble people afford every day some new and splendid example of its progress in humane feelings and enlightened views.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 164. E incluso «Let us hope that this enthusiasm, this generous reliance on the civilization and intelligence of France, will not exhaust itself in one single manifestation.» CW, vol. XXII, p. 165.

13. *Vid.* los debates en *Parliamentary Debates*, n.s., vol. 23, cols. 1176-88; vol. 24, cols. 674-80, 1014-15; vol. 25, cols. 46-81.

más duro que su ejecución. La *House of Lords* se opuso a la medida el 13 de julio¹⁴.

Mill piensa que, a pesar de los delitos que hayan cometido estos políticos franceses, no desea su muerte, aunque tampoco tiene ningún sentimiento de compasión por ellos. Su simpatía es con sus víctimas: los heridos, viudas o huérfanos... Aunque piensa que la muerte de un asesino no va a devolver la vida a su víctima. El castigo va dirigido al futuro, a la prevención, a conseguir la seguridad y no la venganza, y «la muerte está lejos de ser el castigo que con mayor fuerza produce un efecto en las mentes de los delincuentes, incluso no es el más severo de los castigos»¹⁵.

Mill critica los argumentos retributivistas de los que solicitaban la pena de muerte a los ministros, pues ellos también habían causado muchas muertes. Sin embargo, piensa que los argumentos que utilizan no son de venganza sino de «justicia», en la forma que ellos la entienden. La muerte es la única recompensa para quienes han causado la muerte y no diferencian entre los asesinatos políticos y los asesinatos comunes. Es un sentimiento moral, un sentimiento de justicia basado en la *ley del talión* el que les sirve de fundamento, aunque equivocado, según él¹⁶.

Sin embargo, para Mill el sentimiento de justicia no tiene porqué necesariamente coincidir con la opinión, ni siquiera de la mayoría de un grupo o sociedad¹⁷. Aunque no es injusto ejecutar un criminal si así

14. Vid. *Journals of the House of Lords*, 1830, LXII, 871-2.

15. «What becomes of the miserable criminals themselves, whether they die on the scaffold, in gaol, or in dishonoured exile and obscurity, appears to us a matter of consummate indifference. We do not desire their death; though we cannot affect to feel for them any compassion. Our sympathy is with the maimed, the widows and orphans whom they have made. But with the past, punishment has nothing to do. Punishment cannot make that which was, to have never been. The death of the assassin will not bring back to life the victim whom he has slain. Punishment regards the future alone. Safety, not vengeance, is its object, and all thinking men have long been persuaded, that death is far from being the punishment which operates with greatest force upon the minds of delinquents, far eve from being the most severe. The only fit end of punishment is the prevention of crime...» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 165.

16. «If they cry “death to the ministers”, it is because they do not think it vengeance, but justice. Their sons, their brothers, their comrades, have been slain the ministers, in their eyes, are the murdees. For death, death in their opinion is the proper return. They cannot seize nice distinctions between political murder and common murder. Numbers have suffered death for state crimes while Peyronnet was minister, and they well knew on what multitudes more it would have been inflicted if their enemies had prevailed. It appears to them right, to try the prisoner by his own law. Their feeling, howsoever we may consider it, is a moral one. It is their conscience which speaks. It is a sentiment of justice, unenlightened, indeed, and misplaced, but in short it is justice, such as they conceive it.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, pp. 166-7.

17. Vid. GARCÍA AÑÓN, J., *La Teoría de la Justicia y los Derechos Morales en John Stuart Mill*, Col. lecció Tesis Doctorals en Microfitxa, Universitat de València, 1994, pp. 262 y ss., y las referencias allí citadas.

lo permitía la ley cuando se cometió el delito ¹⁸. También hay que tener en cuenta las circunstancias políticas, pues en un momento de revolución y cambio, ir contra lo que la gente considera justo puede suponer un peligro y una fuerte reacción social ¹⁹. En opinión de Mill, y en esas circunstancias, aunque se muestra a favor de la abolición de la pena de muerte, para evitar una insurrección sería mejor posponer la modificación legal unos meses o años. La cuestión es que esto supondría que no se pudiesen salvar las vidas de los ex-ministros. Mill se plantea si las vidas de los ex-ministros son de suficiente valor para ser salvadas al precio del riesgo de una revuelta popular ²⁰.

Pero, ¿debe tomarse este planteamiento como una regla de conducta? Mill dice que en ningún caso, ya que la propuesta de la abolición de la pena de muerte, «de la que conocemos su dignidad y excelencia, debería ser realizada con el empleo de medios tales como los que adoptaría una persona racional en cualquier otro caso de igual delicadeza y dificultad» ²¹.

Así parece que distingue dos tipos de situaciones: las reales y las ideales. En la realidad hay que tener en cuenta las circunstancias y el contexto histórico para hacer prevalecer unos principios morales u otros. En una situación ideal, en cambio, de lo que se trata es de llegar a adoptar unos principios desde una perspectiva «racional», o si conectamos con otras elaboraciones suyas, desde una perspectiva de «espectador imparcial» o desinteresado.

18. «If what the people demand is in itself unjust, withhold it. Real justice is not to be sacrificed to opinion. But it is never unjust to execute upon a real criminal, what was the acknowledged law when he committed the offence.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 167.

19. «If you will not give to the people what they think justice, tremble lest they should take it. (...) But before you enact a law interdicting yourselves from inflicting capital punishment, make yourselves sure that no cases will arise, where what you have said you will not do, will be done for you by the avenging hand of the people themselves, preferring, in the fury excited by some outrage against their liberties or lives, what they deem the substance of justice, to the forms.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 167.

20. «By postponing the question of capital punishment, you would have prevented, perhaps, an insurrection; a few months or years later you would have carried your point and retained, and even strengthened, the hold which it is of so much importance that you should not renounce, upon the moral sentiments of the people. All this you would have gained; but you would not have saved the lives of the ex-ministers. Were their lives, then, of sufficient value, to be saved from the course of law at such a price?» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 168.

21. «Do we, then, attempt to set up the rude, undisciplined feelings of untaught minds, as a rule of conduct for men of more enlightened consciences and more exercised understandings? Is the penal legislation of a country to remain for ever a literal copy of the barbarous conceptions of its least civilized inhabitants? Far from it. We only ask, that a purpose, of which we acknowledge the dignity and excellence, should be pursued by the employment of such means as a rational person would adopt in any other case of equal delicacy and difficulty.» MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 167.

Existe otro texto en 1831 en el que muestra que la situación ideal, aquella propia de sociedades avanzadas e ilustradas, es la de la abolición de la pena de muerte. Se trata de un artículo en el que defiende las aportaciones de aquellos intelectuales, hombres altamente cultivados, que han favorecido el progreso de la humanidad, aunque la realidad no les haya acompañado en su intención. Mill, entre muchos ejemplos, pone el de Tomás Moro (1478-1535) que se mostraba contrario a castigar con la pena de muerte ²². Y añade: «como Sir Thomas More no convenció a la humanidad del barbarismo de la pena de muerte, los trabajos de Beccaria ²³, Voltaire ²⁴, Bentham ²⁵ y Romilly ²⁶, en la misma causa, han sido inútiles y de ningún efecto» ²⁷. Del texto podría desprenderse que Mill se puede considerar como un abolicionista porque se alinea con los que son considerados notables abolicionistas. Sin embargo, veamos si este abolicionismo es completo o resulta ser un «abolicionismo moderado» con las excepciones que Mill «retiene».

Ciertamente Moro defiende la abolición de la pena de muerte, pero sus argumentos se dirigen a refutar este castigo cuando es aplicado en el caso de los robos; y no en el de asesinato, que él mismo propone como ejemplo en su «argumentación lógica» para apoyar que no es un efecto disuasorio que un delito más grave esté castigado de forma igual que uno menos grave ²⁸. En todo caso, también hay que señalar que su fundamentación es distinta a la de Mill, pues se basa en los preceptos de la voluntad divina ²⁹.

22. MORO, T., *A Fruteful and Pleasaunt Worke of the Beste State of a Publyque Weal, and of the New Yle called Utopia*, libro I, London, Vele, 1551, pp. 41-2. Trad. cast. L. Brià i Perau, Madrid, Alhambra 1986, p. 46.

23. BONESANA, C., Marqués de BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Leghorn, 1764. Trad. cast. Juan Antonio de las Casas (*De los Delitos y de las Penas*), Madrid, Alianza, 1990, pp. 74-81.

24. François Marie AROUET VOLTAIRE (1694-1778), «Des Lois», *Précis du Siècle de Louis XV*, (1752), capt. xlii, en *Ouvres Complètes*, 66 vols., Paris, Renouard, 1817-1825 (en adelante OC), vol. XIX, p. 379; «De la Peine de Mort», *Commentaire sur le livre Des délits et des peines par un avocat de province*, (1766) sect. x, OC, vol. XXVI, pp. 229-31; trad. cast. en *De los Delitos y de las Penas* de C. Beccaria, Alianza, pp. 133-4; «Des Proportions», *L'Homme aux Quarante Écus*, capt. x, OC, vol. XL, pp. 60-7; «Du meurtre», Art. III de «Prix de la justice et de l'humanité» (1777), OC vol. XXVI, p. 271.

25. BENTHAM, J., *Rationale of Punishment* (1830), Bowring, vol. I, pp. 441-50 y pp. 525-32.

26. ROMILLY, S., (1757-1818), *Observations on the Criminal Law of England, as it Relates to Capital Punishments*, London, Cadell and Davies, 1810.

27. «Attack on Literature», *Examiner*, 12 de junio de 1831, pp. 369-71; CW vol. XXII, pp. 322-3.

28. MORO, T., *Utopia*, libro I, Alhambra, pp. 46-8.

29. «Si es Dios quien ha prohibido matar, ¿podemos eliminar a un hombre porque nos haya quitado unas monedas? Y no me digáis que el precepto divino prohíbe matar, menos cuando alguna ley humana lo autorice, pues sería como decir que se prohíbe matar en la medida que lo interprete la ley humana. Pues, por esta regla, también podrían legalizar el estupro, el perjurio, el adulterio. Dios nos ha quitado el derecho sobre nuestra propia vida y la ajena. Así pues, los hombres no tienen derecho a ponerse de acuerdo sobre en qué casos y bajo qué condiciones es lícito matar o matarse. Este mutuo consenso entre los partidarios de la pena de muerte puede servir para eximir de responsabilidades a los esbirros que las ejecutaron, pero no a los que sentenciaron la pena.» MORO, T., *Utopia*, libro I, Alhambra, p. 47.

La posición de Beccaria tampoco es de completa abolición, pues cree necesaria la aplicación de la pena de muerte en dos ocasiones: a) Cuando la privación de la libertad no sea suficiente y su existencia pueda producir una revolución peligrosa o atente contra la seguridad de la nación³⁰; y b) Cuando «su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos»³¹. Según el Marqués, la pena más severa es la que produce más dolor de forma continuada, y ésta no es la pena de muerte; sino la prisión continuada³². Y por ello, la pena de muerte, para que causase la impresión debida, debería ser practicada de forma continua³³. Por otra parte, considera a la pena de muerte un ejemplo atroz a la sociedad, que lo que hace es legitimar, de alguna forma, el asesinato.³⁴ La pena que debe aplicarse, para ser justa, deber ser lo suficiente severa para separar a los hombres del delito³⁵; pero no debe exceder éste ni ser desproporcionada³⁶.

El planteamiento de Voltaire es más claro, aunque tampoco es partidario de un abolicionismo absoluto, pues en los crímenes raros y extraordinarios, la ley deja a la prudencia de los jueces su aplicación³⁷.

30. BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 74.

31. BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 75.

32. «No es lo intenso de la pena quien hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su extensión; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable, aunque fuerte.(...) No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido.» BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 75.

33. BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 77.

34. BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, pp. 78-9.

35. «Para que una pena sea justa no debe tener lo intenso de ella más que aquellos grados solos que basten a separar los hombres de los delitos...» BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 76.

36. «Las penas no deben solamente ser proporcionadas a los delitos entre sí en la fuerza, sino también en el modo de ejecutarlas.» BECCARIA, C., *Dei Delitti e delle Pene*, capt. 28, Alianza, p. 83.

37. «Hay algunas acciones criminales tan imprevistas, tan complicadas, o acompañadas de circunstancias tan raras, que la misma ley se ha visto en la necesidad en muchos países de dejar estos casos extraordinarios a la prudencia de los jueces. Pero si efectivamente hay algún caso en que la ley permita el sentenciar a muerte a un acusado que no ha condenada ella misma, se hallarán mil en que la humanidad, más fuerte que la ley, debe de conservar la vida de aquellos mismos que la ley misma ha condenado a muerte.» VOLTAIRE, F.M.A., «De la Peine de Mort», *Commentaire sur le livre Des délits et des peines par un avocat de province*, (1766) sect. x, en *De los Delitos y de las Penas* de Beccaria, C., Alianza, p. 134.

La primera consideración que hace Bentham sobre la pena de muerte puede verse en su *Théorie des Peines et des Récompenses* (1811). Aquí, sostiene que debería utilizarse tan sólo para los crímenes más graves. Los manuscritos que utilizó Dumont para realizar la edición francesa de 1811 fueron escritos alrededor de 1770, como la *Introduction to Morals and Legislation* (1789)³⁸. En un apéndice a *Rationale of Punishment* (1830), la edición inglesa, Bentham se mostró claramente partidario de la abolición³⁹. La doctrina del castigo⁴⁰ y de la pena de muerte⁴¹ de James Mill, padre de John Stuart, era completamente deudora a las ideas de Bentham. James Mill apoyaba la abolición de la pena de muerte «excepto quizás en algunos extremos casos de culpa, que por su atrocidad no natural excluyen la simpatía del resto de los ciudadanos y la esperanza de su reforma»⁴².

Por otra parte, resulta extraño que en la relación de «notables» no nombrase a William Godwin que muestra una actitud decididamente abolicionista y contraria a este tipo de castigos. Posiblemente se deba a que rechaza los argumentos que utilizan los utilitaristas y utiliza otro tipo de fundamento: la muerte lenta es un castigo terrible, y aunque la pena de muerte no es el castigo más horrible, constituye un daño irreparable⁴³.

38. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *The Mill News Letter*, vol. XI, n.º 1, 1976, p. 2.

39. BENTHAM, J., *Rationale of Punishment* (1830), libro II, caps. XI y XII, Bowring, vol. I, pp. 441-50 y el *Appendix*, Bowring, vol. I, pp. 525-32.

40. MILL, J., «Jurisprudence» (1820), en *Essays in Government, Jurisprudence, liberty of the Press, and law of Nations. Written for the Supplement of the Encyclopaedia Britannica*, London, 1819-23; reimpresso en *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press and Law of Nations*, London, J. Innes, 1825. Vid. tb. «Penal Code of China», *Eclectic Review*, 6, octubre-noviembre 1810, pp. 942-6 y 1025-41; «Bentham's *Théorie des Peines et des Récompenses*», *Eclectic Review*, 8, enero 1812, pp. 77-87.

41. MILL, J., «Romilly's *Observations on the Criminal Law of England*», *Eclectic Review*, 6, abril, 1810, pp. 370-2; «On the Penal Law of England», *The Philanthropist*, 1, 1811, pp. 66-77, y pp. 143-56.

42. MILL, J., «On the Penal Law of England», pp. 68-9 y pp. 153 y 155.

43. «Al examinar el concepto de la prevención como la única razón justificable de la acción coercitiva, obtendremos un criterio claro y satisfactorio para juzgar el grado de justicia que contiene la pena. La inflicción de una muerte lenta y dolorosa no puede de ningún modo ser vinculada desde ese punto de vista, pues esa pena sólo es inspirada por los sentimientos de odio y venganza, así como por el vano afán de exhibir un terrible escarmiento. Quitar la vida a un delincuente es desde luego un acto injusto, puesto que existen fuera de esa terrible pena muchos otros medios para impedir que aquél continúe causando daño a sus semejantes. La privación de la vida, aun cuando no sea la pena más horrible que pueda sufrirse, constituye un daño irreparable, puesto que cierra definitivamente a la víctima toda posibilidad de disfrutar de los goces y los bienes propios del ser humano.» GODWIN, W., *Enquiry Concerning Political Justice, and its influence on General Virtue and Happiness*, (1798), libro VII, capt. VI, trad. cast. J. Prince (*Investigación acerca de la Justicia Política*), Madrid, Jucar, 1985, p. 345.

De lo visto, podemos concluir que Mill se podría considerar como un abolicionista; pero teniendo en cuenta determinadas excepciones para los casos más graves. Los argumentos que utiliza son coherentes con la tradición utilitarista: el castigo, tiene una función más preventiva que retributiva; y la muerte, no es el más severo de los castigos. Además, establece dos niveles de análisis: a) el ideal, en el que defiende la abolición de la pena de muerte como un elemento ilustrado que refleja la dignidad y la excelencia de un pueblo avanzado, siendo la medida que adoptaría un «ser racional». Y b) el nivel real, en el que matizaba la aplicación de la pena de muerte teniendo en cuenta el contexto histórico y social.

En su artículo «On Punishment» (1834) ⁴⁴ se puede apreciar una coherencia con los escritos anteriores e incluso, un planteamiento de los argumentos que treinta y cuatro años más tarde servirían para apoyar su discurso sobre la pena de muerte en el Parlamento ⁴⁵.

En general, en los años cuarenta, su opinión sobre la pena de muerte sigue siendo contraria, aunque no mantiene la abolición de un modo absoluto y plantea su aplicación en los casos de crímenes atroces: si no existe otro medio de castigo que prevenga estos crímenes y proteja a los inocentes, lo que recuerda una de las excepciones que proponía Beccaria. La razón se encuentra en que entiende que el derecho a la vida no es absoluto y existe un derecho a quitarla en los casos de legítima defensa; o como él dice cuando si no se hace «no puede proteger sus propios derechos tan sagrados como el “divino derecho a vivir”». En este sentido, puede verse un fragmento de una carta a R.B. Fox en 1841:

«Me temo que no puedo simpatizar completamente con usted en relación al derecho abstracto [a la vida] —si su absoluta negación de tal derecho fuera cierta, ¿no sería un crimen matar a un ser humano incluso en el caso de la más estricta auto-defensa— si

44. El fragmento donde puede verse esto es el siguiente: «If we were attacked by robbers or savages, and in danger of our lives, no one ever questioned our right to defend ourselves even to the death of the assailant; and we cannot conceive a greater piece of inconsistency than, admitting this, to deny us the liberty of declaring beforehand to all robbers, that if they attack us we will put them to death. No doubt if we can protect ourselves as effectually with less evil to them, it is our duty to do so; and we ought to try the experiment in all ways which afford a chance of success, before we give it up as hopeless. But our right to punish, is a branch of the universal right of self-defence; and it is a mere subtlety to set up any distinction between them.» MILL, J.S., «On Punishment», *Monthly Repository*, VIII, octubre 1834, pp. 734-6, CW, vol. XXI, p. 79.

45. *Vid.* en este sentido KORNBERG, J., «John Stuart Mill: A View from the Bismarckian Reich», *Mills News Letter*, XII, I, 1977, pp. 3-18 y n. 19. Aunque en opinión de Sumner, si el texto se interpretase así, no sería razonable encontrar a Mill escribiendo la carta a Fox en 1841 en la que decía que «siempre había sido favorable a la completa abolición de la pena de muerte...» EL, CW XIII, p. 474. *Vid.* SUMNER, L.W., «Mill and the Death penalty: some addenda», p. 14.

estuviese intentando asesinar o someter a las más mortíferas crueldades a usted o a sus seres más queridos? No sé si los principios de su Sociedad ⁴⁶ llegan a este extremo: los míos no; y por consiguiente mantengo que la sociedad tiene o más bien que el Hombre tiene un derecho a quitar la vida cuando si no lo hace no puede proteger sus propios derechos tan sagrados como el "divino derecho a vivir". Pero **confinaría el derecho de infligir la muerte a los casos en los que fuese cierto que ningún otro castigo o medio de prevención tendría el efecto de proteger al inocente frente a crímenes atroces**, y dudo mucho si existe alguno de tales casos. Siempre he sido favorable a la completa abolición de la pena de muerte aunque confieso que no le doy mucha importancia en el caso de los peores criminales de todos, hacia los que la naturaleza del castigo difícilmente alguna vez produce un efecto en los jurados o fiscales como un motivo de tolerancia.» ⁴⁷

Esta postura, que pensamos que no difiere sustancialmente de la expresada en los años treinta, se entendió en aquel entonces como la de un partidario de la pena de muerte, y así puede decirse con la matización de que su planteamiento es la excepción y no la regla ⁴⁸; además de su distinto posicionamiento según se tratase de un razonamiento como una regla ideal o su aplicación práctica.

Generalmente se ha entendido que Mill modificó sus planteamientos desde una postura abolicionista en su juventud a una postura partidaria de la pena capital en su madurez. Sumner señala que la modificación se produjo en los años 40 ⁴⁹; y Packe apunta que en los años 50 por influencia de Harriet Taylor ⁵⁰. Por nuestra parte, entendemos que su

46. Se refiere a la *Society of Friends* a la que pertenecía la familia Fox.

47. «You ask my opinion on the punishment of death. I am afraid I cannot quite go with you as to the abstract right —for if your unqualified denial of that right were true, would it not be criminal to slay a human being even in the strictest self defence— if he were attempting to kill or subject to the most deadly outrages yourself or those dearest to you? I do not know whether the principles of your society go this lengths: mine not; & therefore I do hold that society has or rather that Man has a right to take away life when without doing so he cannot protect rights of his own as sacred as the "divine right to live". But I would confine the right of inflicting death to cases in which it was certain that no other punishment or means of prevention would have the effect of protecting the innocent against atrocious crimes, & I very much doubt whether any such cases exist. I have therefore always been favorable to the entire abolition of capital punishment though I confess I do not attach much importance to it in the case of the worst criminals of all, towards whom the nature of the punishment hardly ever operates on juries or prosecutors as a motive to forbearance.» Carta a Robert Barclay Fox, 6 de mayo de 1841, EL, CW, vol. XIII, p. 474. La negrita es nuestra.

48. En este sentido, en las memorias de Caroline Fox, con un registro en fecha 31 de mayo de 1842, aparece: «He (Mill) is inclined to agree with Wordsworth in the defence of capital punishments, but I am glad to say has no quite made up his mind.» FOX, C., *Memories of Old Friends*, ed. Horace N. Pym, 2.^a ed. London, Smith & Elder, 1882, vol. I, p. 301.

49. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, pp. 2-3.

50. ST. JOHN PACKE, M., *The Life of John Stuart Mill*, London, Secker and Warburg, 1954, p. 370.

posición es la misma y que no parece que exista esta evolución, otra cosa es que los argumentos que aporte en su discurso sobre la pena de muerte de 1868 sean más claros, extensos o elaborados; pero en definitiva, como veremos, su posición no cambia: es la de un abolicionista, con algunas excepciones.

El 21 de abril de 1868, cuando Mill era miembro del Parlamento por Westminster, se discutió reemplazar las ejecuciones públicas por ejecuciones dentro de las prisiones⁵¹. Gilpin propuso una enmienda para abolir la pena de muerte por completo⁵². Mill fue el encargado de oponerse por medio de un discurso que tuvo lugar el mismo día⁵³.

Según Sumner en 1868 los aires abolicionistas habían descendido y por ello resultaba fácil mantener la pena de muerte tan sólo para los delitos más graves⁵⁴. Entendemos que esto no era así por la polémica que se creó tras el discurso de Mill⁵⁵ y como el propio Mill dice, que su discurso se oponía a lo que entonces eran las opiniones avanzadas⁵⁶.

En el discurso, Mill utiliza claramente argumentos utilitaristas similares a los de Beccaria, Bentham y James Mill. Como vimos, Mill nunca dejó de admirar las doctrinas jurídicas que había elaborado Bentham⁵⁷, incluyendo su postura en relación al castigo⁵⁸. Para un

51. «A Bill to Provide for Carrying out of Capital Punishment within Prisons», 31 Victoria (20 de febrero de 1868), *Parliamentary Papers*, 1867-68, I, pp. 261-6. Aprobada como 31 Victoria, c. 24 (1868).

52. *Parliamentary Debates*, 3rd. series, vol. 191, cols. 1037-41.

53. *Parliamentary Debates*, 3rd. series, vol. 191, cols. 1047-55. La esencia de la posición de Mill también puede verse en una carta de 18 de enero de 1865, LL, CW, vol. XVI, p. 987.

54. SUMNER, L.W., «Mill and the Death penalty: some addenda», *op. cit.*, p. 16.

55. Véanse, por ejemplo, las siguientes publicaciones y panfletos que contestaron su polémica posición: BEGGS, T., *The Deterrent Influence of Capital Punishment. Being a Reply to the Speech of J.S. Mill Delivered in the House of Commons on the 21st. of April 1868*, London, William Tweedie, 1868 (1.^a ed. 18 p; 2.^a ed. 19 p.); DYMOND, Alfred H., *The Law on its Trial; or, personal recollections of the Death-penalty and its oponents*, London, Tweedie 1868?; PHILLIPS, Charles, *Vacation Thoughts o Capital Punishment*, 4th ed. London, Tweedie 1868?; MOIR, John Macrae, *Capital Punishment. Based on professor Mittermaier's «Todesstrafe»*, Smith, Elder & co, 1868; BOMOLOCHUS, «*Is Capital punishment necessary? A few simple reasons for altering the present law*»; London, William Ridgway, 1869.

56. «Por consiguiente, como me reservé, hablando en general, para aquellos trabajos que era improbable que otros hicieran, la mayor parte de mis intervenciones fueron sobre puntos en los que el grueso del partido Liberal, incluso su facción más avanzada, tenía opiniones diferentes de las mías o mostraba relativa indiferencia. Varios de mis discursos, especialmente uno contra una moción en favor de la supresión de la pena capital, ... se oponían a lo que entonces, y, probablemente, también ahora, se consideraban opiniones liberales avanzadas.» *Autobiography*, capt. VII, CW vol. I, p. 275, Alianza, p. 266.

57. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, capt. XIII-XV.

58. La opinión de Mill sobre esta parte de la doctrina benthamita se puede encontrar en «Remarks on Bentham's Philosophy» (1833) y en «Bentham» (1838).

utilitarista el establecimiento de un castigo es un acto del Estado que tiene que ser defendido en base a que resulte un máximo de beneficio a un mínimo de coste. Los beneficios del castigo tienen que basarse en la prevención de posteriores delitos a través del confinamiento y la reforma del actual delincuente y la disuasión de otros potenciales delincuentes. Los costes variarán según la severidad de la pena. Incluyen en primer lugar el sufrimiento del delincuente, y de otros costes como el del financiamiento del sistema penal. La pena ideal es la que a ganancias marginales, en el caso de imponer una pena más severa, se produzca un exceso en las pérdidas marginales. De esta forma, se pueden establecer los diversos grados del delito ⁵⁹.

Según Sumner aquí permanece la base de la teoría utilitarista. Para Bentham, si la pena de muerte **tiene que ser** mantenida, entonces la confinaremos a las más graves de los delitos. Para Mill, la pena de muerte **tiene que ser** mantenida, **pero sólo** para los delitos más graves. Este cambio de lo condicional a lo categórico, marcó la diferencia entre el utilitarismo radical de 1810 y el utilitarismo conservador de 1868 ⁶⁰.

Mill en realidad, presta su atención al caso de los delitos graves, el asesinato agravado (*aggravated murder*) ⁶¹, y compara el caso de la pena de muerte con la cadena perpetua con imposición de duros trabajos. La justificación de la pena de muerte en esos casos la realiza en base a cuatro tipo de argumentos: de contenido, lógicos, de reglas, y convencionales.

A.— Argumentación de contenido: En este tipo de argumentación trata de profundizar sobre el valor que tiene la vida.

Cuando se comete el mayor de los crímenes conocido para el Derecho y cuando las circunstancias sugieren que no hay remedio para la culpa, y el causante no es merecedor de vivir entre la humanidad, y su

59. «If the punishment be less than what is suitable to that degree, it will be inefficacious; it will be so much thrown away: if it be more, as far as the difference extends, it will be needless; it will therefore be thrown away also in that case.» BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, p. 175.

60. Sumner, coherente con su interpretación añade que este proceso de los años treinta a los sesenta, mientras que en la esfera pública se dirigía hacia la total abolición, la posición de Mill regresó a una posición más abiertamente retencionista de la pena capital que incluso la que profesaron su padre o Bentham. SUMNER, L.W., «Mill and the Death penalty: some addenda», *op. cit.*, p. 16. Como hemos visto, no parece que fuera así.

61. «...aggravated murder is now practically the only crime which is punished with death by any of our lawful tribunals; and we are deliberating wheter the extreme penalty should be retained in that solitary case. (...) I defend this penalty, when confined to atrocious cases, on the very ground on which it is commonly attacked- on that of humanity to the criminal...» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 267.

crimen no es una excepción de su carácter; sino una consecuencia de él... Mill entiende que se le puede privar de la vida a la que el criminal no le ha dado importancia al cometer su crimen, porque esta es la medida más apropiada y efectiva para la defensa de la «seguridad de la vida»⁶².

Para Mill la comparación entre la pena de muerte y la cadena perpetua, la realiza entre tomar la vida de una persona o privarle de lo que hace a la vida deseable y valiosa⁶³, esto es, su libertad. La razón que la vida, en sí, no sea el objeto más valioso se encuentra en que podemos disponer de ella y podemos arriesgarla en cualquier momento por alguna cosa que merezca la pena⁶⁴. En el fondo de esto se encuentra su concepción de la vida, no como la capacidad de existir, sino la capacidad de sentir o sufrir:

«Mucho se ha dicho de la santidad de la vida humana, y del absurdo de suponer que podemos enseñar el respeto a la vida por nosotros mismos, destruyéndola. Pero me sorprende el empleo de este argumento que podría ser utilizado contra cualquier tipo de castigo. No es sólo la vida humana, ni la vida humana como tal, la que debe ser sagrada para nosotros, sino los sentimientos humanos. Y ¿podemos imaginar a alguien preguntando cómo podemos enseñar a la gente a no infligir sufrimiento a nosotros mismos, infligiéndolo? Pero a esto respondería —todos nosotros responderíamos— que disuadir por el sufrimiento de infligir sufrimiento no es sólo posible, sino la propia intención de la justicia penal. ¿Multar a un criminal muestra la falta de respeto a la propiedad? ¿el encerrarlo en la prisión, la falta de respeto

62. «When there has been brought home to any one, by conclusive evidence, the greatest crime known to the law; and when the attendant circumstances suggest no palliation of the guilt, no hope that the culprit may even yet not be unworthy to live among mankind, nothing to make it probable that the crime was an exception to his general character rather than a consequence of it, then I confess it appears to me that to deprive the criminal of the life of which he has proved himself to be unworthy —solemnly to blot him out from the fellowship of mankind and from the catalogue of the living— is the most appropriate, as it is certainly the most impressive, mode in which society can attach to so great a crime the penal consequences which for the **security of life** it is indispensable to annex to it.» *Vid.* «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 267. La negrita es nuestra.

63. «For what else than effeminacy is it to be so much more shocked by taking a man's life than by depriving him of all that makes life desirable or valuable? Is death, then, the greatest of all earthly ills? *Usque adeone mori miserume est?* Is it, indeed, so dreadful a thing to die?» *Vid.* «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, pp. 269-70.

64. «Has it not been from old one chief part of a manly education to make us despise death teaching us to account it, if an evil at all, by no means high in the list of evils; at all events, as an inevitable one, and to hold, as it were, our lives in our hands, ready to be given or risked at any moment, for a sufficiently worthy object?» «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 270.

a su libertad? Tan justo como razonable es pensar que tomar la vida de un hombre que ha tomado de otro como mostrar la falta de consideración por la vida humana.»⁶⁵

La solución que da Mill es que el respeto a la vida humana se consigue mejor con el establecimiento de la pena de muerte, como veremos, al adoptar la regla de que quien quita una vida, no tiene derecho a vivir⁶⁶. Este planteamiento tiene consecuencias importantes para la interpretación que hemos realizado de su doctrina, y para el estudio de obras como *On Liberty*. Esto supone que exista una interpretación alternativa de su pensamiento:

a) Tomando su concepto de intereses protegidos que dan lugar a derechos como límites frente a los demás, e incluso frente a nosotros mismos en algunos casos. Esto supone interpretar su concepto de dignidad e individualidad de forma amplia, y de esta manera se podría entender que todos los seres humanos tendrían derechos, con independencia de que algunos: niños, locos... no pudiesen ejercerlos, y fuesen representados en su ejercicio. En estos casos, por distintas circunstancias tendrían una capacidad de individualidad, en potencia, y por ello, se exigiría su respeto. Esta interpretación sería coherente con la que he realizado apoyándome en diversos textos de Mill: en su defensa de la seguridad como límite instrumental y material⁶⁷, en su concepto de dignidad e individualidad⁶⁸, en su fundamentación en los principios secundarios y en las necesidades básicas⁶⁹; en su concepción de los derechos⁷⁰; y en su postura de no sacrificar los individuos por el bien común⁷¹...

65. «Much has been said of the sanctity of human life, and the absurdity of supposing that we can teach respect for life by ourselves destroying it. But I am surprised at the employment of this argument, for it is one which might be brought against any punishment whatever. It is not human life only, not human life as such, that ought to be sacred to us, but human feelings. The human capacity of suffering is what we should cause to be respected, not the mere capacity of existing. And we may imagine somebody asking how we can teach people not to inflict suffering by ourselves inflicting it? But to this I should answer—all of us would answer—that to deter by suffering from inflicting suffering is not only possible, but the very purpose of penal justice. Does fining a criminal show want of respect for property, or imprisoning him, for personal freedom? Just as unreasonable is to think that to take the life of a man who has taken that of another is to show want of regard for human life.» «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 270.

66. «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, pp. 270-1.

67. Por ejemplo, «Whewell on Moral Philosophy», CW, vol. X, pp. 181-2.

68. Vid. GARCÍA AÑÓN, J., *La Teoría de la Justicia y los Derechos Morales en John Stuart Mill*, Col. lección Tesis Doctorals en Microfitxa, Universitat de València, 1994, pp. 180-185.

69. Vid. GARCÍA AÑÓN, J., *La Teoría de la Justicia y los Derechos Morales en John Stuart Mill*, Col. lección Tesis Doctorals en Microfitxa, Universitat de València, 1994, pp. 375-383.

70. Vid. GARCÍA AÑÓN, J., *La Teoría de la Justicia y los Derechos Morales en John Stuart Mill*, Col. lección Tesis Doctorals en Microfitxa, Universitat de València, 1994, pp. 545-561.

71. *Utilitarianism*, capt. V, CW, vol. X, p. 252, Alianza, p. 121.

b) A la luz de una interpretación estricta de este discurso de 1868 y de otros textos ⁷², *On Liberty* se puede entender de forma completamente distinta. Así, la teoría del interés que se desarrolla en sus páginas coincidiría con las consecuencias de las teorías de la voluntad. Si la dignidad y la individualidad se encuentran no en la mera «capacidad de existir» sino en la «capacidad de sufrir», de tener sentimientos humanos, Mill parecería que hace coincidir el derecho a la vida con la autonomía humana. «Sentimiento» aquí no es sólo el «sentimiento físico» de la propia existencia, sino un «sentimiento moral», sentimiento que de alguna forma va unido a la idea de «voluntad», y en definitiva, a poder dirigir nuestra propia vida. De esta forma, en casos extremos, en el supuesto de los representados, éstos estarían a la merced de sus representantes y no tendrían ningún tipo de «derecho» o «interés» para reclamar protección, porque no existirían sentimientos morales o voluntad que proteger. Desde esta perspectiva no habría duda en el favorecimiento de los casos de aborto, eutanasia, suicidio...; pero tampoco habría ningún problema en la justificación de la pena de muerte, en la disposición de la vida de los representados...

Aunque, en las dos posibilidades hemos dibujado consecuencias extremas, son a las que conduce el situarse en una posición u otra. Nosotros preferimos la interpretación del Mill de la primera posibilidad, con sus incoherencias; en vez de optar por la incoherencia de la segunda posibilidad.

B.— Argumentación lógica. La sistematizamos siguiendo a Sumner ⁷³ que interpreta el siguiente razonamiento de Mill:

1.— *La pena de muerte es una disuasión más efectiva que la cadena perpetua* ⁷⁴. Y para ello utiliza una distinción entre el efecto que

72. Su defensa del control de la natalidad podría encuadrarse mejor en este tipo de interpretación, aunque pensamos que no sería incompatible con la anterior. Existen numerosos textos en los que hace esta defensa, y por diversas razones: por ejemplo, como vimos, para que pudiera ser efectivo el derecho al trabajo. «Vindication of the French Revolution of february 1848», CW, vol. XX, pp. 349-50. Vid. también «Question of Population (1)», *Black Dwarf*, 27 de noviembre de 1823, CW, vol. XXII, pp. 80-85; «Question of Population (2)», *Black Dwarf*, 10 de diciembre de 1823, pp. 791-98, CW, vol. XXII, pp. 85-91; *Principles of Political Economy*, libro II, capt. I, § 3, CW, vol. II, pp. 208; «The Westminster Election of 1865 [4]», *Daily Telegraph*, 10 de julio de 1865, CW, vol. XXVIII, p. 36.

73. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, p. 4.

74. «There is not, I should think, any human infliction which makes an **impression on the imagination** so entirely out of proportion to its real severity as the punishment of death.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 2. La negrita es nuestra.

le puede hacer a los criminales más duros, a los que no les importa ⁷⁵, y el efecto que les puede hacer a las personas inocentes. Es a éstos, a quienes va a horrorizar porque son inocentes, en quien hay que medir la impresión que les va a causar ⁷⁶.

2.— *La pena de muerte es menos severa que la cadena perpetua* ⁷⁷.

3.— *Por consiguiente la pena de muerte produce el mayor beneficio al menor coste* ⁷⁸.

De esta forma, si una pena es más disuasoria que otras y al mismo tiempo es menos severa, entonces, si todos los otros factores son iguales, tiene que ser preferida la imposición de este castigo. Pero el argumento parece paradójico: ¿Cómo puede la pena de muerte ser a la vez

75. «But the influence of a punishment is not to be estimated by its effect on hardened criminals. Those whose habitual way of life keeps them, so to speak, at all times within sight of the gallows, do grow to care less about it; as, to compare good things with bad, an old soldier is not much affected by the chance of dying in battle. I can afford to admit all that is often said about the indifference one-third is probably bravado and another third confidence that they shall have the luck to escape, it is quite probable that the remaining third is real.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868 CW, vol. XXVIII, p. 268.

76. «But the efficacy of a punishment which acts principally through the imagination, is chiefly to be measured by the impression it makes on those who are still innocent: by the horror with which it surrounds the first promptings of guilt; the restraining influence it exercises over the beginning of the thought which, if indulged, would become a temptation; the check which it exerts over the gradual declension towards the state —never suddenly attained— in which crime no longer revolts, and punishment no longer terrifies.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 269.

77. «I defend this penalty, when confined to atrocious cases, on the very ground on which it is commonly attacked -on that of humanity to the criminal; as beyond comparison the last cruel mode in which it is possible adequately to deter from the crime. If, in our horror of inflicting death, we endeavour to devise some punishment for the living criminal which shall act on the human mind with a deterrent force at all comparable to that of death, we are driven to inflictions less severe indeed in appearance, and therefore less efficacious, but far more cruel in reality. Few, I think, would venture to propose, as a punishment for aggravated murder, less than imprisonment with hard labour for life; that is the fate to which a murderer would be consigned by the mercy which shrinks from putting him to death.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 267. Y en la p. 268: «**What comparison can there really be, in point of severity, between consigning a man to the short pang of a rapid death, and immuring him in a living tomb, there to linger out what may be a long life in the hardest and most monotonous toil, without any of its alleviations or rewards -debarred from all pleasant sights and sounds, and cut off from all earthly hope, except a slight mitigation of a bodily restraint, or a small improvement of diet?**» La negrita es nuestra.

78. «The punishment must be mild indeed which does not add more to the sum of human misery than is necessarily or directly added by the execution of a criminal.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 268.

menos severa y más disuasoria, si generalmente es más disuasoria porque se le considera más severa? ⁷⁹. El argumento de Mill sería más sencillo si dijese simplemente que la pena de muerte produce más beneficio a menores costes. Sería una cuestión de eficiencia, y al mismo tiempo, sería irracional y cruel no favorecerla. Mill preferiría la muerte porque maximizaría el placer y/o minimizaría el dolor.

Realmente el argumento de Mill parece razonable si lo entendemos así: la gente tiene más miedo a la pena de muerte que a la cárcel, por lo que es más disuasoria. Al mismo tiempo, la muerte causa menos dolor y durante menos tiempo que un encarcelamiento para toda una vida. Pero aunque este tipo de razonamientos son problemáticos, el problema real se encuentra en que no tienen en cuenta elementos externos, como el valor de la vida, frente a su consideración desde el punto de vista hedonista, que no eudaimonista.

La argumentación que utiliza para preservar la pena de muerte para los delitos más graves difiere de la posición del primer Bentham sólo en la forma, y no en la sustancia. El argumento de Mill, lo podemos encontrar en *Rationale of Punishment* de Bentham ⁸⁰, frente a su postura absolutamente abolicionista posterior.

La primera proposición, en la que se distingue entre el efecto disuasorio en los criminales habituales y las personas inocentes, se encuentra ya en Bentham ⁸¹. La segunda proposición, que la vida en prisión puede ser de hecho más cruel que una ejecución sin dolor, la encontramos al menos en James Mill; aunque escapa a la paradoja de que, si es más disuasoria ¿por qué es menos severa? James Mill piensa que el mantenimiento de la pena de muerte es poco disuasoria, a pesar del hecho de que la muerte es un daño mayor que cualquier otro castigo que cualquier legislador pudiera inventar ⁸². Bentham fue más lejos diciendo que un condenado podría preferir la muerte a la prisión bajo unas duras condiciones, pero concluía que en tales casos, el castigo con la muerte, es claro, que no le permitía experimentar esta sensación ⁸³.

79. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, p. 4.

80. BENTHAM, J., *Rationale of Punishment*, Bowring, vol. I, pp. 445 y 450.

81. «On the one hand, [death] is, to men in general, of all punishment, of the greatest apparent magnitude, the most impressive, and the most exemplary; and on the other hand, to the wretched class of beings that furnish the most atrocious criminals, it is less rigorous than it appears to be. It puts a speedy termination to an uneasy, unhappy, dishonoured existence, stript of all true worth.» BENTHAM, J., *The Rationale of Punishment*, Bowring, vol. I, p. 445.

82. MILL, J., «On the Penal Law of England», *The Philanthropist*, I, 1811, pp. 68, 144-5 y 149.

83. BENTHAM, J., *A View of the Hard Labour Bill* (1778), Bowring, vol. IV, p. 30.

C.— Argumentación con reglas: Mill utiliza este tipo de argumentación sin justificarla, aunque se podría fundamentar en el principio de tratar de forma igual los casos iguales. Sin embargo, pensamos que el problema que tiene este argumento es que los casos no son los mismos: no es lo mismo el delito que el castigo. Por lo que de alguna forma, el planteamiento puede entenderse incluso como falaz:

«Nosotros mostramos, al contrario, más enfáticamente nuestra consideración por ella [la vida humana], con la adopción de una regla: el que viola el derecho de otro lo pierde para él, y que tendrá [el derecho a la vida], mientras ningún crimen que pueda cometer le prive de su derecho a vivir.»⁸⁴

D.— Argumentación convencional o de la «opinión establecida»: Posiblemente Mill no hubiese utilizado este tipo de argumentación en condiciones normales para fundamentar un principio moral o jurídico⁸⁵. Sin embargo, en el discurso utiliza el argumento de que el sentimiento del país no es favorable a la total abolición⁸⁶.

Estos son los argumentos que Mill proporciona, que como se puede observar no marcan un distanciamiento de la doctrina utilitarista clásica sino que se sitúan en su misma perspectiva. Además, no suponen una modificación de sus opiniones anteriores, sino una clarificación de sus argumentos. Veamos los problemas que puede plantear esta posición.

3. PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS

a) El propio Mill plantea el caso de que existiese un error en la condena y se castigase a un inocente; pero él mismo trata de minimizar la cuestión acudiendo (pensamos que inexplicablemente en otra situación) al perfecto funcionamiento de los tribunales ingleses y a su aplicación del principio de la presunción de inocencia⁸⁷.

84. «We show, on the contrary, most emphatically our regard for it, by the adoption of a rule that he who violates that right in another forfeits it for himself, and that while no other crime that he can commit deprives him of his right to live, this shall.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, pp. 270-1.

85. *Vid.* por ejemplo MILL, J.S., «Attempt to save the ex-ministers», CW, vol. XXII, p. 167.

86. «...on the question of total abolition I am inclined to hope that the feeling of the country is not with him, and that the limitation of death punishment to the cases referred to in the Bill of last year will be generally considered sufficient.» MILL, J.S., «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 272.

87. «Capital Punishment», 21 de abril de 1868, CW, vol. XXVIII, p. 271.

b) Según Sumner, Mill en este discurso no establece quién evalúa este cálculo, uno mismo o la sociedad en general, lo que parece problemático para la coherencia de su doctrina⁸⁸. Posiblemente el contexto del discurso obviaba decir que el establecimiento del castigo tendría que ser establecido por el propio legislador. En todo caso, la referencia al «juzgador racional» pensamos que es un elemento paralelo a su teoría del juicio de placeres que puede adoptarse aquí, al igual que como hemos visto apuntaba en el artículo «Attempt to save the ex-ministers».

c) También podríamos plantearnos si Mill no ha probado ni desarrollado lo suficiente sus argumentos⁸⁹. Así, aunque la muerte no produzca ningún sufrimiento, es rechazable el argumento de que debemos preferir la muerte a la continuación de la vida en cualquier forma. En relación a que la cadena perpetua es menos disuasoria y es una pena más dolorosa, recordamos que su intención es la de elegir la menor pena que efectivamente disuada a los delincuentes. Posiblemente, entienda que es más dolorosa, porque pueda ser más inhumana: privar a una persona de libertad, o que viva el resto de su vida sin ella, sería como una vida sin dignidad, y por tanto, sería mejor no vivir. Este argumento no parece que sea del todo real, porque posiblemente algunas personas prefieran vivir recluidas a no tener la oportunidad de hacerlo.

d) Su planteamiento produce un resultado extraño al tratar con distintos parámetros los delitos y los castigos. Si reserva la pena de muerte para el asesinato porque es el mayor de los crímenes, su propia defensa de la pena de muerte requiere minimizar el valor negativo de la muerte. Si la muerte no es un gran daño, ¿por qué hay que continuar tratando al asesinato como el peor de los delitos?⁹⁰.

* * *

4. CONCLUSION

Podemos tratar de realizar una interpretación de aproximación y coherencia con la explicación que he realizado al comienzo de este trabajo en relación a su teoría moral. Así, su forma de entender el valor de la vida puede ser consecuente con la forma estratégica de entender las reglas. Para ello, convendría arrastrar el planteamiento que Mill hizo en

88. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, p. 5.

89. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, p. 5.

90. SUMNER, L.W., «Mill and the Death Penalty», *op. cit.*, p. 6.

los años treinta al distinguir dos perspectivas: una ideal y otra real. Desde un punto de vista ideal, la vida tendría un valor sagrado; pero tal como él la entiende como una «capacidad de sentimiento», que no subsanaría los problemas a la autonomía que hemos planteado. Desde un punto de vista real, el contexto y las circunstancias pueden hacer que este valor no pueda ser considerado como absoluto, y puedan prevalecer otros: seguridad, libertad.

Ciertamente en este artículo no he querido mostrar más que la interpretación del pensamiento de Mill, no sólo es compleja desde un punto de vista diacrónico, sino también sistemático, porque a veces aunque mantenga una coherencia en la evolución de su pensamiento, como es el caso de la pena de muerte, plantea algunas dificultades o si se quiere incoherencias que permiten dejar abierta la interpretación de su pensamiento en posiciones incluso encontradas. Así su defensa de la pena de muerte supone una opción por el hedonismo frente al eudaimonismo que puede encontrarse en otros de sus escritos, y por consiguiente una minusvaloración del derecho a la vida en función de la idea de prevención, paradójicamente para proteger el propio derecho a la vida.

II
ESTUDIOS

1. FILOSOFIA DEL DERECHO,
MORAL Y POLITICA

Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho

Por FCO. JAVIER ANSUATEGUI ROIG

Madrid

La finalidad de estas líneas es la de desarrollar algunas reflexiones, ciertamente genéricas, sobre determinadas dimensiones de la Filosofía del Derecho, que pueden contribuir a caracterizarla respecto a otros modos de aproximación al fenómeno jurídico. Posiblemente, sea justa y certera la crítica según la cual los que nos incluimos en el gremio de los filósofos del Derecho, sólo nos planteamos estas cuestiones de «meta-Filosofía del Derecho», con ocasión de ciertos eventos académicos generalmente relacionados con el acceso a puestos docentes. Por ello, una vez transcurrida la ocasión, podemos caer en la tentación de despreocuparnos de la reflexión sobre el sentido básico del quehacer filosófico-jurídico, teniendo la (poco humilde) impresión de que uno ya tiene las ideas muy claras sobre lo que es la Filosofía del Derecho. No obstante, creo que es bueno intentar no perder la tensión intelectual referida a estos temas y efectuar un continuo replanteamiento —lo cual constituye, como veremos, un rasgo característico de la actividad filosófica— de algunas cuestiones básicas sobre el significado, funciones y utilidad de la Filosofía del Derecho dentro del universo de los saberes sobre el Derecho.

De acuerdo con lo anterior, articularé las reflexiones que siguen conforme a un esquema en el que, tras diferenciar la influencia de la Filosofía del Derecho en la formación y en las funciones a desempeñar por el jurista, ensayaré una caracterización —que pudiera ser entendida como una justificación— a partir, de un lado, de la consideración de la Filosofía del Derecho como filosofía centrada en problemas respec-

to de los cuales la aproximación puramente científica es insuficiente y, de otro, de su dimensión crítica. Concluiré planteando algunas ideas sobre la utilidad de la Filosofía del Derecho.

A. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LAS FUNCIONES DEL JURISTA

Un buen punto de comienzo, en la reflexión propuesta, puede consistir en tomar consciencia del ambiente en el marco del cual nos tenemos que plantear el tema que nos ocupa. Para ello, podemos recordar las notas que, según ha expuesto L. M. Friedman en un reciente trabajo, caracterizan a los sistemas jurídicos en el marco de la cultura jurídica de las sociedades avanzadas en este final de siglo ¹. En primer lugar, los sistemas jurídicos, al igual que las sociedades que los acogen, están sometidos a un rápido y continuo proceso de cambio; tienen un gran tamaño y regulan gran parte de las parcelas individuales y sociales; su legitimidad es de tipo instrumental, aunque este extremo se vea contestado por un reconocimiento, mayor o menor, de los derechos fundamentales; están basados en postulados individualistas; en último lugar, el cada vez mayor carácter global, transnacional, es otro de los rasgos de estos sistemas jurídicos. Por otra parte, debemos tener en cuenta que, tal y como ha señalado N. M. López Calera ², en este ambiente el Derecho es predominante —y muchas veces, exclusivamente— considerado una técnica de organización social, de lo cual se deriva un —a veces generalizado— especial interés no en saber algo sobre su sentido, sobre las metas o fines que se propone alcanzar a través de la imposición de determinados modelos de conducta mediante normas, sobre el carácter justo o no de esos modelos, sino en saber cuál es el Derecho vigente, cuál es el Derecho que realmente obliga al individuo, cuáles son, en definitiva, los modelos a los que el individuo debe ajustar su conducta. Se produce en ocasiones una pérdida de interés por los componentes éticos del sistema jurídico aunque, ciertamente, muchas veces, la consideración de esos componentes éticos se encuentra en el fondo de las anteriores cuestiones. Junto a este interés exclusivo hacia una de las dimensiones parciales de la realidad jurídica, no hay que olvidar la existencia de una juridificación de gran parte de los ámbitos sociales, que en muchas ocasiones puede ser considerada como una verdadera colonización jurídica. En este caso, lo importante es que el aumento en el ámbito de acción del Derecho, en ocasiones, no ha ido

1. Vid. FRIEDMAN, L.M., «Is there a Modern Legal Culture?», *Ratio Iuris*, vol. 7, n.º 2, July, 1994, pp. 117 y ss. Así define el autor el concepto de «Legal culture»: «By legal culture we mean the ideas, values, attitudes, and opinions people in some society hold, with regards to law and the legal system» (p. 118).

2. Vid. LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1992, pp. 13 y ss.

acompañado de un aumento de confianza en las virtualidades o en las posibilidades de las normas jurídicas en relación con lo esperado de ellas. Así, se han producido fenómenos como el «*desencanto del derecho* (el derecho no es eficaz para establecer justicia) y el *desencantamiento del derecho* (el derecho no es un puro instrumento de justicia, sino que a veces es incluso un instrumento de opresión y de injusticias)»³.

Esta concepción pragmática del Derecho y de su sentido, tiene consecuencias que, entre otras cosas, podrían no ser del todo beneficiosas para la Filosofía del Derecho. De acuerdo con la imagen que se tiene, o que por lo menos se puede tener, del Derecho en la sociedad, la imagen del jurista «tipo» se ve necesariamente condicionada. En efecto, el jurista puede ser entendido sólo como un técnico, con unas funciones prácticas muy bien definidas y delimitadas, y apegado, en su actividad y en sus consideraciones, a la seca letra de la ley, respecto de la cual no va más allá. Por lo tanto, las parcelas del saber jurídico que más útiles le serán son aquellas que le ofrecen más rápidamente las aparentes recetas para solucionar de un modo más directo y rápido los conflictos sociales que se le pueden plantear; o sea, materias que podríamos considerar predominantemente técnicas o directamente reguladores de la realidad social.

Parece que en este marco a la Filosofía del Derecho se le debería augurar un triste destino. En efecto, en un ambiente como el que se acaba de describir, calificado principalmente a partir de un pragmatismo dominante, la Filosofía del Derecho puede ser considerada como un saber de segunda fila respecto a otros más importantes o, como poco, «más prácticos y menos especulativos». Y dicha visión, guste o no, puede calar en la organización de las Facultades de Derecho en las que, mediante una determinada y concreta estructuración de los estudios jurídicos, se configura el modelo de jurista que se quiere para una sociedad.

Pero en realidad, el destino de la Filosofía del Derecho y el del modelo de jurista van muy unidos. Ciertamente, todo depende de una opción, que, tarde o temprano, ha de tomarse. Hay que elegir entre dos modelos alternativos de jurista: o un jurista exclusivamente técnico, pegado o atado —más que apegado— a la letra de la ley (más allá de la cual no puede ver nada), con una imagen de sí mismo como mero capacitado para resolver conflictos, o, por otra parte, un jurista con una formación más integral que le permita no solo actuar y resolver conflictos de acuerdo con la ley —lo cual, por otra parte, es una de sus obligaciones— sino también poder trascender la letra de la ley, poder constatar y entender su sentido, el sentido del Derecho, de la organización jurídica

3. LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 14. Vid. en un sentido similar, P. BARCELONA, «La formación del jurista», en BARCELONA, P. HART, D., MUCKENBERGER, U., *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, 3.^a edic., trad. de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1988, pp. 19-21.

de la sociedad, los fines y metas que hay tras la misma y poder, también, orientar su actuación hacia la transformación de la sociedad. Parece que uno de los elementos principales en la formación del modelo de jurista según el segundo paradigma es la Filosofía del Derecho. Creo que Luis Prieto expresa muy bien el problema cuando afirma que «el futuro de la Filosofía del Derecho se halla estrechamente vinculado a la postura que se adopte ante el interrogante comentado [qué tipo de jurista se desea formar], que postular un determinado tipo de jurista condiciona la presencia y el sentido de la reflexión filosófico-jurídica en las Facultades de Leyes. Si el objetivo es formar un técnico operativo y acrítico capaz de utilizar las normas a la perfección, pero ignorante de las implicaciones sociales y políticas de su labor, entonces bien puede pedirse para la disciplina un lugar en el museo de la historia o, lo que quizá sería peor por lo que tiene de encubrimiento, un puesto ornamental en el plan de estudios; y por ornamental no entiendo una posición devaluada de asignatura optativa, sino sobre todo un género de docencia desvinculada de las preocupaciones jurídicas, que en el mejor de los casos puede incrementar la erudición del profesional del Derecho, dejando intacto su saber dogmático»⁴.

Lo escrito hasta el momento pudiera parecer un mero excurso autojustificatorio de la importancia de la actividad desarrollada por un determinado sector docente. Creo que dicha crítica, en caso de producirse, es injusta y, además esto es lo grave tiene tras de sí una evidente miopía que provoca una deformación de la realidad. Cuando hablamos del jurista no nos estamos refiriendo a un profesional cualquiera en el marco social. La actividad y las funciones del jurista son de una importancia esencial. El jurista, no sólo es un operador jurídico, sino que además, es un operador político. Quizás sería más correcto afirmar que el jurista es un operador político en tanto que operador jurídico. En todo caso, en una sociedad como la nuestra, en la que la inmensa mayoría de los conflictos sociales importantes reciben respuesta por parte del Ordenamiento jurídico, la intervención en los mismos de los juristas les convierte muchas veces en colaboradores —o en contrincantes— del poder en su toma de decisiones⁵. Por eso Ota Weinberger señala que el quehacer del jurista debe ser considerado como una «ingeniería social»⁶. Desde el momento en que, en el marco de una concepción del

4. PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1987, p. 595.

5. Así, P. BARCELONA señala: «Para recuperar la función y la incidencia del jurista sobre la realidad es necesario restablecer el *legamen* entre Derecho y Política; porque, en realidad, Derecho y Política son dos caras de una misma moneda: toda argumentación jurídica implica una línea política determinada», «La formación del jurista», *cit.*, p. 33.

6. *Vid.* WEINBERGER, O., «Les théories institutionnalistes du droit», en VVAA, *Controversies autour de l'ontologie du droit*, publié sous la direction de P. Amselek et Chr. Gregorczyck, PUF, París, 1989, p. 81.

Derecho en la que éste es en última instancia expresión de la voluntad del Poder, la intervención del jurista es esencial en la especificación de la respuesta normativa para el conflicto concreto, se puede afirmar que la actividad del jurista debe ser entendida como un eslabón en la cadena que culmina en la solución normativa jurídica. Si se admite que el Derecho es un mecanismo de control social, los juristas son los expertos en el funcionamiento de ese mecanismo, y se puede considerar que su actividad tiene repercusiones políticas⁷. Evidentemente, el sentido de la integración del jurista en esa cadena de decisiones que culmina en una decisión final, puede ser diversamente evaluado según se esté en presencia de un Poder democrático o de otro tipo de Poder. En todo caso, como ha afirmado Nicolás M. López Calera, el jurista es algo más que un simple técnico: «es un mediador entre la norma y la realidad, pero un mediador que debe ser consciente de que su mediación no es sólo técnica, sino también ética, ideológica y política»⁸. De lo anterior puede desprenderse —quizá esto constituya una declaración de intenciones— la importancia que tiene que la formación del jurista se desarrolle en el aprendizaje de determinados valores, los que corresponden al carácter pluralista, tolerante y democrático de la sociedad que, en el futuro, va a constituir su ámbito de actuación. Y quizás sea difícil encontrar una sede mejor que la Filosofía del Derecho —caracterizada por tener como uno de sus principales punto de atención el problema axiológico— para llevar a cabo esta tarea. Lo cual no hace sino confirmar el componente ideológico de la enseñanza de la Filosofía del Derecho⁹.

B. LA JUSTIFICACION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Hasta aquí hemos intentado trazar las líneas básicas del marco en el que nos tenemos que plantear el sentido, el significado, la justificación en definitiva, de la Filosofía del Derecho. Completar este intento de justificación constituye la tarea que nos debe ocupar a continuación.

Posiblemente una de las características de la actividad intelectual del filósofo (aquí nos referimos no sólo al filósofo del Derecho) consista en la reflexión y replanteamiento permanente de su actividad, en la perenne justificación de su quehacer. Desde este punto de vista, se puede señalar que la filosofía constantemente reflexiona sobre sí misma, autopresentándose en forma problemática¹⁰. Dicha puesta en

7. Vid., PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 595.

8. LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, *cit.*, p. 234.

9. Vid., PRIETO, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 593.

10. Vid. OPOCHER, E. *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 1983, p. 3.

cuestión afecta, entre otras cosas, tanto al concepto y notas distintivas de la filosofía, a la elección de sus principales temas de atención, como a la utilidad de su reflexión. En efecto, ni un arquitecto, ni un médico, ni un químico, se suelen plantear problemas de este tenor en relación con su actividad. Si esto es cierto en el caso de la filosofía que pudiéramos denominar general, lo es más en el de la Filosofía del Derecho. Creo que, en principio, dos son las razones que explican esa situación. En primer lugar, la Filosofía del Derecho, aunque filosofía centrada en un objeto de estudio particular, comparte caracteres epistemológicos con el saber filosófico en general. Por otra, dicha actitud pudiera ser consecuencia del carácter distintivo y diferenciador de nuestra materia respecto al resto de disciplinas jurídicas, cuya base normativa les ofrece el grado de seguridad propio de las materias de naturaleza dogmática.

En el conjunto de las aportaciones que versan sobre el sentido y la justificación de la Filosofía del Derecho, nos encontramos con un denominador común que, a primera vista, puede ser entendido como un dato desalentador. Me refiero a la idea, bastante extendida, de la imposibilidad de definir o de encontrar un concepto más o menos aceptable generalmente de la Filosofía del Derecho. Opiniones al respecto como la de Norberto Bobbio, Enrico di Robilant o la de Mario Jori y Anna Pintore parecen expresar un punto de vista más o menos generalizado. Así, por su parte, N. Bobbio a la hora de plantearse el sentido de la Filosofía del Derecho, afirma que «buscar una definición de Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»¹¹. Para E. di Robilant, «está claro que, teniendo la definición de «filosofía del Derecho» un carácter convencional, no existiendo, por lo tanto, el *verdadero* concepto de «filosofía del Derecho», y pudiendo darse, por lo menos en abstracto, una pluralidad de definiciones de «filosofía del Derecho», el problema de la definición de «filosofía del Derecho» es uno de aquellos problemas que admiten una pluralidad de soluciones, ninguna de las cuales puede ser considerada más exacta que la otra»¹². Por su parte, Jori y Pintore señalan que el acuerdo se alcanza respecto a la escueta y tautológica afirmación de que «la filosofía del Derecho es la filosofía que se ocupa del Derecho», y que a partir de ahí, surgen las controversias¹³. También se puede recordar la opinión de Paolo Comanducci cuando señala que hay tantas definiciones de Filosofía del

11. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 91.

12. DI ROBILANT, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 14.

13. Vid. JORI, M., y PINTORE, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1988, p. 85.

Derecho como filósofos del Derecho ¹⁴. Quizás tras todas estas afirmaciones se encuentren las razones de fondo aducidas por Marina Gascón: las dificultades de definición inherentes al término «Filosofía del Derecho» —provocadas, en buena medida, por las circunstancias históricas que rodean su origen y posterior desarrollo—, de una parte y, de otra, la gran cantidad de cometidos o funciones que se le atribuyen a la Filosofía del Derecho sobre las cuales, por otra parte, tampoco existe un acuerdo ¹⁵.

En estas líneas no intentamos encontrar una definición exacta y definitiva de Filosofía del Derecho; por el contrario, enfocaremos la cuestión del sentido y justificación de nuestra materia desde dos puntos de vista que, por lo demás, son de común aceptación en gran parte de la doctrina. Así, en primer lugar consideraremos a la Filosofía del Derecho como filosofía centrada en problemas respecto de los cuales la ciencia carece de perspectiva suficiente para abordarlos; en segundo término haremos referencia al carácter esencialmente crítico de la Filosofía del Derecho.

B.1 La Filosofía del Derecho como filosofía centrada en problemas. La perspectiva científica y la perspectiva filosófica.

Una de las principales justificaciones de cualquier tipo de aventura intelectual viene determinada por su utilidad. Parece que, si a través de un determinado tipo de reflexión, investigación o especulación se progresa en el saber o se contribuye, de alguna manera, a avanzar en el esclarecimiento de determinadas cuestiones, dicha actividad se justifica por sí sola ¹⁶. Esta idea desmentiría en parte aquella opinión según la cual la utilidad de una reflexión o investigación se mide sólo en función de sus consecuencias puramente prácticas o cuantificables.

De acuerdo con lo anterior, la filosofía, se justifica porque se plantea problemas que otras ramas del saber son incapaces de afrontar. Existen, en efecto, determinados problemas, ciertas cuestiones que trascienden al ámbito de operatividad de otros saberes y respecto de los cuales la perspectiva filosófica es la más adecuada y, es más, la única posible. Es conocido el planteamiento de Karl Popper al respecto. El

14. Vid. COMANDUCCI, P., «Su Hart», en *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di P. Comanducci-R. Guastini, vol. II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 53.

15. Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 191.

16. Sobre la idea de progreso en el ámbito de la investigación filosófica, vid. DI ROBILANT, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, cit., pp. 202 y ss. Vid. también sobre este tema, HÖFFE, O., «¿Existe en la historia un progreso jurídico?», en *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, versión castellana de J. M. Seña, Alfa, Barcelona, 1988, pp. 73 y ss.

filósofo austriaco afirma que, «ciertamente, la existencia de problemas filosóficos urgentes y serios, y la necesidad de discutirlos críticamente es, en mi opinión, la única justificación de lo que puede ser llamado filosofía profesional o académica»¹⁷.

Adoptemos como punto de partida la siguiente afirmación: «Existen argumentos suficientes para creer que la razón humana puede explicar realidades que no son comprensibles por medios estrictamente científicos, aunque esas explicaciones lleven consigo la carga de su relatividad, de su no-absolutez, de su no-verificabilidad»¹⁸. Aunque esta no es la sede para llevar a cabo una argumentación amplia sobre las relaciones entre la filosofía y la ciencia, sí hay que señalar que esos problemas, que constituyen el ámbito propio de la filosofía, son los que trascienden a las posibilidades de la ciencia, y ello no por una incapacidad de la ciencia para abordarlos, sino por una insuficiencia del punto de vista científico. Creo que se puede estar de acuerdo con Manuel Segura cuando señala que «la ciencia es insuficiente para resolver determinadas cuestiones; obsérvese bien que estoy hablando de insuficiencia y no de deficiencia y aquí la utilización de uno u otro término tiene una importancia decisiva. En efecto, si se habla de insuficiencia es porque la ciencia si quiere permanecer dentro de sus límites no tiene más remedio que guardar silencio ante determinados problemas y si el científico aborda determinadas cuestiones lo hará en cuanto filósofo pero nunca como científico. Sin embargo lo cierto es que no hay contradicciones entre la filosofía y la ciencia, simplemente son disciplinas que analizan la realidad desde puntos de vista diferentes»¹⁹. Parece, por lo tanto, que al final el problema podría reducirse a una cuestión de perspectiva, lo cual implica necesariamente la adopción de un método diferente. La perspectiva filosófica sería más amplia que la perspectiva científica. Quiere decirse con ello que el filósofo, cuando lleva a cabo su actividad intelectual, adopta un punto de vista más amplio que el del científico, se plantea las cosas en el marco de una dimensión de totalidad impropia del proceder científico. Podría afirmarse, de esta manera,

17. POPPER, K.R., «Cómo veo la filosofía», en V.V.A.A., *La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía?*, compilación e introducción de Charles J. Bontempo y S. Jack Odell, trad. de Carmen García Trevijano, Cátedra, Madrid, 1979, p. 61. El mismo Popper, en su autobiografía intelectual, vuelve sobre esta idea de la filosofía como actividad de planteamiento y resolución de problemas: «... los únicos fines intelectualmente importantes son: la formulación de problemas; la propuesta tentativa de teorías para resolverlos; y la discusión crítica de las teorías en competición. La discusión crítica enjuicia las teorías propuestas en términos de su valor intelectual o racional como solución al problema bajo consideración, como también en lo que respecta a su verdad o a su acercamiento a la verdad», *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 1993, p. 31.

18. LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 19.

19. SEGURA, M., *Teoría del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p. 15.

que una de las diferencias entre los planteamientos científicos y los filosóficos radica en su objeto formal respectivo. Si consideramos que el objeto material se identifica con la realidad de la que se ocupa un determinado saber y el objeto formal con la perspectiva desde la que se analiza esa realidad, podemos afirmar que la filosofía tiene un objeto formal caracterizado por la noción de totalidad ²⁰.

Una comprensión incorrecta de lo que se acaba de decir podría llevar a la conclusión de que no son necesarias las relaciones entre la ciencia y la filosofía y que ambos tipos de saberes pueden desarrollarse independientemente el uno del otro. Situándonos en la perspectiva que aquí nos interesa, la de la filosofía, hay que señalar que la anterior conclusión es errónea. Y ello porque parece que la filosofía necesita como presupuesto operativo la actividad científica. Quiere decirse con ello que a la filosofía le urge contar con las conclusiones científicas como plataforma desde la cual llevar a cabo su función. En este sentido Frederick C. Copleston señala que «la filosofía es claramente parasitaria», aclarando seguidamente: «Quiero decir simplemente que la filosofía, tal como existe de hecho, puede ser como algo que se alimenta a expensas de otra cosa. La filosofía de la ciencia, por ejemplo, presupone el desarrollo de la ciencia, de la cual se alimenta reflexionando sobre sus presupuestos y su metodología o su lógica...» ²¹. Por lo tanto la filosofía no puede prescindir de las aportaciones de la ciencia; más aún, se construye sobre y a partir de ellas.

Pues bien, si admitimos que la relación que existe entre la Filosofía del Derecho y la ciencia jurídica es la misma que la que existe entre la filosofía y la ciencia ²², e intentamos encontrar algún paralelismo entre la filosofía «general» a la que nos venimos refiriendo y la Filosofía del Derecho, constatamos que, en efecto, dicho paralelismo existe. También la Filosofía del Derecho encuentra su justificación en la existencia de aquellos temas o problemas a los que, podríamos decir, no llega la ciencia jurídica en sus diferentes manifestaciones. La importancia de estos problemas o cuestiones pendientes es de tal envergadura a la hora de dotar de sentido a nuestra materia que, por ejemplo, Alf Ross prefiere hablar —a la hora de referirse a ella— de «problemas iusfilosóficos» en vez de «Filosofía del Derecho» ²³.

20. Vid. KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica», en KAUFMANN, A., (y otros), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición española de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 29.

21. COPLESTON, F.C., «La filosofía tal como yo la veo», en V.V.A.A., *La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía?*, cit., p. 159.

22. Vid. LEGAZ LACAMBRA, L., Respuesta a la pregunta: «Qu'est-ce que la philosophie du droit?», *Archives de Philosophie du droit*, n.º 7, 1962, p. 131.

23. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1974, p. 26.

Es posible, además, entender la Filosofía del Derecho en un sentido residual; es decir, sería definida en negativo considerando que tiene como objeto todo aquello de lo que no se ocupan los juristas en su tarea²⁴. En el caso de que se optara por esta posibilidad, habría que ser consciente de que, precisamente, dicha opción es la que ha podido provocar una determinada idea de la filosofía —y no sólo de la del Derecho— como un «cajón de sastre»²⁵ en el que cabría todo aquello que no tuviera acomodo en otro lugar o al que todavía no se le hubiera asignado una ubicación concreta. Sin embargo, aquí también podríamos efectuar el razonamiento desarrollado anteriormente. La ciencia jurídica no ofrece, porque no dispone de ellos, los instrumentos epistemológicos necesarios para trabajar sobre determinados problemas o dimensiones del fenómeno jurídico. En este sentido se ha hablado también de «insuficiencia» de la ciencia jurídica²⁶. Existe, en primer lugar, un problema de perspectiva respecto al objeto a analizar²⁷. Cabe recordar en este punto la conocida y gráfica distinción asumida por N. Bobbio: «la ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía una *toma de posición* frente a la realidad»²⁸. Así, Recasens señala que la ciencia jurídica «no puede por sí misma explicar ni sus supuestos básicos sobre los cuales ella se asienta, ni puede aclarar tampoco las ideas que dan sentido al Derecho (...) la ciencia jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están *más acá de ella*, ni tampoco las ideas que están *más allá de ella*, que son precisamente las que le dan sentido»²⁹. Por otra parte, y precisamente como consecuencia de la perspectiva o, si se quiere, de la distancia que separa al científico del Derecho de su objeto, el objeto sobre el que trabaja la ciencia del Derecho, que está en buena medida construido por la misma ciencia, es necesariamente limitado. El propio Recasens afirma: «Como todo conocimiento científico, la ciencia del Derecho es un conocimiento de unos determinados objetos, seccionados por abstracción del resto de las cosas; por tanto constituye un conocimiento fragmentario, y también dependiente, un conocimiento apoyado en unos supuestos»; y más adelante: «...todo conocimiento científico particular es fatalmente limitado, dependiente y fragmentario»³⁰.

24. Vid. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 91.

25. Vid. LAPORTA, F.J., HIERRO, L.L., ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 15, 1975, p. 108.

26. Vid. LEGAZ LACAMBRA, L., Respuesta a la pregunta: «Qu'est-ce que la philosophie du droit?», *cit.*, p. 132.

27. Alf ROSS se refiere gráficamente a esta diferencia de perspectiva cuando señala que «la filosofía del Derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira "desde arriba"», *Sobre el Derecho y la Justicia*, *cit.*, p. 26.

28. BOBBIO, N., «Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 88 (cursivas del autor).

29. RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, *cit.*, novena edic., Porrúa, México, 1986, p. 11.

30. RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 11 y 13 respectivamente.

Todo ello justifica la necesidad de efectuar un replanteamiento de los métodos y de la forma de actuar de la ciencia, tarea llevada a cabo por la filosofía.

Tampoco en el ámbito de la reflexión sobre el Derecho, la Filosofía, debido a su propia naturaleza, puede prescindir de la ciencia jurídica. Si aceptamos que una de las dimensiones de la Filosofía del Derecho es la de constituir un saber metacientífico sobre el Derecho, necesariamente ese saber no puede ignorar uno de sus objetos de referencia, el análisis científico sobre el Derecho³¹. De lo contrario se corre el peligro de incurrir en un reduccionismo, tal y como ha señalado Gregorio Peces-Barba: «Una Filosofía del Derecho que pretenda sustituir a la ciencia jurídica es una ilusión, y una Filosofía del Derecho que pretenda ignorar a la ciencia jurídica es un error que conduce a una elucubración abstracta carente de base real»³²; y ello porque, en palabras de Jesús Ballesteros, «la ciencia jurídica aporta a la filosofía testimonio vivo de lo que la experiencia jurídica es, ya que la ciencia jurídica no sólo describe la experiencia jurídica, sino que contribuye también a crearla a través de las influencias que los juristas tienen sobre los legisladores y los jueces»³³. Cobra aquí sentido la afirmación de que la Filosofía del Derecho constituye un saber de segundo grado, es decir, una «reflexión metajurídica sobre las prácticas jurídicas y los distintos saberes científicos y técnicos que tienen como objeto al Derecho»³⁴. En efecto, el individuo, desarrollando su capacidad recursiva, puede llevar a cabo reflexiones sobre otras reflexiones anteriores, a través de una estratificación conceptual ilimitada. Se desarrollan así explicaciones que constituyen teorías generales sobre los fenómenos o reflexiones ya elaboradas, desplegando de esta manera una estructura gnoseológica escalonada³⁵. Así, la Filosofía del Derecho constituye una reflexión que se encuentra, respecto a otros tipos de conocimientos sobre el Derecho, en un escalón superior.

B.2 La dimensión crítica de la Filosofía del Derecho

Otra de las dimensiones que justifican y explican la actividad filosófica es su dimensión crítica. En efecto, la filosofía es, entre otras

31. Vid. FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en ID., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 25; en el mismo sentido, ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., p. 25, y ORESTANO, R., Respuesta a la pregunta: «Qu'est ce que la philosophie du droit?», cit., p. 142.

32. PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 161.

33. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 151.

34. ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 365.

35. Vid. ESTANY, A., *Introducción a la filosofía de la ciencia*, Crítica, Barcelona, 1993, p. 18.

cosas, análisis crítico de determinados problemas y examen crítico de la reflexión, llevada a cabo por otras ramas del saber, sobre esos problemas, desde el momento en que estos saberes carecen de capacidad de autoreflexión³⁶. Tal y como afirmó Th. Viehweg, «la investigación filosófica (*investigatio philosophica*) es aquella que no sólo permite sino que exige el cuestionar ilimitado y radical»³⁷.

La vertiente crítica es una característica de la filosofía «general», y como veremos, una de las notas definitorias de la Filosofía del Derecho. Karl Popper explica este carácter partiendo de la idea de que todo el mundo tiene unos determinados «prejuicios filosóficos», asume —más o menos inconscientemente— unas ideas preconcebidas respecto de las cuales no ejercita individualmente ninguna actividad de examen de las mismas, desarrollando respecto a las mismas una actitud acrítica: son teorías «que inconscientemente se dan por sentadas, o que han absorbido de su ambiente intelectual o de la tradición»³⁸. Precisamente la tarea del filósofo va a consistir en introducir el análisis crítico allí donde éste no existe. En palabras de A. Ayer: «... la filosofía es una actividad consistente en la puesta en tela de juicio de las creencias aceptadas, tratando de encontrar criterios, y de evaluarlos; tratando de sacar a la luz las hipótesis que subyacen en el pensamiento, tanto el de índole científica como ordinaria y vulgar, y procurando después ver si todo ello es válido»³⁹. Es la mejor contribución que puede hacer el filósofo al avance del saber: «una justificación de la existencia de la filosofía profesional reside en el hecho de que los hombres necesitan que haya quien examine críticamente estas extendidas e influyentes teorías»⁴⁰. Y en el mismo sentido I. Berlin afirma: «Sin duda, es una hipótesis razonable que una de las principales causas de confusión, desdicha y miedo es, cualesquiera que sean sus raíces psicológicas o sociales, la ciega adhesión a nociones gastadas; la desconfianza patológica de cualquier forma de examen crítico; los esfuerzos frenéticos por

36. Vid. LÓPEZ CALERA, N.M., «Teoría crítica del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, 1986-87, p. 155.

37. VIEHWEG, Th., «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática jurídica», en ID., *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. M. Sena, rev. de E. Garzón y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, p. 25. Por ello, precisamente, deben tenerse en cuenta las implicaciones y consecuencias de los planteamientos que se dicen «post-filosóficos», ya que, como ha señalado Adela CORTINA, «mientras los hombres nos conformemos con lo dado donde pudiéramos asumir las riendas, sigue teniendo la filosofía la función crítica y liberadora que, por su mismo *status* epistemológico, no pueden ejercer las ciencias», *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 31.

38. POPPER, K., «Cómo veo la filosofía», *cit.*, p. 64. Vid. en el mismo sentido, RAPHAEL, D.D., *Filosofía Moral*, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 11-18.

39. AYER, A., y NAESS, A., «El vaso sobre la mesa: un empírico contra una visión total», en ELDER, F., (ed.), *La filosofía y los problemas actuales*, trad. de A. Gil Lasierra, Ed. Fundamentos, Madrid, 1981, p. 17.

40. POPPER, K., «Cómo veo la filosofía», *cit.*, p. 64.

prevenir cualquier grado de análisis racional de aquello por y para lo cual vivimos. Esta actividad, socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante, es la labor de los filósofos (...) La meta de la filosofía es siempre la misma: ayudar a los hombres a comprenderse a sí mismos y, de tal modo, actuar a plena luz, en vez de salvajemente en la oscuridad»⁴¹. Precisamente, a esa constante revisión de lo comúnmente aceptado, incluso por el propio filósofo, a esa permanente puesta en duda, es a lo que se refiere Bertrand Russell cuando señala que «desde el momento en que empezamos a filosofar, hallamos (...) que aún los objetos más ordinarios conducen a problemas a los cuales sólo podemos dar respuestas muy incompletas. La filosofía, aunque incapaz de decirnos con certeza cuál es la verdadera respuesta a las dudas que suscita, es capaz de sugerir diversas posibilidades que amplían nuestros pensamientos y *nos liberan de la tiranía de la costumbre*»⁴².

Trasladándonos al ámbito de la Filosofía del Derecho, parece que la crítica constituye una de sus principales vertientes; es más: posiblemente, su principal dimensión justificativa. La actitud crítica respecto al fenómeno jurídico, en sus diversas manifestaciones ha constituido el elemento común entre las distintas formas de reflexión filosófica sobre el Derecho. Así, tanto el Derecho Natural como la Filosofía del Derecho comparten esa vocación. No sólo desde posiciones iusnaturalistas se puede mantener una actitud crítico-reflexiva respecto al Derecho; por consiguiente no es justa la crítica que acusa a la Filosofía del Derecho construida desde el positivismo de ignorar la posibilidad de iniciar una reflexión axiológica sobre el Derecho. Como señaló C. S. Nino en su obra póstuma, «autores contemporáneos que son representantes preeminentes del positivismo, como Hart, Bobbio, Carrió, Raz, no defendieron posiciones escépticas en materia ética al exponer su posición positivista. Aun quienes son efectivamente escépticos, como Kelsen y Ross, Alchourron y Bulygin no es cierto que sean indiferentes al origen y contenido de los sistemas jurídicos ni que legitimen cualquier configuración del poder político (los escépticos mencionados son o han sido defensores de la democracia, y Kelsen ha sido personalmente víctima de su ausencia)»⁴³.

41. BERLIN, I., «El objeto de la filosofía», *Conceptos y categorías (Ensayos filosóficos)*, trad. de Fco. González Aramburo, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983, p. 42.

42. RUSSELL, B., *Los problemas de la filosofía*, 12.^a edic., prólogo de E. Lledó y trad. de J. Xirau, Labor, Barcelona 1992, p. 132. Cursivas mías.

43. NINO, C.S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 19. Vid. también HOERSTER, N., «La teoría iusfilosófica del concepto de Derecho», en ID., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 133 y ss. En otra ocasión he tenido la oportunidad de señalar mi convicción de la compatibilidad entre el empleo de métodos positivos en la percepción y análisis del fenómeno jurídico y una actitud crítica respecto a la efectiva conformación de ese fenómeno jurídico; vid. ANSUÁTEGUI ROIG, J., «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», *Derechos y Libertades*, n.º 2, 1994, p. 130.

Esta crítica, en muchas ocasiones elaborada desde el iusnaturalismo, ha estado también provocada por un positivismo empirista, derivado después hacia una filosofía analítica «estrecha», desde cuyas filas se consideraba que el Derecho era exclusivamente un conjunto de enunciados que debían ajustarse a ciertas reglas lógicas y que la labor del filósofo debía consistir sólo en analizar esos enunciados. Todo lo que trascendiera esa tarea, iba más allá de la filosofía y carecía de sentido. Así, en el marco del Círculo de Viena, Moritz Schlick señalaba: «La actividad mediante la cual se determina o descubre el sentido de los enunciados: ésa es la filosofía. Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican»⁴⁴. Pero la firme constatación de la positividad del Derecho no implica una desatención a la crítica de esa positividad y a la elaboración de alternativas para su transformación. Recordemos las bellas palabras de O. W. Holmes: «Se puede criticar aún lo que se venera. Mi vida está consagrada al Derecho y sentiría que faltó a la devoción que le profeso si no hiciera lo que dentro de mí me impulsa a mejorarlo, y, cuando alcanzo a percibir lo que me parece el ideal de su futuro, si vacilara en mostrarlo y en instar a su consecución con todos los esfuerzos de mi corazón»⁴⁵. Dicho en otras palabras, se puede llevar a cabo un análisis del «ser» del Derecho y, al mismo tiempo se puede criticar esa configuración positiva de lo jurídico, proponiendo un «deber ser» alternativo. Esta idea está, en mi opinión, tras la afirmación de Gregorio Peces-Barba en la que se señala que «... renunciar a una reflexión ética sobre el Derecho, a una teoría de la justicia, supone, si se considera al Derecho válido con independencia de sus contenidos de justicia, acomodar se a una relación Derecho y poder significativa de que aquél es sólo expresión del más fuerte. Aunque eso es cierto, no es incompatible con pretender que sea también expresión de lo justo, y eso exige esta reflexión racional y crítica...»; en definitiva, «la aceptación de la positividad del Derecho exigirá la crítica de esa positividad...»⁴⁶.

Creo que Nicolás M. López Calera ha señalado acertadamente que «*la comprensión de la realidad jurídica no se agota, no puede agotarse, en el simple análisis científico de las estructuras normativas o de los ordenamientos jurídicos. El Derecho se forma y actúa a través de elementos o factores que no son meras estructuras lógicas. El Derecho es también una realidad política, moral, económica, cultural, histórica, esto es, una realidad difícilmente comprensible en su totalidad desde*

44. SCHLICK, M., «El viraje de la filosofía», en AYER, A.J., (comp.), *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 62.

45. HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, pról. de E. A Russo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 43.

46. PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 192 y 193, respectivamente. Anteriormente, el mismo autor señala que «aceptar que el Derecho válido sea Derecho, aunque no sea justo, no supone aceptar también la clausura de toda reflexión sobre la justicia, sobre el Derecho que debe ser», *op. cit.*, p. 188.

una perspectiva estrictamente científica»⁴⁷. Parece que la consideración crítica del Derecho, teniendo en cuenta este carácter pluridimensional del Derecho, constituye una actividad difícil de llevar a cabo desde parámetros no filosóficos. Retornando a algo que ha sido señalado algunas líneas más arriba, una de las causas de la imposibilidad de la ciencia para llevar a cabo la labor de la filosofía reside en su falta de perspectiva y de visión totalizadora del fenómeno jurídico. Cuando Elías Díaz afirma que la filosofía es «totalización racional crítica»⁴⁸ está trazando, creo, en negativo, las características de la aproximación científica: la ciencia constituye un saber particularizado sobre una parcela específica de la realidad; tiene un sentido evidentemente empírico; carece de dimensión crítica respecto a su saber, es incapaz de efectuar una autoreflexión sobre sí misma; y, cuando tal reflexión es llevada a cabo, lo es por la filosofía de la ciencia.

Pero tenemos que preguntarnos cómo se materializa esa actitud crítica de la Filosofía del Derecho. Desde un punto de vista muy general, se puede afirmar que la Filosofía del Derecho desarrolla su análisis crítico en dos direcciones principales. Por una parte, analiza críticamente el Derecho existente, esto es, la articulación concreta del sistema jurídico, claro está, a partir de determinados parámetros axiológicos. Por otra parte, examina las características, métodos y conclusiones a las que llega la ciencia jurídica en su tarea. Realmente, la dimensión crítica desarrolla una función importante en cada una de las partes de la Filosofía del Derecho y, es más, les ofrece su sentido. Si admitimos un esquema, ciertamente matizable pero útil para nuestros propósitos, según el cual, la Teoría del Derecho, la Teoría de la ciencia jurídica y la Teoría de la justicia son las tres partes principales de la Filosofía del Derecho, vemos que la dimensión crítica se desarrolla en cada una de esta tres parcelas⁴⁹. En muy resumidas cuentas podemos afirmar que en el seno de la Teoría del Derecho se puede ofrecer un análisis del concepto de Derecho y una reelaboración crítica del mismo; la Teoría de la ciencia jurídica procede a un examen crítico del conocimiento científico sobre el Derecho; por último, la Teoría de la justicia se plantea los problemas de la valoración axiológica del Derecho, esto es, de la crítica, de acuerdo con un determinado conjunto de valores, de la positividad jurídica.

B.3 La utilidad de la Filosofía del Derecho

Si lo escrito hasta el momento es correcto, contamos con algunos elementos que nos ayudan a encontrar el sentido y a justificar la

47. LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 17. Cursivas del autor.

48. Vid. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1984, p. 332.

49. Vid. PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., Segunda Parte, Capítulo Segundo: «La necesidad y la justificación de la Filosofía del Derecho: la crítica de la Dogmática Jurídica», pp. 187 y ss.

utilidad de la Filosofía del Derecho ⁵⁰. Sin embargo, como ya hemos señalado con anterioridad, lo cierto es que en los ambientes académicos, y también en los profesionales, puede existir un cierto prejuicio hacia la Filosofía del Derecho. Creo que no seríamos demasiado realistas si dejáramos de reconocer este hecho. Norberto Bobbio se ha referido a esta circunstancia al señalar que «se dice a menudo que el jurista es hostil a la Filosofía del Derecho que no comprende y de la que no ve la utilidad» ⁵¹. Pero una cosa es que el jurista no vea la utilidad de la Filosofía del Derecho y otra cosa es que la Filosofía del Derecho no tenga utilidad. En breves líneas, veremos: a) en qué consiste la utilidad de la Filosofía del Derecho, y b) por qué el jurista no filósofo no ha visto su utilidad (unas veces por su culpa y otras por culpa del propio filósofo del Derecho).

El prof. J. Delgado Pinto ha señalado que la utilidad de la Filosofía del Derecho puede constatarse en tres distintos niveles; así, es útil para la enseñanza universitaria, para la ciencia jurídica y para el ciudadano y la sociedad en general ⁵². Desde el momento en que se admite que la universidad no es sólo el lugar en el que se desarrollan y difunden determinados conocimientos, sino también el lugar destinado a ser la sede de una reflexión sobre estos conocimientos, parece que la Filosofía del Derecho puede llevar a cabo esa reflexión sobre la ciencia del Derecho y, lo que es más, sobre el sentido que tiene el que los individuos se doten, para su convivencia, de una organización jurídica. En relación con la ciencia jurídica, la filosofía examina y cuestiona sus métodos y planteamientos, proponiendo alternativas. Así, la Filosofía del Derecho constituye una «disciplina crítica y desintoxicadora de los estudios jurídicos» ⁵³. Posiblemente, una de las circunstancias que explican las reacciones de los científicos del Derecho respecto a la actividad

50. Precisamente, el de la utilidad e influencia de la Filosofía del Derecho en la práctica jurídica, en sus diferentes vertientes, es un tema recurrente en la doctrina. Así, por ejemplo, sobre la influencia —a partir de la forma en que se plantean los problemas: pensamiento riguroso, argumentos profundos y serios, razonamientos coherentes— de los filósofos en el proceso legislativo, *vid.* HARE, R.M., «The Role of Philosophers in the Legislative Process», en ID., *Political Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 1 y ss.; sobre la influencia de los juristas académicos en la práctica jurisprudencial, *vid.* NINO, C.S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1993, pp. 91 y ss.; sobre la influencia de la Teoría del Derecho en la práctica jurídica, *vid.* LA TORRE, M., «On the Relevance of Legal Theory for Legal Practice. A Plea for Jurisprudents», VVAA, *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993, pp. 687 y ss.

51. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 100.

52. *Vid.* DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 15, 1975, pp. 41-42.

53. PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 595.

del filósofo del Derecho es que, precisamente, éste critica y cuestiona la labor y los resultados del trabajo de aquéllos. Pero, el «buen jurista» —utilizamos la terminología de N. Bobbio⁵⁴— debe reconocer la utilidad de la labor del filósofo del Derecho cuando éste le ofrece las líneas básicas de los conceptos generales con los que posteriormente ha de trabajar, o cuando le ayuda a diferenciar al Derecho de otros sistemas normativos, o cuando le llama la atención sobre la razonabilidad de los argumentos empleados, o cuando examina el trasfondo axiológico que hay tras las normas con las que intenta solucionar conflictos sociales. También, la labor de la Filosofía del Derecho puede ser útil para el ciudadano y para la sociedad, ya que el Derecho «inunda» muchas de las parcelas de la vida cotidiana del sujeto a la vez que regula los elementos básicos a través de los cuales se articula la sociedad y, por lo tanto, la reflexión del filósofo del Derecho puede ayudar a comprender, criticar y transformar el sentido de las normas jurídicas.

Pero, si parece tan clara la utilidad de la Filosofía del Derecho, ¿por qué entonces los recelos o la incompreensión? Antes señalé que la responsabilidad podría ser tanto de los juristas como de los filósofos del Derecho. Posiblemente, el jurista, envuelto en el ambiente pragmático⁵⁵ en el que desarrolla su trabajo, haya esperado de la filosofía respuestas rápidas, seguras y definitivas a sus problemas. Sin embargo, la respuesta del filósofo, aunque provocada por el problema, no debe estar condicionada por la urgencia de la resolución del problema. Además, debe estar sometida constantemente a revisión. Elías Díaz subraya la idea de la ausencia de una certeza y seguridad absoluta en el quehacer filosófico cuando señala que «la ciencia, se ha dicho, se caracteriza por su seguridad y exactitud; la filosofía, en cambio, muestra un mucho mayor grado de problematismo e incertidumbre. La primera trabaja sobre hechos empíricos, comprobables también empíricamente; la segunda pretende hablar sobre realidades en las que esa comprobación empírica parece no resultar, al menos por el momento, posible. La ciencia sería, en definitiva, positividad; la filosofía, trascendencia crítica de esa positividad»⁵⁶.

54. BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 100.

55. Creo que un buen contrapunto, ciertamente desde una perspectiva muy general, al pragmatismo desde el que a veces se desestima el valor de la filosofía es el constituido por las opiniones de Bertrand RUSSELL: «... debemos liberar nuestro espíritu de los prejuicios de lo que se denomina equivocadamente «el hombre práctico». El hombre «práctico», en el uso corriente de la palabra, es el que sólo reconoce necesidades materiales, que comprende que el hombre necesita el alimento del cuerpo, pero olvida la necesidad de procurar un alimento al espíritu. Si todos los hombres vivieran bien, si la pobreza y la enfermedad hubiesen sido reducidas al mínimo posible, quedaría todavía mucho que hacer para producir una sociedad estimable; y aún en el mundo actual los bienes del espíritu son por lo menos tan importantes como los del cuerpo. El valor de la filosofía debe hallarse exclusivamente entre los bienes del espíritu, y sólo los que no son indiferentes a estos bienes, pueden llegar a la persuasión de que estudiar filosofía no es perder el tiempo», *Los problemas de la filosofía, cit.*, p. 130.

56. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho, cit.*, p. 318.

Pero esa «imprescindible distancia entre las urgencias inmediatas de la práctica y la reflexión teórica»⁵⁷, ha de ser bien entendida en el sentido de que no puede ser tomada como pretexto para desarrollar una reflexión filosófica desvinculada de la realidad y al margen de los problemas para cuya solución es requerida. Así, las dudas sobre la utilidad de la Filosofía del Derecho han estado provocadas también por la actitud de los filósofos del Derecho; esto es, por el tipo de filosofía del Derecho que éstos han hecho. Creo que el filósofo del Derecho nunca ha de olvidar que, precisamente, lo que el hace es «*Filosofía del Derecho*», y que, consiguientemente no puede olvidar que su interlocutor permanente es el Derecho, el Ordenamiento jurídico y los problemas que se suscitan a partir de la realidad jurídica. Por lo tanto, y retomando una terminología asumida entre nosotros por los profesores A. E. Pérez Luño y E. Fernández, cabe afirmar que la Filosofía del Derecho debe ser entendida como una filosofía cuyo objeto está constituido por la «experiencia jurídica» a partir de la cual se construye⁵⁸. Quiere decirse con ello que la reflexión que se lleva a cabo en el marco de la Filosofía del Derecho tiene que constituirse necesariamente a partir de la *praxis* jurídica, en sus diferentes vertientes, esto es, siéndose consciente de que el Derecho es un fenómeno «polimorfo»⁵⁹; por lo tanto la reflexión filosófico jurídica debe considerar esta multiplicidad de vertientes. En definitiva, se afirma que la Filosofía del Derecho no puede comprenderse desatendiendo la realidad jurídica pues, a fin de cuentas, sólo en ella se puede basar. Los problemas que se plantea la Filosofía del Derecho deben ser los problemas de la realidad jurídica. El asunto puede ser planteado en los términos utilizados por Luis Prieto: «... la cuestión consiste en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»⁶⁰. En mi opinión la respuesta en favor de la primera opción es clara. Como ha señalado Albert Calsamiglia, «los problemas que se plantean los juristas son prácticos y de una

57. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», *cit.*, p. 42.

58. Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de filosofía del Derecho», en ID., *Leciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural, Universidad de Sevilla, 1988, pp. 111 y ss., y FERNÁNDEZ, E., «La Filosofía del Derecho», ID., *Estudios de Ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 24 y ss. En el mismo sentido C. COSSIO afirmaría que «el papel desarrollado por la experiencia práctica del Derecho es inmenso y no puede ser sustituido porque para el jurista y el filósofo del Derecho esta experiencia es la única fuente posible de intuiciones axiológicas y sensibles», Respuesta a la pregunta: «Qu'est-ce que la philosophie du droit?», *Archives de Philosophie du droit*, n.º 7, 1962, p. 105.

59. E. OPOCHER utiliza este término en sus *Lezioni di Filosofia del Diritto*, *cit.*, p. 14.

60. PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 59.

indudable trascendencia social. Una filosofía jurídica que no afronte, que no intente dar respuesta a los problemas de la actualidad continuará siendo un saber esotérico que sólo tendrá a su destinatario a su propio gremio. Una filosofía jurídica que sea buena en la teoría pero que no sirva para la práctica, no es una buena filosofía jurídica»⁶¹. Es el riesgo de esa Filosofía del Derecho «académica» a la que en su día aludiera Recasens y que ha tenido por su propia conformación y enfoque de los problemas, tan poca influencia en el Derecho positivo durante buena parte del siglo XX⁶². El filósofo del Derecho debe ser muy consciente del peligro en el que incurre dependiendo de su forma de tratar y exponer los problemas⁶³.

Pero, en mi opinión, el riesgo no sólo radica en el enfoque o en la perspectiva empleada, sino también en la propia conformación del objeto de análisis. Desde este punto de vista, por ejemplo, una rígida teoría analítica del Derecho, cerrada a cuestiones extrajurídicas —pero que contribuyen a configurar el fenómeno jurídico— tiene la posibilidad de trabajar sobre un fenómeno divergente de la experiencia de los ciudadanos ordinarios⁶⁴. No parece demasiado honesto, desde un punto de vista intelectual, dejar de reconocer los méritos y los enormes avances producidos durante este siglo a partir de la aplicación del método analítico en el ámbito de la filosofía jurídica. Pero tampoco hay que ignorar el peligro de ciertas deformaciones del objeto de interés, provocadas por la exclusiva utilización de un enfoque analítico en la com-

61. CALSAMIGLIA, A., «Problemas abiertos de la Filosofía del Derecho» *Doxa*, n.º 1, 1984, p. 46. En este sentido, y desde un punto de vista más general, L.M. FRIEDMAN ha señalado recientemente: «The vocation of legal scholarship should be (in my opinion) heavy canted toward understanding how the legal system, as an operating system, actually works; what made it this way; and how its affects the social order in wich it is embedded», «Is There a Modern Legal Culture?», *cit.*, p. 118.

62. *Vid.* RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, 3.ª edición, Porrúa, México, 1990, capt. 1.º, pp. 1-24.

63. *Vid.* al respecto las gráficas observaciones de F.J. LAPORTA, «Problemas abiertos de la Filosofía del Derecho», *Doxa*, 1984, n.º 1, pp. 137 y ss.

64. *Vid.* SOPER, Ph., *Una teoría del Derecho*, trad. de Ricardo Carracciolo, con la colaboración de Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 13. En un sentido similar C.S. NINO ha señalado que «la supresión que suelen hacer los iusfilósofos de la tradición continental europea de la dimensión valorativa en la que necesariamente deben incurrir los juristas del derecho positivo para interpretar el sistema jurídico (...) incide en la forma en que aquéllos encaran su propia actividad como parte de lo que se suele llamar «teoría general del Derecho» (...) La teoría general del derecho que se desinteresa por tales valoraciones, por considerarlas acientíficas, suele por tanto, tomar distancia de la posibilidad de auxiliar a los juristas positivos en los problemas filosóficos que tales valoraciones presentan. En lugar de ello, los iusfilósofos de la tradición continental europea suelen involucrarse en distinciones conceptuales y lógicas que no parecen responder directamente a la necesidad de resolver problemas que se les plantean a los juristas en su tarea de interpretar el derecho positivo», *Derecho, moral y política*, *cit.* p. 109. En este sentido, cabe señalar que, por ejemplo, una teoría del Derecho basada en postulados analíticos pero abierta a consideraciones filosóficas, éticas, políticas y sociológicas es la construida por O. WEINBERGER y N. MACCORMICK en *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht, 1986.

preensión del Derecho. Quizás sean estas deformaciones las que han podido motivar la gráfica reflexión de Jesús Mosterín: «La filosofía analítica ha producido miles de *papers* sobre la calvicie del rey de Francia (que plantea el problema de la referencia de las descripciones impropias) y docenas de tesis doctorales sobre los hipotéticos cerebros en una bañera (que plantean la cuestión del establecimiento de la referencia). Es cierto que hay que analizar los conceptos que utilizamos en nuestra cosmovisión y que tenemos que evitar caer en las trampas que nos tiende el lenguaje. Pero la filosofía no se limita al análisis conceptual ni al lingüístico. Para ascender al Everest se necesitan buenas botas, pero la obsesión por las botas no debe hacernos olvidar la ascensión de la cumbre»⁶⁵.

65. MOSTERIN, J., «La insuficiencia de la filosofía actual», *Claves de razón práctica*, n.º 48, 1994, p. 24.

Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Murcia

SUMARIO: I. DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS. CRITERIOS DE DISTINCION. 1. Finalidad de las normas. 2. Contenido de las normas. 3. Objeto de las normas y modo de valoración de los comportamientos. 4. Modo de obligar las normas. II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS DIFERENCIADOS. 1. Relaciones de indiferencia o neutralidad. 2. Relaciones de tensión o conflicto. 3. Relaciones de recepción y de remisión. 4. Relaciones de armonía y complementariedad. III. FUNCIONES RECÍPROCAS ENTRE DERECHO Y MORAL. 1. Funciones de la Moral respecto del Derecho. A. La Moral como fuente material del Derecho. B. La Moral como fin del Derecho. C. La Moral como fundamento y límite de la validez del Derecho. D. Otras manifestaciones de la función limitadora de la Moral: a) La Moral como límite a la autonomía de la voluntad. b) La Moral como límite al ejercicio de los derechos y libertades públicas. c) La Moral como límite de la capacidad de obrar. d) Incidencia de la Moral en la situación y en el estado civil de las personas. E. La Moral como garantía de la eficacia del Derecho. F. Función metódica de la Moral en el Derecho. 2. Funciones del Derecho respecto de la Moral.

I. DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS. CRITERIOS DE DISTINCION

El comportamiento humano está regulado por una pluralidad de sistemas normativos, entre los que destacan el Derecho y la Moral.

La Moral es, si cabe, un sistema normativo más complejo y problemático que el Derecho porque ella no tiene una significación unívoca, ni equívoca, sino plural y análoga. La Moral es un fenómeno, una realidad

compleja que comprende junto a normas de carácter individual (Moral individual que puede tener una significación religiosa o profana), normas de carácter social ¹ (Moral social), que poseen rasgos o notas que la aproximan, en diferente medida, a los sistemas normativos constituidos por el Derecho y los usos o reglas de trato social ².

Derecho y Moral constituyen dos sistemas normativos diferenciados entre los que se dan múltiples y complejos tipos de relaciones y funciones recíprocas.

La distinción entre Derecho y Moral puede establecerse de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Finalidad de las normas

En la regulación del comportamiento humano la Moral busca la perfección individual del sujeto (*homo bonus*), mientras que el Derecho tiene como finalidad la perfección del orden social (*bonum opus*), cifrado en la consecución del bien común, para hacer posible la convivencia humana dentro de un orden justo, seguro, pacífico y libre.

2. Contenido de las normas

Con el fin de hacer bueno al hombre (*homo bonus*) la Moral obliga a hacer todo lo bueno (práctica de todas las virtudes) y prohíbe hacer todo lo malo (abstención de todos los vicios), haciendo de la realización del bien (*bona in se*) y de la evitación del mal (*mala in se*) la razón y el fundamento último del obrar. Por el contrario, el Derecho, para salvaguardar el orden y la paz social, que es su tarea específica, sólo debe prescribir hacer lo justo y evitar lo injusto. «La ley humana —indica Santo Tomás a este respecto— no prohíbe todos los vicios, de los que se abstiene un hombre virtuoso, sino sólo (...) los más graves (...), sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos, y otros vicios semejantes». Por idénticas razones, añade Santo Tomás, «la ley humana no ordena todos los actos de todas las virtudes, sino sólo aquellos que se dirigen al bien común, sea de manera inmediata (...), sea de manera mediata (...)» ³.

1. KOLLER, P., *Theorie des Rechts* (Eine Einführung). Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 1992, pp. 261 y ss.

2. Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. esp. de Felipe González Vicen, Ed. Aguilar, Madrid, 1980, pp. 236.

3. *Summ. Theol.* I-II.q.96. a.2 y a.3. Cfr. BLOCH, E., *op. cit.*, p. 234.

3. Objeto de las normas y modo de valoración de los comportamientos

Tanto la Moral como el Derecho regulan actos humanos en los que hay que distinguir dos elementos o dimensiones constitutivas: un elemento interno o intencionalidad (síntesis de conocimiento y voluntad) y otro externo, consistente en la manifestación, concreción y realización material, física, de aquel a través del correspondiente comportamiento exterior. En función de esta estructura bidimensional del acto humano la diferencia entre Derecho y Moral puede compendiarse así:

- La Moral regula y enjuicia los comportamientos humanos, tanto unilaterales (los que no afectan a otro sujeto) como bilaterales (los que afectan a persona o personas distintas del sujeto que actúa), en función de un proceso valorativo que comienza por el elemento interno (intencionalidad) y concluye con el elemento externo (comportamiento exteriorizado) y las diferentes circunstancias (modo, tiempo, lugar, etc.) de su realización.
- El Derecho, a diferencia de la Moral, —además de conferir efectos jurídicos a determinados sucesos o acontecimientos independientes del conocimiento y de la voluntad humana (*hechos jurídicos*)—, regula sólo determinados comportamientos de carácter bilateral, enjuiciándolos a través de un proceso que comenzando por el elemento externo del comportamiento y sus efectos o consecuencias se prolonga y culmina, en la medida en que ello es posible y necesario para la finalidad del Derecho, en el análisis y valoración de la intencionalidad del sujeto (buena fe, mala fe, dolo, etc.), confiriéndole las correspondientes consecuencias jurídicas⁴.

4. Modo de obligar las normas

Por razón de su finalidad la Moral vincula al hombre en el fuero interno de su conciencia exigiendo así una perfecta adecuación o correspondencia entre el comportamiento externo del sujeto (sumisión u obediencia a la norma) y el *animus* o voluntad (elemento interno) que

4. Cfr. WEBER, M., *Economía y Sociedad* (Esbozo de Sociología comprensiva), edición preparada por J. Winckelmann. Nota preliminar de J. Medina Echevarría, segunda edición, séptima reimpresión. Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 263; DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Legaz y Lacambra, novena ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 336; DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Trad. esp. de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Tejeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 12; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *La diferenciación de Moral y Derecho*, en «Filosofía y el Derecho» (Estudios en Honor al Prof. J. Corts Grau), T. II, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, p. 368.

impulsa ese comportamiento, que no debe ser otro que el cumplimiento de lo que la norma moral prescribe (*Moralität*, en el sentido kantiano).

Por exigencias de su fin el Derecho —sin dejar de tener en cuenta, en determinados supuestos, los motivos de obrar—, sólo exige la correspondencia o adecuación del comportamiento externo con lo prescrito por la norma (*Legalität*, en sentido kantiano)⁵, no interesándole al Derecho, en principio, las razones o motivos que empujan al sujeto a cumplir la norma. Por esta razón el Derecho no manda o prohíbe hacer algo por tal o cual motivo sino, pura y simplemente, hacerlo o no hacerlo.

El modo específico de obligar del Derecho explica que éste pueda poseer, como garantía de sus normas, la nota de coercibilidad, lo cual, por su propia naturaleza, es impensable en la Moral. Al mismo tiempo ello justifica también que un sector de la doctrina (Thomasius, Kant, Ihering, Kelsen, Ross,...) haya visto en la coercibilidad el criterio decisivo para distinguir el Derecho de la Moral⁶.

II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS DIFERENCIADOS

Moral y Derecho se configuran actualmente como dos sistemas normativos diferenciados pero íntimamente conectados entre sí, como dos ramas de un mismo tronco ético común. Ese tronco ético común es el constituido por el valor de la justicia. Tanto el Derecho como la Moral —cada uno en función de su específica finalidad y con sus respectivos medios— aspiran a ordenar el comportamiento y la convivencia humanas de acuerdo con un conjunto de valores y principios entre los que se encuentran (como valor compartido) las exigencias de la justicia.

La conexión básica entre Derecho y Moral viene constituida por tanto por el valor de la justicia, pero las exigencias de ésta no agotan el contenido de las normas del Derecho ni de la Moral. La Moral, como ya sabemos, no sólo prescribe la justicia sino la práctica de todas las virtudes, al tiempo que prohíbe todos los vicios. Por su parte el Derecho incorpora a su contenido no sólo exigencias de la justicia sino también valores, principios e ideas muy diversos de significación histórica, ideológica, política, técnica, etc. Esto determina y explica que entre Derecho y Moral, mejor aún, entre los diferentes contenidos que integran el Derecho y la Moral, en

5. KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten* (Einleitung in die Metaphysik der Sitten III), Philipp Reclam jun. Stuttgart, 1990, p. 53.

6. Cfr. BOBBIO, N., *Il Positivismo giuridico*, Lezioni de Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese-Editrice. Torino. Anno Accadémico 1960-61, pp. 183 y ss.; KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Trad. esp. de la segunda edición alemana por R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 75; DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, p. 336, 356 y ss.; DE RUGGIERO, R., *op. cit.*, pp. 12 y ss.; BLOCH, E., *op. cit.*, pp. 235 y ss.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *op. cit.*, p. 368.

cuanto sistemas normativos considerados en su totalidad, puedan darse, simultáneamente incluso, relaciones muy diversas. Dentro de esas posibles relaciones cabe destacar la siguiente:

1. Relaciones de indiferencia o neutralidad

Esta situación se da respecto de materias y cuestiones jurídicas que son indiferentes desde el punto de vista Moral. Así, por ejemplo, los asuntos puramente técnicos de organización y funcionalidad que, al menos en su raíz, responden a puros principios de economía y eficacia de las instituciones políticas, jurídicas y económicas ⁷.

Lo mismo acontece respecto de asuntos irrelevantes desde el punto de vista jurídico, como pueden ser, por ejemplo, las cuestiones relativas a la vida virtuosa individual, en relación con las cuales el Derecho, en principio, nada tiene que decir.

2. Relaciones de tensión o conflicto

En el proceso de su evolución el Derecho y la Moral pueden presentar determinados puntos de fricción, tensión y conflicto. Estas situaciones se producen cuando el Derecho obliga o simplemente permite o autoriza cosas que la Moral prohíbe (por ejemplo, problemas relativos a la legalización del aborto, al reconocimiento jurídico de las parejas de homosexuales, persistencia en los ordenamientos jurídicos de la pena de muerte, etc.), y también cuando el Derecho prohíbe o sencillamente limita o dificulta la práctica de conductas que la Moral prescribe.

La aparición de estos puntos de tensión y conflicto entre Derecho y Moral perturba y obstaculiza de diferentes formas y con distinta intensidad el lógico y sereno desenvolvimiento de la vida social, planteándose al ciudadano y a la autoridad el problema de decidir en cada caso, cual de las normas en conflicto debe prevalecer, y a la Política Jurídica la tarea de buscar soluciones adecuadas a dichas situaciones de tensión y conflicto. De otro lado, esos momentos de tensión y conflicto pueden operar como factores de impulsión del proceso de desarrollo y perfeccionamiento tanto del Derecho como de la Moral ⁸.

7. Cfr. DENNIS, LORD D., *La idea de Derecho* (¿Perversidad represora o necesidad social?), trad. esp. de R. Aguilar de Ben y M. Barat. Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 67; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *La Moral en el Derecho vigente*, en «Derecho y Moral». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 28. Universidad de Granada, Granada, 1988, pp. 123 y ss.

8. Cfr. DENNIS, LORD, D., *op. cit.*, pp. 65 y ss.; DREIER, R., *Recht-Moral-Ideologie*, Studien Zur Rechtstheorie, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft. Frankfurt am Main, 1981, pp. 180 y ss., 184 y ss.; HAFT, F., *Aus der Waagschale der Justitia* (Ein Lesebuch aus 2000 Jahren Rechtsgeschichte), Deutscher Taschenbuch Verlag C.H. Beck, Nördlingen, 1990, 2.^a Auflage, p. 205.

3. Relaciones de recepción y de remisión

En determinados supuestos, el Derecho asume, incorpora a su sistema normativo valores, instituciones y normas de naturaleza moral, dotándolas de significación y efectos jurídicos. Así acontece, por ejemplo, en los supuestos del reconocimiento de plenos efectos jurídicos civiles al matrimonio canónico, del castigo del perjurio, de la blasfemia y de la regulación de determinados aspectos de las relaciones familiares (relaciones entre marido y mujer, entre padres e hijos y entre parientes), que originariamente tuvieron y siguen teniendo una significación fundamentalmente moral⁹. En otros supuestos el Derecho remite explícita o implícitamente a la Moral para determinar el criterio o la pauta de conducta a seguir. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con las referencias que el Derecho hace a la buena fe, a las buenas costumbres, a la buena conducta, a la moralidad, etc.¹⁰

La Moral por su parte estatuye la obligación, en el foro de la conciencia, de obedecer las leyes justas¹¹, lo cual supone en cierto modo una especie de recepción del Derecho en la Moral o de remisión de la Moral al Derecho, y, en cualquier caso, una garantía moral de las normas jurídicas.

4. Relaciones de armonía y complementariedad

Se trata de una situación en la cual los contenidos de la Moral y del Derecho, sin ser necesariamente iguales o parecidos —en algún punto pueden y deben coincidir— son recíprocamente compatibles e incluso complementarios, apoyándose e impulsándose los unos a los otros¹².

9. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3.^a ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1935, pp. 7, 11 y ss.; cfr. BATTAGLIA, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, Vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pp. 347 y ss.; DE RUGGIERO, R., *op. cit.*, p. 14.

10. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 346. Sobre el sentido y alcance de las remisiones del Derecho a la Moral véase M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pp. 126 a 128.

11. AQUINO, T. DE, *Summ. Theol.* I-II, q.96.a.4.

12. En este sentido escribe Lord Dennis Lloyd: «De todos modos no hace falta ir muy lejos para encontrar la razón por la que existe un amplio ámbito común al Derecho y a la moralidad, pues es misión de ambos imponer ciertos modelos de conducta sin los cuales la sociedad humana difícilmente podría sobrevivir, y en muchos de estos modelos mínimos fundamentales, el Derecho y la moralidad se refuerzan y se complementan mutuamente como parte del tejido de la vida social. Si no evitamos el ataque físico a los demás y la apropiación indebida de lo que pertenece a otros, no puede haber seguridad en la vida ni en las transacciones humanas que permiten la vida y el bienestar de la sociedad. Los códigos morales, al reconocer que por regla general debemos evitar semejantes acciones, complementan la fuerza de la ley que las prohíbe. Y la reprobación moral que esos actos inspiran está reforzada por las sanciones penales u otras que impone la ley», *Op. cit.*, pp. 64 y 65. A este respecto véase también: LYON, D., *Ética y Derecho*, trad. esp. de M. Serra Ramoneda, Primera edición, primera reimpresión, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 69 a 112; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, p. 121 y ss.

Respecto de las situaciones de conflicto y armonía que en determinados momentos pueden existir entre Derecho y Moral cabe advertir:

1. La tensión y el conflicto es una situación normal entre sistemas normativos vigentes, pudiendo constituir esa situación de tensión y conflicto —como ya se ha indicado— uno de los factores que impulsa el cambio y el perfeccionamiento recíproco de ambos sistemas.

2. La relación de armonía y complementariedad, con independencia de que de hecho se dé en determinadas situaciones, constituye siempre una meta exigida por la unidad del acto humano —que exige compatibilidad y armonía entre las normas que lo regulan— hacia la cual debe apuntar el proceso de desarrollo y perfeccionamiento de ambos sistemas normativos.

Las relaciones de mutua armonía y complementariedad constituyen el supuesto adecuado para estudiar las funciones recíprocas que pueden y deben darse entre Derecho y Moral.

III. FUNCIONES RECÍPROCAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Derecho y Moral son sistemas normativos diferenciados pero unidos entre sí, según indicamos ya, como dos ramas pertenecientes al mismo tronco ético constituido por el valor de la justicia. En virtud de ello Derecho y Moral, en cuanto sistemas normativos, no están meramente yuxtapuestos sino engranados, imbricados, entre sí, como dos círculos secantes. Esa relación de imbricación (*intersección*) determina la existencia, real o potencial, de un complejo de funciones recíprocas entre Derecho y Moral.

1. Funciones de la Moral respecto del Derecho

La Moral, como sistema normativo independiente del Derecho, así como los contenidos morales que circunstancialmente el Derecho asuma e incorpore a sus normas (*recepción*) pueden cumplir, en relación con el Derecho positivo, múltiples funciones. Entre ellas cabe destacar:

A. La Moral como fuente material del Derecho

Históricamente la Moral ha venido operando —con diferente alcance e intensidad, de acuerdo con las concretas circunstancias históricas de tiempo y lugar— como fuente material y factor de corrección y perfeccionamiento del Derecho positivo, al inspirar y determinar el espíritu y el contenido de algunas instituciones y normas

jurídicas¹³. En este sentido la doctrina ha puesto de relieve, de modo reiterado, hasta elevarlo a la condición de tópico, el hecho de la influencia humanizadora que la Moral cristiana ejerció —directamente, unas veces, indirectamente, otras, a través, fundamentalmente, del Derecho Canónico— sobre determinados derechos positivos. Esa influencia es claramente manifiesta en el Derecho histórico español¹⁴. En nuestra historia jurídico-constitucional más reciente encontramos un curioso precepto que consagraba formalmente la función de la Moral como fuente material del Derecho positivo. Se trataba de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (de 17 de mayo de 1958), vigente hasta 1978, la cual, en su declaración segunda, establecía: «La nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

B. *La Moral como fin del Derecho*

Con mayor o menor amplitud, según las circunstancias históricas, el Derecho ha asumido y continúa haciendo suya la tarea de proteger y promover determinados valores y contenidos morales que se convierten así en fines parciales del Derecho.

Manifestaciones diversas de esa función son, entre otras, las siguientes tareas:

a) *El reconocimiento y la protección jurídica de la religión y de la moralidad*. En nuestro Derecho histórico más reciente habría que destacar al respecto la específica protección de que fue objeto la religión católica. El *Fuero de los Españoles* disponía en este sentido, en su art. 6: «La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado Español, gozará de la protección oficial». El mismo precepto añadía, en su párrafo segundo: «El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público¹⁵».

13. Cfr. LLOYD, LORD D., *op. cit.*, p. 66; PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, segunda edición (primera reimpresión) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 105.

14. Cfr. COING, H., *Europäisches Privatrecht*, T. I. (Älteres Gemeines Recht) C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1985, pp. 35 y ss., 43 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del Pueblo español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre y octubre, 1948, pp. 6 y ss.; GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, décima ed. revisada por J. A. Rubio, Editorial Miñón, Valladolid, 1980, pp. 11, 12, 53, 80 y 142; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXIII, Madrid, 1953, pp. 467 y ss.; *El Derecho Canónico y el Derecho Civil*, cap. III de la obra colectiva, *Derecho Canónico*, T. I. Eunsa, Pamplona, 1974, p. 134 y ss., 137 y ss., 142 y ss., 148 y ss.

15. Se trata de preceptos que, con diferente alcance e intensidad, según las circunstancias políticas, tienen una larga tradición histórica en nuestro Derecho constitucional: Constitución de 1808, art. 1; Constitución de 1812, art. 12 y 117; Constitución de 1845, art. 11; Constitución de 1856, art. 14; Constitución de 1869, art. 21; Constitución de 1876, art. 11.

En nuestro Derecho vigente se ha operado, entre otros cambios, el desplazamiento y sustitución, en muchos casos, de las referencias a la protección de la moralidad y de la religión por el relativo a la libertad moral y religiosa. A ello hace referencia la Constitución al reconocer y garantizar la «integridad moral» de las personas (art. 15), la «libertad religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades» (art. 16.1), así como «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3).

b) *El castigo de las conductas contraria a la religión y al orden moral.* Manifestaciones de ello en nuestro Derecho histórico fueron el castigo de la herejía, de la blasfemia, del adulterio, del amancebamiento, de la homosexualidad, de la pornografía, etc.¹⁶ En este sentido el *Código Penal*, en su anterior redacción, hacía referencias al pudor, a las buenas costumbres y a la moral pública, como bienes que el Derecho debía proteger castigando las conductas que atentaren contra ellos. Así, por ejemplo, el art. 431, párrafo primero, de dicho texto punitivo castigaba «al que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia». Y el art. 432 sancionaba al que expusiere o proclamare «por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contraria a la moral».

En nuestro Derecho vigente —como consecuencia de la desaparición de la confesionalidad del Estado y de un más extenso reconocimiento de libertades—, encontramos, en relación con las conductas contraria a la religión, un planteamiento más amplio y equitativo al proteger sin más el sentimiento religioso y la libertad de conciencia (arts. 205 y ss. del *Código Penal*). A este respecto dicho texto punitivo tipifica como delictiva la conducta consistente en ejecutar «actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados» (art. 208). Asimismo castiga a quien «de palabra o por escrito hiciere escarnio de una confesión religiosa o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias» (art. 209).

En relación con las conductas contraria a la moralidad pública el *Código Penal* sanciona los actos de exhibicionismo y provocación sexual llevados a cabo ante menores o deficientes mentales (art. 431), así como la difusión, venta o exhibición de «material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales» (art. 432). También castiga la ley penal las actuaciones relativas a la cooperación o protección de la prostitución (o cualquier forma de corrupción) de otra persona (arts. 452 bis a. y ss.).

16. Diferentes aspectos de esta amplia temática en relación con la interpretación y aplicación de la ley por el poder judicial, en una etapa muy concreta de nuestra historia, pueden verse en el libro de PÉREZ RUIZ, C., *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

Junto a la legislación punitiva hay que tener en cuenta, a este respecto, las disposiciones administrativas que, dentro de lo que tradicionalmente ha venido denominándose «policía de costumbres», se ordenan a la protección de la moralidad pública, prohibiendo y sancionando las conductas contrarias a ella.

c) Con todo debe advertirse que la Moral no se reduce exclusivamente a las cuestiones relativas a la religión y a la sexualidad. El Derecho protege también la moralidad cuando persigue y castiga conductas tales como el homicidio, las lesiones, las calumnias e injurias, el robo y las falsedades, etc.¹⁷, o cuando salvaguarda y favorece determinados valores, como la buena fe¹⁸.

C. *La Moral como fundamento y límite de la validez del Derecho*

Con independencia de la tesis del iusnaturalismo tradicional según la cual la ley humana sólo es ley (y por tanto sólo obliga) en cuanto se deriva de la ley natural (esto es, en la medida en que es justa) y que cuando se contrapone a la ley natural ya no es ley, sino corrupción de ley¹⁹, un moderno sector de la doctrina a la hora de indicar el fundamento último de la obligatoriedad del Derecho (del deber jurídico) remite a la Moral: a la obligación moral de obedecer al Derecho²⁰.

Al pasar del ámbito de la doctrina al plano del Derecho positivo nos encontramos con que la Moral opera como límite de la validez de las normas jurídicas. Según nuestro *Código Civil* (art. 1.3), «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y resulte probada».

17. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La moralidad pública como límite de las libertades públicas*, en XII Jornadas de Estudio, *Los Derechos fundamentales y libertades públicas* (I), Vol. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 1008; RIPERT, G., *op. cit.*, pp. 332 y ss., 343 y ss.

18. Cfr. RIPERT, G., *op. cit.*, p. 7, 303 y ss.

19. Cfr. AQUINO, T. de, *Summ. Theológica*, I-II, q.95, a.2 y q.96, a.4.

20. A este respecto escribe HART: «Se dice a menudo que un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre». *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Segunda ed. (reimpresión). Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 250.

Sobre este punto véase: RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, en «Gesamtausgabe» T. II, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 271; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, en «Gesamtausgabe», T. III, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, p. 156. MARTIN KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado* (Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático), trad. esp. de E. Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 23 y 24; DELGADO PINTO, J., *El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho*, en «Obligatoriedad y Derecho» (XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social), del 28 al 30 de marzo de 1994, Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991, pp. 37 y ss.; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, p. 120.

En relación con el Derecho legal nos encontramos con el problema de la invalidez (nulidad, anulabilidad) de las disposiciones legales contrarias a la Moral. En nuestro Derecho histórico la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* disponía que serían «nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino», entre las que se encontraba, configurada como fuente material del Derecho, como hemos visto ya (declaración segunda), «la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana». En nuestro ordenamiento jurídico vigente cabe pensar al respecto en la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161.1 de la Constitución), que violen los derechos y libertades de contenido moral reconocidos y protegidos por la Constitución.

La lesión de esos derechos y libertades de significación moral constituiría el fundamento, mediato al menos, de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que deroguen o modifiquen el contenido de las normas de rango superior que regulan y garantizan dichos derechos y libertades (art. 28 de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* y art. 62.3 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*).

D. *Otras manifestaciones de la función limitadora de la Moral*

La función limitadora de la Moral se manifiesta también en otros planos y dimensiones de la vida del Derecho. A este respecto cabe destacar:

- a) La Moral como límite de la «autonomía de la voluntad».

En el *Código Civil* encontramos múltiples ejemplos de ello. Así en materia de *contratos* dispone el Código que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». (art. 1255).

En relación con las cosas que pueden ser *objeto de contrato* establece dicho texto legal que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres» (art. 1271, párrafo tercero).

Respecto del *contenido* y alcance de las *prestaciones contractuales* prescribe el Código que, los contratos, una vez perfeccionados, «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258).

En relación con la *causa de los contratos* dispone el Código que «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno», añadiendo que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral» (art. 1.275).

Establece el *Código Civil* también la posibilidad de que el donante pueda *revocar* la donación «por causa de ingratitud», en una serie de supuestos en los que la razón decisiva es la violación por parte del donatario de determinadas obligaciones morales (art. 648).

A propósito de las *capitulaciones matrimoniales* prescribe el Código que «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1.328).

Respecto de las *obligaciones condicionales* dispone el mencionado texto legal que «las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa» (art. 1.116).

En materia de *testamentos* establece la ley civil que «las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa» (art. 792) ²¹.

Debe advertirse que los principios generales del Derecho, en cuanto informadores del ordenamiento jurídico, proyectan sus exigencias, en la medida en que lo permita su practicabilidad, tanto sobre el Derecho privado como sobre el Derecho público. De ahí que los principios de significación moral (buena fe, buenas costumbres, licitud de objeto, causa, finalidad... en los actos y negocios jurídicos, etc, etc.) condicionen y limiten también la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho público. Ello se ha subrayado con especial énfasis en relación con el Derecho Administrativo ^{21 bis}. A este respecto tenemos:

1.º Desde el punto de vista de los ciudadanos, no tiene ningún sentido, no hay ninguna razón para pensar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los administrados en sus relaciones con la Administración no esté sujeto a los condicionamientos y límites que tiene en el ámbito del Derecho privado.

2.º Desde el punto de vista de la Administración, de la actividad administrativa, nos encontramos con que, la Administración —no obstante su genérica sumisión al principio de legalidad (en el Estado de Derecho)— tiene reconocidas determinadas potestades discrecionales, en las que aflora la autonomía de la voluntad de la Administración, y respecto de las cuales los mencionados principios generales de significación moral operan también como límites de la actividad discrecional. Así sucede, por ejemplo, en materia de contratación administrativa, en donde el art. 3 de la *Ley de Contratos del Estado* (de 8 de abril de

21. Sobre estos diversos aspectos del problema véase GEORGES RIPERT, *op. cit.*, pp. 6 y ss. 44 y ss. y 64 y ss.

21 bis. Cfr. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1989, en especial las pp. 19 y ss., 22 y ss., 34 y ss., 37 a 43, 56 a 69, 106 y ss., 161 y ss.

1965) dispone: «La Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de aquella». Otro tanto cabe decir de la actividad de la Administración en relación con los siguientes aspectos de la misma: 1.º Constatación, apreciación y valoración del hecho determinante de la actuación administrativa; 2.º Contenido del acto administrativo, cuando la ley ofrece varias posibilidades de actuación; 3.º Oportunidad (tiempo o momento) de la actuación de la Administración, y 4.º Elección del medio más adecuado para conseguir la finalidad propuesta (art. 53 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*). En todos estos supuestos la Administración está sometida a las exigencias y límites de la buena fe, de la buena administración y demás principios que se manifiestan, entre otras formas, en el «principio de protección de la confianza legítima» del administrado en el buen funcionamiento de la Administración (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de febrero de 1990).

- b) La Moral como límite al ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Constituye un principio o lugar común de la conciencia ético-jurídica del mundo moderno la idea de que el ejercicio de los derechos y libertades no puede ser permitido cuando no tiene más finalidad que causar daño a los demás²². En este sentido el *Código Civil* establece, que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» (art. 7.2), y prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1).

En el ámbito del Derecho constitucional cuenta ya con una larga tradición histórica el principio de que el respecto a la Moral constituye un límite al ejercicio de la libertad de conciencia y de religión. Con diversas formulaciones ello ha sido recogido y proclamado por varios textos de nuestra historia constitucional. Así tenemos:

— La *Constitución de 1869*, después de declarar que «la Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica», añadía: «El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España [así como a “los españoles que profesaren otra religión que la Católica”], sin más limitaciones que las universales de la moral y del derecho» (art. 21).

22. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, pp. 350 y ss.; RIPERT, G., *op. cit.*, pp. 7, 167 y ss.

— La *Constitución de 1876* disponía: «Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana» (art. 11, párrafo segundo).

— La *Constitución de 1931* establecía al respecto: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública» (art. 27).

— El *Fuero de los Españoles*, tras declarar que la religión católica era la oficial del Estado español, disponía que el «Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público» (art. 6).

La referencia a la Moral desaparece en la *Constitución de 1978* que establece: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1). Con todo, en el orden constitucional vigente tenemos que la Moral pública continúa constituyendo un límite al ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución. Así acontece, por ejemplo, en relación con la «libertad de expresión» reconocida en el art. 20.1 del vigente texto constitucional al poner en conexión los art. 20.4 y 10.2 del mismo. El art. 20.4 dispone que las libertades reconocidas en la Constitución «tienen un límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El art. 10.2 establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En dichos textos internacionales existen numerosas referencias explícitas a la Moral —referencias que en nuestro ordenamiento jurídico han ido desapareciendo progresivamente al hilo de las reformas introducidas desde 1982—. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) dispone en su art. 29,2: «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 satisfacer las *justas exigencias de la moral*, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática»²³.

23. A su vez, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966) establece: «Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones

c) La Moral como límite de la capacidad de obrar ²⁴.

La Moral incide también sobre la determinación de la capacidad de obrar de las personas. En este sentido, por ejemplo, el *Código Civil*

salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto» (art. 12.3).

Sobre esta cuestión véase J.R. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, pp. 1005 y ss., 1010 y ss., 1019 y ss.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dispone: «Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar el desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil» (art. 10.3).

El Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950; París, 1963 y 1966) establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en material penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de la Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia» (art. 6.1).

Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, pp. 1005 a 1011, 1019 y 1020. Estas dos últimas pp. en relación con la protección de la juventud y de la infancia frente a la publicidad inmoral.

En relación con la idea de «buena fe» el Tribunal Constitucional español ha entendido que dicha categoría constituye un límite al ejercicio de todos los derechos, incluidos los de rango constitucional (Sentencias 120/1983, de 15 de diciembre y 6/1988, de 21 de enero, entre otras). Una posición discrepante mantiene al respecto ANTONIO MORENO GARCÍA, *Buena fe y derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 38, mayo-agosto de 1993, en especial las pp. 267 y ss., 269, 271, 274 y ss.

24. En el ámbito del Derecho constitucional habría que recordar aquí las limitaciones de capacidad que por motivos religiosos establecía nuestro Derecho constitucional histórico como consecuencia lógica del reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado. Mención expresa a esa circunstancia hacían:

— *La Constitución de 1808*: «La religión católica, apostólica y romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la Religión del Rey y de la nación; y no se permitirá ninguna otra». (art. 1)

— *La Constitución de 1812* establecía: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única y verdadera» (art. 12), y disponía luego: «El Rey tendrá el tratamiento de Majestad Católica» (art. 169).

dispone que no pueden ser *tutores*, entre otras, «las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida» (art. 244.3.º). En materia de sucesiones establece el Código que «son incapaces de suceder por causa de indignidad», entre otros: «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos» (art. 756.1.º), y «el que hubiere acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa» (art. 756, 3.º).

Por su parte el *Código Penal* dispone que, en los delitos relativos a la prostitución (arts. 452 bis a. y ss.), el Tribunal sentenciador podrá «privar a los culpables (ascendientes, tutor) de la *patria potestad* y *tutela*» sobre los menores de edad que hayan sido prostituidos (art. 452, bis, g.). Asimismo castiga el *Código Penal* con la pena de «*inhabilitación* especial para el ejercicio de la enseñanza pública y privada» a quienes, con motivo u ocasión del ejercicio de su función docente, incurrieran en alguno de los delitos contra la libertad de conciencia (art. 212).

Un límite potencial a la capacidad de las personas es el constituido por la posibilidad que tienen las partes en el proceso de poder tachar como testigo a quien hubiere sido «condenado por falso testimonio» (art. 640, 4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- d) Incidencia de la Moral en la situación y en el estado civil de las personas.

La moral puede influir y condicionar también el estado civil de las personas. Así, por ejemplo, el *Código Civil* establece, entre otras, como causas de *separación matrimonial*, «la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación, violación grave o reiterada de los deberes conyugales» (art. 82.1) o «de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal» (art. 82.2).

— La *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado*, de 1947, tras declarar que «España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en Reino» (art. 1), disponía que «para ejercer la jefatura del Estado como Rey o Regente se requerirá (...entre otros requisitos) profesar la religión católica» (art. 9).

En otra línea de pensamiento la *Constitución republicana de 1931* establecía: «La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros» (art. 27 párrafo quinto). En análoga línea de pensamiento la *Constitución monárquica* de 1978, desde el pleno reconocimiento de «la libertad ideológica, religiosa y de culto» (art. 16.1), no establece ningún condicionamiento de tipo religioso para ser Rey o Regente (art. 56 y ss. y 59.4).

Además de la separación de hecho durante el tiempo prescrito en la ley, la separación conyugal fundada en cualquiera de las citadas conductas inmorales podrá servir luego, a tenor de lo dispuesto en el art. 86, para justificar el *divorcio* 25.

E) *La Moral como garantía de la eficacia del Derecho*

Con independencia de que sea cierta o no la tesis doctrinal que ve en la Moral el fundamento último de la validez (obligatoriedad) del Derecho y como consecuencia de las relaciones de armonía y complementariedad que deben darse entre Derecho y Moral, esta puede y debe operar como coadyuvante, como garantía de la eficacia del Derecho, estimulando la aceptación y cumplimiento de sus normas 26. La explicación última de ello habría que buscarla en la dinámica, en la interrelación existente entre la justicia (fin del Derecho) y sus partes potenciales 27. En este sentido recordaba Legaz: «Es evidente que donde está muy elevado el nivel moral de la sociedad, todas aquellas normas que no pugnan con la conciencia ética dominante en ellas son cumplidas espontáneamente en grado mayor que donde sólo el temor a las sanciones puede ser eficaz; lo mismo cabría decir —añade Legaz— de la religiosidad del pueblo, pudiendo afirmarse con Donoso Cortés que cuando baja el barómetro de la religión, sube el de la represión penal y viceversa» 28. Por su parte, Lord Dennis Lloyd ha insistido en la idea de que la ley, «para gozar de toda su autoridad, (necesita) ser reforzada por las convicciones morales de la comunidad» 29. De modo más explícito si cabe se manifiesta Hart al recordar que «un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre» 30.

25. Cfr. LLOYD, LORD D., *op. cit.*, pp. 68 y ss. En el ámbito del Derecho español la jurisprudencia y la Ciencia jurídica han puesto de relieve que la significación y el alcance moral de las causas de separación y de divorcio establecidas en la ley son mucho más ricos de lo que, en una primera lectura, podría parecer deducirse de las palabras del texto legal. Véase al respecto LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español* (nulidad, separación y divorcio), Ed. Tecnos, Madrid, 1983, en especial las pp. 151 y ss., 160 y ss., 216 y ss.

26. Cfr. JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, trad. esp. y prólogo de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1978, pp. 591 y 592; LLOYD, LORD D. *op. cit.*, pp. 53 y ss., 64 y ss., 72 y ss.; PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 105 y ss.

27. Cfr. AQUINO, T. de., *Summ. Theol.* II-II.q.80 art. único; PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, trad. esp. de M. Garrido (Cap. Justicia), 3.ª ed., Ediciones Rialp, Madrid, 1990, pp. 162 y ss.; ARANGUREN, J.L.L., *Ética*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 253.

28. *Filosofía del Derecho*, 4.ª Ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, p. 403.

29. *Op. cit.*, p. 73. En otro lugar escribe: «En el Derecho Penal toda idea de “culpabilidad” está vinculada a la idea de responsabilidad moral y de este modo la moral refuerza la autoridad de la ley y el deber de rendir obediencia a sus preceptos», *op. cit.*, p. 72.

Para una reflexión crítica sobre este punto, desde la perspectiva del pensamiento marxista, véase ERNS BLOCH, *op. cit.*, pp. 240 y 241.

30. HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 250.

F) *Función metódica de la Moral en el Derecho*

En el despliegue de su función ordenadora de la vida social el Derecho no se sirve siempre de términos, expresiones y categorías lógicas de significación clara y precisa sino que, en ocasiones, utiliza «cláusulas generales» o *standards* que constituyen una pauta ideal, imprecisa, «móvil», necesitada de concreción en cada caso particular³¹. Muchas de estas cláusulas generales o *standards* poseen una indudable significación moral. Así sucede, por ejemplo, con las referencias que el Derecho hace a categorías o principios valorativos tales como las buenas costumbres, la buena fe, la buena conducta, la rectitud moral, la ética profesional, el buen padre de familia, la moralidad pública, la competencia leal, etc.³². Ante la dificultad de precisar lo que la Moral social vigente exige en cada situación el Derecho no tiene más remedio que recurrir a tales cláusulas generales o *standards*³³, que operan como pautas de conducta, como «criterios metódicos», para indicar el tipo de comportamiento exigido en cada caso concreto.

En nuestro Derecho vigente existen numerosas manifestaciones de esta función metódica de la Moral. En el Derecho Civil, por ejemplo, la encontramos, entre otros casos, en relación con las siguientes situaciones:

— Respecto del ejercicio de los derechos dispone el *Código Civil* que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1).

— En relación con el cumplimiento de las obligaciones prescribe dicho texto legal que «el obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia» (art. 1.094).

31. Cfr. LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechts-Wissenschaft*, 6.^a Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1991, pp. 464 y ss.; PÉREZ RUIZ, C., *op. cit.*, pp. 32 y ss.; WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, trad. esp. de J.L. Carro y prólogo de L. Díez-Picazo, segunda reimposición, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 29 y ss., 35, 37 y ss., 38 y ss., 41 y 45 y ss.

32. Cfr. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp. de E. Valenti Fiol, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961, pp. 194 y ss.; WIEACKER, F., *op. cit.*

J.W. Hedemann indica a este respecto, en relación con el Derecho de obligaciones: «El tráfico origina en todas partes desconsideraciones, que muchas veces pueden ser evitadas tan sólo mediante la aplicación de normas jurídicas. Pero esto no basta, sino que el Derecho de obligaciones como un todo ha de estar penetrado de sentido moral» *Derecho de obligaciones*, trad. esp. de J. Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 25 y 26. En relación con la buena fe véanse las pp. 75 y ss.

Sobre la dimensión moral de las ideas de orden público y buenas costumbres véase JOSÉ ANTONIO DORAL, *La noción de orden Público en el Derecho civil español*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pp. 65 y ss., 77 y ss.

33. Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 289.

— A propósito de la fijación del contenido y alcance de las obligaciones nacidas de los contratos establece el *Código Civil*: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258).

2. Funciones del Derecho respecto de la Moral

Desde un punto de vista puramente lógico, el Derecho puede desplegar respecto de la Moral —y así lo ha hecho históricamente— múltiples funciones entre las que cabe señalar: 1) Proteger y potenciar la Moral; 2) Desentenderse de las cuestiones morales; 3) Combatir a la Moral, provocando situaciones de tensión y conflicto al reprimir conductas que la Moral prescribe y al permitir o incluso ordenar comportamientos que la Moral prohíbe; 4) Una forma más sutil de combatir la Moral es la de tratar de obstaculizar, limitar y debilitar la *praxis* moral³⁴. Esto es lo que acontece, por ejemplo, cuando en nombre de la neutralidad o aconfesionalidad del Estado se procede a limitar y obstaculizar la manifestación de ideas, creencias, actitudes y hábitos de carácter moral, mientras que en nombre de la tolerancia —que en este supuesto no sería sino mera permisividad³⁵— se permiten e incluso se fomentan y

34. A este respecto observa HART: «Del mismo modo, las normas jurídicas pueden establecer niveles de honestidad y humanidad que eventualmente modifican y elevan la moral corriente; a la inversa, la represión jurídica de prácticas concebidas como moralmente obligatorias puede, a la larga, hacer que se pierda el sentido de su importancia y, con ello, su status moral; sin embargo, con mucha frecuencia el Derecho pierde tales batallas con la moral imperante, y la regla moral continúa en pleno vigor al lado de normas jurídicas que prohíben lo que ella manda». *Op. cit.*, p. 219.

35. JAVIER HERVADA ha tratado de esbozar al respecto la distinción entre ley tolerante y ley permisiva. En sentido sentido escribe: «La *Ley tolerante* parte de la existencia de un mal que no es posible extirpar sin provocar un mal mayor y se ciñe a regular esa situación contraria al bien común, procurando limitarla en cuanto lo consiente el estado moral y las circunstancias de la sociedad. La tolerancia de las leyes tiene una delimitación clara: las leyes no pueden tolerar aquellas conductas que atentan directamente contra las instituciones sociales básicas o los derechos más fundamentales de las personas: el derecho a la vida y a la integridad física o moral (homicidio, aborto, lesiones, etc.), la libertad (secuestro), el matrimonio, la autoridad social, etc.» En relación con la *ley permisiva* añade: «La ley permisiva, en cambio, presupone negar la existencia de reglas objetivas de moral y, en consecuencia, *legaliza*, esto es, da estatus de moralidad social, a las conductas inmorales, con tal de que lo pidan sectores de la sociedad suficientemente numerosos. Esto supone un trastrueque de la función de la ley, que se convierte así en vehículo de la mala ciudadanía y de la inmoralidad. Tales leyes no sólo no obligan en conciencia, sino que obrar según lo que permiten es contrario a la moral». *La distinción entre Moral y Derecho en la perspectiva del realismo clásico*, en «Derecho y Moral». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *cit.*, pp. 302 y 303.

Sobre el tema de la permisividad véanse las lúcidas reflexiones de F. CARPINTERO BENÍTEZ, *Derecho y Ontología Jurídica*, Ed. Actas, Madrid, 1993, pp. 817 y ss.

tratan de justificar, sofisticadamente, conductas abiertamente inmorales (aborto, homosexualidad, diferentes tipos de corrupción, etc.).

Desde la específica perspectiva de la Filosofía del Derecho, que se ocupa más que de los «*hechos*» (de lo que ha sido, es o puede llegar a ser —tarea esta propia de las Ciencias Jurídicas, en especial de la Historia y de la Sociología del Derecho—) de los «*valores*» («deber ser»), la respuesta al problema que nos ocupa (funciones del Derecho respecto de la Moral) es algo que viene exigido e impuesto —como ya se ha indicado en otro momento— por la naturaleza unitaria de la conciencia y del obrar humano. Estos postulan, como meta ideal, soslayando en la medida de lo posible toda situación de tensión y conflicto entre Derecho y Moral, una relación de armonía y complementariedad entre ambos sistemas normativos, capaz de permitir a todo ser humano, en paz consigo mismo (con su propia conciencia) y en armonía con los demás, ejercer sus derechos y cumplir los deberes que le imponen el Derecho y la Moral.

Para satisfacer ese ideal el Derecho debe:

1.º No prescribir actos contrarios a la Moral ni prohibir comportamientos exigidos por ella.

2.º Dentro de su ámbito y con sus propios medios, combatir la inmoralidad en la medida en que el bien común lo exija, prohibiendo y reprimiendo determinadas actuaciones y comportamientos que la Moral condena.

3.º Tolerar determinadas situaciones y comportamientos contrarios a la Moral, siempre que no comprometan el bien común, y en relación con los cuales la intervención del Derecho pueda resultar inoportuna, contraproducente o abiertamente ineficaz ³⁶.

4.º Crear las condiciones adecuadas y necesarias para el libre desenvolvimiento y desarrollo de la vida moral (ideas, creencias, actitudes, hábitos, instituciones...), conforme a la formulación de Radbruch para quien el Derecho se configura como posibilidad de la Moral, «no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza. El Derecho garantiza derechos a los individuos para que estos (...) puedan cumplir mejor sus deberes morales» ³⁷.

36. A este respecto dice Lord DENNIS LLOYD: «Pueden existir campos de la actividad humana en el que el Derecho prefiere deliberadamente abstenerse de apoyar la norma moral por creer que la maquinaria es demasiado pesada para comprometerse en una labor concreta, y que se puede crear mayor daño social que el que se impide con su intervención. Ejemplo de ello en los tiempos modernos es el rechazo a penalizar la fornicación o la embriaguez en privado. En algunos lugares (en ciertos Estados de los Estados Unidos, por ejemplo) donde el adulterio se considera ofensa criminal, la disposición que así lo impone es poco más que papel mojado, y en ese caso tiende a hacer daño al causar un sentimiento de falta de respeto hacia la ley». *Op. cit.*, p. 67.

37. *Rechtsphilosophie, cit.*, p. 272. En otro lugar indica Radbruch que «si bien es cierto que el Derecho no puede realizar directamente la Moral, puesto que esta es, necesariamente, obra de la libertad, sí puede hacerla posible; el Derecho —insiste Radbruch— es la posibilidad de la Moral». *Vorschule der Rechtsphilosophie, cit.*, p. 156. Véase también GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de C. Lértora Mendoza, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, pp. 173 y ss., 175 y ss.

5.º Avanzando un grado más en esta línea de actuación y cuando las circunstancias así lo permitan y aconsejen el Derecho debe llegar incluso —y así lo ha hecho en muchas ocasiones— a asumir y dotar de significación jurídica determinados contenidos morales, mandando hacer lo que la Moral prescribe y prohibiendo lo que la Moral condena. El derecho puede así garantizar mediante sus normas el cumplimiento de determinadas obligaciones que primariamente, sustancialmente, poseen una significación moral. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con la obligación de dar alimentos que el *Código civil* establece entre parientes³⁸ o con los deberes de carácter social que en relación con el trabajador impone al empresario el Derecho laboral.

La consideración de estas funciones nos llevan, en un plano más profundo, y en cierto sentido previo, al planteamiento del problema de por qué y en qué medida el Derecho puede y debe intervenir en la Moral, cuestión de la que ya nos hemos ocupado en otro lugar³⁹.

38. Véanse los art. 9.7 y 142 y ss. del *Código Civil*. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, pp. 347 y ss.

39. *Sobre las relaciones entre Derecho y Moral*, en «Derecho y Moral». Anales de la Cátedra Francisco de Suárez, *cit.*, pp. 82 y ss.

Objeción de conciencia: Reflexión Ética

Por ANGEL CUENCA

Murcia

En este trabajo pretendo exponer unas líneas básicas acerca de la Objeción de Conciencia en su aspecto ético. Con ello, quiero contribuir a una mejor comprensión del problema global de la Desobediencia Civil y la Objeción de Conciencia, problema que en los últimos años viene siendo objeto de debate y reflexión.

Entendemos por **Objeción de Conciencia** la actitud que adopta una persona cuando no está dispuesto a obedecer un mandato de la autoridad, alegando que existen en el interior de su conciencia unas razones que le impiden realizar la conducta prescrita. Las razones que se invocan como causas para adoptar tal actitud son: a) La concepción filosófica o humanitaria del sujeto. b) Principios o convicciones morales. c) Convicciones políticas. d) Motivos o creencias religiosas.

Desde este punto de vista, es posible deslindar diversas clases de Objeción de Conciencia: 1) Legal y no-legal. 2) Objeciones de conciencia profesionales o deontológicas. 3) Objeción de conciencia religiosa.

La Objeción de Conciencia, como tal, no está tipificada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU como derecho fundamental, pero sí está implícitamente reconocida en su artículo 18: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de religión, de conciencia y de expresión». Partiendo de este artículo 18, quiero dar un rodeo argumentativo para tratar de analizar éticamente tanto la actitud como el fenómeno de la objeción de conciencia. Para ello, creo necesario basarme en tres actitudes fundamentales de toda ética democrática: La responsabilidad, la tolerancia y el diálogo.

1. **La Responsabilidad:** Partimos de un hecho fundamental: Sólo el ser libre es responsable. Ser responsable es el que de forma autónoma elige aquello que sería y razonablemente cree que debe elegir. Siguiendo a Victoria Camps ¹, se puede enumerar cuatro teorías de la responsabilidad: a) Nietzsche afirma que individuo autónomo es aquel que tiene voluntad propia, se siente único y sólo da cuenta de sí ante sí mismo. b) Sartre piensa que el hombre es totalmente libre y su decisión ha de ser inventada en cada caso, pero al elegir, elige a todos los hombres. Lo cual quiere decir que nuestra elección ha de ser generalizable. c) Max Weber distingue dos tipos de éticas: la ética de la responsabilidad, o la disposición de asumir las consecuencias de las propias decisiones y la ética de las intenciones que defiende la buena voluntad independientemente de los resultados. El defiende que no bastan las buenas intenciones, además es necesario responsabilizarse de las consecuencias del propio comportamiento. d) Hanna Arendt afirma que debemos aprender a asumir la responsabilidad del mundo. La falta de esa responsabilidad conlleva resistirse a madurar y a enseñar los contenidos de la propia experiencia.

Con estas cuatro opiniones podemos llegar a la síntesis siguiente: Responsabilidad quiere decir libertad y autonomía del sujeto que es capaz de comprometerse consigo y con los otros para realizar un comportamiento social y responder de las propias acciones ante los demás. Hoy ya no es posible hablar simplemente de responsabilidad individual a secas. Esta existe, pero, inserta en un todo social. Somos responsables individual y socialmente de la humanidad, del cosmos, de la paz, de la honradez y de la justicia.

La autonomía moral quedó ya definitivamente consagrada por Kant ². Esta autonomía de la persona en el campo de la moral posee dos facetas que solidifican su significado, es *autorreferente* e *intersubjetiva*. «O sea —dice Carlos S. Nino— que aquí tenemos dos sentidos de “autonomía” que son tales que uno está comprometido por el otro, cuyo dominio es más amplio que el primero: este último, que es el empleado por Kant, se refiere a la libre adopción, como guía de acciones y actitudes, de *cualquier* principio moral; el primero, que es el que está incorporado al principio universal de la autonomía de la persona, se refiere sólo a la libre elección de pautas y modelos correspondientes a la

1. CAMPS, V., *Virtudes Públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, pp. 57-67.

2. «Y no es de admirar, si consideramos todos los esfuerzos emprendidos hasta ahora para descubrir el principio de la moralidad, que todos hayan fallado necesariamente. Véase al hombre atado por su deber a las leyes: mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a su *propia legislación*, si bien ésta es *universal*, y que estaba obligado solamente a obrar de conformidad con su propia voluntad legisladora, si bien ésta, según el fin natural, legisla universalmente... Llamaré a este principio el de la AUTONOMÍA de la voluntad, en oposición a cualquier otro que, por lo mismo, calificaré de *heteronomía*», KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1967³, pp. 89-90.

moral personal o autorreferente (que es la que determina los planes de vida de los individuos)»³.

2. **La Tolerancia:** Es una de las actitudes básicas de la democracia. No se trata de una postura pasiva, sino que implica en el sujeto la convicción de que los demás son iguales a nosotros, son respetables sus opiniones y creencias y nadie posee la verdad al completo. Toda sociedad democrática es necesariamente plural, con diferencia de costumbres y formas de vida.

Los pioneros en la racionalización de la tolerancia fueron Locke con su *Epístola de Tolerantia* y John Stuart Mill con su *On Liberty*. Tanto uno como otro defienden dos puntos: «1) La convicción de que la verdad total no la tiene nadie; 2) el deber del respeto mutuo derivado del reconocimiento de una igualdad fundamental de todos los humanos»⁴.

Toda persona posee una capacidad de juicio y razonamiento y cada uno actúa de acuerdo con lo que deduce que es bueno para él, en esto se ha de basar nuestro respeto, en que cada uno es libre para autodeterminarse. Pero, la tolerancia ¿es absoluta? Ya Stuart Mill le ponía un coto: el daño que podemos hacer a los demás. El hecho de vivir en sociedad conlleva, según Stuart Mill, un modo de conducta hacia los demás. Esta conducta consiste, primero, en no hacer daño a los intereses de los demás; más aún, aquellos intereses que deben ser considerados como derechos; y, segundo, en que cada persona se responsabilice de su parcela de trabajos y sacrificios contraídos en la defensa de la sociedad⁵. La tolerancia tendría su marco en la justicia y su límite en el rechazo de la injusticia, el dominio y la violencia.

En definitiva, en una sociedad democrática y en una ética pluralista, la tolerancia debe ser un objetivo a lograr. El grado de tolerancia ha de ser el máximo posible. El límite a la tolerancia ha de ser el mínimo. Y debe estar en la línea del mal objetivo que hacemos a los otros, la injusticia que destruye a los más desposeídos y a las minorías, la violencia que ejercemos en nombre de ideas de dudoso fundamento. En cualquier caso, la tolerancia es una cualidad individual y colectiva que hay que ir construyendo poco a poco y perfeccionándola a base de aciertos y errores.

3. **El Diálogo:** La tercera actitud de una ética democrática es la actitud dialogante. Todos sabemos que una propiedad básica en el ser humano es el psiquismo pensante. Desde que Descartes dedujo que la esencia del hombre es el pensar, la historia del hombre ha ido pareja de unos logros y éxitos sin cuento, a lo que modernamente hemos

3. NINO, C.S., *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 230.

4. CAMPS, V., *op. cit.*, p. 85.

5. STUART MILL, J., *On Liberty*, Glasgow, Collins, 1962, p. 137. Vers. cast., Espasa Calpe, Madrid, 1991, pp. 172-173.

denominado «progreso». Efectivamente, el progreso de la humanidad ha sido la consecuencia más evidente de perderle miedo al pensar. Pero, el pensamiento humano no habría sido tan eficaz de no haber mediado la palabra, el discurso y el diálogo ⁶.

El diálogo constituye el entendimiento de los hombres, la interdisciplinariedad en el campo de la ciencia, la convención o el pacto en el campo de la política y, sobre todo, el diálogo y la comunicabilidad son vistos por muchos como una tarea ética. Esto es lo que Habermas quiere decir, cuando afirma: «La idea teórica fundamental de una ética de la comunicación es la del discurso universal, el “ideal formal de un entendimiento lingüístico”. Y como esta idea de un entendimiento racionalmente motivado está ya contenida en la estructura misma del lenguaje, no se trata de una simple exigencia de la razón práctica, sino de algo ya inserto en la reproducción de la vida social» ⁷. Nunca los hombres se han entendido como personas sin la palabra. Allí donde el diálogo ha estado ausente, ha aparecido la intransigencia, la violencia y la guerra.

Hoy día no podemos entender la vida interpersonal sin un diálogo ético que consiste: 1.º) En ser fiel a nuestros propios principios y, al mismo tiempo, respetar los puntos de vista y las opciones de los demás. 2.º) Búsqueda conjunta de lo verdadero, bueno y justo para los individuos y grupos sociales. 3.º) Tratando de apoyarnos en todo aquello que nos une y nos asemeja personal y culturalmente. 4.º) No pensar nunca que tenemos el patrimonio de la verdad, del bien o de la justicia. Antes bien, estar convencidos que la perspectiva de los otros puede ser, al menos, tan válida como la nuestra.

Acabado este rodeo metodológico que he considerado necesario para adoptar la conveniente actitud ética, ahora me dispongo a estudiar el fenómeno de la «Objeción de Conciencia».

1. LA OBJECION DE CONCIENCIA COMO ACTITUD DE NO-VIOLENCIA

El problema de la violencia es a la vez un problema antiguo y moderno. Es antiguo por cuanto el hombre, según nos consta, ha utilizado

6. «Robert Alexi, comentando a Habermas, sintetiza las cuatro exigencias del diálogo para este autor: 1) Igualdad de oportunidades para todos los participantes en el discurso. 2) La misma posibilidad de realizar interpretaciones, afirmaciones y justificaciones. 3) Existencia de hablantes con las mismas capacidades para utilizar actos de habla. 4) Existencia de hablantes con capacidad para usar actos de habla regulativos. Y más adelante añade: Según Habermas, las normas fundamentales del diálogo racional definidas por la situación ideal de diálogo no se presuponen sólo en el discurso, sino que también están en la base de las pretensiones de validez planteadas en el actuar cotidiano». CUENCA, A. «Valor y Ley», *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Epoca) N.º 80, abril-junio, 1993, p. 149.

7. HABERMAS, J., *Teoría de la Acción Comunicativa II*, Madrid, Taurus, 1987, p. 138.

siempre la fuerza física para hacer valer su poderío, sus ansias de colonización, su deseo de tener más, sus creencias religiosas, su convicción de saber más que los otros, su saciedad de resentimiento y esclavitud, etc. Por estos y otros motivos los seres humanos se han saltado muchas veces las reglas de juego y han practicado la violencia. Pero, a la vez, es un problema nuevo, porque las formas de violencia se han sofisticado y tecnologizado hasta extremos exagerados, lo que ha permitido la destrucción masiva del contrario, la matanza de inocentes como instrumento de coacción o la tortura refinada como medio de persuasión.

En todos estos casos el hombre sigue demostrando que la violencia forma parte de su naturaleza y de su vida. ¿Por qué el hombre es violento? «Sería necesario buscar bien abajo y muy arriba las complicidades de una afectividad humana ligada a lo terrible en la historia. La psicología somera del empirismo que gravita en torno al placer y al dolor, al bienestar y la felicidad, omite lo irascible, el gusto por el obstáculo, la voluntad de expansión, de combate y dominación, los instintos de muerte y sobre todo esa capacidad de destrucción, ese apetito de catástrofe que constituye la contraparte de todas las disciplinas que hacen del edificio psíquico del hombre un equilibrio inestable y siempre amenazado» 8.

Lo chocante y a la vez patético es que la violencia del vecino no provoca en los demás amor y comprensión, sino más violencia. Esta violencia en segundo grado queda justificada y hasta consagrada por el derecho y la religión como el único modo de acallar al violento. A la violencia de la sublevación le sustituye la violencia de la opresión, o viceversa. Es como si estuviésemos convencidos de que no es posible la co-existencia de todos los hombres en el mundo. Alguien estorba, está demás, y estamos convencidos de que son los otros, creándose así una espiral de violencia de cuya realidad nos da testimonio la historia.

Ahora bien, si la violencia es lo normal en la historia, ¿cómo puede entrar en ella la no-violencia? Si la violencia es lo «natural», entonces la no-violencia ¿es «anti-natural»? Si la no-violencia quiere ser efectiva y no quedarse en algo puramente marginal y testimonial, tiene que tener un sentido y ha de entrar en la historia. «La fe del no-violento significa, en primer lugar, que sus negativas a la obediencia otorgan una presencia real a valores que los hombres de buena voluntad vislumbran tan sólo al término de una larga historia. Su fe consiste en que ese homenaje concreto y actual, tributado a la amistad posible entre los hombres, no encuentre reducida su eficacia a esos inevitables efectos en el balance de las violencias contrarias» 9.

8. RICOEUR, P., «L'homme non violent et sa présence à l'histoire», *Esprit*, Février 1949. Reproducido en RICOEUR, P., *Política, Sociedad e Historicidad*, B. Aires, Docencia, 1986, p. 47.

9. RICOEUR, P., *loc. cit.*, p. 50.

Esos valores de la no-violencia podrán ser concretados en el diálogo, la comprensión, la tolerancia y la Objeción de Conciencia como forma de no-colaboración en unos objetivos no pacíficos. Vivimos en una época en que ya es muy difícil hablar de *guerra justa*, por cuanto todas las guerras engendran más violencia que la que eliminan. A este respecto son significativas y ejemplares las palabras de Bernhard Häring: «Nosotros tenemos el coraje de contemplar cara a cara el mal, porque conocemos una alternativa. En un momento histórico, en el que ya ni siquiera es posible pensar y hablar de la guerra con sentido, nosotros podemos y queremos abrirnos radicalmente al mensaje de la paz, anunciar la paz y servirla a la vez que brindar incansablemente la clave del cambio. En este sentido nos sumamos a la llamada de George Bernanos: “Al mundo de la bomba atómica ya no se le puede oponer otra cosa que la revolución de las conciencias, del mayor número posible de conciencias”»¹⁰.

Tratar de definir la no-violencia es harto difícil por cuanto no todos los llamados noviolentos poseen unos mismos objetivos y pautas de conducta. Unos la adoptan como forma de vida y otros como un modo concreto de acción política. Pero lo que la mayoría de ellos propugna es una no-cooperación o desobediencia para con los medios violentos. Desde esta perspectiva, antimilitarismo y no-violencia son conceptos diferentes, aunque muchos de los que adoptan la postura de Objeción de Conciencia participan de ambos ideales¹¹.

Como hecho de relevancia en nuestra época cabe resaltar un surgimiento en la década de los sesenta de un movimiento heterogéneo de carácter pacifista que adopta la Objeción de Conciencia al servicio militar por razones éticas y religiosas. «Cabe aludir —dice Gerardo Landrove— sin afán de exhaustividad, al retroceso de la intolerancia y paralelo reconocimiento de las libertades individuales en los sistemas democráticos, el compromiso de algunas confesiones como los Testigos de Jehová, los planteamientos libertarios, ejemplos tan significativos como los de Ghandi, Martin Luther King o Einstein, la siniestra guerra del Vietnam, la carrera nuclear, el renovador Concilio Vaticano II, la aparición de grupos sociales y movimientos contruidos sobre solidaridades distintas de las de clase, etc.»¹².

Todos estos acontecimientos y personajes famosos han ejercido su influencia al modo de *signos de los tiempos* y han propulsado la actitud no-violenta como modo de vida y de actitud. Pero no se crea que la postura de no-violencia es un modo de resistencia meramente pasivo o ineficaz. Es patente que cuando una persona notoria o un grupo de gentes bien organizado que adoptan convencidos tal actitud pueden tener

10. HÄRING, B., *La No-Violencia*, Barcelona, Herder, 1989, pp. 168-169.

11. AA. VV., *Con razón, insumisión*, Madrid, Revolución, 1990, pp. 37-38.

12. LANDROVE, G., *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, p. 30.

tanto éxito o más a largo plazo que una acción violenta. Paul Ricoeur, al comentar las campañas de no-violencia activa ejecutadas por Gandhi, afirmó: «Se nota allí un agudo sentido de los efectos de masa, mediante la disciplina, la resolución y, sobre todo, la ausencia total de miedo ante la prisión y la muerte. Es aquí donde el carácter activo de la no-violencia estalla: el verdadero dejar hacer, a los ojos de Gandhi, es la violencia; por ella me entrego al cabecilla, al jefe; la no-violencia es para él la fuerza»¹³.

Pero la no-violencia como forma de vida y de acción tiene sus límites y es bueno contar con ellos. En primer lugar, tiene una connotación negativa. No colaborar en la violencia, no matar al enemigo, no al servicio militar, no obediencia al Estado... son formas de resistencia que, en definitiva, no comportan una acción positiva de construcción de la paz y la concordia. En segundo lugar, la no-violencia aparece en momentos puntuales y discontinuos. Sirve más bien para promover campañas concretas antibelicistas, pero no posee una eficacia continuada dentro de una sociedad progresista. En tercer lugar, la no-violencia surge como posicionamiento personal ante órdenes o leyes concretas que afectan circunstancialmente. En cuarto lugar, las campañas de no-violencia no tienen una fuerza efectiva en la masa de los ciudadanos, son más bien posturas de élites pensantes.

Con todas estas limitaciones no quiero oponerme ni infravalorar la actitud de no-violencia. Es una praxis muy válida y respetable y fundamento para la Objeción de Conciencia. Pero pienso que en una sociedad democrática como la nuestra las posiciones no-violentas deben ir acompañadas con formas de participación democráticas y constructoras de paz más activas y eficaces. Por eso, sería necesario que todos colaborásemos dialécticamente en un nuevo paradigma de sociedad plural, abierta, dialogante y pacífica sobre la base de la justicia. Dicho paradigma podrá concretarse, a juicio de Hans Kung, en los siguientes términos: «El nuevo paradigma incluirá una pluralidad heterogénea de proyectos vitales, comportamientos, lenguajes, formas de vida, comportamientos científicos, sistemas económicos, modelos sociales y comunidades creyentes, todo lo cual de ningún modo excluye un consenso social básico...*En una nueva constelación mundial*, la posmodernidad exige un *nuevo consenso fundamental sobre convicciones humanas integradoras*, a las que necesariamente deberá orientarse la sociedad pluralista democrática, si realmente quiere sobrevivir»¹⁴.

13. RICOEUR, P., *Loc. cit.*, p. 52.

14. KÜNG, H., *Proyecto de una ética mundial*, Madrid, Trotta, 1991, p. 39.

2. RASGOS DISTINTIVOS DE LA OBJECION DE CONCIENCIA

Para no engendrar confusión a la hora de hacer valoraciones éticas, vamos a hacer una distinción elemental entre conceptos que a veces se usan para designar actitudes parecidas. Son los conceptos de: Objeción de Conciencia, Insumisión y Desobediencia Civil: 1) **Objeción de Conciencia** es el rechazo de la norma que afecta personalmente en coherencia con la propia actitud o con los valores morales o religiosos que el sujeto ha asumido. 2) **Insumisión** es la postura que rechaza el cumplimiento del servicio militar obligatorio, así como la prestación social sustitutoria, como forma más radical de oponerse a aquél, no entrando en el juego de una ley que trata de perpetuar el estado de cosas existente. 3) **Desobediencia Civil**: Consiste en el intento de modificar todo el sistema de normas porque no se está de acuerdo con la ideología o concepción que las ampara.

Estas tres actitudes, además de diferenciarse conceptualmente, se diferencian en cuanto a su fundamentación: La Objeción de Conciencia se fundamenta en las convicciones morales o religiosas. Las motivaciones del insumiso son fundamentalmente político-filosóficas. La Desobediencia Civil, por su parte, se fundamenta básicamente en un conflicto entre derecho y política.

Aquí nos centramos en la Objeción de Conciencia, por cuanto es una actitud que se fundamenta principalmente en motivaciones éticas. Tales motivaciones consisten en que el sujeto considera que el cumplir tal norma produce en él una lesión grave que afecta a su conciencia. Es decir, el mandato al que desobedece el objetor está en plena contradicción con sus convicciones éticas particulares y, por ello, constituye una agresión a su conciencia. Como dice Peter Singer: «El rasgo distintivo de la desobediencia de la persona a quien habitualmente se llama “objedor de conciencia” sólo es su carácter de ser una desobediencia concienzuda cuando se la compara con la de quienes, por egoísmo o por otros motivos menos dignos, se niega a hacer lo que legalmente están obligados a hacer»¹⁵.

El objetor desobedece esta norma, aunque no entra en la discusión de, si tal norma es o no es injusta para los demás. Su postura (la del objetor) no es una postura psicológica, sino axiológica, es decir, se siente con la necesidad imperiosa, con el deber personal de decir «no» de una manera explícita a la ley que le impele a hacer algo concreto¹⁶. El objetor no es un revolucionario, ni un subversivo del orden constituido.

15. SINGER, P., *Democracia y Desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 107.

16. D'AGOSTINO, F., «L'obiezione di coscienza nella prospettiva di una società democratica avanzata», *Il Diritto Ecclesiastico*, Anno CIII, 1/1992, p. 66.

«... no trata ni de un intento de obligar a la mayoría a modificar su decisión, ni de un intento de obtener publicidad o de pedir a la mayoría que reconsidere su decisión»¹⁷.

En la Objeción al servicio militar podemos distinguir varias acepciones: a) **Objeción relativa** que consiste en la negativa a prestar un servicio militar con armas. b) **Objeción absoluta** cuando la objeción es a cualquier tipo de servicio militar, sea armado o no. c) **Objeción total** cuando, además de lo anterior, se rechaza la prestación de un servicio civil sustitutorio.

3. LA OBJECION DE CONCIENCIA EN LA HISTORIA

Ya en el pensamiento griego se da importancia a la conciencia individual y se manifiestan incipientes ideas pacifistas. Sócrates es considerado como el precursor de la Objeción de Conciencia. De hecho, cuando ya estaba para morir, condenado por seguir sus propias convicciones, dice a Critón, un amigo dispuesto a salvarle de la muerte: «Porque yo, no sólo ahora, sino siempre, he sido un hombre dispuesto a obedecer, entre todo lo que se me alcanza, a la razón que en mis meditaciones se me muestra como la mejor»¹⁸. Esto lo afirma Sócrates en un contexto en donde resalta la importancia y trascendencia de la obediencia a las leyes.

Es el Cristianismo quien, de forma explícita, proclama la liberación del hombre y la autonomía de la conciencia respecto al poder político. El hombre, que está integrado de alma y cuerpo, pertenece a dos realidades, la natural y la sobrenatural. Por eso, queda obligado a dos autoridades, la civil y la religiosa. Esta separación de poderes puede traer conflictos y, de hecho, los trajo. En este sentido, los primeros objetores de conciencia fueron los cristianos, porque se negaron a dar culto a los dioses romanos, por cuanto iba en contra de su conciencia y sus principios religiosos cristianos. Nunca aceptaron ni dieron culto al emperador como ser divino.

Ya en la época de los Santos Padres, cuando el pensamiento filosófico cristiano iba tomando cuerpo, empezaron a levantarse voces autorizadas en contra del militarismo y en defensa de la oposición de éste: «El servicio militar, decía Tertuliano, no es conciliable con la ética cristiana...para el Cristianismo, la única guerra lícita es la lucha contra las alienaciones del mundo»¹⁹.

17. SINGER, P., *op. cit.*, p. 107.

18. PLATÓN, *Critón*. 45-b.

19. MILLÁN GARRIDO, *La Objeción de Conciencia*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 28.

Es a partir de una fecha concreta, el año 314 (Sínodo de Arlés), cuando, a instancias de Constantino, se establece que es lícita y obligatoria la prestación del servicio militar en tiempo de paz. Poco después, San Ambrosio confirma esta *praxis* al exigir la defensa del imperio y de la cristiandad contra las invasiones bárbaras.

Tomás de Aquino, en pleno desarrollo del pensamiento cristiano medieval, elabora la teoría ético-cristiana de la «*guerra justa*»: La sociedad debe defenderse de los criminales interiores y de los criminales exteriores. Esta defensa se basa en el ejército, que es el único medio, salvo abusos, para imponer respeto a los derechos humanos. Para que la guerra sea justa se requiere: autoridad del príncipe para declararla, causa justa y rectitud de intención en el guerrero ²⁰.

Desde ese momento, la postura a favor del servicio militar se hace unánime en caso de guerra justa. Solamente surgen algunas voces discordantes que, a su vez, inician una postura a favor de la Objeción de Conciencia. Estas voces las integran: Francisco de Asís, Honorio III, Erasmo de Rotterdam y Tomás Moro.

Iniciada la Reforma Protestante, y no sólo como postura de oposición a Roma, surgen algunos movimientos que defienden los principios de no-violencia y rechazo de las armas. Son los anabaptistas, los cuáqueros y los testigos de Jehová. Pero, si hay una época clara en donde se desarrolla una explícita opción por la paz y la no-violencia, es nuestro siglo. En efecto, a partir de las dos guerras mundiales y del descubrimiento de la bomba atómica proliferan los movimientos pacifistas tanto de tipo religioso como de tipo ético y humanista. Estos movimientos han sido capitaneados por figuras tan señeras como Gandhi, Luther King o Lanza del Vasto. Una de las exigencias y aspiraciones de estos movimientos es el reconocimiento legal de la Objeción de Conciencia al servicio militar.

También en nuestra época, sobre todo, después de los devastadores efectos de la bomba atómica y del moderno armamento nuclear y químico, se ha empezado a pensar por parte del Cristianismo y del pensamiento político-social moderno que, en la práctica, ningún tipo de guerra puede ser considerada como «*guerra justa*». La propia Iglesia cambió de postura oficial a partir del Concilio Vaticano II. En su Constitución «*Gaudium et Spes*» se dice: «También parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivos de conciencia y aceptan, al mismo tiempo, servir a la comunidad humana de otra forma» ²¹.

20. S. Th. II-II, q. 40, a. 1. Toda la cuestión 40, titulada «De Bello» versa sobre la licitud de la guerra (artículo 1); si es lícito a los clérigos guerrear (artículo 2); si es lícito a los combatientes usar estratagemas (artículo 3); si es lícito combatir en días festivos (artículo 4). Lo que a nosotros interesa está expresado en el artículo primero, donde Tomás de Aquino justifica la guerra justa en las debidas condiciones.

21. *Concilio Vaticano II*, Madrid, BAC, p. 335.

Es también ya iniciado nuestro siglo, cuando las legislaciones modernas empiezan a reconocer la Objeción de Conciencia en sus ordenamientos jurídicos. Aunque aquí no estamos tratando el tema desde el punto de vista legal, sin embargo, como constatación de un fenómeno generalizado que dé base argumentativa a nuestro discurso ético, vamos a citar algunos ejemplos significativos de este tratamiento jurídico: Australia (1903), Canadá (1917), Estados Unidos (1917), Holanda (1923), Suecia (1920). Hoy, el reconocimiento de la Objeción de Conciencia aparece tipificado en los países democráticos ²².

En el ámbito supranacional nos encontramos con la *praxis* siguiente: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU no contiene una referencia específica de la objeción de conciencia. Pero, sí existe una referencia implícita en el «derecho fundamental» a la libertad ideológica o de conciencia y a la libertad religiosa. 2) De este tema sí se ha ocupado la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con motivo del Debate sobre: «La Declaración de eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa». Allí se presentó una Comunicación el 26 de febrero de 1974. En ella, se urgía a las comunidades nacionales y a la Comunidad Internacional a «respetar y reconocer» la conciencia de quienes presentan objeción al servicio militar y se pedía a la ONU que reconociera la Objeción de Conciencia como un derecho del hombre. 3) Sí existe una Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en el año 1967, que dice:

— 1. Las personas obligadas al servicio militar que por motivos de conciencia, por razón de una convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza, rehusen realizar el servicio armado, deben tener un derecho personal a ser dispensados de tal servicio.

— 2. En los Estados Democráticos, fundados sobre el principio de la preeminencia del Derecho, se debe considerar que el derecho citado en el punto anterior deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo garantizados por el artículo 9.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

4) Por otro lado, el Consejo de Europa adoptó en abril de 1987 una recomendación referente a la Objeción de Conciencia y al servicio militar obligatorio que recoge la doctrina generalmente admitida en el ámbito europeo.

4. JUSTIFICACION ETICA DE LA OBJECION DE CONCIENCIA

Hecho este recorrido histórico sobre el problema de la Objeción de Conciencia, podemos constatar que es un problema social y personal

22. Cfr. MILLÁN GARRIDO, *op. cit.*, p. 37.

existente en la realidad y no simplemente inventado por los filósofos y juristas. Ahora conviene recurrir a la razón y tratar de indagar los soportes éticos, si es que los tiene.

Para ello, nos vamos a centrar en el análisis de tres conceptos o categorías que se hallan en la base de la Objeción de Conciencia. Son la Autonomía, la Conciencia y la Justicia.

1. Autonomía: En una investigación sobre los conceptos «autonomía-heteronomía», Douglas N. Husak ha distinguido tres acepciones básicas de la expresión «autonomía»: La primera es como libertad de acción; La segunda, como capacidad de elección; y la tercera, como adecuación de la conducta a la ley moral ²³. En definitiva, autonomía del sujeto implica poder de autodecisión ante una circunstancia concreta en la que se encuentra la persona. No es autoconfinamiento, sino salida de sí y proyección hacia el exterior. Cuando el sujeto actúa autónomamente hace que su comportamiento exterior se adecue a su convencimiento interior o, como decía Simone de Beauvoir, no se trata de una conformidad a un modelo exterior sino a una verdad interior. Por eso, la moral no es una serie de recetas externas sino una propuesta de caminos para que el hombre pueda decidir por sí mismo.

Rousseau, un autor nada sospechoso de intimismo, defendía su concepción de la ley como expresión de la voluntad general: Es un medio de garantizar la libertad, que consiste en «obedecer a la ley que cada uno se ha prescrito» ²⁴. Sin decisiones autónomas el hombre no es propiamente ético. Cuando éste decide por sí solo hacer esto o evitar aquello es cuando realmente se comporta con un hondo sentido de responsabilidad y autonomía y, en consecuencia, su actuación es moral.

2. Conciencia: El hombre moral no sólo es autonomía, sino también es autoconciencia. Sabemos que el origen del término «conciencia» es «cum-scire» o «saber con». Esto es: Tener pleno conocimiento y razón de lo que hacemos, por qué lo hacemos y para qué lo hacemos. Tener conciencia de algo es, en primer lugar, conocerlo, saber su origen, su por qué y su razón de ser. Pero, también es saborear ese algo, sentir que ese algo me atañe, me preocupa y hasta me intranquiliza ²⁵. Un hombre con conciencia es alguien que nunca se traiciona a sí mismo, ya que siempre que actúa lo hace porque su acción le nace de dentro, en coherencia con su razón, sus valores y las normas que ha introyectado.

23. Cfr. PÉREZ LUÑO, A., «¿Qué Moral? Sobre la Justificación Moral de la Obediencia al Derecho», *Sistema* 102, (1991), p. 89.

24. PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, p. 93.

25. Para un desarrollo más amplio del concepto de conciencia moral, ver: RUBIO CARRACEDO, J., *El Hombre y la Ética*, Barcelona, Anthropos, 1987, pp. 103-218. También es interesante ver las aportaciones que el Psicoanálisis ha hecho al tema. En este sentido y, desde una perspectiva crítica, está la obra de RICOEUR, P., *De l'interprétation - Essai sur Freud*, París, Seuil, 1965. Vers. Cast. *Freud: una interpretación de la cultura*, México, Siglo Veintiuno, 1970.

Desde esta convicción, el objetor asume la convicción de que la observancia de una norma concreta va contra esos valores que él ha introyectado a lo largo de su vida. Por eso, solicita una excepción de la observancia de la norma. No de la totalidad del ordenamiento, sino de una norma concreta que considera incoherente con su conciencia. «Desde el punto de mira del origen o causa eficiente, la Objeción de Conciencia radicaliza la motivación ética; es un motivo ético de conciencia el que lleva al objetor a desobedecer los imperativos legales; este motivo podrá tener distinta naturaleza —de origen religioso, humanitario, moral, filosófico, etc.—, pero siempre será un motivo de conciencia»²⁶.

La persona convive con los otros, trabaja con los otros, se divierte con los otros. Pero, cuando se decide a actuar, lo hace en solitario. No afirmo con esto el solipsismo o individualismo a ultranza de la persona. Por el contrario, el hombre, cuando toma una decisión importante, se informa, dialoga, tiene en cuenta la repercusión de su acción en los demás, pero, en última instancia, sólo él elige lo que considera que es lo mejor. Y ese «lo mejor» nadie se lo dicta. El lo elige y lo realiza. «Formalmente, la Objeción de Conciencia se caracteriza, más que cualquier otra forma de resistencia, por su privaticidad, ya que al objetor le interesa su problema particular, la solución a un conflicto personal, que probablemente no viven sus convecinos; tampoco cuestiona si las normas son o no injustas en sí mismas. Por ello no le interesa llamar la atención de la opinión pública, sino la resolución privada y pacífica de su dilema personal»²⁷. Aunque se equivoque, ha elegido lo que consideraba lo mejor, se ha elegido a sí mismo. Ha actuado en conciencia. Y esto es muy serio²⁸.

Cuando alguien dice: «He actuado en conciencia», nos está diciendo: «echad sobre mí y sólo sobre mí las culpas o los éxitos de mi conducta». Lo que pasa es que hoy hay poca gente que diga esto. Hoy es más frecuente oír: «no me he dado cuenta..., me habían dicho que... los demás tampoco lo han hecho..., si lo hubiera sabido», etc. Con ello, nos estamos saliendo por la tangente, estamos echando balones fuera. Pero, no estamos actuando en conciencia y, a veces, ni siquiera con conocimiento. Un hombre o una mujer adulta se caracteriza por su obrar autónomo y en coherencia con sus principios, esto es, en conciencia.

3. Justicia: Nos es del todo imposible hacer aquí un análisis exhaustivo del término «justicia». Hay muchas opiniones al respecto y

26. SORIANO, R., *La Desobediencia civil*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 95-96.

27. SORIANO, R., *op. cit.*, p. 46.

28. «La convicción con la que termina nuestro discurso la denominamos conciencia, conciencia que no siempre posee la certeza de hacer objetivamente lo mejor. El político, el médico, el padre o la madre, no siempre saben con seguridad si lo que aconsejan o hacen es siempre lo mejor, atendiendo al conjunto de sus consecuencias. Lo que sí pueden saber es que ésa es la mejor solución posible en ese momento y de acuerdo con sus conocimientos; esto basta para una conciencia cierta, pues ya vimos que lo que justifica una acción no está de ninguna manera, ni puede estar, en el conjunto de sus consecuencias» SPAEMANN, R., *Ética: Cuestiones Fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 1988², p. 89.

voces muy autorizadas que han hecho un estudio en profundidad sobre el término. Siguiendo la teoría de uno de los filósofos políticos del momento, John Rawls ²⁹, diremos que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales que ha de prevalecer sobre otros criterios como son: la coordinación, la eficacia y la estabilidad social.

La justicia está incardinada en el concepto de persona. En efecto, toda persona es libre e igual y capaz de tomar parte en la cooperación social de una forma racional y razonable. Lo racional es la búsqueda de la finalidad propia del agente. Lo razonable es la contrastación de mis fines con los fines de los demás, de donde surge un compromiso de actuación y razonamiento equitativos. Según esta teoría de Rawls, lo razonable o sentido de lo justo subordina el elemento racional o la búsqueda personal del bien. Con ello se pretende un sentido de justicia equitativo e imparcial, de acuerdo con el siguiente principio: «Toda persona debe tener un igual derecho al más extenso sistema total de libertades básicas iguales, compatible con un sistema similar de libertades para todos» ³⁰.

Con ello, queremos afirmar que la justicia o igualdad para todos debe imperar en las relaciones de los miembros de una sociedad. Y esta justicia, junto con las anteriores autonomía y conciencia, a mi juicio, fundamentan la moralidad de la Objeción de Conciencia.

Partiendo de estas tres categorías, autonomía, conciencia y justicia, podemos pasar a fundamentar la Objeción de Conciencia como una actitud ética del sujeto adulto, en cuanto que es persona. Su postura es ética en cuanto que nace de lo hondo de sí, de la profundidad de su conciencia. Su fundamento es la convicción de la prevalencia de unos valores morales o éticos que para él están por encima del orden jurídico establecido ³¹.

Se puede decir también que la Objeción de Conciencia se basa en un principio ético ya clásico que es el conflicto de deberes, según el cual, cuando el sujeto se encuentra ante dos imperativos, puede elegir aquél que le parece más urgente, más importante o más coherente con sus principios ³².

29. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971. Vers. cast., *Teoría de la Justicia*, Madrid, FCE, 1979, p. 19 ss.

30. Rawls, J., *Op. cit.*, pp. 82, 286, 340. (En cada una de estas páginas existe una formulación del mismo principio).

31. «L'obbettore oppone alla norma giuridica rifiutata un bene diverso per la società: lungi dall'essere asociales, egli è in atteggiamento di effettiva solidarietà con gli altri consociati», BERTOLINO, R., «L'obiezione di coscienza nella evoluzione della giurisprudenza italiana», en *La Objeción de Conciencia en el Derecho Español e Italiano*, Murcia, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1990, p. 113.

32. «La idea consiste, así pues, en que la objeción de conciencia es fruto de un conflicto entre la norma jurídica y alguna norma moral, y cuya justificación reside precisamente en la superioridad de ésta última: como dice SCARPELLI, en el caso del objetor de conciencia "la moral vence sobre el Derecho" (83) o, si se prefiere, en palabras de E. FERNÁNDEZ, la desobediencia representa una "apelación a principios éticos superiores que permiten el rechazo de lo desobedecido" (84)», GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 204.

Desde este punto de vista, el objetor no es un individualista que busca sólo un interés privado o que está en contra de la mayoría. Es más bien un hombre que pretende con su actitud afirmar unos valores que él considera superiores a sus propios intereses y los de su comunidad. Son valores como: no-violencia, pacifismo, libertad, coherencia, etc. 33.

¿Por qué es Objeción de Conciencia? Porque el objetor actúa por seguir un valor que le dicta su «recta razón» que es la regla próxima de la voluntad. Y esta razón es recta cuando es fiel y coherente consigo misma. La persona del objetor tan sólo pretende «salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto, pero que en modo alguno supone un empeño de que los demás se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del objetor» 34.

No todos los autores le conceden a la Objeción de Conciencia un valor ético, sino que existen algunos que le asignan un valor *dianoético*. Ello quiere decir que en nuestro tiempo la Objeción ha fundarse, no en una reivindicación de carácter ideológico, sino como defensa de la misma verdad. En este sentido argumenta Francesco D'Agostino, de la Universidad de Roma, quien hace una defensa de la verdad en sentido socrático y platónico, una verdad como fundamento de toda *empiría* y *logos*. El habla de la Objeción de Conciencia de los médicos a practicar el aborto, fundando su postura, no en un valor ético, sino en el principio *dianoético* de la verdad, lo que quiere decir: que la vida no sólo es un gran valor de exigencia ideológica y oportunista, sino una *causa de la verdad* 35.

33. «Ahora bien, creo que tanto el planteamiento de DWORKIN como, sobre todo, el de RAWLS parten de una libertad de conciencia en relación con unos principios de justicia o con un sistema de derechos articulados en la Constitución y que, por tanto, cuentan con el respaldo mayoritario. En otras palabras, la libertad de conciencia entra en juego —con las limitaciones que ya sabemos— a la hora de decidir si una determinada norma o decisión política resulta conflictiva con la constelación de valores propia de un Estado justo; como dijimos en el capítulo primero, se trata de una especie de rebelión a favor del Derecho justo. Pero, a mi juicio, aún es posible transformar más profundamente una justificación basada en principios en otra basada en la libertad de conciencia, para lo cual el peso de la argumentación ha de centrarse en éste último. Ello significaría que no sólo es posible justificar aquellas desobediencias que invocan la violación de un principio de justicia comunitario —interpretado, eso sí, según la conciencia de cada uno— sino también aquéllas otras que invocan la infracción de cualquier principio o dictamen de conciencia, aun cuando no se apoye en el sistema de valores asumidos por la organización política» GASCÓN, M., *op. cit.*, pp. 211-212.

34. GASCÓN, M., *op. cit.*, p. 217.

35. «Il 'valore' infatti è un principio *etico*, e in quanto tale secondario e subordinato al principio *dianoetico* della verità: e solo chi questa riesce veramente a difendere quello. Il medico che oggetti ad una lege abortista testimonia non solo che la vita è un valore grande e al limite sommo (su questo peraltro sono perfettamente d'accordo moltissimi medici non obiettori), ma che la difesa della vita non è un'esigenza ideologica, un problema cioè di *opportunità* giuridico-sociale, ma una *causa di verità*: della medicina (per la quale la missione in difesa della vita è un *apriori*, pena la sua caduta nella barbarie), e più in generale di verità dell'uomo», D'AGOSTINO, F., «L'obiezione di coscienza nella prospettiva di una società democratica avanzata», *Il Diritto Ecclesiastico*, Anno CIII.- 1/1992, pp. 84-85.

Más aún, hemos de reivindicar una cultura diferente a las culturas pasadas, muchas de ellas fundadas en el ejercicio del poder, de la prepotencia y de la violencia del Príncipe o del Estado sobre el individuo. Se justificaba esta postura porque, de lo contrario, se caía en el individualismo, el caos y la barbarie. Hoy podemos reivindicar una cultura de la autonomía de la persona, de la responsabilidad personal y de la libertad de conciencia a la vez que optamos por una idea de comunidad, de democracia, de Estado social sin abdicar de una concepción de dignidad del individuo, de solidaridad y diálogo. Se trata de una cultura de pacificación no-violenta, donde la Objeción de Conciencia se respeta como un valor personal, ético y político ³⁶. También hay autores que incluyen la Objeción de Conciencia entre los derechos fundamentales del hombre ³⁷.

En esta línea se expresa el Parlamento Europeo en una resolución emitida el 13 de octubre de 1989, por la que se recomienda a la Comisión y a los diversos Estados miembros que se arbitren medidas para que el derecho al servicio civil quede inserto, como derecho del hombre, en la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales. Con ello se pretende, a juicio de S. Lariccia, que la Objeción de Conciencia quede inserto como un modo específico en el derecho más amplio de libertad de conciencia, que es un derecho inalienable del hombre. Ello tendría como consecuencia su configuración como derecho antecedente al Estado ³⁸.

En el caso de la **Desobediencia Civil**, el sujeto ya no pretende una exención individual de la norma por motivos de conciencia. Lo que pretende es que todos o la mayoría de los ciudadanos incumplan las normas con la única finalidad de cambiarlas y sustituirlas por otras más justas y, a su juicio, más humanas. Rawls la define como «un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno» ³⁹.

36. «Tale cultura non esprime né utopia né profezia ma consapevolezza dei rischi e calcolo dei vantaggi e degli svantaggi: ed è impegnata per la garanzia dei diritti della persona umana, della sua autonomia e della sua responsabilità personale, per l'affermazione di una certa idea di comunità, di democrazia, di patria e di stato, per una certa concezione di dignità dell'individuo, di solidarietà, di funzione del diritto nella società», LARICCIA, S., «L'Obiezione di coscienza in Italia: Vent'anni di legislazione e di giurisprudenza», *Il Diritto Ecclesiastico* Anno CIII, 2/1992, pp. 290-291.

37. «A mayor abundamiento, autores de reconocido prestigio como Peces Barba, Pérez Luño, Alzaga, Prieto Sanchís, Martín Retortillo, Serrano Alberca, entre otros, son unánimes en calificar a la objeción de conciencia como un derecho fundamental», CIAURRIZ, M. J., «La Objeción de Conciencia», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. Vol. III. 1987, p. 281.

38. LARICCIA, S., *op. cit.*, p. 288.

39. «Public, non violent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the government» RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971. Vers. cast. *Teoría de la Justicia*. Madrid. FCE. 1979, p. 405.

Según el autor anteriormente citado, Rawls, en su *Teoría de la Justicia*, las leyes de un Estado democrático están respaldadas por la mayoría. Cuando estas leyes violan los principios de justicia, plantean en los ciudadanos un conflicto entre el deber de obedecer a las leyes y el derecho a defender las libertades y oponerse a la injusticia. En estas circunstancias, la Desobediencia civil es la actitud más coherente para restaurar el sentido de justicia de la mayoría ⁴⁰.

El recurso a la Desobediencia civil, según este autor, está justificado en los siguientes términos ⁴¹: 1) Cuando están en juego violaciones claras del principio de igual libertad o del principio de justa igualdad de oportunidades. 2) Cuando es necesaria como último recurso. 3) Cuando la Desobediencia civil es universalizable, es decir, si una minoría en ciertas circunstancias puede recurrir a la Desobediencia civil, en circunstancias semejantes otra minoría podrá hacer lo mismo. Termina diciendo este autor que si la Desobediencia civil se practica con **prudencia**, puede ser una contribución a la consolidación y mejora de la sociedad: «Por tanto, en una sociedad democrática, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación acerca de los principios de la justicia, y de la conducta que lleva a cabo a la luz de esos principios...No hay peligro de anarquía en tanto haya cierto acuerdo entre las concepciones de justicia que detentan los ciudadanos, y se respeten las condiciones que se exigen para incurrir en una desobediencia civil. El que los hombres consigan un acuerdo de este tipo y respeten esos límites, cuando se mantienen las libertades políticas fundamentales, es algo implícito en un orden democrático» ⁴².

La desobediencia civil es considerada por algunos autores de nuestro entorno como un elemento de construcción de una ética política, pieza clave para la renovación constante de las estructuras y de los proyectos de un Estado de Derecho, estructuras y proyectos que por fuerza han de estar siempre abiertos a nuevos valores. Esta es la tesis del catedrático de filosofía del derecho, Ramón Soriano, glosando a su vez la postura de Habermas al respecto: «Pero más importante que esta justificación en un clima intelectual bastante adverso es —nos parece— el significado último que para él (Habermas) tiene la desobediencia civil como «elemento de la cultura política de un pueblo», y que consiste en el vaticinio de una moralidad de futuro y de un Estado y un Derecho que hay que construir. Hay unas palabras de Habermas, haciéndose eco de la opinión de R. Dworkin, que sintetiza esta prospectiva de la superación de la moralidad y la juridicidad a través de la desobediencia civil, con las que deseo terminar este capítulo: «Dado que el derecho y la política se encuentran en una adaptación y revisión per-

40. RAWLS, J., *op. cit.*, p. 405.

41. HORTAL, A., «Desobediencia Civil», en VIDAL, M., *Conceptos Fundamentales de Ética Teológica*, Madrid, Trotta, 1992, p. 720.

42. RAWLS, J., *op. cit.*, p. 432.

manentes, lo que aparece como desobediencia *prima facie* puede resultar después el preanuncio de correcciones e innovaciones de gran importancia. En estos casos, la violación civil de los preceptos son experimentos moralmente justificados, sin los cuales una república viva no puede conservar su capacidad de innovación ni la creencia de sus ciudadanos en su legitimidad» 43.

Voy a aludir, para terminar, a una frase muy elocuente: «Cuando la justicia es incapaz de poner freno a las arbitrariedades o actuaciones anticonstitucionales de los poderes públicos; cuando el parlamento en vez de controlar al ejecutivo es controlado por él o por los grupos de presión; cuando los derechos de la oposición parlamentaria están recortados hasta la inoperancia; cuando los partidos políticos tienen escasa o nula democracia interna, y la financiación pública los hace bastante invulnerables a la falta de apoyo por parte de sus afiliados; cuando el sistema electoral bloquea la formación de nuevas mayorías; parece que está más que justificado el recurso a la Desobediencia Civil» 44.

Como ocurre con la Objeción de Conciencia, la desobediencia civil también tiene una justificación moral, por cuanto los que se deciden a practicarla en un momento determinado lo hacen con la convicción de que el Estado ha distorsionado algún derecho fundamental del ciudadano. Es entonces cuando el sujeto en cuestión se decide a desobedecer. «La desobediencia civil —dice Habermas— es una protesta moralmente *fundamentada* en cuyo origen no tienen por qué encontrarse tan sólo convicciones sobre creencias privadas o intereses propios; se trata de un acto *público* que, por regla general, es anunciado de antemano y cuya ejecución es conocida y calculada por la policía; incluye un *propósito de violación* de normas jurídicas concretas, sin poner en cuestión la obediencia frente al ordenamiento jurídico en su conjunto; requiere la disposición de *admitir las consecuencias* que acarrea la violación de la norma jurídica» 45. Según apunta Habermas, y esto es una señal inequívoca de una acción moral, el sujeto desobediente ha de aceptar las responsabilidades que se derivan de su actitud. Pero esto, no ha de preocupar al ciudadano consciente de lo que hace, ya que su acción obedece a motivos teóricamente elevados.

Alguien podría objetar que la actitud del desobediente estaría justificada en un Estado absolutista o dictatorial, pero no en un Estado democrático y constitucional, donde se presume que el ciudadano ha de obedecer a la ley porque se asienta en unos principios fundamentales dignos de reconocimiento y aprobados por todos. En este sentido, ar-

43. SORIANO, R., *La Desobediencia civil*, pp. 133-134.

44. HORTAL, A., *op. cit.*, p. 721.

45. HABERMAS, J., «La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho», en *Ensayos Políticos*. Barcelona. Península. 1988, p. 56.

gumenta Habermas: «Sea cual sea nuestra actitud frente a estas teorías morales, el Estado democrático de derecho, al no fundamentar su legitimidad sobre la pura legalidad, no puede exigir de sus ciudadanos una obediencia jurídica incondicional, sino una cualificada»⁴⁶. Por ello, pienso yo, no cualquier desobediencia, sino una desobediencia fundada en motivos personales de carácter ético, con el convencimiento de asunción de responsabilidades por parte del sujeto que protagoniza tal actitud, no sólo es moral, sino que servirá de símbolo o aviso de una posible injusticia. Es entonces cuando el comportamiento del desobediente civil se convierte en una verdadera actitud ética que, según algunos autores, entronca con la más pura raíz kantiana. Es lo que Muguerza llama *el imperativo de la disidencia*: «Pues, en efecto, el imperativo kantiano “de los fines” reviste —como vimos— un carácter primordialmente “negativo” y, antes que fundamentar la obligación de obedecer ninguna regla, su cometido es el de autorizar a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquel principio. Esto es, lo que en definitiva fundamenta dicho imperativo es el derecho a decir “No”, y de ahí que lo más apropiado sea llamarle, como opino que merece ser llamado, *el imperativo de la disidencia*»⁴⁷.

Por último, conviene insistir en que el recurso a la Desobediencia civil no sólo está justificado cuando exista una causa justa, sino además, cuando el problema planteado no sea posible solucionarlo por vías institucionales. O sea, antes de desobedecer a un sistema jurídico democrático, habría que intentar ajustarlo a la justicia y al derecho y, en última instancia, a la moral, por los caminos de la vía judicial y la vía política.

5. PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA

Con respecto a la prestación social sustitutoria, que suele venir impuesta como consecuencia del acogimiento a la Objeción de Conciencia, no parece que desde el punto de vista jurídico sea un elemento esencial de la misma⁴⁸. Es sólo la Objeción al servicio militar la única que divide a los autores, ya que la obligatoriedad de dicho servicio parece que deja en desventaja social a los que optan por cumplir la ley.

46. HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 58.

47. MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intromisión en un debate)», *Sistema* n.º 70, (1986), p. 37.

48. «No creo que la prestación social sustitutoria represente un elemento esencial de la Objeción de conciencia; dicha prestación viene a salvaguardar el principio de igualdad en aquellas obligaciones jurídicas que resulten especialmente gravosas, como el servicio militar, pero carece de sentido en otras muchas modalidades de objeción». GASCÓN, M., *op. cit.*, p. 249.

De todos modos, hay autores que están abiertamente en contra de la Prestación Social Sustitutoria, porque, a su juicio, cualquier servicio a la comunidad, si se hace con honradez, ya es suficiente ⁴⁹.

Mi opinión, desde el punto de vista ético, es que, mientras exista una obligación de cumplir con el servicio militar, será necesaria, por razones de justicia, una prestación social sustitutoria. También conviene tener en cuenta, como se ha dicho anteriormente, que el objetor tiene el peligro de ser subjetivo, porque en su conciencia nadie se puede introducir para analizar la objetividad y coherencia que le sirven de argumento. Por eso no viene mal presentar una prueba de su buena voluntad y rectitud de intención. Y aquí reside una muestra de esa actitud. Esto es también lo que defiende R. Soriano: «Porque la Objeción de Conciencia no entraña la negación de las normas por ser éstas injustas, como sucede en la Desobediencia civil, ni exige su sustitución por otras con carácter general —o no es éste su principal objetivo—; lo que el objetor desea es que en su caso se exceptione la obligación de la obediencia a las normas por estimar que posee un motivo prevalente de conciencia que colisiona con el mandato jurídico contenido en las normas; y como prueba de la veracidad de su motivo y de la autenticidad de su comportamiento se muestra dispuesto a cumplir otro deber jurídico alternativo y no colisionante con los dictados de su conciencia» ⁵⁰. A pesar de todo, creo que habrá que ir progresivamente hacia una voluntaria y total profesionalización del ejército, sobre todo en tiempos de paz.

49. «Volviendo a la consideración sobre la necesidad del servicio alternativo, hay que decir que si la objeción de conciencia se considera como algo absolutamente normal, carece de sentido establecer un servicio alternativo, ya sea mayor, de igual o de menor duración que el servicio militar. ¿Acaso no se trata de un servicio para la paz, el desarrollo, el progreso, la solidaridad, los valores, etc., la competente y exacta realización y el desempeño del propio trabajo, que conlleva el cumplimiento necesario de tantos deberes personales, familiares, sociales, económicos, políticos, etc.? Más bien, parece que éste es el auténtico servicio que se ha de fomentar en lugar de aquél, un servicio para la paz, que sirviera para dar un carácter profesional y civil a la defensa de las sociedades», ROJO SANZ, J.M., «Objeción de Conciencia y Guerra Justa», *Persona y Derecho* N.º 11 (1984) pp. 141-142.

50. SORIANO, R., *op. cit.*, pp. 44-45.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Con razón, insumisión*, Madrid, Revolución, 1990.
- AA.VV., *La Objeción de Conciencia en el Derecho Español e Italiano*, Murcia, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1990.
- CUENCA, A., «Valor y Ley», *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Época) N.º 80, abril-junio 1993. pp. 121-156.
- CAMPS, V., *Virtudes Públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990.
- CIAURRIZ, M.J., «La Objeción de Conciencia», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. III, 1987, pp. 269-284.
- Concilio Vaticano II*, Madrid, BAC, (Gaudium et Spes).
- D'AGOSTINO, F., «L'obiezione di coscienza nella prospettiva di una società democratica avanzata», *Il Diritto Ecclesiastico*, Anno CIII, 1/1992, pp. 65-85.
- GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 19673.
- HABERMAS, J., *Teoría de la Acción Comunicativa II*, Madrid, Taurus, 1987.
- HABERMAS, J., «La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho», en *Ensayos Políticos*, Barcelona, Península, 1988.
- HÄRING, B., *La No-Violencia*, Barcelona, Herder, 1989.
- HORTAL, A., «Desobediencia Civil», en VIDAL, M., *Conceptos Fundamentales de Ética Teológica*, Madrid, Trotta, 1992.
- KÜNG, H., *Proyecto de una ética mundial*, Madrid, Trotta, 1991.
- LANDROVE, G., *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LARICCIA, S., «L'Obiezione di coscienza in Italia: Vent'anni di legislazione e di giurisprudenza», *Il Diritto Ecclesiastico* Anno CIII, 2/1992, pp. 259-291.
- MILLÁN GARRIDO, *La Objeción de Conciencia*, Madrid, Tecnos, 1990.
- MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema* n.º 70, (1986), pp. 27-40.
- NINO, C.S., *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.
- PÉREZ LUÑO, A., «¿Qué Moral? Sobre la Justificación Moral de la Obediencia al Derecho», *Sistema* 102, (1991), pp. 86-99.
- PLATÓN, *Critón*, 45-b.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971. Vers. cast., *Teoría de la Justicia*, Madrid, FCE, 1979.
- RICOEUR, P., *De l'interprétation - Essai sur Freud*, París, Seuil, 1965. Vers. Cast. *Freud: una interpretación de la cultura*, México, Siglo Veintiuno, 1970.
- RICOEUR, P., «L'homme non violent et sa présence a l'histoire», *Esprit*, Février 1949. Reproducido en RICOEUR, P., *Política, Sociedad e Historicidad*, B. Aires, Docencia, 1986.
- ROJO SANZ, J.M., «Objeción de Conciencia y Guerra Justa», *Persona y Derecho*, N.º 11 (1984), pp. 121-142.
- RUBIO CARRACEDO, J., *El Hombre y la Ética*, Barcelona, Anthropos, 1987.
- SINGER, P., *Democracia y Desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985.
- SORIANO, R., *La Desobediencia civil*, Barcelona, PPU, 1991.
- SPAEMANN, R., *Ética: Cuestiones Fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 1988².
- STUART MILL, J., *On Liberty*, Glasgow, Collins, 1962, Vers. Cast., Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- TOMÁS DE AQUINO, S. *Th.* II-II, q. 40, a.1.

Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa

Por ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO

Sevilla

I. INTRODUCCION

Con frecuencia se habla del individualismo como un fenómeno distintivo de nuestro tiempo. También se habla del individualismo con un tono acusadamente peyorativo, identificándolo como uno de los grandes males que aquejan al hombre contemporáneo. Ciertamente lo es, pero también se omite con frecuencia que el individualismo no es un fenómeno homogéneo y que tras sus muchas sombras, hay luces que no pueden ser olvidadas, rostros ocultos de un fenómeno complejo cuyo desarrollo es consustancial a la modernidad.

El individualismo en cuanto fenómeno de la modernidad no tiene una única trayectoria ni un único fundamento moral y político sino que se desenvuelve en distintas direcciones y con efectos y consecuencias diversas e incluso, opuestas. Su caracterización y sus perfiles son algo cambiante y adquiere matices nuevos en nuestros días. Sus muchos perfiles dificultan el análisis y otorgan a cualquier aventura intelectual que se inicie en este empeño el augurio de la incertidumbre. Por eso, hablar del individualismo en un único sentido y avanzando anticipadamente conclusiones inamovibles es algo más que arriesgado y denota un déficit crítico en quien acomete dicha empresa. No pretendo avanzar, por tanto, una conclusión irrefutable ni presentar un panorama homogéneo de un fenómeno que no es en absoluto homogéneo. Más bien intento ofrecer una lectura, una aproximación al fenómeno y una diagnosis de sus manifestaciones contemporáneas. Convendrá, por tanto, en primera instancia y con carácter previo, deshacerse de algunos prejuicios. Son aquéllos que impiden analizar el fenómeno con rigor y que

anticipan las conclusiones antes de haber sentado las premisas de partida. El individualismo, como tal, no debe identificarse necesariamente con el egoísmo —más bien éste constituye una perversión de su sentido inicial—. El individualismo tampoco debe contemplarse como un fenómeno obligadamente dispersivo de los vínculos comunitarios que fomenta el aislacionismo y una concepción atomista de la sociedad. Por el contrario, entendemos que desde posiciones individualistas se ha afrontado el problema de la solidaridad y de la cooperación social no en clave egoísta sino de progreso colectivo, en cuanto que el desarrollo de la individualidad es condición del progreso social. Por último, el individualismo tampoco debe identificarse con la defensa del libre mercado y la justificación de la apropiación capitalista ilimitada, sino que la concepción individualista propia de la modernidad, aunque inicialmente basada en un determinado modelo de producción y de distribución económica, nos proporciona elementos para buscar nuevas vías de organización social acordes con la afirmación de fines colectivos desde una concepción de la justicia no estrictamente procedimental.

Creo que podemos hablar de un individualismo triunfante y de un individualismo postergado. No creo que deba llamársele derrotado porque albergo la esperanza de que gane algunas batallas. Son, así lo entiendo, dos líneas de individualismo cada una de las cuales mantiene una cierta unidad interna. El primero es el que asocia individuo y apropiación y somete el desarrollo de la individualidad a un proceso selectivo y excluyente determinado por el orden espontáneo del mercado. Es el individualismo capitalista del «laissez faire» que triunfó fácticamente desde los inicios del industrialismo y supuso el sometimiento de la clase obrera a los intereses económicos de la burguesía y de los terratenientes. Este individualismo tuvo, como es de suponer, su fundamento teórico en la escuela librecambista escocesa con autores como Malthus, Mandeville y el movimiento fisiócrata y tiene, ineludiblemente, consecuencias políticas cuyas versiones más modernas y actualizadas podemos encontrarlas en autores como Hayek y Nozick. Algo que Benedetto Croce ha sintetizado en la expresión liberismo ¹.

El segundo surge implicado en el nacimiento de la modernidad y tiene también mucho que ver con la forma de producción capitalista y con la defensa del orden de mercado, pero lo trasciende y lo supera. Es el individualismo liberal que postula la libertad como condición del desarrollo de la individualidad y deriva de la igual dignidad humana un haz de derechos que están sustraídos a la concesión graciosa del poder. Es el individualismo que vino a ver en cada individuo un sujeto moral y que hizo depender el progreso social de la efectiva realización del ideal de autonomía. Es el individualismo que consiguió conquistar las

1. CROCE, B., e EINAUDI, L., «Liberismo e liberalismo», 2.^a edizione, Riccardo Ricciardi, Milano, 1988.

primeras declaraciones de derechos que luego se extenderían a todos los sistemas constitucionales.

Ambos se interrelacionan. Nacen en un mismo ambiente intelectual y social al abrigo de la reforma protestante y de la nueva era mercantil. Pero ambos tienen una muy distinta impronta y creo que pueden y deben diferenciarse. Sus fundamentos son bien distintos como también lo son sus consecuencias. Históricamente uno resultó victorioso, y temo que siga triunfando allende nuestras fronteras —las anheladas fronteras de Occidente, espejo en el que quizás no se debieran mirar con tanta fruición emuladora—; otro, quedó siempre, casi siempre, postergado, relegado al plano de los buenos deseos siempre irrealizables. Ambos, se dice, son fruto del liberalismo. Yo deseo poner esto en cuestión o, al menos, aún admitiendo que ambos pudieron tener un origen común, matizar algunas de las conclusiones generalmente admitidas.

Principalmente intento argumentar que uno y otro se contraponen y que el triunfo del primero implica, irremisiblemente, la postergación del segundo. Ese triunfo del individualismo capitalista ha dado lugar a una nueva forma de individualismo, que llamaré del bienestar por su implicación lógica y cronológica con la fórmula política de la que toma nombre, que es hijo de aquél y que, sin embargo, tiene rasgos propios. También quiero aclarar —lo que, a mi juicio, supone un profundo malentendido— que el individualismo capitalista sólo puede encontrar su fundamento en los presupuestos del individualismo liberal si éstos son invertidos. En ese caso, esa forma de individualismo sí toma su causa de los presupuestos teóricos del liberalismo pero habría que preguntarse entonces si la ideología que le sirve de fundamento es o no auténticamente liberal. Esto nos llevará, a su vez, a la siempre controvertida relación libertad/igualdad que es uno de los temas candentes de la filosofía política contemporánea. Por último, si se comparte la lectura del individualismo que aquí se ofrece, habrá que convenir que el individualismo tiene también una acepción positiva cuya plasmación histórica es no sólo una labor pendiente sino también deseable, y que ese individualismo aún no realizado constituye el más valioso legado de la modernidad. Su realización exige también buenas dosis de imaginación para superar las ambigüedades teóricas en las que el liberalismo frustró en ocasiones su desarrollo y que lastraron también el efectivo alcance emancipador del concepto liberal de libertad, que a veces trasmutó su significado para erigirse en muro de contención frente a nuevas demandas sociales. La formulación del individualismo que aquí se propone como fenómeno no sólo irrealizado sino también deseable nos conduce a una definitiva superación de los planteamientos liberales aunque sin abdicar de los principios que hicieron del liberalismo una doctrina de libertad y progreso.

La raíz de este fenómeno que marca el origen de la era moderna ha sido situada en la génesis del industrialismo y del sistema económico

capitalista y se ha asociado a un determinado modelo de organización política auspiciado por el liberalismo. Convergen sin duda en la era moderna dos aspiraciones complementarias: de un lado, la afirmación del individuo como fuente y origen de todo poder lo cual arrastra como corolario el postulado de la independencia individual y, consiguientemente y en segundo lugar, la necesidad de establecer límites precisos y bien definidos frente al poder político capaces de contener su incorregible tendencia hacia el control estricto de las actividades e iniciativas de los individuos. Surge así una dicotomía entre ética y política, entre el ámbito del dominio colectivo, el terreno de la polis, y el reducto de la privacidad, fortaleza de una individualidad aislada.

Que el liberalismo primigenio, que albergaría las pretensiones de una clase social ascendente como la burguesía, es en la actualidad una postura moral generalizada de las sociedades occidentales y el modelo de muchas otras, es una realidad que se confirma con una breve panorámica histórica. Y ello, además, constata la radicalidad de una situación que ha trascendido su propósito inicial: el de poner fronteras al poder absoluto del Estado sobre el individuo, erigiendo a éste en centro activo de una sociedad autónoma mediante la consagración de derechos básicos de la persona humana.

La consolidación del individuo y la proclamación de los valores que le son propios ha abocado al liberalismo a un resultado del que quizás se sorprenderían algunos teóricos que abonaron su nacimiento. La defensa de un espacio íntimo frente a la invasión arbitraria de éste por los poderes públicos y la proclamación consiguiente de derechos contribuyeron a perfilar una noción de individuo como sujeto de derechos y obligaciones y, en este sentido, poseedor de atributos que deben ser adecuadamente protegidos. El advenimiento de la sociedad moderna trajo consigo la aparición de un nuevo concepto de libertad: la libertad ya no se define por la participación en un grupo y por la involucración efectiva de los individuos en los procesos de toma de decisiones colectivas, sino que implicará la independencia del individuo frente a intromisiones arbitrarias en la esfera de su intimidad. Esta libertad moderna que surge a raíz de las guerras de religión y de la lucha por la libertad de conciencia y de opinión como manifestación de la soberanía del individuo sobre su vida y sus actos tendrá desde estos primeros compases de la modernidad una caracterización inconfundible: es la impronta del individuo como centro volitivo y de actuación. El núcleo vital del que predicar los valores se ha particularizado: todo poder tiene su origen en el individuo y en su inalienable voluntad de gobernarse. En la definición de esta nueva libertad con matices propios los autores liberales adquirieron un decidido protagonismo. Ya Locke en su *Second Treatise on Civil Government* estableció las premisas para una fundamentación consensual del poder político y de la sociedad civil e instituyó los límites cuya transgresión daría lugar al ejercicio del derecho de resistencia mediante la invocación al cielo.

El individuo, como entidad autónoma y preexistente, funda la existencia de la sociedad y es, por ende, su soporte y fundamento. La sociedad, como artificio y articulación lógica de las existencias individuales, supedita su desenvolvimiento a los intereses particulares de los individuos armonizados mediante el pacto y ensalzados bajo la forma de derechos inalienables. La libertad liberal tiene su fundamento en una concepción individualista de la sociedad que desplaza el centro de decisión desde la esfera de lo público al ámbito estricto y restringido de la conciencia individual. Del individuo nace la voluntad y el gobierno y sólo de él puede surgir la fuerza y el poder legítimos. A la vez ese poder legítimo se supedita a los fines individuales y se realiza plenamente en la consecución de los intereses particulares de los ciudadanos. Su función se reduce al mantenimiento del orden interno, a la defensa frente a agresiones externas y a la garantía de los derechos individuales que tienen un carácter negativo. La libertad se construye desde el ámbito doméstico de la individualidad y desde ahí se manifiesta al exterior. Es la libertad de la que Constant nos habla en su *Discours sur la liberté des anciens comparée à celle des modernes* y que se define por la ausencia de arbitrariedad y de opresión y por el más amplio derecho de la persona a disponer de su vida conforme a sus preferencias en aquellos asuntos que son de incumbencia individual ².

II. EL INDIVIDUALISMO CAPITALISTA

El individualismo liberal contiene entre los elementos propios de su teoría política y moral los ingredientes que permitirán, a fuerza de invertir sus presupuestos, el desarrollo del individualismo capitalista. La propiedad privada como manifestación de la libertad individual en el ámbito económico lleva parejas la libertad de empresa y de contratación. La libertad económica supone libertad para contratar en un marco de igualdad formal ante la ley. El espacio social se mercantiliza

2. En este conocido discurso Constant distingue dos modelos de libertad y define la libertad de los modernos como «el derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos: es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta a nadie de sus motivos o de sus pasos: es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para deliberar sobre sus intereses, sea para llenar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos: es, en fin, para todos el derecho de influir en la administración del gobierno, o en el nombramiento de algunos o de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones o por consultas, que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración.» (CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» en «Del espíritu de conquista», pp. 67-68).

en la medida en que las relaciones privadas adquieren una dimensión dineraria. La vida social se construye en torno a los intereses individuales que, canalizados a través del tráfico mercantil, muestran una versión nueva y cuantificable en términos monetarios.

Hay en el individualismo liberal algunas ambigüedades que han permitido el desarrollo de una nueva vertiente del individualismo que, en buena medida, contradice los presupuestos que le habían servido de fundamento. Pero esta nueva versión del individualismo no guarda necesariamente una exacta correspondencia con el individualismo de punto de partida que encarna el contractualismo clásico. Tienen, eso sí, aspectos coincidentes, algunos ya esbozados, que pueden llevarnos a una inicial identificación y que no en vano son los elementos que enlazan ambas versiones del individualismo. Obviamente la defensa de la libertad económica y de contratación y la reducción de la vida social a su versión estrictamente mercantil conlleva la entronización de los intereses individuales concurrentes en el mercado como núcleo de la vida social. Esta concepción del individuo como agente económico que actúa en su propio beneficio, contratando bienes y prestando servicios desde una posición moralmente neutra es extrapolable al ámbito de lo político y conlleva un determinado posicionamiento moral que implica una actitud pasiva ante el libre juego de las fuerzas económicas ya que ningún criterio de justicia puede decidirse colectivamente sin transgredir las libertades individuales. La justicia se desarrolla en el denominado orden espontáneo de mercado a través de una concepción procedimental y pretendidamente avalorativa que destaca el valor neutral de la legitimidad en la adquisición y en la transferencia de los bienes.

La consagración del individuo como fuente de los valores se apoya en una concepción también pretendidamente neutra del Estado y diseña un modelo de organización política que establece un marco de igualdad formal ante la ley. La libertad se mide por el derecho no por las posibilidades. Todos los ciudadanos tienen el mismo derecho a desarrollar plenamente sus capacidades, a sentirse «personas», agentes morales plenos en la realización de un determinado modelo vital pero no todos tienen posibilidades efectivas de desarrollarse. El modelo de organización política supone una apuesta por una selección ya predeterminada en la medida en que la justicia en la adquisición de los bienes viene seriamente distorsionada por situaciones producidas históricamente por más que las construcciones teóricas se empeñen en suponer lo contrario. El individualismo económico centra sus argumentos en el individuo como consumidor y maximizador de utilidades y ello supone que cada individuo tiene un igual derecho a acceder a los medios que generan riqueza a través de su participación como agente económico.

La estructura interrelacional de la sociedad es subvertida desde el momento en que la reificación del mercado determina la concepción

política. La personalidad individual gira en torno a la economía que determina un concreto modelo ético y de organización política. El individuo es la medida de todas las cosas, salvo de la economía que es el instrumento de medida del individuo. Esta opción es necesariamente valorativa: es la elección de un modelo de justicia que se desarrolla al margen de toda preferencia colectiva. Y ello implica una *exclusión* que es, no podía ser menos, una opción valorativa. La libertad del individuo queda también determinada por este juego de transacciones y renunciaciones que llamamos mercado y que transforma y absorbe la sociedad en un conglomerado de intereses contrapuestos o coincidentes en función de un precio.

La línea teórica que fundamenta una postura como la descrita se desarrolla desde el umbral de la modernidad por los teóricos del capitalismo y encuentra una sólida base teórica en la defensa liberal de la libertad. Pero una y otra postura no deben confundirse aunque guarden, como ya dijimos, algunos puntos de coincidencia. De un lado el individuo aparece como medida de todas las cosas y presupuesto de la organización social. De otro, el argumento de la independencia individual es utilizado con una orientación claramente conservadora para fundamentar y mantener una estructura económica y política bajo cuyos auspicios encuentran plena satisfacción los intereses de una clase social. Consecuencia de ello, la libertad política queda supeditada a la económica, los derechos a las posibilidades fácticas que permiten su ejercicio y la capacidad para decidir sobre los asuntos colectivos será fiel trasunto de la capacidad para acumular bienes y riquezas. La concepción de la libertad que se propugna desde esta perspectiva es estática: la libertad consiste en el reconocimiento de un haz de facultades que el ciudadano puede o no ejercitar, pero en ningún caso es responsabilidad colectiva proporcionar y habilitar los medios que virtualicen ese ejercicio. La libertad se concreta en el reconocimiento formal de la igualdad de todos ante la ley y en un catálogo cerrado de derechos que la ley reconoce y que configura, de una vez y para siempre, los contenidos de la libertad.

La función del Estado se agota en el reconocimiento de las facultades que los derechos conceden y la del mercado en la concreción de quiénes pueden gozar efectivamente de las libertades que la ley contempla. La libertad se supedita a la dinámica del mercado que, investido de una superior e imparcial autoridad moral, determina quiénes y en qué medida pueden ejercer las libertades. El juego del mercado tiene sus consecuencias y algunas de ellas quizás sean demasiado relevantes como para quedar al azar de las fuerzas económicas.

El individualismo económico fruto del capitalismo genera una tendencia contraria al individuo y a la sociedad: la inicial igualdad natural de los individuos queda supeditada al test del mercado que establece una selección en función de la apropiación capitalista ilimitada que habilita a los poseedores a desarrollar plenamente sus capacidades y excluye a los no afortunados por la ruleta del mercado de dicha posibilidad.

En esencia, se puede decir que el individualismo capitalista pivota sobre el concepto de propiedad privada y que ello genera un modelo de apropiación que es exclusivo y excluyente en la realización de las inicialmente iguales y legítimas pretensiones individuales: el ideal de excelencia humana, la consecución y logro de un concreto modelo de virtud y plenitud queda elevado a la categoría de «posibilidad teórica» accesible para todos los individuos pero que sólo unos cuantos podrán desarrollar.

Entiendo que la definitiva consecuencia del individualismo capitalista consiste no ya en la restricción fáctica de la posibilidad de alcanzar la plenitud humana, sino en la inversión de los presupuestos del individualismo liberal pues la autonomía individual como valor moral queda también profundamente lastrada. Ya no se trata de que sólo unos cuantos individuos podrán alcanzar esa preciada prenda del desarrollo pleno de sus facultades y potencialidades a costa de la alienación y exclusión del resto de los individuos —operada «asépticamente» por el mercado—, sino que la dimensión moral de la autonomía queda supeditada a un fenómeno apropiatorio. La apropiación tiene así una dimensión moral: no se trata de conseguir los bienes que permitan mi desarrollo sino que mi desarrollo se alcanza y concreta en la posesión y apropiación indefinida de bienes y riquezas, el éxito social y personal, y no únicamente la consideración que los demás me dispensen sino mi propia estima, se define en la consecución de un determinado estatus y ello empobrece, en última instancia, el valor de la realización humana. La plenitud humana se pide por el grado de bienestar, el estatus económico y la posición social que se llega a ostentar en la sociedad en la que se vive. De ello depende la estima que los demás tengan de mí, pero también el valor que yo le doy a mi existencia.

El planteamiento individualista radical que se deriva de esta visión del individuo como *homo economicus* parte de una concepción de la sociedad como agregado de individuos que buscan la satisfacción de sus intereses particulares. Los derechos individuales actúan como límites absolutos al Estado de tal modo que resulta imposible afirmar la existencia de fines colectivos que trasciendan a los propios individuos. Los fines de la comunidad se supeditan a la concurrencia de voluntades individuales que se conciertan para su consecución y más que de intereses colectivos se puede hablar de intereses individuales coincidentes. Una reformulación de estos postulados en el contractualismo moderno la encontramos en «Anarchy, State and Utopia» de Robert Nozick que elabora una justificación del Estado, concebido en términos liberistas clásicos como Estado mínimo a partir de los presupuestos del mercado. El Estado y la cooperación social se construyen sobre el débil argumento de los intereses individuales concurrentes en la contratación de servicios de protección y el Estado se legitima indirectamente a través de la dinámica mercantil. El individualismo de Nozick reduce el Estado al mercado de manera que éste no es ya fruto de un acuerdo de individuos libres en su constitución sino que aparece como culminación

de un proceso de adquisición y contratación de servicios mercantiles a través de la oferta y la demanda. La espiral individualista termina por anular la fundamentación consensual del Estado y revierte en una legitimación indirecta que subordina lo político a lo económico, lo público a lo privado. Todo ello tiene su origen en una situación presocial en la que el individuo aparece como entidad aislada e independiente —*separateness*— y en cuanto tal aparece revestido de unos derechos naturales absolutos que no pueden sufrir restricción alguna y cuya preservación y garantía constituye el fundamento y límite del Estado. Pero en este proceso de legitimación y constitución del Estado los derechos individuales sufren una mutación profunda: la propiedad ha dejado de ser el elemento sobre el que se sustenta una concepción amplia de la libertad para convertirse en la culminación de un proceso de subordinación de los derechos y de justificación del capitalismo. Esto es lo que Reiman denomina la falacia del capitalismo libertario («The fallacy of libertarian capitalism») ³.

III. EL INDIVIDUALISMO LIBERAL

Frente a este modelo de individualismo que construye los lazos de cooperación social sobre la base de los intereses egoístas privados de los individuos y resalta el valor de la independencia individual como límite a la sociabilidad del hombre, subordinando los fines de la comunidad a la defensa de los intereses particulares concretados como derechos negativos absolutos, la tradición liberal diseña su teoría moral y política sobre un concepto distinto del papel del individuo en la ordenación de la sociedad y en la realización de los principios morales. La libertad es concebida como emanación de la individualidad y ello tiene una inmediata consecuencia en la configuración de lo público: la determinación de los fines colectivos y la gestión de los asuntos públicos no depende de instancias superiores a los individuos sino que son éstos, en cuanto ciudadanos y miembros del cuerpo político, los que otorgan legitimidad al gobierno instituido mediante el consenso.

La gran irrupción del hombre en la modernidad viene marcada por el antropocentrismo renacentista que precipita la inversión del esquema medieval de relación del hombre con su entorno: desde ahora esta relación deja de estar mediada por la divinidad que revela al hombre el conocimiento y la ley eterna e inmutable de las cosas. El hombre moderno reafirma su condición de sujeto de la historia y reivindica su responsabilidad moral en los acontecimientos mundanos, en la determinación de su existencia y de su propia trascendencia humana. La relación con el mundo deja de estar mediada y el hombre, en cuanto agente moral y político, emerge en la modernidad como dueño de su vida y de sus actos.

3. REIMAN, J.H., «The fallacy of libertarian capitalism», en *Ethics*, 92, 1981, pp. 85-95.

La libertad religiosa y de conciencia es el primer baluarte a conquistar por quienes proclaman esta fe en el individuo como hacedor de su existencia: la libertad es la contrapartida de la responsabilidad que a cada individuo le incumbe en la realización de su existencia. Este proceso de interiorización y particularización de la experiencia religiosa supone la elevación y cualificación del individuo como agente moral, condición que hasta entonces había quedado sometida a tutela por las autoridades religiosas que, investidas de su magisterio, expresaban los designios de la divinidad y escrutaban los terrenos de la moralidad revelando a los fieles la ley divina.

La conquista de la moralidad y la cualificación del individuo como agente moral tendrán repercusiones que no se hacen esperar. Investido ya de su mayoría de edad moral el individuo irrumpe con fuerza en el escenario vital para afirmar su condición primordialmente activa. El modelo contemplativo ha quedado superado: la relación del hombre con su entorno exige su intervención directa en los acontecimientos y en la historia. La cualidad moral del individuo le otorga también un papel en la participación y realización de fines sociales. Si la libertad se había definido en el ámbito de la conciencia y de la experiencia religiosa, esa libertad intimista, que reclamaba la existencia de un ámbito de soberanía personal y de inmunidad frente a terceros, tenía también una dimensión societaria. A las libertades de conciencia seguirán otras sin duda más activas que delimitan un ámbito sustraído al dominio del poder. La libertad individual asume una función delimitadora a través de un catálogo de derechos cuya garantía es el fundamento del Estado. La sociedad se construye en y desde el individuo, pero la relación dialógica individuo-sociedad abre una vía de integración y descubre al ciudadano como cauce de socialización de la individualidad.

El ideal de autonomía contribuye a conformar una concepción dinámica y secuencial de la libertad humana. La libertad como proceso, como liberación, no como situación ni como estatus, sino como desarrollo y emancipación enerva la sedimentalización de la libertad como algo abstracto, suprahistórico y formal y elude toda perspectiva finalista de la libertad negativa. Los ideales revolucionarios del liberalismo hablaban del hombre como agente moral y político provisto de capacidad de juicio moral y responsable directo en la gestación y desenvolvimiento de las relaciones sociales y políticas. La privacidad, la intimidad no era una isla en la que recluirse, un refugio frente al asalto de la vorágine devoradora del poder sino una nueva forma de entender la relación del ser con su entorno, como toma de conciencia de la alteridad y de autovaloración de la propia existencia que se desarrolla en sociedad pero desde la individualidad. La libertad negativa emerge así con una dimensión tantas veces olvidada, como una nueva forma de comprender y comprenderse el hombre y su entorno y a la vez como medio a través del cual aprehender ética y política, no como mundos separados radicalmente sino como ámbitos vitales que, en la medida en que exigen un desarrollo integral humano, se implican y se fortalecen. La

individualidad no es una coartada para el egoísmo sino su definitiva superación: el individuo adquiere conciencia de su identidad en su relación con los otros desde la libertad de pensar/se inserto en el mundo. La acción es la consecuencia de esta reflexión, de esta internalización de los valores asumidos en sociedad. No se trata de una disolución de la ética sino de una huida del objetivismo de los valores abstractos y superiores que constriñen la personalidad moral. Y a su vez la internalización, que implica particularización y redimensionalización de la trascendencia de la existencia individual concreta, supone también una reacción societaria que nace de la individualidad como agente moralmente responsable en la definición de lo justo y en la construcción de lo público.

La escisión individuo/ciudadano es teórica, no práctica y opera en dos momentos: en el momento fundacional del cuerpo político como tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil, y supone una recualificación de los individuos que ascienden a la categoría moral de ciudadanos —no puramente política pues la ciudadanía implica también el estatus moral de agente y sujeto dotado de capacidad de juicio moral— con vocación social. Los individuos dejan de estar trabados por la necesidad de supervivencia y por la lucha en la defensa de sus intereses egoístas en el estado de naturaleza y se dignifican como hombres y ciudadanos; el segundo momento es también hipotético y nos evoca la ambivalencia de este proceso que sólo se expande circularmente desde una perspectiva sincrónica y linealmente desde la perspectiva diacrónica. Es la internalización de la ciudadanía, el pensar/se reflexivamente inserto en la sociedad desde la opción consciente y la alternativa en el ámbito de la moralidad de cada individuo concreto: la escisión individuo/ciudadano es una opción consciente que opera en la moralidad desde la responsabilidad del ser, del saberse moral e implica aprehensión de la identidad social, es la elección entre el egoísmo y la solidaridad, entre el aislamiento y el encuentro, entre la libertad —en su versión radicalmente negativa y presocial «as a mere absence of constraints»— y la autonomía del hombre socializado que ya ha devenido ciudadano y que realiza en su continuidad autoconsciente su propia experiencia vital. El concepto de autonomía es algo más que la libertad ya que su ejercicio concita los valores de la individualidad en un permanente adiestramiento de las cualidades humanas. Supera así la concepción estrictamente positiva ya que, si bien remite al autocontrol y al dominio de la persona sobre sus propios asuntos, trasciende con mucho el ámbito reductivo de una libertad no finalista ejercida espontánea y arbitrariamente ⁴. Se trata, en suma, de

4. Un interesante desarrollo teórico sobre esta cuestión puede encontrarse en ROBERT YOUNG, «Personal autonomy. Beyond negative and positive liberty», quien realiza una aproximación al concepto de autonomía integrando las vertientes negativa y positiva de la libertad y reivindica la centralidad de un concepto de autonomía alternativo frente a las posiciones libertarias que concentran su valor como «liberty from». Un acercamiento también sugerente al valor del concepto de autonomía en la contemporánea filosofía moral y política puede verse en DWORKIN, G., «The theory and practice of autonomy», especialmente pp. 3-81.

un concepto integral que permite conciliar la vertiente negativa de la libertad en un ideal de plenitud moral que sólo se desarrolla desde un individuo pleno y autoconsciente y que hace depender el progreso colectivo del progreso individual, entrelazando lo privado y lo público, el ámbito de la reflexión ética particularizada y el entorno público de los designios colectivos ⁵.

La autonomía es el rasgo distintivo de la persona integral, su ser moral y político. A través de ella se superan los momentos dialécticos de la independencia y de la participación. No se trata de aislar al individuo sino de integrarlo en el todo social pero no para disolver su individualidad sino para afirmarla, no se trata de que el individuo exprese su voluntad de autogobierno y de participación, cualquier voluntad de autogobierno y participación, sino de que esa voluntad esté correctamente formada, libre de trabas que impidan la emergencia de esa voluntad individual, propia y particularizada.

IV. LAS AMBIGÜEDADES DEL LIBERALISMO

Creo que el contractualismo clásico y su desarrollo ulterior en el liberalismo anglosajón proporciona los elementos para una lectura de este tenor. Sin embargo, sabemos que las teorías liberales acogen en su seno un buen número de ambigüedades que un lector mínimamente avezado no dejará de advertir. Estas ambivalencias del liberalismo permitirán su caracterización como ideología de clase en interés de clase

5. En la obra de John Stuart Mill podemos encontrar, sin duda, algunos elementos que nos permiten sostener una interpretación de este tenor. La autorrealización de la individualidad constituye la fuerza motriz de la cohesión social y esta interrelación individuo-sociedad configura una ordenación sustantiva de los valores morales y políticos. La individualidad no opera como límite frente al poder y a la estrategia uniformadora de la sociedad sino que es la clave del progreso colectivo entendido como realización de cada individuo en sociedad. La plenitud individual lleva a la plenitud colectiva. El modelo de sociedad que Mill propugna exige la realización efectiva de un proyecto de hombre que eleva como característica esencial su cualidad más intrínsecamente humana la capacidad de automejora. Desde esta perspectiva el proceso de autorreforma («self-reform»), sugiere un modelo de reforma social, de modo que el individuo deviene en agente de la estabilidad social y de la reforma política. En este sentido es significativo el trabajo de G.W. SMITH, «Freedom and virtue», en el que establece una relación directa e inmediata entre la libertad en el seno de la comunidad política y la promoción de la virtud, de tal modo que la primera ha de ser acicate insoslayable para el logro de la segunda. Esta coordinación efectiva del terreno de lo público, en el cual se desenvuelve la libertad política, con el ámbito más estrictamente individual, en el que jugará un papel importante la idea de virtud, se asienta sobre la designación de una adecuada forma de gobierno. Del mismo autor, «J.S. Mill on freedom»; «Social liberty and free agency: some ambiguities in Mill's conception of freedom» y «Freedom and virtue in politics: some aspects of character, circumstances and utility from Helvétius to J.S. Mill». Este aspecto es analizado también, entre otros, por SEMMEL, B., «John Stuart Mill and the pursuit of virtue» y EISENACH, E.J., «Self-reform as political reform».

y permitirán su identificación con el modo de producción capitalista y con la distribución de bienes y riquezas que propicia. Buena parte de estas ambigüedades a las que nos referimos vienen dadas por la inversión de los presupuestos que subyacen a la concepción liberal de la libertad.

Previamente nos vamos a detener en otro de los flancos teóricos sobre los que se apoya esta inversión de los presupuestos del liberalismo. La sacralización de la libertad negativa tiene, en buena medida, su origen en la hipótesis contractual que da origen a la sociedad civil. La situación presocial del estado de naturaleza en la que individuos iguales en derechos pugnan por satisfacer sus intereses y el pacto como momento fundacional de la sociedad civil que se constituye por el acuerdo de los individuos y para la defensa de sus derechos son emanación de un individualismo metodológico que sitúa el fundamento de la obligación política en el consentimiento de los gobernados. Este punto de partida individualista facilita la comprensión de la sociedad como un mero agregado de individuos, como un ente artificial creado por los individuos para la defensa de sus intereses.

Sin embargo, quienes prosaicamente han interpretado el contractualismo fomentando una visión atomista de la sociedad han omitido en su lectura la cualificación moral que la constitución de la sociedad civil otorga al individuo: es a través de ella como los individuos se sobreponen a las pasiones e instituyen en el ámbito de la moralidad el imperio de la razón. A través del pacto la razón instituye la moralidad y el gobierno. Las pasiones egoístas de los individuos son sometidas y se supera el angosto mundo de la supervivencia. El pacto es la victoria de la razón sobre las pasiones, de la humanidad sobre la animalidad ⁶. Tomemos un ejemplo: en el constructo antropológico hobbesiano la razón aparece como elemento ordenador de las pasiones. El hombre puede y debe tener otras posibilidades de desarrollo. La libertad no puede consistir tan sólo en la elección del medio a través del cual causar el daño o la muerte. Entre el imperio de las pasiones y la muerte es posible una alternativa de vida racional. La naturaleza humana sugiere al hombre su propio bien y la posibilidad de convenir para su consecución con los demás. El nacimiento de la sociedad civil es, por tanto, la plasmación de una voluntad común de vida racional, voluntad que se

6. Se opera así una disociación entre el individualismo y la individualidad. En concreto Jaume sostiene que el sistema hobbesiano descansa sobre el concepto de individualismo articulado en base a una disociación, relevante desde el punto de vista antropológico combinado con la teoría del estado de naturaleza, y la individualidad, que se ejerce dentro del orden social y bajo el reino de las leyes del soberano. Entre el individualismo egoísta del estado de naturaleza y la opción individualista de la vida privada en el ámbito de la institucionalización del estado, el concepto de ciudadanía surge en la esfera pública como principio articulador a través del mecanismo de representación política. (Cfr. JAUME, L., «Hobbes et L'Etat représentatif moderne», pp. 9 ss.).

manifiesta a través del pacto entre los individuos, que encuentran así el cauce adecuado para la realización de sus fines ⁷. Si en el estado de naturaleza el individuo sólo podía elegir la forma de matar o de defenderse, la instauración del poder político implicará algo mucho más profundo que la defensa de la vida de los individuos, es la apuesta por una vida racional, por la posibilidad de un desenvolvimiento moral de la propia vida. Se opera así, en palabras de Viola, una transformación moral profunda. La ley natural es la ética del buen ciudadano, que estaba latente en el estado de naturaleza y que viene hecha posible y eficaz por los mecanismos del estado ⁸.

La dimensión societaria de la moralidad reviste al sujeto como ciudadano y transfiere a la sociedad una dimensión ética de la cual emana el gobierno colectivo: la institución del pacto no sólo garantiza que los individuos podrán subsistir frente a la barbarie de los salvajes y a la anarquía del estado de naturaleza; se trata de algo más profundo: garantiza que los individuos devienen agentes morales, optan por el imperio de la razón e instituyen el gobierno de las leyes pero además supone la dignificación de los sujetos que, en cuanto hombres, deciden a través de la sociedad, crear las condiciones que permitan el desenvolvimiento moral de sus facultades más propiamente humanas.

Pero la ambigüedad central de la teoría liberal, ya lo hemos dicho, se deriva de una comprensión parcial de su concepto de libertad. A partir de ahí se realiza también una identificación esencial entre el sistema de libre mercado y el liberalismo como forma política que lo sustenta. Ello ha venido propiciado por algunos esfuerzos teóricos especialmente interesados en mostrar la supeditación de la teoría política liberal a intereses económicos de clase, de tal guisa que el liberalismo no es sino la coartada teórica del capitalismo.

Esto ha venido simbolizado en lo que con expresión afortunada MacPherson ha denominado «individualismo posesivo» ⁹ y cuyos

7. En *Elements* encontramos un evocador pasaje de esta composición dual de la naturaleza humana. La razón es la misma en todos los hombres y ésta sugiere la consecución de los fines humanos a través de la convivencia pacífica. La voluntad de estatuir un gobierno común, un único cuerpo político, es el fruto de la razón:

«Reason is no less of the nature of man than passion, and is the sane in all men, because all men agree in the will to be directed and governed in the way to that which they desire to attain, namely, their own good, which is the work of reason.» (HOBBS, T., «*Elements of Law, Moral and Politic*», Parte I, Ch.II, &1).

8. *Vid.* VIOLA, F., «Hobbes tra moderno e postmoderno», pp.65-66.

9. Por tal ha de entenderse aquella dificultad del pensamiento liberal para diseñar una teoría política compatible con las aspiraciones democráticas. Esta dificultad es inherente a la teoría liberal en tanto en cuanto concierne a la igualdad. Dicha dificultad nace de una paradoja esencial al pensamiento liberal: la concepción dualista de la persona humana que es, en sí, contradictoria, de un lado el individuo como consumidor y maximizador de utilidades y, de otro, la consideración de éste como ser autónomo capaz de desplegar sus propias capacidades y de desarrollar los atributos más distintivamente humanos. MacPherson entiende que, en la medida en que se abre camino a la

orígenes sitúa en Hobbes y en Locke. Lo discutible del planteamiento de MacPherson no es ya que el individualismo posesivo haya sesgado ciertamente el potencial emancipador de la teoría liberal sino que esta concepción de las relaciones sociales pueda construirse lógicamente desde las aportaciones de la teoría liberal anglosajona.

Cierto que la caracterización del fenómeno es apropiada y, en buena medida, la comparto. Pero no creo que sus raíces teóricas puedan situarse en Hobbes y en Locke sin incurrir en una grave distorsión del legado filosófico y político de estos autores. La defensa y fundamentación de las libertades económicas, del derecho de propiedad y de la libre competencia son, para ambos autores, derivados de la libertad personal pero, en cuanto tales, tienen un carácter instrumental que con frecuencia se soslaya.

Frente a quienes personifican en Locke al principal defensor del capitalismo indiscriminado, no han faltado autores que han insistido en señalar lo parcial de una perspectiva economicista de su teoría. El propósito de Locke no es establecer las bases para la apropiación capitalista ilimitada, su objetivo primario es mostrar que la propiedad es emanación de la libertad del individuo, y por ello no puede otorgar al hombre poder sobre la vida de los demás hombres. El gobierno existe para «regular» la propiedad que deriva del derecho a la vida al cual esta subordinado ¹⁰.

apropiación capitalista ilimitada, se cierra consiguientemente la vía ética del libre e independiente desarrollo de cada individuo, lo que supondría negar la posibilidad real de todo individuo de alcanzar la plenitud en su desarrollo como persona. La propiedad queda, pues, configurada como un concepto autodefinido por su carácter excluyente y limitador de las capacidades humanas, en cuanto atributo esencial del individuo con respecto al resto de la sociedad. Esta derivación de un derecho exclusivo de la naturaleza racional del hombre deja de ser válida cuando se afirma el principio en virtud del cual todos los hombres están por naturaleza igualmente capacitados para una vida humana completamente racional. A la luz de ello MacPherson aboga por una reformulación del concepto de propiedad que nos permita resolver las contradicciones irresolubles de la teoría liberal. Es necesario concebir la propiedad no como un derecho excluyente respecto a los demás —del individuo con respecto al resto de la sociedad— sino como derecho de igual acceso para todos, abierto siempre a la propia esencia social del mismo y más implicado en un concepto liberal de la esencia humana. Tal cambio, según MacPherson, podrá ayudar a la teoría política liberal a superar sus principales dificultades, sin que por ello deba dejar de ser llamada propiamente liberal. (Cfr., MACPHERSON, C.B., «Liberal-Democracy and Property», en «Property. Mainstreams and critical positions», pp. 199 ss.; sobre la construcción lógica del individualismo posesivo en de la tradición liberal anglosajona, cfr. MACPHERSON, C.B., «La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke»).

10. La línea de interpretación que contempla a Locke como el teórico de la apropiación capitalista ilimitada tiene su origen en una errónea comprensión del pensamiento lockeano. Locke —afirma Tarcov— no entendía la sociedad civil como un simple agregado de individuos guiados por su interés. La sociedad civil encarna un bien común cuya consecución justifica el sacrificio de los individuos como partes de un todo. En este sentido la teoría de Locke no es la teoría del auto-interés sino de los derechos, y la propiedad aparece como derivado del derecho a la autopreservación de los individuos al cual se subordina (Cfr. TARCOV, N., «A non-lockean Locke and the character of liberalism», p. 137).

La incidencia de la interrelación libertad-propiedad en la conformación de la sociedad política opera de manera muy distinta a la que MacPherson esboza. En efecto, la propiedad no es condición previa de la racionalidad y de la pertenencia a la sociedad, sino que adquiere un valor convencional en la medida en que su protección depende del consentimiento¹¹. Ocurre, como dice MacPherson, que en realidad el ejercicio efectivo de estos derechos constituía una de las más curiosas paradojas del liberalismo: la libertad es para todos, pero en la práctica sólo podrán realizarla algunos a costa de otros, pero esto es algo que no pudieron mínimamente prever¹². Ni Hobbes ni Locke pretendieron otorgar un fundamento moral superior a los derechos derivados del mercado. En el caso de Locke, Dunn afirma sin titubeos que estaba completamente dispuesto a reconocer que otras necesidades humanas los superaban y limitaban¹³. MacPherson presenta una sugerente visión del individualismo liberal, pero quizás se esfuerza en demasía en mostrar que el capitalismo indiscriminado encontró su más sólido fundamento teórico en los autores liberales. MacPherson omite detalles importantes, como el propio Bobbio ha mostrado¹⁴. Verdaderamente la concepción individualista de Locke concede fundamentos a la propiedad privada y a la libre competencia pero también lo es que el capitalismo desenfrenado sólo puede fundamentarse en Locke sobre la base de olvidar sus presupuestos. Esto es algo que, obviamente, se hizo después con facilidad a partir de la consideración finalista de la libertad negativa pero quienes lo hicieron no buscaban fortalecer ni consolidar la teoría política liberal. Incluso en nuestros días no faltan construcciones teóricas que, invocando a Locke como argumento de autoridad, no pretenden otra cosa que otorgar fundamento a la apropiación capitalista ilimitada¹⁵.

11. Sobre este aspecto *cfr.*, ASHCRAFT, R., «The politics of Locke's Two Treatises of Government», pp. 29 y ss.

12. Este extremo es reconocido por el propio MacPherson en su análisis de Locke: «Locke no podía haber sido consciente de que la individualidad que preconizaba era al mismo tiempo una negación de la individualidad. Semejante consciencia no podía encontrarse en unos hombres que precisamente estaban empezando a comprender las grandes posibilidades de libertad individual contenidas en el progreso de la sociedad capitalista». (MACPHERSON, C.B., «La teoría política del individualismo posesivo», p. 223).

13. *Vid.* DUNN, J., «The political thought of John Locke», pp. 85-86.

14. Todos estos aspectos son magistralmente destacados por N. Bobbio. A su juicio la interpretación que MacPherson realiza se construye en base a una categoría historiográfica tremendamente amplia, cual es la categoría del individualismo posesivo que nos llevará a contemplar la semejanza genérica entre Hobbes y Locke y a perder de vista las diferencias específicas. Locke representará, según MacPherson, el punto álgido de la teoría individualista de la sociedad, de la que Hobbes representa el origen (*Cfr.* BOBBIO, N., «Studi lockiani» en «Da Hobbes a Marx», p. 108).

15. La fundamentación del derecho de propiedad en Nozick es, sin duda, un ejemplo paradigmático. Sobre lo desafortunado de su empeño puede verse, entre otros, BELTRÁN, E., «Nozick, la justificación de la propiedad», en *Sistema*, n.º 3, 1987, pp.131-139; DAVIS, L., «Nozick's entitlement theory», en Paul, J. (ed.), «Reading Nozick. Essays on Anarchy, State and Utopia», pp. 344-354; KAVKA, G.S., «An internal critique of Nozick's entitlement theory», en Corlett, J.A. (ed.), «Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozick», pp. 298-310.; O'NEILL, O.J., «Nozick's entitlement» en Paul, J. (ed.), «Reading Nozick. Essays on Anarchy, State and Utopia», pp. 305-321.

Creo, por tanto, que el individualismo posesivo no encuentra su germen en la teoría liberal anglosajona sino a partir de la inversión de la concepción liberal de la libertad y esto sólo se realiza desde una lectura interesada de los principios liberales que, en modo alguno, puede encontrar acogida en sus precursores.

La concepción finalista de la libertad negativa apoya una concepción absoluta de los individuos como mundos separados, cuyas esferas de soberanía escapan al dominio colectivo. El liberalismo, sin embargo, no rehuye la consecución de fines colectivos afirmados a través del principio legitimador de la soberanía popular sino que sólo establece como condición primaria de la afirmación de estos fines el establecimiento de un espacio de no-interferencia individual a partir del cual pueda nacer una voluntad libre. La libertad individual tiene, pues, para el liberalismo, un valor instrumental que reside en su carácter de *prius* lógico necesario para la expansión de la individualidad y el desarrollo de sus capacidades. La libertad que el liberalismo propugna es una libertad para actuar, para el logro del pleno desarrollo del individuo. Por tanto, la libertad liberal ha de ponerse en relación con el valor de la autonomía personal, pues aquélla es necesaria para la consecución de ésta ¹⁶.

Pero todo esto pudo, con facilidad y apoyado en plausibles coartadas teóricas, ser olvidado. La tradición liberal anglosajona al reclamar la prioridad de la independencia de los individuos como garantía de una voluntad libre, y al insistir en los cauces para hacer efectiva esta independencia, afirmando el imperio de la ley y la sumisión de los gobernantes al límite de los derechos inalienables de los individuos, posibilitará la identificación de su concepto de libertad como una noción eminentemente negativa.

Este extremo ha sido analizado por Taylor en su trabajo «What's wrong with negative liberty?» quien al referirse a los conceptos positivo y negativo de libertad y a la identificación del pensamiento liberal con éste último destaca que el repliegue del liberalismo sobre la noción negativa es inconsistente con sus postulados y, particularmente, con el concepto de autonomía individual, pues implica la renuncia a la realización en plenitud de un proyecto de excelencia humana. La cuestión reside en una estrategia defensiva que tiende a reaccionar contra la amenaza totalitaria que el concepto positivo de libertad encierra, desterrándolo de manera radical. La libertad, entonces, queda definida de manera meridiana por la ausencia de obstáculos externos a la acción de los individuos. Pero esta estrategia defensiva no hace sino encubrir una derrota ¹⁷.

16. Por esta razón, indica Nino, es por lo que la libertad trasciende de su carácter instrumental para convertirse en elemento constitutivo de la autonomía personal, entendida no tan sólo como la posibilidad de actuar libremente, sino como opción por un determinado modelo o proyecto vital, discriminando entre soluciones alternativas y orientando su vida a la consecución de un concreto ideal de realización personal:

«La relación entre la libertad de acción y la autonomía personal no es, claramente, una relación instrumental, sino de índole constitutiva: la autonomía del individuo se manifiesta a través de acciones libres, pero no toda acción libre es manifestación de la autonomía personal del agente.» (NINO, C.S., «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», p. 65).

17. Cfr. TAYLOR, C., «What's wrong with negative liberty?», pp.178-179.

Esto supone la presentación finalista de la libertad negativa —entendida como no interferencia y pasividad del Estado ante la aséptica justicia de las leyes del mercado— y encubre una estrategia defensiva del liberalismo que le hace abdicar de sus contenidos revolucionarios. Se consume así lo que Peces-Barba ha denominado «la presentación farisaica del viejo pensamiento liberal revolucionario, convertido ya en cínica representación de los desnudos intereses de la burguesía y en «liberalismo instalado y decadente»¹⁸. Esta estrategia defensiva del liberalismo implica a su vez una estrategia absorbente del capitalismo que tiende a buscar sus raíces teóricas en el liberalismo vaciando a éste de sus contenidos y ensalzando la centralidad temática de algunos de los elementos que, como la libertad negativa, tenían en la formulación primigenia valor instrumental, accesorio o subordinado.

El individualismo liberal cede terreno ante el individualismo capitalista. Una vez invertidos los presupuestos de partida se deja ya el camino abonado para una estrategia de inversiones en cadena que vacían de contenido los postulados liberales y subordina los contenidos teóricos a la fundamentación de un determinado modelo de producción económica. El triunfo de la concepción finalista de la libertad negativa supone el confinamiento del concepto de autonomía personal al ámbito estrictamente privado lo que significa, en primer lugar, que este concepto deja de tener valor político en cuanto principio y fundamento del gobierno; en segundo lugar, que, al conceptuarse la libertad como muro de contención frente al poder político, ésta se privatiza —se vacía de contenido y de valores colectivos— y se trivializa al quedar reducida al ámbito doméstico; y, por último que la distinción entre lo público y lo privado, entre el individuo y el ciudadano, es abolida en la medida en que el ámbito público de la ciudadanía es reducido a término, desde ahora sólo será función de los intereses egoístas privados. En el plano jurídico los derechos individuales aparecen ahora ya no sólo como conquistas de la sociedad sino, sobre todo, como límites de la sociedad. Los derechos individuales en cuanto derechos absolutos quedan condenados a ser constitutivamente negativos, ya que cualquier actuación que vaya más allá de la garantía estricta de los derechos ya consolidados lesionaría los derechos de los demás individuos. Esta visión estática y radicalmente individualista de los derechos se apoya en una concepción fosilizada de la libertad entendida como libertad jurídica y formal que excluye toda actuación positiva que transgreda los límites absolutos que los derechos imponen y relega la igualdad al plano formal de las declaraciones de derechos. De esta concepción de los derechos ningún ideal de justicia sustantiva cabe esperar. Su concreción queda supeditada a los intereses privados de los agentes económicos intervinientes en el mercado.

18. PECES-BARBA, G., «Socialismo y libertad» en *Libertad, poder, socialismo*, p. 148.

La estrategia no es únicamente defensiva, como decía Taylor, sino que también se ha consumado, en virtud de una estrategia absorbente, la reducción del liberalismo al liberismo, y ello mediante una inversión en cadena de los presupuestos teóricos del liberalismo que, subvertidos por la acción transformadora de los intereses privados de la burguesía, ha dejado de ser una ideología revolucionaria para convertirse en la coartada teórica de quienes ostentan el poder económico.

A partir de esta escisión conceptual de la libertad se opera una profunda mutación: el liberalismo deja de ofrecer una imagen homogénea para albergar posiciones distintas e, incluso, encontradas sobre la libertad. Cabe preguntarse si esta inversión y la cadena de inversiones derivadas que propicia son coherentes con los presupuestos de la tradición liberal. Es obvio que no, pero, a pesar de todo, es obvio también que esta concepción periclitada del liberalismo triunfó durante largo tiempo.

V. EL INDIVIDUALISMO DEL BIENESTAR

La vorágine individualista que propicia el capitalismo tiene en Tocqueville un analista especialmente preclaro que exige un estudio detenido por razones que luego veremos. En su disección del sistema americano el autor francés advierte de los peligros de una tendencia que amenaza a las modernas sociedades democráticas. De sus perniciosas consecuencias en la incipiente sociedad democrática americana abominó Tocqueville en su segundo volumen de «La Democracia en América»:

«Individualismo es una expresión reciente que ha creado una idea nueva: nuestros padres no conocían sino el egoísmo.

El egoísmo es el amor apasionado y exagerado de sí mismo, que conduce al hombre a no referir nada sino a él solo y a preferirse a todo.

El individualismo es un sentimiento pacífico y reflexivo que predispone a cada ciudadano a separarse de la masa de sus semejantes, a retirarse a un paraje aislado, con su familia y con sus amigos; de suerte que después de haberse creado así una pequeña sociedad a su modo, abandona con gusto la grande.

El egoísmo nace de un ciego instinto; el individualismo procede de un juicio erróneo, más bien que de un sentimiento depravado, y tiene su origen tanto en los defectos del espíritu como en los vicios del corazón.

El egoísmo deseca el germen de todas las virtudes; el individualismo no agota, desde luego, sino la fuente de las virtudes públicas; mas, a la larga, ataca y destruye todas las otras y va, en fin, a absorberse en el egoísmo.»¹⁹

19. TOCQUEVILLE, A., «La Democracia en América», II parte, p. 466.

Conviene precisar que cuando Tocqueville se refiere al individualismo lo está haciendo en un sentido distinto al que ahora con frecuencia nos referimos. El individualismo en el sentido que Tocqueville le da al término se relaciona con el aislamiento del individuo en la sociedad, no con la autoafirmación de los valores personales frente al colectivismo. Para el autor de la Democracia individualismo e igualitarismo no están en relación de oposición el uno con el otro, sino que aquél es consecuencia del énfasis nivelador de éste. Se trata de un sentimiento pacífico que predispone al aislamiento y empuja al individuo a centrar su vida en una pequeña sociedad construida a su medida. Y aunque se diferencia del egoísmo termina a la larga por identificarse con él.

Sus efectos devastadores sobre el espacio público, la apatía, el desinterés y el aislamiento no sólo desecan el germen de las virtudes públicas sino que disminuyen en el individuo aquellas cualidades que hacen de él un ser único y distinto. Este individualismo al que Tocqueville se refiere tiene, sin embargo, rasgos propios. Es fruto del capitalismo y de la apropiación ilimitada, pero es, también, hijo de la oleada igualitaria irrefrenable que alienta la democracia. La igualdad y la cálida afección por el bienestar material hace que el individuo abdique de sus responsabilidades como ciudadano para entregarse al cultivo de su industria y de los pequeños placeres privados. Preso de esta búsqueda desafortunada de nuevos placeres el hombre se abandona en manos de un sentimiento nuevo que le impulsa a referir todos los acontecimientos en clave de bienestar personal: esta igualdad le hace autosuficiente y le inspira un sentimiento de independencia que pone en peligro la subsistencia de los vínculos sociales. La sociedad no es ya una comunidad de fines colectivamente perseguidos, sino un agregado de individuos en busca de intereses aislados. La sociedad democrática ha engendrado un sentimiento en los ciudadanos que les impulsa a dejar de serlo. El individualismo ejerce una fuerza dispersiva sobre la sociedad y atrae a cada hombre hacia el terreno de sus más ruines intereses. La apatía acaba apoderándose de los hombres y el desinterés por la construcción del espacio común invade su espíritu.

La igualdad penetra todos los resquicios de la vida social y, con ella, el materialismo, el placer desmedido por la acumulación de riquezas, y la homogeneidad de gustos, de opiniones y formas de vida. Esta igualación general de las condiciones provoca un ablandamiento de la voluntad y del espíritu que lleva al hombre a preferir la prosperidad a la brillantez, y sume a la sociedad en un estado de opinión uniforme donde los gustos son los mismos y las actitudes similares. Una atmósfera general de mediocridad lo envuelve todo. El énfasis nivelador de la democracia encierra en sí una tentación que el hombre moderno debe conjurar: el individualismo.

El despotismo que teme Tocqueville viene marcado por un individuo que ha abdicado de su condición de ciudadano y que no conoce más que una pasión por lo material y un gusto por los pequeños place-

res. Abandonado a esta suerte los hombres se repliegan cada vez más en el entorno de su vida privada y acumulan riquezas en una carrera incesante y vertiginosa por poseer. El individuo ha renunciado a las tareas de gobierno y no espera del poder otra cosa que le provea los medios necesarios para su bienestar. El poder se concentra y el Estado deviene omnipotente. La visión de Tocqueville es la de una sociedad donde todos poseen algo. La universalización de las clases medias es el hecho económico más significativo de las sociedades modernas ²⁰.

El análisis de Tocqueville nos aproxima al individualismo contemporáneo. Sus intuiciones sobre la evolución de las sociedades democráticas otorgan a sus escritos una insospechada actualidad. El individualismo como tendencia generalizada propiciada por el igualitarismo, la apatía, el abandono de las responsabilidades públicas, el atomismo, la extrañeza y el aislamiento con respecto al otro son temas de nuestra época. Temas que Tocqueville vaticinó y que se cumplen con sorprendente exactitud en el Estado del bienestar.

El individualismo contemporáneo tiene mucho que ver con esas tendencias que Tocqueville apuntaba. Y tiene mucho que ver también con los sentimientos que el individualismo capitalista ha generado en las sociedades de nuestro tiempo. Uno y otro guardan entre sí una triste

20. Tocqueville vislumbra una nueva forma de despotismo que amenaza a las sociedades modernas. No se ha escrito aún lo suficiente sobre la clarividencia del autor francés. Su diagnóstico del nuevo despotismo refleja sin duda una situación no muy distante del contemporáneo Estado del bienestar:

«Creo, pues, que la opresión de que están amenazados los pueblos democráticos no se parece a nada de lo que ha precedido en el mundo y que nuestros contemporáneos ni siquiera recordarán su imagen.

En vano busco en mí mismo una expresión que reproduzca y encierre exactamente la idea que me he formado de ella: las voces antiguas de despotismo y tiranía no le convienen. Esto es nuevo, y es preciso tratar de definirlo, puesto que no puedo darle nombre.

Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma.

Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana; se halla al lado de sus conciudadanos, pero no los ve; los toca y no los siente; no existe sino en sí mismo y para él solo, y si bien le queda una familia, puede decirse que no tiene patria.

Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias, y se lamenta de no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir» (TOCQUEVILLE, A., *op. cit.*, p. 633).

relación paterno-filial. Ambos, a su vez, suponen la negación de la individualidad en que afirman sustentarse. La reivindicación de los valores del individuo y la necesidad de hacer efectiva la protección de un determinado ámbito íntimo eran presupuestos de la virtualización y del desarrollo humanos. La noción de privacidad y la defensa de un espacio de no interferencia frente a la arbitrariedad del poder político concretaban las exigencias de un nuevo orden social basado en un primordial y básico derecho a la realización del individuo.

Los postulados éticos del liberalismo implicaban la proclamación de los valores del individuo, de un derecho exclusivo a gobernar su vida y a excluir a los demás en la gestión de los asuntos que sólo a él conciernen.

Obviamente el individualismo encontró en las sociedades capitalistas de nuestra era un magnífico campo de cultivo donde abonar la semilla de sus postulados. Pero, todo ello a fuerza de invertir sus presupuestos. En efecto, si el individualismo liberal alcanzó cierto predicamento ello fue afirmándose sobre la base del desarrollo progresivo e indefinido de la personalidad humana, adverbando una fe cierta en sus posibilidades de mejora y de progreso continuado y concibiendo la libertad del individuo como un presupuesto ineluctable de metas ulteriores.

Contrariamente a todo ello, el individualismo contemporáneo supone una inversión de todos los presupuestos que hicieron florecer el individualismo, vaciando de contenido toda apuesta por los valores del individuo que trascienda más allá de una concepción egoísta de la libertad. El individualismo contemporáneo se ha desprendido de toda concepción heroica y trascendente del hombre para ceder terreno ante el apetito, el instinto y una suerte de hedonismo permisivo que acecha peligrosamente con cercenar la individualidad con una ilusión fútil y angosta de libertad. Esta concepción del individuo tiene sin duda poco que ver con el ideal de un individuo autoconsciente y responsable que gobierna su existencia orientándola hacia la plasmación de un proyecto de vida elevado. Este individualismo parece haber declarado la guerra al desarrollo integral del hombre, y el ideal milleano de una individualidad rica y generosa que se expande y desarrolla de manera indefinida no es más que una evocación nostálgica de ideales trasnochados. Al vaciarse de contenido, la libertad pierde su trascendencia para quedar definitivamente anclada en la lucha cotidiana de placeres fútiles e inmediatos. El individualismo contemporáneo genera un sentimiento de contemplación ante los grandes problemas de la vida y acaba por sumir al individuo en una suerte de vago instinto de lucha por el bienestar que le lleva a abdicar de su condición de ciudadano. Se inaugura así —en palabras de Lipovetsky— una nueva fase en la historia del individualismo occidental, una segunda revolución individualista ²¹.

21. LIPOVETSKY, G., «La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo», p. 5.

Las características de esta segunda revolución individualista apuntan hacia una desertización de lo público, un fenómeno de apatía, de indiferencia e incluso de extrañamiento con respecto al otro. Ello conlleva, a su vez, una dispersión moral: la ética contemporánea es la ética de la relajación y de la permisividad, pero es sobre todo la ética de la indiferencia. Afirmada la superior e infranqueable soberanía del individuo, los valores son vaciados de contenido y de trascendencia: es una ética de la cotidianidad, de las cosas pequeñas e insignificantes que se buscan desafortadamente. El culto al cuerpo, a los placeres materiales, al bienestar y a la salud es fruto de un proceso de personalización que conduce al hedonismo. Es el narcisismo. La contemplación de sí mismo y la pérdida de un objetivo al que referir los acontecimientos vitales conducen a una ética autorreferida e intrascendente. Para Robles la causa de la crisis de valores actual no es otra que el relativismo moral y el predominio de una concepción utilitaria de la felicidad, consecuencia de ello, en el ámbito psicológico, será la consiguiente pérdida del sentido del deber con un correlativo fortalecimiento del sentido de los derechos ²², fomentando todo ello por un determinado clima moral que a partir de la trivialización de la mentalidad utilitaria desemboca en un «utilitarismo capitalista».

Esto tiene consecuencias políticas. Los valores se definen fuera del contexto público y los derechos sufren un proceso de apropiación. La tendencia igualitaria, la extensión de los beneficios que el bienestar proporciona a todos los niveles de la sociedad ha provocado un fenómeno contrario a la dimensión societaria: los deberes se banalizan, los individuos se excluyen de la sociedad y se repliegan en un ámbito —esta vez sí fortificado— en el que a nadie le es dado penetrar, la onda expansiva del aburguesamiento, de la igualación de condiciones, ha traído consigo también una reacción antisocietaria. Los derechos definen el ámbito de la vida social que a cada uno le corresponde, determinan ese patrimonio inembargable que escapa a todo dominio y que en cualquier caso es dable exigir. Paralelamente, los sentimientos de solidaridad y responsabilidad quedan postergados ante este nuevo huracán individualista. Si partimos de esa radical separación de los individuos en la determinación de sus valores y objetivos, ese individualismo radical nos habrá de llevar, casi ineluctablemente, a tantas concepciones de la felicidad como individuos puedan existir. Y de nuevo, comenzamos ¿dónde fundar entonces los valores, la sociedad, la solidaridad y la cooperación? El argumento no puede ser otro que una huida hacia adelante: el individuo y su auto-interés. Con ello se abren las puertas nuevamente al argumento libertario. Esta proyección del individuo en la concreción de los valores no es inserción social sino negación de la sociedad. Reducción a la individualidad y justificación de cada fenóme-

22. ROBLES, G., «Los Derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual», p. 89.

no o acontecimiento en virtud del placer que pueda reportar a cada sujeto individual y concreto. De esta interpretación del fenómeno individualista arranca sin duda la justificación moral de la apropiación capitalista ilimitada. Pero cabe inquirir si existe o puede existir otra interpretación más satisfactoria que pueda superar los estrechos confines del individualismo radical y proporcionar en alguna medida elementos que reviertan al individuo una dimensión esencialmente societaria. Podemos así establecer cierta relación de continuidad entre la autodeterminación individual y la afirmación de fines colectivos y sociales. La vía de confluencia de los intereses individuales a través de los lazos de solidaridad social en un objetivo comunitario compartido descubre la posibilidad de reinterpretar las claves del individualismo y de escindir definitivamente la autoafirmación individual de una concepción del sujeto vinculada a la defensa a ultranza de sus más exclusivos y excluyentes intereses: la afirmación de la individualidad no puede identificarse con un fenómeno de apropiación que reduce la meta moral del sujeto a una cadena de pequeñas y continuadas apropiaciones de bienes materiales que excluyen la realización personal de otros miembros de la comunidad. Este «utilitarismo capitalista» que centra la máxima felicidad en la acumulación de bienes y riquezas desborda al individuo y lo aboca a una difícil situación: desprovisto de todo soporte moral el individuo se lanza en pos de una felicidad que es supérflua y displicente y que hace olvidar que la consecución de la plenitud humana está lejos de identificarse con un fenómeno apropiatorio.

VI. INDIVIDUALISMO Y MODERNIDAD

El proceso de inversión del individualismo liberal se consuma con la nueva era individualista. Extraña paradoja del Dr. Jekyll y Mr. Hide: el individualismo inmolado a manos del individualismo. Comprenderlo no es difícil: el injerto del individualismo en el capitalismo, el materialismo, la tentación igualitaria y la desertización de lo público han dado como fruto este extraño engendro. Las ambigüedades del liberalismo hicieron el resto y proporcionaron la coartada teórica.

La reacción comunitaria ante este paisaje gris y desolador viene a decirnos que el discurso filosófico y moral de la modernidad está agotado. La reconstrucción del hombre como ser político exige superar las estructuras ideológicas de alienación de la civilización capitalista. La modernidad, con su dialéctica de tensiones, contrariedades y antagonismos, sólo nos ha traído el vacío, la dispersión y el extrañamiento. La construcción de la comunidad no puede edificarse sobre el discurso moral universalista y procedimental que dio vida a los grandes ideales ilustrados hoy fracasados, superados por la dinámica apropiatoria del capitalismo. Los ideales ilustrados no pueden ser desvinculados de los acontecimientos históricos en que ese proyecto ha tomado cuerpo hasta nuestros días. Frente a ello, Barcellona reclama, como actitud perso-

nal frente al individualismo, una reconstrucción del sujeto único, entendida como desarme unilateral, como renuncia a desarrollar la propia voluntad de poder y de sometimiento del hombre por el hombre. Para que esta propuesta se materialice es necesario un nuevo modelo de socialidad construido estructuralmente en una relación entre el yo y el otro, como un espacio de reciprocidad no mediado y ordenado por «normas». Este descubrimiento de la sociabilidad estructural proyecta al individuo en su dimensión social posibilitando una redefinición del espacio común a través de la reciprocidad, en cuanto lugar y espacio del bien común ajeno y sustraído a los intereses particulares y abierto a la intersubjetividad de la formación del individuo libre y autónomo²³. Es el tiempo de la creación de un nuevo vínculo social, en el espacio para una comunidad de diferentes, tierra de nadie, sin apropiaciones, sin reglas, sin límites. Esta idea de comunidad a la que nos enfrentamos nos evoca una insoslayable: la de construir la comunidad como elección libre basada en la consciencia y no a través de un espacio opresivo y autoritario: «Sólo en la reciprocidad de las relaciones no dinerarias se produce el verdadero reconocimiento de la diferencia y de la particularidad»²⁴.

El diagnóstico de Barcellona nos presenta lo que podríamos llamar un encefalograma plano de la modernidad. Sin embargo, podemos preguntarnos si es posible recuperar algo de toda esta debacle. Entiendo que sí. No sólo es posible sino que es obligado. En el umbral de la modernidad el liberalismo descubrió una nueva dimensión de la individualidad de la que somos deudores, y a la luz de ella una configuración también nueva de la ética y de la política. Su virtualidad emancipadora no siempre salió vencedora de las pugnas históricas en las que se vio involucrado, pero la condición humana debe algo más que un simple y emotivo recuerdo a aquella fe cierta en la racionalidad y perfectibilidad humanas, en sus posibilidades de progreso indefinido, y a aquellos ideales de tolerancia, pluralismo y libertad que fueron el origen de una forma distinta de estructurar las relaciones humanas. Con frecuencia, sin embargo, todo ello quedó soslayado por un individualismo, a medias libertario y egoísta, a medias receloso y conservador, que vino a echar tierra encima de los grandes ideales de la modernidad. Hoy, para muchos, la modernidad está agotada y su legado filosófico y político no representa más que la cobertura cultural e ideológica de viejas e históricas formas de alienación. Si somos fieles a nuestra historia hemos

23. La modernidad es, para Barcellona, una fase más en la historia de la alienación humana. La reconstrucción del vínculo social a través de la reconstrucción del sujeto único en un espacio de reciprocidad y de relaciones intersubjetivas simétricas no mediadas por el dinero es la alternativa moral de Occidente. La libertad se convierte así en la determinación positiva de fines comunes a través de un vínculo social libre (Cfr. BARCELLONA, P., «Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social», esp. parte IV, pp. 105-137).

24. BARCELLONA, P., *op. cit.*, p. 125.

de rescatar cuanto de noble y de elevado hay en esa tradición de pensamiento y reconocer que si la corriente arrastró esos ideales a la deriva fue en buena parte porque dejamos que inexpertos timoneles de la historia pusieran rumbo al abismo en que hoy nos encontramos.

La opción nos parece clara. Es necesario recuperar el sentido de la libertad y, con ella, de la igualdad. Y esto sólo puede hacerse desde la solidaridad y la responsabilidad. Urge incorporar criterios de política positiva basados en estos dos principios. La vía de integración que devuelva al individuo su dimensión societaria ha de pasar por una comprensión solidaria de las relaciones sociales que nos permita superar el autointerés. Esta solidaridad, entendida como fortalecimiento de los vínculos societarios en el contexto de una comunidad pluralista, exige una recuperación del valor de la responsabilidad. El compromiso con la promoción de la responsabilidad personal, en su acepción integral como responsabilidad moral y política, debe implicar no sólo a individuos particularmente considerados desde una perspectiva ética sino también a los agentes sociales y políticos a través de los cuales se articula la participación en una sociedad democrática. Esto supone —evocando a Frosini— una dimensión positiva de la responsabilidad que reinserta al hombre en su entorno como sujeto y hacedor de la existencia común ²⁵.

El Estado social debe buscar nuevas vías que permitan fortalecer el vínculo comunitario, y para ello una concepción dinámica de los derechos como instrumentos de emancipación exige también una concepción abierta y plural de la sociedad, entendida no como simple agregado sino como un ente orgánico vivo y participativo que se realiza en el compromiso con la promoción de la individualidad. Esto, sin embargo, puede fomentar un fenómeno inverso: la abdicación de la ciudadanía no es algo aleatorio ni achacable únicamente al capitalismo, es también consecuencia de una enajenación progresiva de la responsabilidad individual por los mecanismos tentaculares del Estado social. Ante ello, cabe preguntarse si estos dos principios sobre cuya articulación pivota la construcción de ese nuevo horizonte político son efectivamente compatibles o armonizables en la realidad de un Estado social que asume funciones y responsabilidades individuales en un denodado y encomiable esfuerzo por satisfacer las legítimas pretensiones de los ciudadanos. Sospecho, personalmente, que esta enajenación progresiva de la responsabilidad individual carcome gravemente la

25. Para Vittorio Frosini la responsabilidad como valor moral a partir del cual construir la ética contemporánea como «ética de la responsabilidad» tiene un valor primordial no ya en su acepción negativa, referida a la culpa y a la pena en el momento de decaída de la tensión moral tras la elección del individuo, sino en su sentido esencialmente positivo, como responsabilidad de los propios deberes, tareas y objetivos como responsabilidad de la propia vida ética en la comunidad a la que se pertenece (*Cfr.* FROSINI, V., «L'etica della responsabilità» en «L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria», pp. 29 y ss.).

convivencia y contribuye decididamente a acentuar los males del individualismo contemporáneo: bienestar y libertad deben ser compatibles, tienen que ser compatibles. Es necesario buscar, explorar vías de reconciliación. La imaginación debe encontrar un camino para ello. Hemos de tener en cuenta que la libertad no es una posibilidad sino una condición, y que su virtualización exige ejercicio que, en cuanto tal, sólo se realiza desde la responsabilidad en la elección. Un Estado que reduce al mínimo esta necesidad social de elección individual podrá proporcionar elevadas cotas de bienestar que, paradójicamente, no redundarán en la salud del cuerpo social. La apuesta por la individualidad debe ser apuesta también por la comunidad, por la recuperación del espacio público y de los valores colectivos en cuya realización la autonomía humana adquiere plenitud de significado como valor moral y político. El cultivo de la individualidad y de los valores que le son propios requiere una rehabilitación efectiva de la razón práctica y de la forma de concebir la relación del hombre con su entorno²⁶. Ética y política no constituyen mundos separados sino que entre ambos se puede establecer una relación de continuidad que permita la existencia de plurales formas del bien. La ética será así una ética del encuentro, construida dialógicamente desde el ámbito público en una forma de pensar/se el hombre inserto en la sociedad. En definitiva, se trata de reconstruir, de repensar el proyecto ilustrado, de recuperar las formas más puras de la modernidad y no las categorías históricas que las aprisionan. No se trata de un proyecto agotado porque apenas ha tenido ocasión de echar raíces. Podemos, eso sí, sembrar otra nueva semilla, pero intuyo que esta puede dar fruto generoso y abundante pese a las muchas plagas que la han aquejado. Por eso, alentamos la esperanza de un rebrote definitivo. Entonces no será ya la historia quien de cuenta de los ideales, acomodándolos al lodazal de las realidades mundanas, sino que los ideales podrán alcanzar un vigor insospechado, transformando con la fuerza motriz de la libertad y de la dignidad humana el horizonte de alienación que nos turba y nos retrae.

Pienso que el rompecabezas puede rehacerse. Algunas piezas no sirven. Otras deben pasar a un segundo plano. Pero hay elementos que permiten acometer la tarea con garantías de éxito. El individualismo triunfante ha sesgado la modernidad, pero el rostro del individualismo postergado está aún por descubrir. El liberalismo como ideología ha tenido responsabilidad en todo cuanto ha acaecido. Y cierto es que difícilmente esta reconstrucción puede abordarse desde la teoría política liberal. Algunas de sus ambigüedades quizás puedan superarse pero otras son consustanciales. La concepción integral de la libertad rebasa

26. Este es el sentido del trabajo de Carlos Thiebaut, «Cabe Aristóteles» en el que aboga por una reflexión crítica del presente que nos permita repensar el proyecto ilustrado desde la inflexión comunitaria de una ética compartida con resonancias aristotélicas entendida como ética de la fragilidad (Cfr. THIEBAUT, C., «Cabe Aristóteles», esp. en lo referente a la reconstrucción de la modernidad, pp. 35-69).

con mucho los estrechos confines del liberalismo, pues exige la definitiva superación de la tensión que el liberalismo mantiene con la igualdad. Conseguirlo es el gran reto que tenemos ante nosotros ²⁷.

El marco teórico en el que esta integración ha de realizarse exige que ética y política no queden nuevamente escindidas. La recuperación del legado de la modernidad es la reconstrucción del hombre moderno desde una ética del compromiso, en el reencuentro con los valores que hacen de la existencia humana algo digno de ser vivido. La rehabilitación del pensamiento de la modernidad es la clave de nuestra identidad como hombres y es, también, la tabla a la que nos debemos asir para evitar el naufragio.

BIBLIOGRAFIA

- ASHCRAFT, R., «Revolutionary politics and Locke's Two Treatises of Government», Princeton University Press, Princeton, 1986.
- BADILLO O'FARRELL, P., «¿Qué libertad?. En torno al concepto de libertad en actual Filosofía política británica», Tecnos, Madrid, 1991.
- BARCELONA, P., «Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social», Trotta, Madrid, 1992.
- BÉJAR, H., «El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad», Alianza, Madrid, 1988.
- BERLIN, I., «Cuatro ensayos sobre la libertad», Alianza, Madrid, 1988.
- BOBBIO, N., «Studi lockiani» en «Da Hobbes a Marx». Saggi di storia della filosofia», 2 edic., Morano, Napoli, 1974, pp. 75-128.
- CAMPS, V., «Virtudes públicas», Espasa, Madrid, 1990.

27. La fractura teórica y práctica entre libertad e igualdad constituye sin duda alguna una de las grandes aporías del liberalismo. La reconstrucción del legado de la modernidad exige la definitiva superación de esta brecha teórica. Nos tememos que el liberalismo en cuanto ideología hipotecada históricamente por administradores interesados no pueda dar respuesta satisfactoria a esta necesidad acuciante de integrar libertad e igualdad en una concepción dinámica de la sociedad y de los derechos. Pero esta profunda traba que el liberalismo encierra no debe conducirnos a desechar los elementos sobre los cuales se construye su teoría y que comprende los valores esenciales y más intrínsecamente humanistas de la modernidad. Y ello exige una concepción sustantiva de la libertad como autonomía colectiva en la cual la igualdad material se integra como principio emancipador. En definitiva, se trata de establecer, como el Profesor Pérez Luño ha apuntado, una continuidad entre las dimensiones formal y material de la igualdad:

«La conexión necesaria de la igualdad de procedimiento con los presupuestos materiales sobre los que el procedimiento opera permite apuntar, como consecuencia de estas reflexiones, la continuidad entre las dimensiones formal y material de la igualdad. Ambos aspectos de este valor fundamental no pueden concebirse como compartimentos estancos, o como ideales contradictorios (tesis paralela a la que traza una fractura insalvable entre las libertades y los derechos sociales).» (PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», p. 274).

- CONSTANT, B., «Del espíritu de conquista», Tecnos, Madrid, 1988.
- CORLETT, J.A. (ed.), «Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozick», Macmillan, London, 1991.
- CROCE, B., e EINAUDI, L., «Liberismo e liberalismo», 2.^a edizione, Riccardo Ricciardi, Milano, 1988.
- DUNN, J., «The political thought of John Locke. An historical account of the argument of the "Two Treatises of Government"», Cambridge U.P., Cambridge, 1975.
- DWORKIN, G., «The theory and practice of autonomy», Cambridge U.P., Cambridge, 1988.
- EISENACH, E. J., «Self-reform as political reform in the writings of John Stuart Mill», *Utilitas. A journal of utilitarian studies*, vol. I, 2, 1989, pp. 242-258.
- FROSINI, V., «L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria», Spirali, Milano, 1986.
- GINER, S., «El destino de la libertad. Una reflexión frente al milenio», Espasa, Madrid, 1987.
- GRAY, J., and SMITH, G.W. (eds.), «J.S. Mill On Liberty in focus», Routledge, London, 1981.
- HOBBS, T., «De Corpore político: Or the elements of Law, moral and politic» en «English works», Vol. IV, pp. 77-228.
- JAUME, L., «Hobbes et L'Etat représentatif moderne», Presses Universitaires de France, Paris, 1986.
- LEFEBVRE, H., «Introducción a la modernidad», Tecnos, Madrid, 1971.
- LIPOVETSKY, G., «La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo», Anagrama, Barcelona, 1986.
- LUKES, S., «El individualismo», Península, Barcelona, 1973.
- MACPHERSON, C.B., «Property, mainstream and critical positions», edited with and introductory and concluding essay by C.B. MacPherson, University of Toronto Press, Toronto, 1978.
- MACPHERSON, C.B., «La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke», Fontanella, Barcelona, 1979.
- MACPHERSON, C.B., «La democracia liberal y su época», Alianza, Madrid, 1981.
- NAPOLI, A. (a cura di), «Hobbes oggi. Atti del Convegno Internazionale di Studi promosso da Arrigo Pacchi», Franco Angeli, Milano, 1990.
- NINO, C.S., «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *Sistema*, 101, 1991, pp. 63-85.
- PAUL, J. (ed.), «Reading Nozick. Essays on Anarchy, State and Utopia», Basil Blackwell, Oxford, 1981.
- PECES-BARBA, G., «Libertad, Poder, Socialismo», Civitas, Madrid, 1978.
- PELCZYNSKY, Z., and GRAY, J. (eds.), «Conceptions of liberty in political philosophy», Athlone Press, London, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, pp. 255-275.
- REIMAN, J.H., «The fallacy of libertarian capitalism», en *Ethics*, 92, 1981, pp. 85-95.
- ROGERS, G.A.J., and RYAN, A. (eds.), «Perspectives on Thomas Hobbes», Clarendon Press, Oxford, 1988.
- SEMMEL, B., «John Stuart Mill and the pursuit of virtue», Yale U.P., New Haven, 1984.
- SMITH, G.W., «J.S. Mill on freedom», en *Pelczynski, Z. and Gray, J. (eds.), «Conceptions of liberty in political philosophy»*, pp. 182-216.
- SMITH, G.W., «Freedom and virtue in politics: some aspects of character, circumstances and utility from Helvétius to J.S. Mill», *Utilitas. A journal of utilitarian studies*, vol. I, n.º, 1989, pp. 112-134.

- SMITH, G.W., «Social liberty and free agency: some ambiguities in Mill's conception of freedom», en *Gray, J., and Smith, G.W. (eds.)*, «J.S. Mill On Liberty in focus», pp. 239-259.
- TARCOV, N., «A non-lockean Locke and the character of liberalism», en Maclean, D. and Mills, C. (eds.), «Liberalism reconsidered», Rowman and Allanheld, Totowa (New Jersey), 1983, pp. 130-140.
- TAYLOR, C., «What's wrong with negative liberty?», *Philosophy and the human sciences*, Philosophical papers, vol. II, 1985, pp.211-229.
- THIEBAUT, C., «Cabe Aristóteles», Visor, Madrid, 1988.
- TOCQUEVILLE, A., «La Democracia en América», F.C.E., 2.^a edic., Méjico, 1963.
- WOLFF, R.P., «The poverty of liberalism», Beacon Press, Boston, 1968.
- YOUNG, R., «Personal autonomy. Beyond negative and positive liberty», Croom Helm, London, 1986.

Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

I. INTRODUCCION

El principio de no discriminación es una de las más claras manifestaciones de la igualdad. Pero, como voy a intentar mostrar a lo largo de este trabajo, desigualdad de trato no es sinónimo de conducta discriminatoria. El principio de no discriminación, aunque originariamente derivado del principio de igualdad formal, ha ido aproximándose progresivamente al plano sustantivo, alcanzado en la actualidad un status propio. De hecho en nuestras sociedades occidentales, al tiempo que se avanza en el reconocimiento de la igualdad formal parece que se retrocede en el campo de la discriminación. Para desarrollar estas ideas voy a seguir el siguiente esquema: a) en la primera parte de esta exposición me referiré, en general, a lo que debe entenderse por igualdad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico; b) en segundo lugar me centraré en el contenido del mandato de no discriminación recogido en el segundo inciso del artículo 14 de nuestra Constitución, señalando algunas diferencias y semejanzas con respecto al principio de igualdad; c) y finalmente esbozaré algunas ideas y reflexiones relativas al modo de poder enfocar la lucha contra la discriminación. Pero antes de comenzar quisiera hacer una advertencia: me enfrento, como es bien conocido, con uno de los temas más amplios y complejos de la Filosofía del Derecho, cuyo tratamiento, además, no se agota en este saber jurídico, sino que continuamente remite a campos diversos como el Derecho constitucio-

nal y, de modo muy intenso, el internacional. Dejando de lado por su extensión esta última dimensión del problema, en esta exposición me centraré en el planteamiento del tema en el ámbito español. Por otra parte, y aunque, como destaca Pérez Luño, nos situamos ante un «Grundwert», un valor-guía no sólo de la ética jurídica, sino también política y social ¹, dedicaré mi atención de modo preferente a la vertiente jurídica del problema, ² partiendo fundamentalmente del enunciado contenido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Aún así, dados los límites de este trabajo, mis reflexiones serán necesariamente incompletas y esquemáticas.

II. APROXIMACION AL CONCEPTO DE IGUALDAD

Cualquier intento de aproximación al concepto de igualdad sitúa a quien lo afronta en una compleja posición. Por un lado, parece evidente que este principio es un valor fundamental de las sociedades civilizadas, una aspiración básica que se encuentra en la raíz del concepto de Estado de Derecho. Sabemos que su juego no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, ya que, como he apuntado anteriormente, la exigencia de igualdad se proyecta sobre muy diversas esferas del sistema social. Por otro lado, a pesar de la evidencia de la importancia de este principio, ello no va unido a la existencia de criterios claros y unánimes que nos permitan precisar con rigor su contenido ³. Las dificultades provienen de muy diversos frentes. En primer lugar, advertimos que se trata de un concepto no absoluto, sino relativo. En efecto, podemos comprobar fácilmente que el contenido que se ha atribuido a la

1. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, p. 257; asimismo vid. COTTA, S., «Ne Giudeo, né Greco, ovvero della possibilita dell'uguaglianza», *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, p. 331 y ss.; PERELMAN, CH., «Egalité et valeur» en *L'Egalité*, Vol. I, études publiées par H. Buch, P. Foriers et Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 319 y ss.; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M.E.; «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 59 y ss. Quisiera agradecer a esta autora el haberme facilitado amablemente un ejemplar del texto original que con el título de *El Principio de Igualdad como exigencia de la Justicia* presentó en su día como ejercicio de habilitación para el acceso a Profesor Titular de Filosofía del Derecho, el cual me ha sido muy útil en la realización de este trabajo.

2. Por otro lado, no debemos dejar de señalar que, como señala LAPORTA, no existe una igualdad «característicamente jurídica», («El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, julio 1985, 67, p. 5).

3. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 3. En el mismo sentido con respecto al principio de igualdad constitucional PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución Española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 133.

igualdad ha variado sustancialmente a lo largo del transcurso del tiempo de tal modo que, en palabras de Laporta, ha ido tomando cuerpo de un modo progresivo⁴. Por ello, el tratamiento de la igualdad sólo puede enfocarse correctamente partiendo de una perspectiva histórica. Asimismo, posee un evidente carácter relacional, de tal modo que sólo puede expresarse en términos ostensivos. A diferencia de, por ejemplo, la libertad, que puede ser definida de modo independiente, para referirnos a la igualdad o a la desigualdad es necesario un elemento de comparación, su puesta en práctica demanda, necesariamente, más de un sujeto pasivo⁵.

Estas dificultades, entre otras, determinan que nos situemos ante un concepto que posee una gran diversidad significativa, que resulta ambiguo y vago⁶. Se trata de un valor que todos parecen admitir, pero en torno al cual históricamente han surgido y no dejan de surgir múltiples desavenencias teóricas y prácticas. De hecho, tras él subyacen ideales muy dispares, aspiraciones y concepciones del mundo incluso, en ocasiones, contradictorias⁷. Por ello, en esta aproximación no voy a pretender aportar una definición de este principio, sino tan sólo, a modo de esbozo, intentar reflejar su gran riqueza conceptual. Para ello comenzaré por referirme a su plasmación en los que podemos entender como primeros textos en la historia de los derechos humanos.

II.1. El principio de igualdad en las primeras Declaraciones de derechos

La reivindicación del principio de igualdad, aunque ya anticipado en el pensamiento griego a través de la «isonomía» (igualdad ante la

4. LAPORTA, F.J., *op. cit.*, p. 14. En el sentido de la importancia de la historia para el estudio de los derechos y para la propia existencia de los mismos ha insistido de modo especial PECES-BARBAMARTÍNEZ, G., en *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, p. 244.

5. Nuestro Tribunal Constitucional en este sentido se ha referido a que no es posible entender el derecho a la igualdad de una forma autónoma «pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general» (entre otras, STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE de 18 de agosto de 1983, FJ 1).

6. *Vid.* sobre este punto, entre otros, GUIZÁN, E., «Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 10; PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, pp. 258-59; ROBBINS, *Libertad e igualdad*, ed. cast. de P. Schwartz, Unión Editorial, Madrid, 1980, p. 5; CURZIO, C., «Eguaglianza» en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1965, vol. XIV, p. 510.

7. *Vid.* PÉREZ LUÑO, «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, pp. 259.

ley), en la «isotimia» (igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos), en la «isegoría» (igualdad de todos los ciudadanos en el uso de la palabra en el ágora), y asimismo en la «aequalitas» romana (con un significado de igualdad frente al Derecho) ⁸, se conecta radicalmente con la ideología de las primeras Revoluciones Liberales. En efecto, ya la Declaración de derechos de Virginia de 1776 sostenía, en conexión con la postura de Locke ⁹, que «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes». Por su parte, la Declaración Norteamericana, ratificada en ese mismo año, construye todo su sistema de derechos a partir de un axioma fundamental y una verdad que califica de «evidente en sí misma»: que todos los hombres han sido creados iguales. Asimismo, para la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (artículo 1) ¹⁰.

Esta apelación a la igualdad esencial de todos los hombres, sobre todo en el texto de la Declaración Norteamericana, requiere algunas matizaciones para poder ser bien entendida. De hecho, tales aseveraciones eran compatibles lógicamente con el mantenimiento de la institución de la esclavitud ¹¹ y, por ello, con situaciones altamente discriminatorias. En realidad se trata de disposiciones que, más que intentar reflejar un dato de la realidad, realizar una función descriptiva, poseen una dimensión final: fundamentalmente pretenden romper con la desigualdad y los privilegios propios de las sociedades fuertemente estamentales de la época. Se trata, tan sólo, de defender el proyecto revolucionario que, sobre todo en Francia, propugnaba acabar con el absolutismo real y defender los ideales propios del Estado liberal. La gran beneficiada de estas exigencias de igualdad meramente formal será la burguesía ¹². También en el mismo sentido deben ser interpretadas las disposiciones que, en relación con este punto, contenía la Constitución de Cádiz de 1812, con sus referencias a «sin distinción

8. Vid. CURZIO, C., «Eguaglianza», *op. cit.*, p. 515; «Presentación», en *Isegoría*, n.º 1, mayo 1990, p. 10.

9. Vid. LOCKE, P., «Second on Civil Government», edit. Laslett, P., *Two Treatises of Government*, second edition, Cambridge University Press, 1970, p. 289.

10. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; HIERRO, L.; IÑÍGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A., *El Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987.

11. Vid. APARISI, A., «Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.

12. Vid. VIDAL, E., GARCÍA, C., «Creación judicial del Derecho», *Comunicación en el III Congreso de sociología*, San Sebastián, 29, IX, 1989.

alguna» y a «sin excepción ni privilegio alguno respecto a personas o grupos». Como destaca Rodríguez Piñero «se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos»¹³. Estas aseveraciones tendrán su traducción en la consagración de la eficacia «erga omnes» de la ley y la sujeción de todos los ciudadanos a una misma potestad jurisdiccional. El Derecho se convierte así en un instrumento de transformación de la sociedad —aunque de alcance limitado en algunos supuestos como el de Norteamérica—, e incluso del mismo Derecho, ya que viene a establecer nuevas pautas de funcionamiento del mismo. La generalidad será un requisito lógico del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, para Raz sería una de «las virtudes que un sistema legal puede poseer y por el cual ha de ser juzgado»¹⁴, mientras que, desde otro punto de vista, Fuller la considerará como un requisito de la moralidad interna del Derecho, conectándolo con la necesidad de eficacia del ordenamiento¹⁵.

En definitiva, la igualdad que proclaman estas Declaraciones debe interpretarse, en un primer momento, como un mandato dirigido al legislador, órgano de quien la historia ha hecho desconfiar¹⁶. Así debe entenderse, por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Francesa de 22 de agosto de 1795 al sostener que «La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto si protege como si castiga. La igualdad no admite distinción alguna de nacimiento, ni herencia alguna de poder».

Estas demandas, por otro lado, se hallarán intrínsecamente conectadas con el principio de soberanía popular, ya que la ley pasará a concebirse como el resultado de una voluntad general a la que se ha concurrido en posición de igualdad. En este sentido el artículo 6 del texto de 1789 es claro: «La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación de aquélla»¹⁷. Pero, como sabemos, de nuevo surge la contradicción al consagrar estas Revoluciones formas de sufragio censitario.

La igualdad a la que apelan estas Declaraciones aparece también estrechamente unida al valor libertad. Como destaca Pérez Luño,

13. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. Vid. asimismo CLAVIJO, B., «Derecho y privilegio», en *Materiales*, 1977, núm. 4, pp. 19 y ss.

14. RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 210-216.

15. FULLER, L., *The morality of law*, Yale University Press, 1964, pp. 97, 98, 157-159.

16. Vid. MARTÍNEZ GRACIA, J.I., «El Principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990, p. 196.

17. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; HIERRO, L.; IÑÍGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A., *El Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 114.

«la reivindicación de la igualdad como principio o valor de la convivencia política solía ir asociada con la reivindicación de la libertad», valor que «durante el medievo y el Renacimiento tomó cuerpo en las teorías sobre el derecho de resistencia y la soberanía nacional, con las exigencias operativas del estado moderno»¹⁸. En este sentido se señalará que «la igualdad se interpreta, pues, a partir de la libertad o bajo su conexión»¹⁹. Sin embargo, como sabemos, las relaciones entre estos dos valores no siempre se han entendido de un modo pacífico y el debate aún está abierto en la actualidad²⁰.

Si, como he destacado, en un principio la exigencia de igualdad se concreta en un mandato dirigido al legislador con una clara intención revolucionaria, pronto el ámbito de vigencia de este principio se extenderá a los poderes que aplican el Derecho. Ya no se trata sólo de que la ley sea general e impersonal, sino de que su aplicación por el órgano correspondiente, Administración o poder judicial, no acoja excepciones ni consideraciones personales²¹. También en este caso razones históricas aconsejaban desconfiar de tales órganos. La ley se concibe así como un todo completo, carente de lagunas que admitan cualquier margen de discrecionalidad al juzgador. Pero, como destacan Rodríguez Piñero y Fernández López, debemos advertir que en muchos casos tal demanda de igualdad en la aplicación del Derecho llega a confundirse con la exigencia de legalidad²². En efecto, si se entiende que la ley no concede al juzgador margen alguno de actuación, la aplicación diferente de la ley en supuestos iguales está infringiendo no el principio de igualdad, sino el de legalidad. También, siguiendo a Laporta, se puede admitir que la distinta aplicación de una norma en realidad lo que está produciendo es una antinomia, al situarnos ante dos enunciados prescriptivos contradictorios²³. Para Kelsen, en estos supuestos nos hallamos, no ante exigencias de la justicia o de la igualdad, sino de la lógica²⁴. La lesión de la igualdad sólo tendrá lugar cuando el ámbito de actuación de los aplicadores del Derecho sea lo bastante amplio como para poder, sin infracción de la norma, elegir entre varias interpretaciones posibles de ésta.

18. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, p. 261.

19. VECA, S., *Questioni di Giustizia. IV Razione e Rivoluzione*, Turín, Einaudi, 1991, p. 197.

20. *Vid.*, entre otros, CAMPS, V., «La Igualdad y la Libertad», en *El Concepto de Igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

21. *Vid.* HELLER, *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, p. 233 y ss., *cit.* en RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 21.

22. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 21.

23. *Vid.* LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 8.

24. *Vid.* WESTEN, P., «The empty idea of Equality» en *Harvard Law Review*, vol. 95, January, 1982, núm. 3, p. 551.

Volviendo a la exigencia de generalidad, debemos advertir que la igualdad ante la ley no queda asegurada con el cumplimiento de este requisito. Una norma puede ser general y, sin embargo, contener un alto grado de discriminación. De hecho, en numerosas ocasiones las discriminaciones se encuentran institucionalizadas mediante normas de carácter general. En realidad, la igualdad no reside tanto en el número de sujetos a los que se aplica la norma, sino en el «conjunto de condiciones que, en relación con los individuos, la norma estatuye para adjudicar las consecuencias»²⁵. Sea cual sea el número de sujetos a los que se aplica la norma, si el criterio de selección está admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria. Por ello, la exigencia de igualdad debe también respetarse en el mismo contenido de la ley. Esta dimensión de la igualdad posee tradición en el sistema norteamericano. La «Equal Protection Clause» permitió una revisión judicial de las clasificaciones creadas por la ley. En el ámbito europeo ha quedado consagrada en el sistema alemán, mientras que el artículo 3.1 de la Constitución italiana ha sido progresivamente interpretado en este sentido²⁶.

II.2. De la Igualdad formal a la igualdad material

Como se ha podido comprobar, los textos de las Declaraciones liberales concretaban la exigencia de igualdad en la necesidad de que las leyes poseyeran un carácter general y abstracto, y en que se aplicaran por los órganos judiciales sin acepciones personales, de acuerdo con criterios objetivos. Sin embargo, progresivamente fue creciendo la conciencia de que, estas demandas, por poseer una dimensión meramente formal, no podían agotar el alcance del principio de igualdad²⁷. La igualdad formal, como destaca Peces-Barba, quedaría identificada con el valor seguridad jurídica²⁸, sin alcanzar lo que podemos denominar igualdad real. Sólo una conjunción de ambas vertientes, fundadas en la premisa común de la igualdad dignidad de los seres humanos, alcanzaría el valor superior de la igualdad²⁹. Este desarrollo de la

25. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, pp. 10-12; sobre la distinción entre generalidad y universalidad *vid.*, en esta misma obra, pp. 6-7.

26. *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

27. *Vid.*, entre otros, GARCÍA AMADO, J.A., «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 118.

28. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, *op. cit.*, p. 245.

29. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 75.

noción de igualdad operará en una doble dirección; por una parte, se extenderá el derecho al voto universalmente, y por otra, se posibilitará una mejor adecuación en la distribución de bienes, y situaciones económicas y sociales³⁰. Ello supondrá, lógicamente, un superior margen de emancipación o independencia de los ciudadanos. Se pasa, en definitiva, de la democracia formal a la democracia material.

Como sabemos, esta exigencia de igualdad, entendida como material o real, se halla estrechamente conectada con el advenimiento del Estado Social de Derecho. El Estado dejará de ser mero espectador para asumir la realización de aquellos objetivos sociales que persigan una igualdad real. Quiero destacar, sin embargo, aunque se trata de un tema que excede con mucho el marco de esta exposición, que en mi opinión las democracias actuales, si bien han cumplido con relativa satisfacción sus promesas de libertad e igualdad formal, no han alcanzado el mismo éxito en lo que respecta a la igualdad material³². La realidad nos muestra las gravísimas diferencias existentes no sólo entre países ricos del norte y pobres del sur, sino también en el seno de las sociedades más desarrolladas económicamente, de lo que un sangrante ejemplo es EE.UU.

II.3. La igualdad en la Constitución española

Al intentar concretar la noción de igualdad en el ordenamiento jurídico español, creo de especial interés centrar la atención en nuestra Carta Magna. Y sobre este punto Pérez Luño³² es especialmente claro al sostener que en la Constitución Española la igualdad es entendida como valor, como principio³³ y también como derecho fundamental³⁴:

30. Vid. ARA PINILLA, I., «Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática» en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1989.

31. Vid. SQUELLA, A., «Libertad e Igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Epoca, Tomo VI, Madrid, 1989, p. 255. Asimismo MONTROYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, Prodhufi, S.A., Madrid, 1994, p. 18.

32. PÉREZ LUÑO, A.E.; «Sobre la igualdad en la Constitución Española», en *op. cit.*, p. 141 y ss., PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2 edición, 1986, pp. 288-289.

33. Como repetidas veces se ha puesto de manifiesto, la distinción entre valor y principio es un tema polémico. Sobre esta cuestión, *vid.* entre otros, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986 (2), pp. 292-292; PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución Española», *op. cit.*, pp. 142-143; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *op. cit.*, p. 60 y la bibliografía que allí se cita.

34. Es interesante hacer notar sobre este punto la postura de Luhmann que, lejos de considerar a la igualdad como principio y derecho fundamental, la entiende como estructura del derecho (*vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., «El Principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», *op. cit.*, p. 195).

a) Como sabemos, el reconocimiento de la igualdad entendida como valor aparece plasmado en el artículo 1.1 de la Constitución. De todos es conocida la innovación que supuso la recepción, en normas positivas, de valores superiores³⁵. Siguiendo a Llamas Cascón, la referencia a valores en la Constitución Española implica la autoexigencia de un Estado que se propone como fines elementos jurídico-morales desde su propio ordenamiento jurídico³⁶. Ello, con respecto a la igualdad, se traduce en la atribución a ésta de una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica.

1. Fundamentadora, ya que sirve de apoyo al conjunto de disposiciones que integran la globalidad del ordenamiento, tengan o no carácter constitucional, impregnando así la totalidad de nuestro sistema jurídico³⁷. Ello supone que la igualdad debe entenderse como el «contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico»³⁸.

2. La igualdad posee también una dimensión orientadora, entendida ésta en un sentido dinámico, porque su ubicación en el artículo 1.1 sitúa a este valor como uno de los fines o aspiraciones básicas que todo nuestro sistema jurídico-político pretende realizar.

3. Por último, la igualdad posee una dimensión crítica, actuando como parámetro de valoración para enjuiciar hechos y conductas, como «criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad»³⁹.

La igualdad, comprendida como valor superior, no debe entenderse de un modo autónomo, ya que, como señala Peces-Barba, se halla conectada directamente con otros valores como la solidaridad, la libertad y la seguridad. Para este autor «la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, de crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo»⁴⁰.

35. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del Ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; MARTÍNEZ DE VALLEJO, B., «Los Valores Jurídicos», en AAVV, *Curso de Introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 162 y ss.

36. LLAMAS CASCÓN, A., *Los Valores Jurídicos como Ordenamiento material*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 215. Sobre posibles antecedentes de este artículo 1.1 en la historia jurídica española y en el Derecho comparado *vid.* pp. 216 y ss. de esta obra. Asimismo, sobre su tramitación parlamentaria *vid.* pp. 222 y ss.

37. Vid. MICLO, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois» *AJDA*, 1982, p. 116.

38. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, pp. 141-142.

39. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, pp. 141-142.

40. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y Otros, *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, *op. cit.*, p. 242.

b) En segundo lugar, y como ya he señalado, la igualdad es asimismo un principio. Por principio, según Laporta, debe entenderse «un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta». Los principios operarían como «razones justificatorias de las normas particulares y concretas que son especificaciones suyas»⁴¹.

Al entender la igualdad como principio, el constituyente español está refiriéndose a sus dos manifestaciones fundamentales ya referidas: la formal y la material. La primera estaría acogida especialmente en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, mientras que a la segunda se refiere el artículo 9.2 al atribuir a los poderes públicos la función de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y 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».

Con respecto a la igualdad entendida en su dimensión formal, el Tribunal Constitucional español ha distinguido los aspectos antes reseñados de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Ha enlazado así con toda la tradición constitucional europea y norteamericana⁴² al tutelar, no sólo el «acto justo» —igual tratamiento a todos los que se hallan sometidos a una misma disposición jurídica—, sino también la «regla justa» —ausencia de distinciones injustificadas en el contenido legal—. En este sentido, p. ej., la Sentencia 49/1982, de 14 de julio⁴³ establece que:

«La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en

41. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 5. La distinción entre norma y principio es problemática. Como hemos podido comprobar, Laporta representaría una postura que limaría diferencias entre norma y principio. Sin embargo existen otros enfoques, como p. ej. el de DWORKIN, que insistirían en los elementos diferenciales. *Vid.* DWORKIN, R., «¿Es el Derecho un sistema de normas?», en Dworkin, R., (edit.) *La Filosofía del Derecho*, trad., J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 85-86. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavo, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 73 y ss. Asimismo *vid.*, sobre este punto, entre otros, ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961; SINGER, M.G., «Moral rules and Principles», en *Essays in Moral Philosophy*, Ed. A.I. Melden, University of Washington Press, 1958, pp. 160 y ss.

42. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

43. BOE de 4 de agosto de 1982.

la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable».

La igualdad en la aplicación de la ley queda, según esta doctrina, conectada con el principio del respeto al precedente emanado del propio órgano judicial, y la sujeción a la jurisprudencia sentada por los órganos superiores.

Sin embargo este criterio ha sufrido algunas modificaciones, evolucionando hacia una justificación tácita⁴⁴. En efecto, el Tribunal Constitucional posteriormente ha limitado el valor vinculante del precedente, señalando que su examen no debe indagar las razones del cambio de orientación, sino tan sólo reducirse a analizar la congruencia del cambio, de tal modo que la diferencia de trato no sea un caso aislado y personal, sino que responda a un cambio general e impersonal de criterio⁴⁵.

Por su parte, siguiendo a Pérez Luño⁴⁶, la demanda de igualdad ante la ley incluiría, a su vez, varias manifestaciones:

1. La exigencia de generalidad. Como ya he señalado anteriormente, esta dimensión de la igualdad fue una conquista de las Revoluciones liberales del siglo XVIII. Implica la superación de los privilegios de los que disfrutaban un sector de la población. Las normas jurídicas estarán ahora dirigidas a un abstracto «homo iuridicus» o a aquel sector de ciudadanos que se encuentran en una determinada posición jurídica (comprador, menor de edad, etc...) ⁴⁷.

2. La exigencia de equiparación. Partiendo del dato fáctico de que los seres humanos son muy diferentes entre sí⁴⁸, esta dimensión de la

44. STC 63/84, de 21 de mayo. Asimismo STC 39/84.

45. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., p. 26. Vid. asimismo, CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1983, Madrid.

46. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 262 y ss.

47. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, op. cit., 1991, p. 243.

48. Como destaca PRIETO, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad —ya que parte de la diversidad, o sea, de sujetos distintos—, como la semejanza —dado que hace abstracción de las diferencias, PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *Conferencia pronunciada en las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

igualdad formal implica la no toma en consideración en el ámbito jurídico de aquellas circunstancias productoras de diferencias no consideradas como relevantes. Ello, sin embargo, nos sitúa ante una grave cuestión de fondo: la consistente en señalar la frontera entre la relevancia e irrelevancia de los rasgos en atención al resultado normativo⁴⁹. Como señala Boccio, el verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales y diferentes son equiparables; cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios⁵⁰. El problema de fondo de la igualdad consistiría por ello en «la fundamentación, en cada caso, de las diferencias normativas»⁵¹.

3. La exigencia de diferenciación. Podríamos decir que la igualdad ante la ley entendida como exigencia de diferenciación sería una dimensión que complementaría a la anterior. Implica tener en cuenta determinadas diferencias de hecho entre las personas para, al considerarlas relevantes, otorgar un tratamiento jurídico distinto a éstas. Ello evita que el principio de igualdad ante la ley se traduzca, en algunos casos, en igualitarismo ya que, en realidad «los supuestos de hecho que se producen en la vida no permiten medirlo todo por el mismo rasero»⁵². Al igual que en el caso anterior, no siempre es fácil determinar qué diferencias entre los seres humanos deben ser la causa de un trato jurídico diferenciado. Un ejemplo de aplicación de igualdad ante la ley conforme a este principio sería el artículo 31.1 de la Constitución, el cual establece el criterio de adecuación progresiva del sistema tributario a la capacidad económica de los contribuyentes.

49. Vid. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 15 y ss.; *vid.*, asimismo, PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, pp. 2-3. El TC, en su Sentencia 114/92 ha señalado que «la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales» y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho «cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional...». En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del TC 68/1990.

50. BOCCIO, *La formulation juridique de l'égalité dans la CEE: La suppression de la discrimination. Des entraves aux échanges et des distorsions de la concurrence*, Tesis Doctoral, *cit.*, en RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 47-48. Vid. asimismo FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI, Madrid, 1994, pp. 142.

51. JIMÉNEZ CAMPOS, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 75.

52. STEIN, E., *Derecho político*, trad. F. Sáinz, Aguilar, Madrid, 1973, p. 221.

4. La igualdad ante la ley se manifiesta también en la necesidad de que exista identidad de procedimiento para todos los ciudadanos. Es una igualdad meramente formal porque no afecta a las decisiones que se puedan tomar a través de él, sino que tan sólo es un instrumento que garantiza una imparcialidad en el punto de partida ⁵³.

c) Y por último, entiendo que la igualdad es, asimismo, un derecho fundamental ⁵⁴. Sobre este punto ha existido una amplia controversia mantenida entre aquéllos que entendieron que la exigencia de igualdad plasmada en la Constitución española poseía tan sólo el carácter de «principio» ⁵⁵, de tal modo que imponía vínculos al legislador y al resto de poderes públicos, y los que se manifestaron a favor de su dimensión de derecho fundamental ⁵⁶. El Tribunal Constitucional español sostuvo originariamente la primera postura al referirse de forma expresa «al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución», que posee carácter informador del ordenamiento jurídico ⁵⁷. Sin embargo, posteriormente se produjo una evolución en el seno del TC, de tal modo que la exigencia de igualdad contenida en el artículo 14 se ha llegado a considerar como un derecho de los ciudadanos. Así, es significativa la sentencia 49/1982 de 14 de julio, la cual sostenía que:

53. Un paso adelante en el estudio del significado de la igualdad como procedimiento ha sido dado por Rawls en el marco de su estudio sobre la Teoría de la Justicia. (*Teoría de la Justicia*, trad. castellana M.D. González, Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, 1979, pp. 108 y ss.).

54. Sigo en este punto de un modo especial a PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, p. 145 y ss., En sentido distinto se manifiesta LUHMANN, para quien la igualdad no es un derecho fundamental, «no es una pretensión de los individuos frente al Estado» sino «un elemento estructural de todo el derecho». Igualdad significa «previa determinación del modo en que el derecho cambia y el logro de una normativa abstracta que no supone una indiscriminada equiparación, sino una previsión de toda diferencia...» (LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2 edic., Duncker und Humblot, Berlín, 1974, pp. 150, 163-167, *cit.*, en MARTÍNEZ GARCÍA, «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 43, 71, 79, 80 y ss.).

55. *Vid.*, p. ej., BASILE, S., «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas» en PREDIERI, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (edit.) *La Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 277; GÁLVEZ, J., «Artículo 14» en GARRIDO FALLA, F., *Comentario a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980, pp. 182-183.

56. *Vid.*, CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 8.

57. STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 y 16, BOE de 24 de febrero de 1981; STC 10/1981, de 6 de abril, FJ 6, en BJC 3, p. 189; STC 27/1981 de 20 de julio, FJ 4, en BJC 6, p. 411.

«El artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual»⁵⁸.

Siguiendo a Pérez Luño⁵⁹, la condición de derecho fundamental reconocida a la igualdad formal contenida en el artículo 14 de la CE estaría apoyada en: a) su inclusión en el Capítulo II («Derechos y libertades») del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución; y b) en la garantía reforzada del artículo 53.2 de la CE establecida para «la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

III. IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

Llegados a este punto tenemos que preguntarnos ¿cuál es el significado que debemos atribuir al principio de no discriminación? ¿en qué consiste el mandato que contiene nuestra Constitución en el segundo inciso de su artículo 14 en el que se sostiene que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social? ¿se trata de una mera especificación de la igualdad o tiene un contenido propio? Pienso que, para afrontar esta cuestión, debemos partir de recordar que el artículo 14 contempla la vertiente formal de la igualdad, frente a la material que se reflejaría en el artículo 9.2. Por ello, atendiendo al dato de su ubicación, parece que el principio de no discriminación tendría que ser considerado, *prima facie*, como una manifestación de la exigencia de la igualdad de trato. A ello contribuiría también la propia estructura del precepto. En efecto, el artículo 14 recoge en un mismo apartado la exigencia de igualdad y la de no discriminación por causas específicas, siguiendo así, en parte, el modelo italiano, y separándose de otras experiencias en derecho comparado que contemplan de forma diferenciada ambos mandatos.

58. STC 49/1982 de 14 de julio, FJ 2, en BJC 16/17, p. 661. En el mismo sentido la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, BOE 18 de agosto de 1983, en la que se señala que: «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos...».

59. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, p. 150.

En el ámbito italiano, la prohibición recogida en el artículo 3.1 de la Constitución de no distinción en atención a determinados elementos de diferenciación como el sexo, la raza, la lengua, la religión, etc..., no se ha interpretado como un mandato diferente a la exigencia de igualdad. La jurisprudencia constitucional italiana ha admitido distinciones en base a estos criterios, pero siempre que sean razonablemente justificadas. Por ello, el mandato de no diferenciación en atención a causas específicas queda asimilado a la exigencia de igualdad. Lo que se pretende, meramente, es que la distinción no sea irrazonable o injustificada ⁶⁰.

El Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que ha ocurrido con el principio general de igualdad de trato —que en líneas generales ha sido interpretado de un modo bastante regular— ha optado, con respecto al mandato de no discriminación, por soluciones interpretativas muy dispares. Como destacan Pérez del Río y otros, en relación con la prohibición de discriminación los vaivenes jurisprudenciales han sido muy espectaculares, conviviendo en un determinado momento distintas referencias teóricas según cual fuera la causa de discriminación alegada ⁶¹. El punto de partida tiene mucha semejanza con la postura del Tribunal Constitucional italiano, ya que nuestro máximo intérprete de la Constitución entendió que era discriminatoria aquella diferencia de trato no razonable o suficientemente justificada. El mandato de no discriminación se consideraba así, tan sólo, una manifestación del principio de igualdad. Desde este punto de vista, si la exigencia de igualdad implica un juicio previo de razonabilidad para justificar las diferencias, el listado del artículo 14 facilitaba este proceso al establecer como criterio constitucional la no razonabilidad, en principio, de las diferencias de trato que tuvieran su causa en las especificaciones previstas. Así, por ejemplo, la Sentencia TC de 10 de noviembre de 1981 sostenía que lo que prohíbe el principio de no discriminación es que la desigualdad de tratamiento legal no sea injustificada por no ser razonable, de tal modo que «la propia esencia del principio de igualdad» rechaza toda desigualdad que sea irrazonable y por ello discriminatoria ⁶². El mandato de no discriminación, según el TC, «lo que prohíbe es un tratamiento diferente de situaciones iguales» ⁶³.

60. BARBERO, A., *Manuale di Diritto Pubblico*. Il Mulino, 1984, p. 308.

61. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993, p. 69.

62. BOE de 19 de noviembre de 1981. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; *Igualdad y Discriminación*, op. cit., p. 67. Quiero destacar que, en lo que sigue, voy a tener muy en cuenta esta obra por lo, desde mi punto de vista, acertado de su enfoque.

63. STC 26/1984, de 24 de febrero (BOE de 9 de marzo), FJ 3; en el mismo sentido STC 99/83, de 16 de noviembre, FJ 1; 1/84, de 16 de enero, FJ 2; 177/88, de 10 de octubre, FJ 5; 209/88, de 10 de noviembre, FJ 4 y 6.

Este enfoque, por otro lado, ha surgido con bastante frecuencia en la doctrina española. Así, por ejemplo, Laporta sostiene que «igualdad es, de modo inmediato, no discriminación, y no discriminación es simplemente la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa. No debe haber diferencias normativas que tomen como base rasgos irrelevantes»⁶⁴. En el mismo sentido se ha manifestado recientemente Fuenmayor para quien «el principio de igualdad se traduce por el de no discriminación»⁶⁵.

Parece que a esta interpretación habría contribuido la frase final del artículo 14 que remite a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Al ampliar el marco de las causas de no discriminación, cabría aquí incluir cualquier supuesto de desigualdad de trato injustificada, por lo que, por un lado se extiende extraordinariamente el ámbito de aplicación de la prohibición de no discriminación, pero a la vez, se suprime lo que sería su contenido autónomo, su original sentido «emancipatorio» o «antisegregacionista», al equiparar los supuestos específicos a cualesquiera otros⁶⁶. Asimismo, conviene recordar que ésta es la interpretación que fundamentalmente, aunque con matices, ha seguido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, hay que resaltar que este artículo no concibe la exigencia de no discriminación como un principio de carácter autónomo, por cuanto que expresamente se refiere a aquélla que se produce tan sólo en el ejercicio de derechos y libertades contenidos en la Convención⁶⁷.

Este enfoque, sin embargo, en ocasiones ha cedido ante una interpretación más rigurosa del mandato de no discriminación frente a la exigencia de igualdad. En estos casos, igualdad y discriminación, aunque muy conectados, no son conceptos idénticos. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TC 81/82, de 21 de diciembre, se establece que en aquellos casos en los que el factor diferencial fuera uno de los típicos del artículo 14 la carga de la demostración del carácter justificado de

64. LAPORTA, FJ., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 14. Asimismo *vid.* ALARCÓN CABRERA, «Reflexiones sobre la igualdad material», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 31, para quien el principio de no discriminación se identifica con la igualdad como punto de partida, como no diferenciación de ningún individuo en el desarrollo de sus actividades en cualquier faceta de la organización social.

65. FUENMAYOR, A. DE, «Alcance constitucional de la Igualdad», en *Humana Iura*, 2, 1992, p. 253.

66. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, p. 69.

67. Sobre la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales *vid.* SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Administración Local, 1985, pp. 87-106; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, pp. 113-114; ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Vol. I, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1990 (2), pp. 75-101.

trato diferente se torna más rigurosa que en todos aquellos supuestos que quedan genéricamente dentro del principio de igualdad. Se entiende así que en la prohibición de discriminación existe un veto constitucional específico, que sólo puede ser salvado con un examen más riguroso de la razonabilidad de la diferenciación⁶⁸, examen que podrá superarse si el fundamento de la diferenciación se encuentra en valores constitucionales, por lo menos, tan estrechamente protegidos como lo está el afectado. Se establecen así las bases de un escrutinio estricto, frente a la relajación que preside en el juego del principio general de igualdad⁶⁹. Sin embargo, como se puede comprobar, esta mayor rigidez en el juicio de razonabilidad no deja de enmarcarse en una interpretación meramente estática del mandato de no discriminación. Lo único que variaría sería la intensidad del control en cada uno de los supuestos. El Tribunal Constitucional dispensa así una tutela meramente negativa que se limitaría a hacer desaparecer el acto y sus efectos, sin captar las verdaderas dimensiones del fenómeno de la discriminación.

Frente a ello, podríamos interpretar como quiebra de esta línea la STC 128/87 de 16 de julio, la cual, según Pérez del Río y otros, constituiría «el máximo exponente de un importante cambio conceptual»⁷⁰. Según esta sentencia, el artículo 14 CE «representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE». Frente a estas situaciones el Ordenamiento Jurídico habría reaccionado, según la citada sentencia, de dos formas: a) a través de medidas adoptadas desde una perspectiva que reflejaría los mismos valores sociales que habrían producido y mantenido la situación de discriminación, las cuales serían ilícitas; y b) medidas «protectoras de aquellas categorías de trabajadores que están sometidos a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él», buscando hacer efectivos valores constitucionales superiores como la justicia o la igualdad. De acuerdo con esta sentencia, para poder justificar una desigualdad de trato en atención a los supuestos contemplados en el segundo inciso del artículo 14 CE no basta un control más estricto de su racionalidad —lo cual no exige un tipo específico de racionalidad— sino que hay que conectar dicha argumentación con la finalidad pre-

68. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, p. 72.

69. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 72.

70. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 73. Para estos autores podríamos considerar como precedente de esta postura el voto particular del Magistrado Sr. Rubio Llorente a la STC 103/83.

tendida por el constituyente, de tal modo que se trata de determinar si la medida desigual es adecuada para hacer desaparecer la situación arraigada de marginación. Según la citada sentencia la diferencia de trato se convierte así en «una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental. Se trata de evitar «posiciones de innegable desventaja... por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables». Por ello la sentencia destaca que las circunstancias enumeradas en el artículo 14 (en el caso de la sentencia aludida es el sexo) recogen en realidad sectores socialmente marginados de la población frente a otros que no lo están. La prohibición de discriminación no tendría, por ello, carácter bilateral —lo cual sucedería si protegiera indistintamente a cualquier miembro de la sociedad— sino unilateral, porque estaría pensando solamente en determinados colectivos que se encuentran en situación de inferioridad frente a otros ⁷¹.

Esta línea, aunque con algunos altibajos ⁷², ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional en posteriores sentencias ⁷³, de tal modo que parece posible admitir que se abre paso en la jurisprudencia constitucional un segundo sentido, más estricto, del término, discriminación. En efecto, en el ámbito internacional, tras la Primera Guerra Mundial y en el marco de la problemática surgida a consecuencia de la existencia de minorías nacionales y religiosas en los nuevos Estados, se puso de manifiesto que la protección de estos colectivos requería, sin merma del aseguramiento de sus peculiares características propias de un grupo minoritario, una protección especial antidiscriminatoria. Este movimiento se hizo más patente tras la Segunda Guerra Mundial y tuvo su desarrollo especialmente en el seno de las Naciones Unidas ⁷⁴. Encontramos así una noción distinta de discriminación. De acuerdo

71. Vid. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 73 y ss.

72. Así, por ejemplo, la Sentencia TC 63/94, de 28 de febrero, vuelve a equiparar discriminación a desigualdad de trato que carezca de justificación objetiva y razonable. Y en el mismo sentido, la STC 5/94, de 17 de enero insiste en que «el sexo puede operar como un criterio de diferenciación siempre que se apoye en una fundamentación objetiva y razonable».

73. Así, por ejemplo, la Sentencia TC 173/94, de 7 de junio considera la discriminación como un «mal social a erradicar por mandato constitucional». En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia TC 153/94 siendo, asimismo, muy clara la STC 3/93, de 14 de enero, la cual sostiene que «La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio».

74. Con respecto al nacimiento y evolución de esta noción de discriminación vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 84 y ss., texto que sigo especialmente en este punto.

con ella, ésta presentaría unos rasgos jurídicos lo suficientemente claros como para permitir entenderla, no como una simple especificación de la igualdad, «sino como un mandato especial que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley»⁷⁵. El constituyente, al enumerar dichas cuasas de diferenciación, en realidad estaría realizando un diagnóstico sobre el peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deberían evitarse y erradicarse. La discriminación se perfilaría así «como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide sobre ciertos colectivos de sujetos, caracterizados, bien por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, o por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia ésta no tiene ninguna posibilidad de elección»⁷⁶. Desde este enfoque tras un acto externo de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos amparado en un «state of mind» peyorativo hacia un individuo o un grupo⁷⁷. En consecuencia, ciertas categorías se encontrarían sistemáticamente en una posición desfavorable, y esta situación no se basaría en diferencias naturales o biológicas, sino que tendría raíces fundamentalmente sociales. Se trataría de un proceso construido socialmente⁷⁸, de tal modo que todo acto de discriminación sería el resultado de una regla social implícita o explícita. Así, por ejemplo, en ocasiones se admitirá, por parte del grupo «normal», la existencia de la discriminación, mientras que en otras se negará amparando la conducta en determinados datos coyunturales, como podría ser una situación económica de crisis. Este sería el caso del rechazo social actual hacia determinados colectivos, conducta que se intenta justificar apelando a que «nos quitan el puesto de trabajo». En coherencia con ello, el artículo 14, inciso segundo, establecería una prohibición más rigurosa que iría más allá de la exigencia de la mera razonabilidad o no arbitrariedad de las leyes, de su aplicación y de las actuaciones de los poderes públicos, para suponer una crítica y una corrección de unos fenómenos sociales «anómalos», especialmente graves y rechazables por la naturaleza de los datos que se tienen en cuenta para fundamentar la diferencia de trato. Este proceso en muchas ocasiones llegará a negar la igual dignidad de determinados grupos o personas⁷⁹. La

75. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.* pp. 65, 81 y 82.

76. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 13.

77. *Vid.* VIERDAG, *The concept of Discrimination in International Law*, La Haya, 1973.

78. En relación al concepto de raza, *vid.* DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 13, 41.

79. En este sentido la STC 173/94, de 7 de junio, establece que «La conducta discriminatoria se cualifica por un trato peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución por su carácter atentatorio de la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)».

prohibición de discriminación, entendida de este modo, tendría formalmente un origen mucho más reciente que la exigencia de igualdad y se trataría de un concepto en continua evolución.

Existen varios elementos que nos permitirían diferenciar, si no netamente, sí aproximadamente, la desigualdad de trato del fenómeno discriminatorio. Así, advertimos que, frente a lo que ocurre con la desigualdad general de trato, el hecho de pertenecer a un determinado colectivo es clave en la discriminación. Por ello, es necesario realizar previamente una identificación del grupo «víctima» con respecto al grupo «normal». Así, por ejemplo, en el caso de la mujer la previa determinación de este colectivo permitirá diseñar las medidas antidiscriminatorias convenientes ⁸⁰.

Por otro lado, la diferente naturaleza de ambos fenómenos no excluye que la discriminación, al igual que la lesión del principio de igualdad formal, pueda manifestarse a través de las modalidades tradicionales referidas, fundamentalmente, a actos o disposiciones de los poderes públicos: a) ausencia de generalidad en la ley (p. ej. el supuesto de un tratamiento legal diferente atendiendo a la raza); b) aplicación parcial de la ley, ya sea a través de actos administrativos o decisiones judiciales); c) establecimiento de distinciones discriminatorias en el mismo contenido de la ley. Pero, por otro lado, advertimos que las particularidades del fenómeno discriminatorio determinan la existencia de modalidades distintas. He sostenido que tras un acto de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos. Por ello, es necesario aceptar que con frecuencia el fenómeno discriminatorio no surgirá sólo de los poderes públicos. La misma sociedad genera conductas discriminatorias, en ocasiones más intensas que las producidas por los poderes públicos y también más difíciles de detectar y corregir. Por ello, todo sistema de medidas deberá tener también en cuenta este aspecto ⁸¹, de tal modo que el Estado no sólo tendrá que asegurar la desaparición de disposiciones y actos jurídicos discriminatorios, sino también tratar de remediar las situaciones discriminatorias de origen social. El Estado discriminaría por omisión si las permitiera. Ello, en ocasiones requerirá una especial sensibilidad para captar, tras comportamientos aparentemente neutros, verdaderas

80. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 112. En este sentido, por ejemplo, BOBBIO liga el concepto de discriminación con el problema de la convivencia de minorías (BOBBIO, N., «Las razones de la tolerancia», en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, 1991).

81. Sobre la distinción entre discriminación «legal» y «social» *vid.* RAMM, «Introduction», en F. SCHMIDT y otros, *Discrimination in Employment*, Estocolmo, 1978, p. 251. Sobre este punto *vid.* asimismo PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, p. 12.

discriminaciones de hecho. En este sentido, lo que se suelen denominar discriminaciones indirectas son el resultado de diferenciaciones apoyadas en criterios aparentemente equitativos, pero que redundan negativamente de un modo desproporcionado sobre colectivos históricamente discriminados. Un ejemplo de estas discriminaciones camufladas podríamos encontrarlo en el actual uso interesado de determinados conceptos y adelantos científicos. En el campo de la genética esto es extraordinariamente evidente. Así, encontramos que en países como Dinamarca o EE.UU. se está haciendo relativamente frecuente la exigencia de pruebas genéticas para el ingreso en determinados trabajos. Estas pruebas se exigen sólo a algunos colectivos, por ejemplo ciudadanos negros. Al existir enfermedades en las que la mayoría de los miembros de una raza son portadores, ello se traduce en la práctica prohibición de acceso al trabajo. El caso real lo podemos encontrar en la Academia de las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos, donde durante diez años se exigieron pruebas genéticas para su acceso, de tal modo que los portadores de la enfermedad denominada anemia falciforme, prácticamente todos los afroamericanos, quedaban excluidos del ingreso. En un juicio posterior no se pudo probar que los portadores de tal enfermedad tuvieran algún problema para desarrollar su actividad en tal Academia y se declaró tal práctica discriminatoria ⁸².

Una tercera diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación haría referencia al distinto alcance que en cada una de estas situaciones tendría la exigencia de paridad de trato. He señalado con anterioridad que el verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables, cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios. La igualdad de trato, por ello, no siempre es total identidad de trato. El principio de igualdad de trato respetará la discrecionalidad, con un amplio margen de decisión, de los poderes públicos, y vedará sólo la arbitrariedad. No se eliminan las diferencias, sólo se exige que éstas no sean arbitrarias ⁸³. Sin embargo, con el tratamiento de la discriminación el problema es distinto. Aquí de lo que se trata es de eliminar la discrecionalidad, por lo que sí que

82. SUZUKI, D.; KNUDTSON, P., *Genética. Conflicto entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 144; SANMARTÍN, J., y otros (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Anthropos, pp. 253-54. Otro caso se produjo en enero de 1978 en EE.UU. La «American Cynamid» anunció su intención de excluir a mujeres en edad de concebir (entre los 16 y 50 años) de aquellos puestos de trabajo que conllevaran exposición a sustancias tóxicas a menos que se esterilizaran. Cinco lo hicieron y al resto se les cambió de puesto de trabajo disminuyéndoles el sueldo (SAN MARTÍN, J. y otros, *op. cit.*, p. 253).

83. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, p. 4.

debe exigirse, en principio, paridad de trato para que no prevalezca la discriminación. Pensemos por ejemplo, en el caso del sexo o la raza. Existe una presunción muy fuerte de que cualquier distinción en base a este criterio no está justificada⁸⁴. La causa de discriminación, una vez identificada como tal, no podrá operar como razón de la diferenciación, presumiéndose su ilicitud de antemano y, en todo caso, exigiéndose para lo contrario una labor de justificación muy estricta («stric scrutiny») por parte de los tribunales⁸⁵. Sin embargo, este principio general de paridad radical, siguiendo a Rodríguez Piñero y Fernández López, admitiría, fundamentalmente, tres tipos de excepciones: a) aquellos supuestos en los que el trato desigual obtenga un resultado que represente un valor constitucionalmente superior al de la igualdad por razón de sexo, raza, etc...⁸⁶ o bien cuando una determinada norma constitucional prevalente disponga lo contrario⁸⁷. Estos supuestos serán, lógicamente, muy pocos; b) aquellos casos límite en los que, por la naturaleza de la actividad o profesión, esté justificada la exigencia de ciertos requisitos personales⁸⁸; c) aquellos supuestos en los que la disparidad de trato logre más efectivamente la tutela antidiscriminatoria. Se trataría de las medidas de discriminación positiva.

Estos instrumentos, entendidos como una modalidad de las políticas de acción positiva⁸⁹, podrán establecer una ruptura del referido principio de paridad de trato para conseguir lograr un resultado final de real igualdad. En efecto, mientras que en la tradicional exigencia de igualdad de trato el énfasis se sitúa en el punto de partida, en el momento inicial, hay que tener en cuenta que en la tutela antidiscriminatoria lo fundamental es el punto de llegada, el resultado. Al desplazar el punto de gravedad, quedarán justificadas aquellas acciones que, aún suponiendo una desigualdad en el punto de partida, consigan una

84. Para PRIETO SANCHÍS, las especificaciones contenidas en el segundo inciso del artículo 14 CE constituyen casos de «igualdad normativa», de tal modo que «el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional». Ello, sin embargo, no significa que los criterios del artículo 14 prohíban siempre su utilización como elementos de trato diferenciado (PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, pp. 4-5).

85. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 15.

86. ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1985, p. 388.

87. Para RODRÍGUEZ PIÑERO M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., éste sería el supuesto de la derogación del artículo 14 en razón de la prevalencia del 57.4 relativo a la sucesión en la Corona.

88. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., en *op. cit.*, p. 162, señalan, entre otros, la opinión política y religiosa en ciertos empleos.

89. Sobre el concepto de discriminación inversa, los principales argumentos en su contra, así como su justificación *vid.* RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

igualdad final. En esta línea, por ejemplo, el Convenio 111 de la OIT en su artículo 1.1, al definir la discriminación, pone el acento fundamentalmente en el resultado, no limitándose a intentar garantizar tan sólo la desaparición de tratamientos o actos discriminatorios. Por el contrario, y a diferencia de otros instrumentos internacionales posteriores, la parificación de trato como medida antidiscriminatoria no aparece tan firme en este texto, predominando en su artículo 3 las acciones promocionales⁹⁰.

Podríamos admitir que este tipo de medidas, que no encontramos en el ámbito de la igualdad formal, encuentran apoyo constitucional fundamentalmente en cuatro preceptos, interpretados éstos de un modo dinámico y sistemático: el artículo 1 de la CE, en cuanto que considera que España es un Estado Social y democrático de Derecho y consagra como valor fundamental la igualdad, el artículo 10, que protege la dignidad de todo ser humano, el mismo artículo 14 que otorga especial intensidad a la tutela antidiscriminatoria al referirse a «sin que pueda prevalecer discriminación alguna», y el artículo 9.2. Con respecto al segundo inciso del artículo 14, la rotundidad de la expresión nos conduce a entender que el precepto no está exigiendo tan sólo la eliminación de las diferencias de trato injustificadas o irrazonables, sino que contiene también un sentido dinámico,⁹¹ de corrección de las situaciones discriminatorias objetivas existentes en la sociedad, y para ello las medidas de discriminación positiva son instrumentos fundamentales y a veces insustituibles. Por otro lado, como acabo de señalar, el artículo 9.2, que ampara fundamentalmente la exigencia de igualdad material o real, también resultaría un apoyo importante para este tipo de medidas. Como destaca Ruiz Miguel⁹², «la igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la Constitución no es un límite, sino un presupuesto —necesario, pero no suficiente— de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos». Mientras que la exigencia de igualdad formal se ciñe meramente a la igualdad de trato, el

90. Vid. ROSSILLION, «Les normes et l'action de l'égalité de chances dans l'emploi», *BIT*, Ginebra, 1984. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 99-100.

91. A este sentido parece acercarse GARCÍA AMADO, J.A., al sostener que se trata de ámbitos de especial protección que llevan a admitir desigualdades a ellos favorables, e incluso impuestas por la Constitución en una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 49, 50, 53.3, etc... («Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 121-122. Vid. asimismo AUVRET, «Légalité dans la fonction publique», en *Revue de Droit Public*, 1982-II, p. 1588).

92. RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, *op. cit.*, p. 87.

mandato de no discriminación no puede desconocer que en ocasiones este fenómeno se encuentra intrínsecamente relacionado con situaciones objetivas de desigualdad económica, social o cultural. Como consecuencia de ello, siguiendo a Rodríguez Piñero y Fernández López, podemos sostener que el principio de no discriminación puede entenderse como un puente entre la igualdad formal y la igualdad material⁹³. Esta postura no es ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ya que éste órgano, en recientes sentencias, ha interpretado de modo conexo el artículo 14 y el 9.2, sosteniendo que el principio de no discriminación establece la necesidad de remover obstáculos que impidan la igualdad real del colectivo discriminado⁹⁴. Ello, en suma, nos conduce a sostener, que tales diferencias de trato no sólo estarán justificadas con apoyo en los preceptos citados, sino que, en muchos casos, adquirirán el carácter de mandato directo del principio de no discriminación. En este sentido podemos destacar la Sentencia TC 216/1991, de 14 de noviembre, en la que, realizando una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, se establece:

«Cabe señalar que la igualdad que el artículo 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la

93. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 76-77.

94. Así la STC 229/1992, FJ 2; 28/92, de 29 de marzo, la cual sostiene claramente que «son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida de modo que el precepto (art. 14) ha de ser sistemáticamente interpretado con otros preceptos constitucionales, en particular, el artículo 9.2 CE»; STC 20/94 de 27 de enero y 3/93, de 14 de enero, la cual, como ya se ha señalado anteriormente, tras sostener que la referencia al sexo recogida en el artículo 14 pretende acabar con una situación históricamente arraigada afirma que «en la perspectiva del 9.2 de promoción de condiciones de igualdad no se considera discriminatorio, que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas y, al mismo tiempo, como ha señalado la STC 28/1992, mantiene la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera de acceso real de la mujer al mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los varones». En el mismo sentido la STC 109/93 de 25 de marzo sostiene que «por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (STC 128/87 y 19/89) lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/1992, FJ 2).

de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención de la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva».

He señalado que el principio de no discriminación se convierte así, en un puente entre la igualdad formal y la material, advirtiéndose, por otro lado, que tal y como aquí la entendemos no tendría cabida en el Estado Liberal. Sin embargo, no por ello se asimila o confunde con la segunda vertiente de la igualdad. En efecto, mientras que el mandato de no discriminación implicaría un «derecho a ser diferente» (no una mera tolerancia) ⁹⁵, sin que ello redundara en un trato diferente, la igualdad material, como sabemos, expresaría el derecho a un cierto equilibrio en las condiciones materiales básicas de la vida ⁹⁶. Como veremos más adelante, la promoción del principio de no discriminación en ocasiones obligará a remover las condiciones económicas —en aquellos supuestos en los que éstas tengan una influencia decisiva sobre el fenómeno discriminatorio—, mientras que en otras no será necesario.

IV. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Como he apuntado anteriormente, la protección o tutela del principio de igualdad formal se limitaría, principalmente, a invalidar aquellos actos o disposiciones que contuvieran o supusieran un trato desigual arbitrario. Tendría, por ello, un carácter fundamentalmente reparador, y lo básico sería la adecuación de convenientes vías procesales para poder exigir el derecho. Sin embargo, la tutela antidiscriminatoria no puede limitarse, tan sólo a prohibir y a anular los actos discriminatorios. Se trata, como he señalado anteriormente, de incidir en las mismas raíces sociales del fenómeno enfrentándose al problema de la existencia de un grupo «victimizado» con respecto al grupo «normal». Por ello, las medidas de lucha contra éste serán mucho más complejas, incluyendo también las de carácter promocional, entre las que

95. Vid. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990 (2), p. 947 y ss.

96. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M.E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 69.

podríamos destacar las ya citadas de discriminación positiva. Pero además, en el fenómeno discriminatorio concurren una serie de factores que determinan, asimismo, que éste demande instrumentos muy variados. Así, aunque el trato discriminatorio presenta, como hemos visto, caracteres comunes, responde a muy diferentes causas —sexo, ideología, raza, etc.— y por ello engloba situaciones muy dispares. Asimismo, sus efectos y consecuencias serán variables dependiendo del ámbito en el que se produzca la discriminación (laboral, educativa, política, familiar, etc...). Por otro lado, aunque es muy frecuente que las conductas discriminatorias en atención a una causa específica sobrevivan a lo largo de amplios períodos históricos —por ejemplo, la segregación a causa de la raza— suelen tener manifestaciones externas distintas, y aún consecuencias dispares. Las medidas convenientes deberán, por ello, evolucionar, al compás que lo hace el fenómeno en la misma sociedad.

Hemos señalado anteriormente que las conductas discriminatorias pueden provenir tanto de actos o disposiciones estatales (poderes del Estado), como de conductas particulares. Amparándonos de nuevo en la rotundidad del segundo inciso del artículo 14 de la CE —«sin que pueda prevalecer discriminación alguna»— entendemos que la tutela antidiscriminatoria deberá tener en cuenta estos dos niveles ⁹⁷:

a) Con respecto a la acción de los poderes del Estado, es evidente que, en primer lugar, la actividad legislativa es, por un lado, origen de actos discriminatorios, mientras que por otro, resulta clave en la lucha contra la discriminación. Con respecto a las discriminaciones consagradas en disposiciones legales, hay que destacar la labor de corrección de las deficiencias legislativas que perpetúan el fenómeno. Así, por ejemplo, y con respecto a la discriminación racial, De Lucas ⁹⁸ recuerda lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y en concreto el artículo 2.1 c), el cual establece que «Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o

97. No quiero dejar de hacer notar la importancia que en la lucha contra la discriminación tienen los instrumentos jurídicos internacionales, hasta el punto de que muchas políticas estatales se inspiran, como es sabido, en ellos. Sin embargo, y como hice notar al principio de este trabajo con respecto al planteamiento del problema en el ámbito internacional, la extensión del tema me obliga a dejar de lado esta importante dimensión. *Vid.* con respecto a la discriminación por razón de raza DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pp. 185 y ss.

98. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, *op. cit.*, p. 95.

perpetuarla donde ya exista»⁹⁹. Con respecto a los inmigrantes este autor propone las siguientes: el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, la homologación del trato penal, de tal modo que no se admitieran penas adicionales para los extranjeros como, p. ej., la opción que puede tomar el juez español de sustituir la pena de un delito menor por la expulsión del territorio nacional¹⁰⁰. Debe también tenderse a la eliminación de privilegios mediante la supresión de determinadas garantías legales que los mantuvieran cuando la causa que pretendiera justificarlos no fuera razonable. En este campo merece destacarse la labor depuradora del ordenamiento jurídico que realiza el Tribunal Constitucional con respecto a aquellos preceptos que contrarían el verdadero espíritu del artículo 14.

En segundo lugar, la ley es el cauce privilegiado para elaborar medidas promocionales que tengan como fin atajar de raíz fenómenos de discriminación arraigados. Ello supone una importante línea de acción, no negativa, sino positiva. En efecto, frente a la labor judicial que fundamentalmente produce la mera desaparición del acto discriminatorio con efectos particulares y que, al no incidir directamente sobre el problema mantiene la potencial discriminación sobre el colectivo «víctima», y ni tan siquiera garantiza que la discriminación no se reproduzca en el mismo sujeto ya demandante, las medidas positivas son determinantes para acudir a la raíz del fenómeno. Aquí cabrían las ya referidas discriminaciones inversas en favor de colectivos históricamente marginados (mujeres, negros, etc...). Estas medidas deberán aplicarse con prudencia. No hay que olvidar que en determinados supuestos pueden revolverse contra el mismo colectivo ya discriminado aumentando, por ejemplo, el odio racista. En esta línea, y con respecto al sexo, el Tribunal Constitucional en Sentencia 229/92 de 14 de diciembre, ha establecido claramente la necesidad de calibrar si las medidas pueden ser actual o potencialmente lesivas de los derechos e intereses de la mujer. Asimismo, deberán vertebrarse como instrumentos de carácter temporal, hasta que la situación se equilibre, y su mantenimiento debería sostenerse a partir de estudios de carácter empírico sobre sus consecuencias¹⁰¹.

Con respecto a la actividad judicial, se trata no sólo de insistir en la independencia de este poder en la aplicación de leyes no discriminatorias, sino de destacar la importancia de que, en todas las instancias, se realice una interpretación del Derecho dinámica y progresiva en este punto, de acuerdo con la verdadera naturaleza social y unilateral del fenómeno. Así se manifiesta, por ejemplo, la SSTC 20/94, de 27 de enero. A falta de una concreción general del artículo 14 II por parte

99. El texto se puede encontrar en PECES-BARBA, G., y Otros, *Derecho positivo de los Derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 345.

100. Vid. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, op. cit., p. 95.

101. RUIZ MÍGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, op. cit., pp. 84-85.

del legislador, será necesaria la especificación de las consecuencias de este principio a partir de la interpretación de las normas particulares que puedan tener relación con él. Todo ello de acuerdo con el artículo 5.1 de la LOPJ, que atribuye a los Tribunales la función de interpretar y aplicar Leyes y Reglamentos «según los preceptos constitucionales». Esta labor, por otro lado, no es tangencial, por cuanto que es claro que los cambios en un sistema jurídico no se producen, tan sólo, a través de intervenciones legislativas. Estos también tienen lugar de modo muy frecuente a partir de la reinterpretación de normas ya existentes, adecuándolas a una realidad social cambiante y a nuevas tendencias constitucionales.

Con respecto al Tribunal Constitucional merecen ser destacadas algunas medidas concretas que este órgano ha desarrollado y que pueden resultar positivas para la tutela antidiscriminatoria. Así, por ejemplo, la extensión del mandato de no discriminación a las relaciones entre particulares. Sin entrar en el tema relativo al reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual nos alejaría de nuestro estudio, se trata de dejar constancia de que el TC ha entendido reiteradas veces que cuando un particular solicita protección estatal la denegación de tal protección implica por sí la realización de un acto discriminatorio por omisión del órgano público. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia TC 177/1988, de 10 de octubre sostiene que:

«Ciertamente el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6) “en un Estado Social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes

públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» 102.

Ello es importante, por cuanto que, como he señalado con anterioridad, el fenómeno discriminatorio en muchas ocasiones es generado directamente por los particulares. Y en este punto es interesante destacar, en relación a los actos discriminatorios realizados por personas que no poseen más poder que el propio discriminado (ej. compañeros de trabajo), que en estos casos la responsabilidad debe desplazarse, en gran parte hacia aquél que, desde una posición superior, puede controlar y erradicar las conductas discriminatorias y no lo hace. Ello es claro en el ámbito de una empresa. La persona que posee los medios para poder detener y eliminar esas conductas será responsable por omisión si se limita a contemplarlas 103. Y es que, como destacamos anteriormente, el fenómeno de la discriminación tiene una dimensión radicalmente objetiva. Gracias a los esfuerzos reflejados en los textos internacionales, cada vez se ha puesto más de manifiesto que lo fundamental en la discriminación es el resultado, de tal modo que la responsabilidad en muchos casos no requerirá el elemento intencional 104.

Siguiendo con las medidas concretas de tutela antidiscriminatoria adoptadas por el TC, en el marco procedimental merece destacarse la relativa a la distribución de la carga de la prueba. Dado que la discriminación es una figura de prueba extremadamente difícil, este sistema puede operar, como señaló el TC en su Sentencia de 23 de noviembre de 1981 como «un principio de justicia». Como señalan Rodríguez Piñero y Fernández López, no se trata de gravar la defensa del demandado, sino de intentar aliviar o descargar el esfuerzo probatorio del demandante, dada la dificultad que habitualmente conlleva. De acuerdo con esta sentencia, cuando una de las partes alega la existencia de una discriminación, corresponderá a la otra demostrar la concurrencia de una justificación razonable de su conducta, sin propósito discriminatorio, invirtiéndose así la carga de la prueba. Sin embargo, hay que señalar que esta radical doctrina es difícil de encontrar en sentencias posteriores. Así, por ejemplo, no se hace uso de ella en las Sentencias TC 94/84, de 16 de octubre (FJ 1 a 3), 38/86, de 21 de marzo (FJ 2), 81/82 de 21 de diciembre, 98/83 de 15 de noviembre, entre otras. Siguiendo a Pérez del Río y otros, este razonamiento podría en la actualidad enunciarse de un modo más matizado sosteniendo, como establece la Sentencia 34/84 de, 9 de marzo, que la desviación de la carga de

102. Asimismo la STC 55/83, de 22 de junio, FJ 5 (BOE de 15 de julio).

103. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 20.

104. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S.; *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 20.

la prueba consistirá en que al trabajador le corresponderá «probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagra ha sido vulnerado, y en tal supuesto... es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente». Por ello, el trabajador no está liberado de probar la verosimilitud de la denuncia de discriminación, ya que deberá aportar indicios que la hagan creíble, correspondiendo al operario destruir la prueba manifestando las razones que le han conducido a obrar de ese modo. Este sistema no debe entenderse como un modelo cerrado. De lo que se trata es de que el juez despliegue todos los mecanismos que le permitan llegar a descubrir realmente si ha existido discriminación ¹⁰⁵. Así, por ejemplo, en la STC 7/93, de 18 de enero, se ha reiterado esta doctrina al establecerse que:

«... cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria» ¹⁰⁶.

En otro plano, merece destacarse que sobre el poder ejecutivo recae la responsabilidad de elaborar políticas globales en materia de discriminación que intenten promocionar a los colectivos históricamente segregados. En el ámbito económico, cultural y social estas medidas tendrán un fuerte apoyo en el artículo 9.2 CE. Es cierto que, como destaca De Lucas, la desigualdad económica y la miseria son lastres que imposibilitan, en muchos casos, el acceso a la democracia y a los derechos ¹⁰⁷. Pero entiendo, a diferencia de Montoya, que estos factores no deben considerarse como centro y raíz de la discriminación ¹⁰⁸. Tanto

105. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 92.

106. Asimismo STC 266/93, de 20 de septiembre; 293/93, de 18 de octubre.

107. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

108. MONTOYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, Prodhufi, Madrid, 1994, p. 38 y 120. Vid. asimismo sobre este punto PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», op. cit., p. 8.

la desigualdad económica, como la cultural o la jurídico-política, más que causas de discriminación serían datos externos y consecuencias normativas de la crisis más profunda que implica el fenómeno discriminatorio¹⁰⁹. Estas desigualdades podrían operar a su vez potenciando la discriminación, a modo de círculo vicioso, pero el fenómeno discriminatorio, propiamente dicho, no tendría su raíz en ellas, ya que, como he señalado anteriormente, se trataría fundamentalmente de una construcción social. Aún así, y tratándolas como consecuencias que ayudan a perpetuar la discriminación, no deben ser olvidadas las medidas económicas, culturales, educativas, etc... Por ello, en el ámbito económico parece importante realizar un esfuerzo por satisfacer necesidades que, de hecho, operan como factores que estimulan la discriminación. Siguiendo a Peces Barba esta satisfacción debería configurarse como un derecho subjetivo que generara un deber correlativo general, normalmente en los poderes públicos¹¹⁰.

También las políticas de educación serán fundamentales para afrontar el problema de la discriminación. Así, por ejemplo, el esfuerzo por formar a las jóvenes generaciones en la valoración positiva de la diferencia, entendiéndola como riqueza, y ello de un modo muy claro con respecto al factor de la raza. No hay que olvidar, por otro lado, la gran influencia que sobre la población ejercen los medios de comunicación. Una profunda reflexión sobre la incidencia de sus mensajes sobre la sociedad debería conducir a fomentar el espíritu cívico, el pluralismo y el reconocimiento de la diferencia, extremando el cuidado por no enfocar el tema como si de un problema de tolerancia se tratara. La diversidad debe ser aceptada en un sentido positivo, de acuerdo con su riqueza original, y por ello plasmarse en el reconocimiento de derechos. También puede resultar constructivo el fomento de debates en los que se discuta el problema, creando una sensibilidad social que, por ejemplo, con respecto a minorías discriminadas, pueda plasmarse en asociaciones anti-discriminación¹¹¹.

b) Por último, entrando en el ámbito de actuación de los particulares, ya se ha señalado la importancia que sus actuaciones revisten en el conjunto del fenómeno global discriminatorio. Pero interesa destacar, siguiendo a De Lucas, el importante papel que debe tener la solidaridad en la lucha contra la discriminación. Este valor, que podemos entender implícito en nuestra Constitución, siguiendo a este autor, «añadiría a la igualdad algunos interesantes matices, por ejemplo, en lo

109. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, p. 184 con respecto al racismo.

110. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría general*, Eudema, 1991, p. 249.

111. Vid. en este sentido MONTROYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, op. cit., p. 78.

relativo a la protección de las minorías y de sectores marginados de la población como emigrantes (art. 42), disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49), o la llamada tercera edad»¹¹². La solidaridad debe servir de complemento adecuado a los cauces antes señalados, así como vía de superación de las insuficiencias que actualmente presente el Estado Social. El principio de solidaridad pondrá en cuestión la visión liberal, por otro lado, de plena vigencia en la actualidad, según la cual los deberes positivos hacia los demás son algo extraño y de carácter excepcional cuya realización requiere una justificación muy fuerte¹¹³. La solidaridad supone que las responsabilidades positivas no deben ser sólo asumidas por el Estado Social. También los individuos poseen responsabilidad por omisión, abiertamente en contra del perjuicio de que no debemos nada a nadie.

112. DE LUCAS, J., *El Concepto de Solidaridad*, México, Fontamara, 1993, p. 33.
* Vid. asimismo DE LUCAS, J., VIDAL, E., «Los principios básicos de la Constitución (II): El Título I», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, p. 50 y ss.; VIDAL, E., «La Solidaridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, Madrid, 1993.

113. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 1991, p. 123 y ss. Vid. asimismo mi trabajo «Aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales», en *Libro Homenaje a Manuel Broseta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

La acción anónima y el sentido (De Weber a Schutz y Habermas)

Por URBANO FERRER

Murcia

INTRODUCCION

El Estado centralizado y la empresa capitalista aparecen como las dos creaciones más características del mundo moderno en el ámbito político-económico, basadas en la racionalidad neutral e impersonal de la ley y del mercado respectivamente. Los principios abstractos convencionales sustituyen ahora a la voluntad del monarca o del señor feudal, así como a las tradiciones culturales y estructuras estamentales, por medio de las cuales se ejercía el dominio en el marco de la Premodernidad. Su progresiva autonomización respecto de la vida privada y de las motivaciones que presiden la acción abren, sin embargo, una sima cada vez más difícil de soldar entre las esferas del sentido y los valores, por una parte, y la funcionalidad de los sistemas que se autoabastecen, por otra parte.

Para Max Weber la burocratización es el exponente, de progresiva implantación en la Modernidad, de unas orientaciones de acción altamente racionalizadas y escindidas de las imágenes unitarias alusivas al mundo en su conjunto. Su legalidad cada vez más abarcante deja de lado la singularidad de los proyectos con que los actores sociales entablan sus vínculos cooperativos. Asimismo, el deslinde recíproco de competencias que la legalidad positiva introduce prescinde del mundo de la vida, al que los sistemas funcionales deben su ubicación. Desde diferentes ópticas Alfred Schutz y Jürgen Habermas han destacado ambos límites en la dominación legal, tal como la examina Max Weber a lo largo del arco de la Modernidad.

Nos ocupará a continuación el problema acerca de en qué forma es posible adscribir a las leyes anónimas de la burocracia y del mercado —una vez que se han consolidado por su mayor eficiencia racional— el sentido que preside las distintas formas de interacción social. Se examinarán en particular las posiciones de Schutz y Habermas. Siguiendo el primero de los planteamientos, la pregunta es: ¿En qué medida se puede extender a las esferas de legalidad anónima de la vida social el sentido normativo inherente a la interacción, el cual sería reconocible posteriormente en capas sedimentadas? Y en relación con el segundo planteamiento nos preguntamos si la lingüistización de la acción comunicativa proporciona algún criterio para dotar de legitimidad a las formas de dominación allí donde los medios de control se han institucionalizado al margen del lenguaje discursivo, como sucede en la burocracia y el mercado.

1. LA RACIONALIZACION MODERNA Y LA PERDIDA DEL SENTIDO

Para Weber la burocracia representa la forma más acabada de una racionalidad conforme a fines. Desarrollaré esta tesis y sus implicaciones.

Lo propio de la burocracia es la decantación de las acciones normativas en unos niveles de impersonalidad que se imponen sobre las decisiones particulares de los participantes. Mientras los vasallos antiguos poseían sus propios feudos, lo que prima tanto en los funcionarios administrativos como en los funcionarios militares es, en cambio, la centralización, de tal modo que no sean propietarios de los medios que usan: edificios, depósitos, utensilios, dinero, máquinas de guerra... Las categorías y los ascensos están regulados con un automatismo carente de alma, congelado (*geronnener Geist*). Los individuos se insertan en una disciplina que funciona mecánicamente¹. Son caracteres que comparten la empresa y el Estado moderno².

1. «Una máquina sin vida es espíritu coagulado. El hecho de serlo es lo único que le da el poder de obligar a los hombres a estar a su servicio y de determinar la cotidianeidad de su vida de trabajo tan impositivamente como de hecho ocurre en la fábrica. Espíritu coagulado es también aquella máquina viviente que representa la organización burocrática, con su especialización del trabajo aprendido, su delimitación de las competencias y sus reglamentos y relaciones de obediencia edificadas jerárquicamente» (WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1980, p. 835; también, *¿Qué es la burocracia?*, Buenos Aires, La Pléyade, 1977).

2. «Contemplado desde la ciencia social, el Estado social es una empresa, al igual que lo es una fábrica: esto es precisamente lo específico de él» (WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 825).

La motivación y la temporalidad que caracterizan al sistema institucional burocrático se desligan de las que están incardinadas en la interacción. Los criterios de legalidad que lo rigen tampoco proceden del acervo cultural ni de las estructuras sociales, sino que se reflejan en unos principios generales puestos al servicio del mantenimiento del sistema. Traducido a la terminología de Habermas: Al derecho consuetudinario premoderno, nutrido de los componentes del mundo de la vida, sustituye el derecho positivo que las organizaciones modernas se adjudican a sí mismas y que convierte en meros entornos sistémicos (*Systemumwelten*) a aquellos componentes (por ejemplo, las relaciones familiares, de vecindad, contractuales...). Los patrones jurídicos se limitan a trazar las fronteras entre las distintas competencias, neutralizando éticamente los sistemas y convirtiendo a la vida pública en autónoma y disociada de las esferas de la vida privada.

La mayor racionalidad de la burocracia consiste en la previsión exacta de los medios, los fines, las consecuencias y las situaciones de hecho. Sin embargo, tal cálculo tiene por contrapeso la penumbra en los valores propios del acto, ya que éstos se imponen por convicción, sin que para su validez (ya se trate de la recta intención, la belleza, el deber o el bien absoluto) haya que confrontarlos con las consecuencias ni enmarcarlos en una racionalidad de medios y fines³. Para Weber, en la génesis de la pretendida racionalización total al margen de los valores está el traslado del sentido, que desde fuera del mundo orientaba la acción en las diversas concepciones ético-religiosas, a la actividad mundanal orientada al éxito; para este tránsito hace de puente la Ética puritana de la profesión (que confunde en un mismo concepto —*Beruf*— profesión y vocación). El asceta intramundano es, en efecto, aquél que se enfrenta al mundo desde la sobria razón técnica de medios, en cuyo seguimiento pretende verificar el designio divino inescrutable de su salvación individual. «Como objeto de esta comprobación activa, los órdenes del mundo se convierten para el asceta que está puesto en él en «profesión» (*Beruf*) que tiene que cumplir racionalmente»⁴.

Por contraposición a las autoridades carismática y tradicional, la dominación legal invoca como única justificación la vinculación al deber oficial⁵.

3. «Mas desde el punto de vista de la racionalidad de fines la racionalidad del valor es siempre irracional, y por cierto tanto más eleva a valor absoluto el valor por el que se orienta la acción cuanto menos reflexiona sobre las consecuencias de la actuación, cuanto más incondicionalmente trae sólo a consideración el valor propio de ella» (*op. cit.*, p. 13). Sobre el tipo ideal de la racionalidad conforme a fines, WEBER, M., *Methodologische Schriften*, Francfort, Suhrkamp, 1968, p. 170.

4. *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 329. Cfr. también *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie der Religion, I*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, p. 236.

5. «...la vinculación impersonal al deber objetivo del cargo, caracterizado en términos generales, igual que el derecho de dominio correspondiente —la competencia—, están determinados fijamente por normas promulgadas racionalmente (leyes, ordenamientos, reglamentos), y de tal modo que la legitimidad del dominio se convierte en la legalidad de las reglas generales, ideadas conforme a fines, correctamente promulgadas y hechas públicas» (*Gesammelte Aufsätze zur Soziologie der Religion*, pp. 272-273). Para el encuadramiento histórico de la obra weberiana y la confrontación con sus contemporáneos, *Max Weber and his Contemporaries*, Mommsen, W. J., Osterhammel, J., eds., Londres, German Historical Institute, 1987.

Si en la concepción de Calvino esto se tenía por signo de sometimiento a la voluntad divina, impenetrable al conocimiento humano, posteriormente, al perderse de vista su legitimación extramundana, la legalidad acabaría por acusar en sí misma la quiebra interna del sentido de la acción. Las virtudes privadas del ahorro, laboriosidad, dominio de sí..., puestas en juego en el ejercicio de la profesión y que configuraban el ethos calvinista-puritano, se subordinan a la consecución de unos resultados mundanos, carentes en sí mismos de valor. No olvidemos, por ejemplo, que el término organizativo «industria», neutral éticamente, había comenzado por designar la virtud de la aplicación y habilidad en el trabajo. No obstante, Weber describe con detenimiento cómo este vaciado ético viene ya preludiado en la escisión dentro del propio ethos, por la que se abandonan las exigencias del amor fraterno y se concentra el esfuerzo en las virtudes de la afirmación individual en el trabajo, con las que el individuo busca cerciorarse a sí mismo de la predestinación⁶.

Pero, de este modo, sobreviene asimismo la separación entre los órdenes legales relativos a cada actividad y, como consecuencia de la pérdida del significado unitario, el politeísmo en las valoraciones⁷. Se llega a un mundo fragmentado, astillado, del que está ausente la pregunta por la legitimidad de cada uno de los fragmentos, ya sea la reposición de la salud, los diversos oficios especializados, el acatamiento a la ley jurídica, el mayor dominio técnico... (todo ello, ¿por qué?). En la medida en que deja de haber unas razones universales por referencia a las cuales el individuo ejercite su libertad, se torna inevitable la arbitrariedad de la decisión al ingresar en cada una de las esferas de legalidad. Las razones sólo funcionarían, y de un modo anónimo, en el interior de las esferas legales, pero no sirven para transitar de unas a otras. La acción especializada carece, así, del soporte valorativo que, al asegurarla en su mantenimiento y reproducción, significase una razón válida para su adopción.

La emancipación de los individuos y de sus diversas áreas de actividad a que asiste el mundo moderno se hace al precio de consagrar una racionalidad mecanicista, en la que se ha autodisuelto la cuestión del sentido que paradójicamente la había entronizado⁸. La propia

6. «Así como la acción racional económica y la acción política siguen sus propias leyes, también cualquier otra acción racional dentro del mundo queda inevitablemente unida a las condiciones de éste, ajenas a la fraternidad, que han de ser sus medios y objetivos; por esto, entra en conflicto en alguna medida con la ética de la fraternidad» (WEBER, M., «Zwischenbetrachtung», en *op. cit.*, p. 552). Cfr. PEUKERT, D. J. K., *Max Webers Diagnose der Moderne*, Gotinga, Kleine Vandenhoeck, 1989, p. 35.

7. Cfr. RABOTNIKOF, N., *Max Weber: Desencanto, Política y Democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 78-83; FREUND, J., *Sociologie de Max Weber*, Paris, P.U.F., 1966.

8. ALEXANDER, J.C., «The Dialectic of Individuation and Domination: Weber's Rationalization. Theory and Beyond», en *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres, Allen & Unwin, 1987, pp. 185-206.

noción de individuo, desarraigado de las vinculaciones naturales y sociales y reducido a la condición de sujeto de pactos con otros individuos, es una abstracción cuyo origen está en la Mecánica. La Reforma protestante, la idea kantiana de deber, abstracta e igualatoria, el lema ilustrado del progreso irreversible... son otros tantos estadios en el proceso de secularización, y en definitiva de autosupresión, del motivo originario de la finalidad providente, subyacente al sentido del propio quehacer. De las dos creaciones representativas del mundo moderno mencionadas al principio, y dentro de la anterior lógica mecanicista, la suerte estaba echada a favor de la burocracia legal y en detrimento de la empresa privada, por ser en la primera donde desemboca últimamente la cancelación del sentido, al arrasar incluso el riesgo emprendedor que alienta todavía en la economía capitalista ⁹.

2. LA RECUPERACION PROYECTIVA DEL SENTIDO EN SCHUTZ

La Sociología comprensiva (*verstehende Soziologie*) de Schutz es un intento por recobrar el sentido de la propia actividad, retomando la cuestión planteada por Max Weber. Para esto advierte como preya-ciente a las instituciones sociales una intencionalidad activa. Antes que imposición fáctica las diversas instituciones son término en el que sedimentan unas intenciones prácticas vivientes. Las prescripciones ya constituidas revelan, pues, una historia intencional acumulada que el sujeto al que se dirigen puede prolongar conforme a sus propias intenciones. Merced a este sentido genético originario —no pocas veces apresado en la sociedad postindustrial entre las mallas de la organización— la actividad que lo asume y desarrolla llega a venir marcada por el *ethos*.

Cada vez que proyectan una acción, sus sujetos han de incorporar determinados roles y han de contar con relaciones funcionales ya establecidas. Por ejemplo, para orientarme en una ciudad acudiré a una agencia de viajes, tomaré ciertos puntos de referencia, confrontaré distancias en el plano..., haciéndome pasar para ello por cliente, por alguien que solicita información, por el que pone a prueba sus dotes de cálculo, etc. La racionalización disponible se integra, de este modo, en unos planes de acción, volviéndose inservible en el momento en que la voluntad depone sus intereses prácticos. Para cada nueva tarea hay un conjunto de saber en depósito (*Wissensvorrat*) del que echar mano. El agente pone coto con su acto (debido a un *fiat*) a la serie socialmente

9. Cfr. en este sentido las conclusiones del estudio monográfico de BENDIX, R., *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Londres, Heinemann, 1960.

construida de medios y fines, por principio prosequible en sus dos sentidos. Sucede, así, que el ideal de racionalización completa (o legal), tal como lo tipificaba Max Weber, no se acomoda a la práctica cotidiana ¹⁰. Valga como comprobación que las significaciones generales en su uso común se refieren a algún propósito pragmático, que las convierte en esencialmente ocasionales o relativas a su usuario (así, los demostrativos, los pronombres personales, adverbios de lugar y tiempo..., pero también un gran número de expresiones vagas).

A través de la interacción los participantes en un grupo cultural adquieren unos conocimientos tipificados y anónimos, acerca de lo que hay que hacer en tal situación, lo que se espera de uno, cómo resolver un eventual atasco... Son esquemas de interpretación familiares, que funcionan de suyo ¹¹ y que los individuos en ningún modo confunden con las personalidades que los adoptan, ya que en cada momento pueden a voluntad tanto incorporarlos como distanciarse críticamente. Así, por ejemplo, el forastero es aquél que, por no haberlos integrado en su práctica, oscila antes de hacer uso de ellos; en otros términos: el conocimiento observacional que posee de las pautas culturales no es bastante para delimitar entre las funciones típicas presupuestas y los rasgos biográficos de los individuos (no sabrá distinguir, de este modo, lo que en una determinada actitud es expresión de la personalidad de lo que es el modo típico de reaccionar en esa situación) ¹².

En este contexto Schutz entiende por *significatividad* cada uno de los índices prácticos que confieren relevancia a los distintos conocimientos que han sedimentado en una cultura. Y el conjunto en el que, sin organización lógica, se disponen unos y otros campos de relevancia es el *mundo de la vida*. Ahora se hace patente que las diversas dominaciones tipificadas (o legales, siguiendo con la terminología weberiana) cumplen su función en la vida social por relación al dominio previo de la situación, singularizada en el mundo de la vida. Así, se entiende lo que significa una caja de cerillas cuando la ponemos en relación con la necesidad práctica de hacer fuego; o bien, se domina un reloj cuando se atiende a la función práctica de orientarse en el tiempo... Ciertamente, Weber había aplicado mediante los tipos ideales la categorización selectiva al material, de otro modo inabordable, que ofrecen las realidades culturales (diferenciando, de este modo, la autoridad carismáti-

10. «We have already noted that the concept of rationality has its native place not at the level of the everyday conception of the social world, but at the theoretical level of the scientific observation of it» (SCHULZ, A., *Collected Papers II*, «The Problem of Rationality in the Social World», La Haya, Martinus Nijhoff, 1976, p. 80).

11. «En la vida diaria se trata ante todo, aunque no exclusivamente, de dominar situaciones típicas, recurrentes. Una y otra vez nos sale al paso un amplio dominio de metas, medios, condiciones, obstáculos», SCHUTZ, A., LUCKMANN, T., *Strukturen der Lebenswelt I*, Francfort, Suhrkamp, 1994, p. 177).

12. SCHUTZ, A., «The Stranger», en *Collected Papers II*, pp. 92-105.

ca, la burocracia o el espíritu capitalista, entre otros ejemplos de tipos-medios aproximativos); pero, al integrar esta categorización explicativamente en el devenir histórico, la confundió con la tipificación que la valoración introduce en los acaeceres. No diferenció suficientemente entre acción valorativa tipificadora y tipificación resultante en los hechos. Schutz, en cambio, distinguirá repetidamente entre el acto singular proyectado y los tipos empíricos cuasianónimos, resaltando la dependencia de los segundos respecto del primero.

Pero junto a las significatividades intrínsecas, transparentes en virtud del proyecto al que se pliegan, están aquellas otras impuestas, que nos limitamos a recibir y sobre las que los proyectos han de materializarse. Es aquí donde se sitúan las normatividades económica y burocrática, acreditativas de la legalidad anónima, en tanto que ya dadas¹³. A este propósito va a ser instructivo referirse brevemente al análisis fenomenológico-social de los motivos efectuado por Schutz¹⁴.

Los motivos-porque traducen a términos pretéritos y anónimos lo que originaria y biográficamente era un motivo-para: desde él su agente proyectaba hacia el futuro el sentido primero por el que la acción singular se reconoce. Por ejemplo, desde la perspectiva del observador externo el proyecto de construir una casa roquera para protegerme de las inclemencias naturales se convierte en que la protección de las inclemencias es el motivo-porque de la construcción de la casa roquera. Pero, a su vez, y según este esquema, usamos de conocimientos sedimentados en los términos generales de los motivos-porque sin haberlos ensayado previamente en primera persona. El conocimiento primariamente proyectado queda depositado en acciones estandarizadas y prácticas rutinarias con las que se organiza el mundo de la vida. Cada uno de los submundos institucionales que se entrecruzan en él corresponde al respectivo fiat que dota de significatividad a sus componentes. Desde el mundo cotidiano hasta el mundo caballeresco de don Quijote pasando por los distintos universos particulares de los expertos, cada uno de ellos acusa su propio índice de realidad, que luego es corroborado intersubjetivamente mediante los motivos-porque generalizables.

La opacidad de las leyes institucionalizadas es un caso más de nudo intersubjetivo sobre el que se montan la comunicación y el mundo común que está en su base. Su carácter anónimo no deja resquicios subjetivos. En esto contrastan con el lenguaje, la cultura o la interacción social, a los que pertenece un sentido simultáneamente subjetivo y

13. «Politically, economically, and socially imposed relevances beyond our control have to be taken into account by us as they are» («The Well-informed Citizen. An Essay on the Social Distribution of Knowledge», en *op. cit.*, p. 129).

14. Cfr. SCHUTZ, A., *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, Francfort, Suhrkamp, 1993, pp. 115-136; también, *Strukturen der Lebenswelt*, I, pp. 253-269.

objetivo, que ha de ser comprendido por los actores y es fuente de expectativas recíprocas. En la burocracia, en cambio, el hombre se limita a desempeñar su rol, prescrito para «cualquiera»¹⁵, análogamente a como el empresario planifica en función de una racionalidad abstracta de medios, concatenándolos¹⁶. De este modo, el dinero funciona como un crédito tendido a cualquiera y con el que obtener cualquier mercancía. Tanto en un caso como en otro el proyecto que inicia y da sentido a la acción adviene desde fuera a las leyes asumidas por él.

En otros términos: para Schutz la legalidad anónima sólo suministra motivos —porque en su aplicación a la acción, ya que el sentido, correlativo de los motivos— para en los que se prolonga, es función de una proyección que no se ajusta sin residuos a la realización motivada por leyes impersonales, sino que se le añade como esquema volitivo inseparable. El sentido se inscribe, pues, también en estas acciones, pero no como mediador en la interacción, sino como criterio de interpretación proveniente de cada uno de sus sujetos, ya sea antes o después de la acción que ha sido congregada como un todo (o, más propiamente, según la terminología de Schutz, como un acto, en el sentido verbal de participio pasado, bien formando parte del futuro perfecto que se anticipa a la acción, bien dentro del pretérito perfecto indicativo de lo que ya se ha cumplido).

3. LA ACCION COMUNICATIVA COMO LUGAR DEL SENTIDO

Con Habermas el acento va a desplazarse del sentido interpretativo de la acción social a la función performativa del lenguaje, instauradora de la comunicación y de la legitimidad en sus asertos. Sólo el acuerdo conseguido comunicativamente y apoyado en razones con validez intersubjetiva podría reivindicar aceptación universal, más allá de la fragmentación cultural de las distintas tradiciones e imágenes del mundo, tal como lo expuso Weber. En este acuerdo corresponde un papel prioritario al mundo de la vida, como trasfondo común en el que los interlocutores llegan a encontrarse (en el sentido activo de este verbo) al contrastar sus respectivas pretensiones de validez (Geltungsansprü-

15. «A third form of militant enterprise is created by the organizational form of government itself, namely bucratie. The substance of modern government is the man in office, with his particular governmental mind expressed in a particular phraseologie, in legal duties and the established mechanism of his chores» («Santayana on Society and Government», en *Collected Papers II*, p. 217). Sobre las influencias y divergencias mutuas entre los planteamientos de Schutz y Parsons, incidentes ambos en la categorización de la acción social, KASSAB, E.S., *The Theory of Social Action in the Schutz-Parsons Debate*, Friburgo (Suiza), Editions Universitaires, 1991; WERLEN, B., *Society, Action and Space*, Londres, Routledge, 1993, pp. 100-138; GRATHOFF, R. (ed.), *The Theory of Social Action: The Correspondence of Alfred Schutz and Talcott Parsons*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

16. Ver la discusión de esta segunda posibilidad en «The Problem of Rationality in the Social World», en *Collected Papers, II*, pp. 75-76.

che). Es un trasfondo que sustituye al principio hermenéutico gadameriano de la fusión de horizontes, por cuanto Habermas introduce en él el distanciamiento crítico y la reflexión abierta al progreso que le dotan de universalidad¹⁷. De Wittgenstein toma la inscripción de los juegos lingüísticos en formas de vida que los adoptan, pero en vez de asentarse cada cual en sus propios límites irreductibles, le aparecen como abiertas a una común dinámica interpretativa, en la medida en que todas ellas pueden ser confrontadas con los principios argumentativos provenientes del mundo de la vida.

Para Habermas el mundo de la vida es, por tanto, lo fundante de los ámbitos de validez en la comunicación. Sus límites fluidos permiten que el tránsito de una a otra situación temática no signifique emigrar de él ni que tampoco se ingrese en él desde fuera. En este sentido, adquiere una condición trascendental¹⁸, como ya puso de manifiesto Husserl a propósito de los trasfondos perceptivos de la conciencia. Su nueva consideración ahora como introducido performativamente con el lenguaje lo descompone en los sistemas de la personalidad, la sociedad y la cultura (según la clasificación proveniente de T. Parsons), en las que los actores lingüísticos *están*, sea uno u otro el componente ocasional que para la interacción comunicativa se destaque. También a estos sistemas se aplica la permanencia atemática del mundo de la vida en su conjunto. En efecto, los eventuales atascos en las competencias individuales, las solidaridades de grupo y las tradiciones culturales de referencia movilizan los recursos precisos para que de su propio fondo intacto fluya la comunicación, al igual que ocurre con el lenguaje, como medio ilimitado de comunicación, aunque a veces sea necesario valerse, para despejar los malentendidos, del auxilio de intérpretes o traductores¹⁹.

17. La racionalización del mundo de la vida equivale a su universalidad, frente a las imágenes míticas variables. «Con nuestra comprensión occidental del mundo asociamos implícitamente una pretensión de universalidad» (HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns* I, Francfort, Suhrkamp, 1981, p. 73). Acerca de las diferencias con Gadamer, ALVAREZ GÓMEZ, M., «Hermenéutica y racionalidad según las concepciones de Gadamer, Apel y Habermas», en *Aporía*, 4, 1982, pp. 5-33. Del mismo autor, «Sobre la acción comunicativa en J. Habermas», en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 14, 1987, pp. 37-53. Cfr. el contraste con Gadamer en HABERMAS, J., «Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik», en *Hermeneutik und Dialektik*, Bubner, R., Kramer, K., Wiehl, R. (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 73-103.

18. «Los interlocutores se mueven siempre *dentro del* horizonte de su mundo de la vida; no pueden salir de él... El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental, en el que hablante y oyente se salen al paso» (HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, p. 192).

19. «Sociedad y personalidad no son efectivas sólo como restricciones, sirven también como recursos. La incuestionabilidad del mundo de la vida, desde el cual se actúa comunicativamente, se debe *también* a la seguridad que al actor proporcionan las solidaridades probadas y las competencias acreditadas» (*op. cit.*, p. 205).

Por medio del intercambio comunicativo se reproducen estructuralmente cultura, sociedad y personalidad. Resulta, así, que el mundo de la vida, en el que aquéllos se integran, y la acción comunicativa, en la que acreditan su validez, son correlativos: por una parte, el primero se torna operante a través de la comunicación, la cual se sirve ciertamente del acervo de interpretaciones existentes (sistema de la cultura), dispone y acrecienta las solidaridades en los grupos (sistema social) y dota a cada actor de la competencia que dentro del marco social lo individualiza (sistema de la personalidad); pero, por otra parte, y de modo recíproco, la acción comunicativa aúna los tres sistemas del mundo de la vida, ya que al participar en ella sus actores exponen y desarrollan simultáneamente los símbolos por los que adhieren a una cultura, la pertenencia a una comunidad y las capacidades que individualmente los identifican.

El aislamiento de uno u otro de estos sistemas, sin acceso a él a través de la comunicación, es para Habermas el índice de su pérdida de legitimidad. Su encapsulamiento no sólo lo vuelve opaco para los otros sistemas, sino que asimismo le impide exhibir sus cartas de legitimidad en el proceso de la comunicación. Tal ocurre con la reducción culturalista del mundo de la vida en Alfred Schutz (que equivaldría al acervo de conocimientos que están a disposición), el exclusivismo de la integración social en E. Durkheim y T. Parsons y la contracción del mundo de la vida al proceso de adquisición de las habilidades sociales por los individuos en G.H. Mead, respectivamente. Por el contrario, en su mutuo sostenerse, la cultura aporta los valores legitimadores, la sociedad los traduce en normas de comportamiento y la persona extrae de ahí motivaciones que incorpora. Pero, ¿cómo la acción comunicativa verifica el trasvase entre los sistemas?, ¿de qué resortes dispone para que el mundo de la vida no se obture sistémicamente, como acontece, según Habermas, en las unilateralidades mencionadas?

La respuesta está en que la comunicación lingüística crea sus diferenciaciones valiéndose de los actos ilocutivos. Son actos a los que acompaña una instancia de cumplimiento o realización, ya en el hablante (te prometo, te apuesto...), ya en el oyente (te suplico, te ordeno...). De aquí que inmediatamente susciten la correspondiente expectativa, que hace de primer vínculo coordinador de las acciones entre los interlocutores²⁰. Pero, además, elevan una pretensión de validez para la que se pueden inquirir razones por parte del destinatario: ¿por qué prometes?, ¿por qué suplicas?... En tal medida invocan un saber previo que se vuelve disponible para la comunicación y que consiste en la estructura cultural del mundo de la vida. Pues el efecto ilocutivo no es provocado en el oyente inmediatamente, como el perlocutivo, sino a partir de las

20. «Al dar una orden Ego a Alter y éste aceptar la orden de Ego, se entienden ambos sobre algo en el mundo y de este modo coordinan sus acciones. Su comunicación sirve simultáneamente a la información y a la coordinación de sus acciones» (*op. cit.*, p. 392).

razones de validez por las que tiene sentido inquirir. La universalidad del acto ilocutivo en toda forma de comunicación —puesta de manifiesto por J. Austin— y su consiguiente extensión incluso a los enunciados provienen de que es un acto implicado pragmáticamente al hacer las aserciones (así, «sostengo» tal afirmación implica pragmáticamente que creo en su verdad...).

La acción comunicativa no podría hacerse pasar, por tanto, por un mero medio en orden a un fin particular inexpresado (como supuso Max Weber²¹), pero tampoco es un fin definido y aislable: de aquí que no pueda usar *ad libitum* de los sistemas como de medios ya constituidos y disponibles. Sólo queda que en la acción dialógica los sistemas se abran mutuamente, extrayendo los unos de los otros los cauces para su respectivo despliegue. La acción social comunicativa precisa, en efecto, de unos contextos sobreentendidos, de la coordinación en los comportamientos y de los actores motivados, bien entendido que estos tres factores no son compartimentos estancos, de los que el sistema total del mundo de la vida fuera la resultante. Más bien, en la acción exponen su virtualidad comunicativa porque el mundo de la vida que los organiza como componentes estructurales es también lo establecido con la comunicación.

El modo como el mundo de la vida es despejado en la comunicación es por anticipación sobre las acciones lingüísticas particulares de los participantes en ella. A través de sus tres sistemas se actualiza como *horizonte* para las acciones con que cada actor toma parte en la comunicación. Inversamente: la distorsión comunicativa se acrecienta a medida que se difumina el horizonte común anticipativo, en cualquiera de sus componentes estructurales²². Para Habermas las fijaciones del poder y del control económico entorpecen justamente el flujo de la comunicación. ¿En qué basa esta conclusión?

Cuando los canales de comunicación prescinden del lenguaje se arrumba el potencial ilocutivo y con él los criterios de legitimidad proporcionados por la acción comunicativa. Es lo que ocurre con el mercado y el poder²³, por ser medios que reducen su significación al ser medial, indefinidamente maleables para cualesquiera fines. Mientras el acuerdo mediante el lenguaje conlleva la posibilidad alternativa de disenso, los puros medios están, en cambio, exentos de tal riesgo, acre-

21. Véase la crítica de K.-O. APPEL, en «¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégico-teleológica?», en *Estudios éticos*, Barcelona, Alfa, 1986, pp. 27-103.

22. «Pues bien, la necesidad de entenderse y el riesgo de disenso crecen por unidad de acción en la medida en que los agentes comunicativos no se confían ya ingenuamente a la anticipación de consenso en el mundo de la vida» (HABERMAS, *op. cit.*, p. 393).

23. HABERMAS, J., «Erläuterung zum Begriff des kommunikativen Handelns», en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, p. 577.

ditando su validez exclusivamente en su funcionalidad. Su desgajamiento progresivo del mundo de la vida en las sociedades modernas y contemporáneas ha traído consigo el predominio de lo contable y de la administración burocrática, en condición de estructuras meramente acumulativas y vacías de sentido, según ya desenmascaró Weber. Las propiedades de mensurabilidad, capacidad de circulación y depositabilidad que caracterizan al dinero lo hacen idóneo para ser abstraído como puro medio respecto de la acción comunicativa²⁴. Estas mismas propiedades lastran, si bien en menor medida, al poder para que fluya en el curso de la comunicación.²⁵

En ambos casos, y por contraposición con la interacción regida lingüísticamente, la acción recíproca sobre los medios es de tipo estratégico u orientada al éxito en cada uno de sus usuarios, para lo cual cuenta con diversas alternativas variables. A propósito del dinero, quien detenta los medios puede ofrecerlos o no al destinatario, y a éste le caben la aceptación o el rechazo, sin que en ambas decisiones binarias tome parte la cooperación, sino sólo la rentabilidad que de ellos se espera. Y en el caso del poder, quedan como alternativas la obediencia y la resistencia, condicionadas por las sanciones que el que lo ejerce decide aplicar, sin que tampoco aquí se requiera la cooperación para conseguir el éxito en la acción. En cada uno de estos casos se entrecruzan dos acciones individuales teleológicas, dirigidas hacia el rendimiento y hacia la eficacia respectivamente.

Sin embargo, el dinero desempeña con mayor aptitud que el poder la función de simple medio por no precisar de legitimación, verificable argumentativamente, como la que cualifica a quien ostenta un cargo o autoridad. Igual que en la acción comunicativa, la legitimación significa aquí anticipación a las condiciones fácticas, basada en unas pretensiones normativas de validez, relativas en este caso al interés general de los fines que se persiguen con el ejercicio del poder²⁶.

Más alejados aún de la reducción a medios se encuentran el prestigio social y la autoridad moral, por cuanto no disponen para su eficiencia de recursos empíricos, como las sanciones y recompensas, sino que surten su efecto ilocutivamente, sobre la base de la coordinación en el mundo de la vida de las acciones lingüísticas respectivas. Mientras el efecto perlocutivo no admite universalización, el efecto basado en razones puede ser generalizado y en tal medida anticipado a los casos que lo ejemplifican. Es lo que sucede en los dos ejemplos mencionados. Pues ni los valores culturales ni las instituciones sociales en que se basan

24. Cfr. FERRER, U., «La igualdad como criterio determinante de lo justo», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, XI Jornadas de Estudio, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 121-132.

25. «Dinero y poder no se diferencian, pues, en las propiedades de medición, capacidad de circulación y depositabilidad tanto que el concepto de medio fuese completamente inaplicable al poder» (HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, p. 403).

26. «Sólo la referencia a fines colectivos susceptibles de legitimación instaaura en las relaciones de poder el equilibrio que en las relaciones de intercambio típicoideales está presente de antemano» (*op. cit.*, p. 406).

respectivamente la autoridad y el prestigio operan por sí solos sobre los agentes como medios controlables y autonomizados, al margen del entendimiento logrado mediante el uso ilocutivo del lenguaje ²⁷.

En suma: para Habermas el sentido se reconoce por su aptitud para ser intercambiado lingüísticamente y recibir así una validación universal. A diferencia de aquellas otras expresiones culturales que son sólo particulares, la lengua propia ejerce como vehículo universal, a la cual puede trasladarse todo sentido comprendido, ya forme parte de otras lenguas, ya esté institucionalizado bajo alguno de los *pattern* culturales (costumbres, tradiciones, pautas de comportamiento...). Esto trae consigo partir de la estructura reflexiva del lenguaje usual, anterior a la formación de los metalenguajes ²⁸. Desde ella se hace posible tanto la intercomunicación entre las distintas lenguas históricas como la unidad lingüística en medio de la pluralidad de juegos de lenguaje.

La acción legal no comunicativa queda vacía, en consecuencia, de un criterio de legitimación interno y definitivo, ya que la universalidad de las razones expuestas en la argumentación y la participación en ella de todos los comunicantes convierten en provisionales y subordinadas todas las otras formas de validez social. El presupuesto de esta tesis habermasiana reside en que la acción lingüística establezca por sí sola la rectitud en las conclusiones y —lo que es equivalente— que no haya un sentido previo a la comunicación y capaz de ser alumbrado en mayor o menor medida por ella, sin por esto dimanar de ahí ²⁹. La potenciación hasta estos extremos del lenguaje performativo corre así pareja con la devaluación de los fines que habrían de dar sentido a la acción política y económica, a los que se concede en todo caso un estatuto empírico precario, por no ser contrastables en el marco contrafáctico revalidante de la comunicación.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Resumamos el trayecto recorrido. Nos guiaba inicialmente la pregunta acerca de cómo enlazar un sentido a la acción legal anónima, tal como se manifiesta en la burocracia y en las leyes del mercado. En Weber el sentido lo asigna el observador externo al intercalar los tipos me-

27. «Formas generalizadas de comunicación, como la influencia y la vinculación con valores, exigen actos ilocutivos y permanecen por ello dependientes de los efectos vinculantes de un uso del lenguaje orientado al entendimiento» (*op. cit.*, p. 417).

28. «La reflexividad y objetividad son rasgos básicos de la lengua, así como también la creatividad e integración de la lengua en la praxis vital» (HABERMAS, J., «Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik», en *Hermeneutik und Dialektik*, p. 77). Sobre la postura de Gadamer al respecto, hasta cierto punto semejante, GADAMER, H.-G., «The Natur of Things and the Language of "Things"», en *Philosophical Hermeneutics*, University of California Press, 1977, pp. 69-81.

29. En otro lugar he mostrado la insuficiencia de la noción de sentido así entendida para legitimar toda acción (Cfr. FERRER, U., «Violencia y racionalidad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 421-430).

dios con los que aproximarse al acontecer históricosocial. Surgen así, entre otros, los constructos ideales recién mencionados, contrapuestos a los demás porque caracterizan una sección de la realidad carente de sentido interno, aquélla que corresponde a la acción social técnica o eficiente, cuando se prescinde de la conciencia del fin en sí y se atiende sólo a la productividad. En Schutz también es desde fuera de las leyes impersonales como se les presta significado en función de algún proyecto motivado, pero ahora es el propio agente que proyecta la acción quien la unifica como un todo, ya sea antes o después de su realización. El significado no es sólo objetivo, enmarcable en unas coordenadas válidas para cualquiera, sino que previamente es subjetivo, alojado en el sujeto que en vista de algún motivo encuadrable en el mundo de la vida socialmente compartido responde de su acción biográficamente intransferible. El avance del planteamiento de Habermas sobre los anteriores en relación con la cuestión del sentido de la acción social se cifra en que lo alberga en el potencial lingüístico intersubjetivo al que se debe la comunicación. Sólo se podría comprender el sentido que posibilita la comunicación tomando parte en ella, no adoptando una actitud meramente observacional³⁰. Pero, de este modo, aparece la divergencia entre acción comunicativa y acción estratégica u orientada al éxito, que versa sólo sobre los medios no traducibles lingüísticamente y queda por sí sola vacía de sentido. La discrepancia entre Schutz y Habermas remite al diferente concepto de mundo de la vida: para el segundo se integran en él las motivaciones de los actores y sus procesos de cooperación, además de los depósitos culturales ya constituidos o intersubjetivos, a los que se remitía Schutz de modo exclusivo para la tematización del mundo de la vida.

En el caso de Weber, el déficit de conceptualización se refiere, antes que a la ambigüedad subjetivo-objetiva del sentido, replicada por Schutz, a la propia acción, ya que queda en pie la pregunta acerca de cómo entender aquélla más acá del sentido que el observador le sobrepone: ¿qué significa asociar un sentido a la conducta, si previamente no sabemos qué es la conducta y si el sentido, por otra parte, es un *fictum* que le adviene a ésta desde fuera?³¹. Definir la acción por el sentido resulta ser una *petitio principii*.

Para Schutz la unidad del sentido depende de una dirección de la atención, necesaria para que el acto completo se constituya y unifique el conjunto de las vivencias o serie de la acción en transcurso. Sin embargo, la dilatación del sentido en los motivos-para y en los anónimos motivos-porque comporta su incardinación en el mundo de la vida, dotado de validez intersubjetiva presupuesta. Es así como el lugar que en Weber desempeña el sentido en relación con la acción lo traslada Schutz

30. HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, pp. 164-165.

31. Cfr. BUBNER, R., *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie*, Francfort, Suhrkamp, 1982, pp. 22-23.

al mundo de la vida, que está dado por supuesto en la acción social como conjunto cultural sedimentado anónimamente. De este modo, los conocimientos anónimos intersubjetivamente disponibles (entre los que se cuentan las leyes positivas y técnicas que usualmente seguimos) se actualizan cada vez que un agente los incorpora al proyecto originario con el que domina la situación.

Este planteamiento pasa por alto que lo que se pretende o proyecta no es la acción acabada o acto, al cual se añadieran los motivos, que le proveen de un contexto; más bien, el término de proyección es la acción por realizar estructuralmente motivada, de modo que durante la ejecución no se pierde la conciencia de la unidad de la acción, en la medida en que siguen operantes los motivos que la iniciaron. Las premisas de Schutz conducen a la extraña conclusión de que la ejecución no sería el cumplimiento de la acción, por cuanto ésta como un todo o acto completo sólo se constituye antes o después de su realización. Entiendo que sólo restableciendo la motivación en la acción en curso es posible mantener su unidad a lo largo de la temporalidad que la recorre.

Por último, para Habermas el sentido universal se vehicula a través de los actos performativos en los que transcurre la comunicación. Por contraposición a Schutz, no es un sentido con el que se proyecte la acción y que esté montado sobre las capas en que sedimenta el mundo de la vida, sino que resulta de la acción lingüística y se universaliza a partir de las pretensiones de validez universal que pragmáticamente identifican al lenguaje comunicativo. A este respecto, el problema al que específicamente se enfrentan las sociedades contemporáneas del capitalismo tardío reside en cómo realizar el acoplamiento entre los subsistemas político y económico, ambos en interacción, de una parte, y el mundo de la vida, debido a la acción comunicativa, del que aquéllos reciben la legitimación, de otra parte. Los resortes que se emplean para reinsentar los sistemas mediales en las motivaciones vitales, privadas y públicas, de los ciudadanos son la formación de la voluntad política mediante procedimientos democráticos y la corrección de los desajustes económicos generados por el capitalismo por parte del Estado social.

Sin embargo, Habermas advierte que estos procedimientos están hoy en precario. Se ha llegado con ellos a la segmentación del rol de ciudadano a través de la sola votación secreta, así como a la reducción del papel económico productivo de cada trabajador a la condición de cliente de un Estado benefactor, respectivamente. En otros términos: simultáneamente se privatiza el rol político, excluyendo de él la práctica comunicativa, y se hipertrofia el rol del consumidor, que disfruta de las ventajas del Estado social. Tanto uno como otro extremo equivalen a excluir de las formas de legitimación pública, vertidas comunicativamente, las actividades política y económica y a incurrir de nuevo en la disociación entre los subsistemas y el mundo de la vida. Tan pronto como la sociedad busca apoyo en el Estado, se desdibujan los límites entre ambas esferas, destruyéndose de este modo el ámbito de la publicidad social.

La legitimación de las acciones anónimas tiene que hacer frente hoy al crecimiento en complejidad de los subsistemas, capaces de absorber parcelas cada vez más amplias del mundo de la vida, así como a la correlativa fragmentación de la vida cotidiana en roles más y más específicos, que se prestan con ello a ser colonizados sistémicamente. Aparecen, por esto, formas inéditas contraculturales de reacción frente a la imposición sistémica³², que se presenta no ya como reificación del capital frente al trabajo, sino como funcionalización de los diversos sectores vitales. El estado actual de la contraposición entre sistemas y mundo de la vida entronca con la salvaguarda de las esferas privada y de opinión pública frente a los medios administrativos y burocráticos, tal como se planteaba ya en el siglo XVIII. A la evolución de las diversas formas de publicidad había dedicado Habermas sus primeras investigaciones.

La superación del estado de la llamada minoría de edad culpable se logra en el clímax de la Ilustración mediante la formación de una opinión pública, en la que cristalice el principio ilustrado del «¡sapere aude!». El libre intercambio que comporta es el equivalente, en el plano sociocultural, de la extensión del libre tráfico económico. Ambos son exponentes de la emancipación de la sociedad civil respecto del Estado. Pero también entonces aparecen, paralelamente al momento actual, las correspondientes limitaciones. Pues así como la igualdad formalmente presupuesta entre los ciudadanos se restringía en aquella época a quienes disponían de propiedad, tampoco la libre concurrencia de opiniones quedaba asegurada, toda vez que los particulares que las expresaban concurrían en desigualdad de condiciones económicas y políticas, imposibilitándose, de este modo, el acuerdo final proporcionado por el mejor argumento. Hoy estas dependencias se acentúan, al intervenir el Estado como un actor más en la escena de la asistencia social y haber dejado de ser, por tanto, el árbitro neutral ante todas las opiniones³³.

Recobrar el espacio de una opinión pública libre de dominio trae consigo, en opinión de Habermas, trazar con nitidez las fronteras entre lo público y lo privado, entre la acción comunicativa y las áreas reservadas a la racionalidad estratégica. La opinión pública recoge las diferenciaciones del mundo de la vida (escuela, familia, religión, ciencia, moral, arte...) y las proyecta sobre el espacio social, indefinidamente abierto por principio a través de los foros, escenas, arenas...³⁴.

32. Habermas se ha referido en sus últimas publicaciones, por ejemplo, a la sensibilidad pacifista, el feminismo, el despertar ecológico, la conciencia de los riesgos de cierta experimentación genética... como otras tantas expresiones surgidas de dominios vitales no colonizados sistémicamente (HABERMAS, J., «Zur Rolle der Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit», en *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992, pp. 460-461).

33. «Las formas de dirección de la opinión pública que aquí se han mencionado son tales que se apartan conscientemente del ideal de la publicidad» (HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Darmstadt, Luchterhand, 1969, p. 215).

34. HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, p. 436.

Su reproducción simbólica mediante la acción cooperativa es lo que impide que pueda traficarse con ella, empleándola como un medio estratégico. Más bien, no existen demarcaciones fijas entre su ámbito y el mundo de la vida, sino que la comunicación abierta canaliza el flujo de cuestiones que van del mundo de la vida al lugar público³⁵. Por el contrario, cuando los medios de control desvinculados del lenguaje — el dinero y el poder—, y que sirven a la mera subsistencia, se estancan, exentos de una ubicación vital que los legitime, la comunicación se bloquea, suplantando el juego aleatorio de las consecuencias al acuerdo obtenido comunicativamente. La reproducción social se confía entonces a las decisiones de los consumidores y de los electores políticos, que usurpan las funciones de los configuradores de una opinión pública libre y abierta³⁶. El desafío que sigue afrontando la publicidad es su sustracción a la influencia de los poderes económico y político para que, de modo inverso, sea ella la que, inserta en el mundo de la vida, se comporte como un poder genuino por cuyo cauce fluya la comunicación entre los ciudadanos.

La reducción de las acciones económica y política a medios estratégicos impide a Habermas encontrarles una justificación interna, asentada en fines específicos y en correspondencia con la capacidad previsor del hombre. La única garantía de legitimidad que les atribuye es sólo negativa, consistente en que no rebasen su propia condición medial, como acontece cuando corre a su cargo la disposición de las esferas del mundo de la vida que han de abrirse mediante la acción comunicativa. Lo cual se completa con la observación de Schutz de que las leyes anónimas no pueden por sí solas definir un proyecto de acción social. Así, pues, bajo distintos aspectos ambos autores han reivindicado para la acción provista de sentido la participación del sujeto singular, ya sea de modo performativo o proyectivo, de que de suyo carecen las acciones anónimas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ GÓMEZ, M., «Hermenéutica y racionalidad según las concepciones de Gadamer, Apel y Habermas», en *Aporía*, 4, 1982, pp. 5-33.
- ALVAREZ GÓMEZ, M., «Sobre la acción comunicativa en J. Habermas», en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 14, 1987, pp. 37-53.
- APEL, K.-O., «¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégico-teleológica?», en *Estudios éticos*, Barcelona, Alfa, 1986, pp. 27-103.

35. HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 442.

36. «Cuando las leyes del mercado, que dominan la esfera del intercambio de mercancías y del trabajo social, invaden también la esfera reservada a los ciudadanos privados como público, el razonamiento tiende a transformarse en consumo, y el marco de la comunicación pública se desmenuza en los actos, acuñados de modo uniforme, de la recepción individual» (*Strukturwandel...*, p. 177).

- BENDIX, R., *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Londres, Heinemann, 1960, 480 pp. (trad. cast.: *La Sociología de Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 1979, 462 pp.).
- BUBNER, R., *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie*, Francfort, Suhrkamp, 1982, 319 pp.
- FERRER, U., «La igualdad como criterio determinante de lo justo», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, XI Jornadas de Estudio, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 121-132.
- FERRER, U., «Violencia y racionalidad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 421-430.
- FREUND, J., *Sociologie de Max Weber*, Paris, P.U.F., 1967, 256 pp. (trad. cast.: *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Península, 1986, 261 pp.).
- GADAMER, H.-G., «The Natur of Things and the Language of "Things"», en *Philosophical Hermeneutics*, University of California Press, 1977, pp. 69-81.
- GRATHOFF, R., ed., *The Theory of Social Action: The Correspondence of Alfred Schutz and Talcott Parsons*, Indiana University Press, Bloomington, 1978.
- HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Vols, Francfort, Suhrkamp, 1981, 535 y 641 pp. (trad. cast.: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 Vols, Taurus, Madrid, 1987, 517 y 618 pp.).
- HABERMAS, J., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Francfort, 1984 (trad. cast.: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989, 507 pp.).
- HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Darmstadt, 1969, 310 pp. (trad. cast.: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981, 351 pp.).
- HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992, 667 pp.
- HABERMAS, J., «Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik», en *Hermeneutik und Dialektik*, Bubner, R., Kramer, K., Wiehl, R., eds., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1970, pp. 73-103.
- KASSAB, E.S., *The Theory of Social Action in the Schutz-Parsons Debate*, Friburgo (Suiza), Editions Universitaires, 1991.
- MOMSEN, W.J., OSTERHAMMEL, J., eds., *Max Weber and his Contemporaries*, Londres, German Historical Institute, 1987, 591 pp.
- PEUKERT, D.J.K., *Max Webers Diagnose der Moderne*, Gotinga, Kleine Vandenhoeck, 1989, 139 pp.
- RABOTNIKOF, N., *Max Weber: Desencanto, Política y Democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 245 pp.
- SCHUTZ, A., *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, Francfort, Suhrkamp, 1993, 353 pp. (trad. cast.: *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 279).
- SCHUTZ, A., «The Problem of Rationality in the Social World», *Collected Papers II*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1976, pp. 64-88 (trad. cast.: «El problema de la racionalidad en el mundo social», en *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Amorrortu, pp. 70-91).
- SCHUTZ, A., «The Stranger» *Collected Papers II*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1976, pp. 91-105 (trad. cast.: «El forastero. Ensayo de Psicología social», en *Estudios sobre teoría social*, pp. 95-107).
- SCHUTZ, A., «The Well-informed Citizen. An Essay on the Social Distribution of Knowledge», en *op. cit.*, pp. 120-134 (trad. cast.: «El ciudadano bien informado. Ensayo sobre la distribución social del conocimiento», en *op. cit.*, pp. 120-132).

- SCHUTZ, A., «Santayana on Society and Government», en *op. cit.*, pp. 201-225 (trad. cast.: *op. cit.*, «Las concepciones de Santayana sobre la sociedad y el gobierno», en *op. cit.*, pp. 189-209).
- SCHUTZ, A., LUCKMANN, Th., *Strukturen der Lebenswelt I*, Francfort, Suhrkamp, 1994, 396 pp.
- WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1980, 945 pp. (trad. cast.: *Economía y sociedad. Ensayo de Sociología comprensiva*, México, F.C.E., 1979, 1237 pp.).
- WEBER, M., *Methodologische Schriften*, Winckelmann, J., ed., Francfort, Suhrkamp, 1968.
- WEBER, M., «Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus», en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie der Religion*, Vol. I, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, pp. 23-167 (trad. cast.: «La Etica protestante y el espíritu del capitalismo», en *Ensayos sobre Sociología de la Religión*, I, Madrid, Taurus, 1983, pp. 17-206).
- WELZ, F., *Kritik der Lebenswelt. Eine soziologische Auseinandersetzung mit Husserl und Schutz*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995.
- WHIMSTER, S., LASH, S., eds, *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres, Allen & Unwin, 1987, 394 pp.

2. TEORIA DEL DERECHO

Validez y theticidad

Por CARLOS ALARCON CABRERA y ANDREA ROSSETTI

Sevilla-Pavía

«Dos son los únicos caminos de investigación que se pueden pensar; uno: que es y que no es posible no ser; el otro: que no es y que es necesario no ser».

Parménides

SUMARIO: 1. Validez deóntica en Conte. 1.1. Cuatro acepciones de «norma». 1.2. Tipología de la validez deóntica. 1.2.1. Validez sintáctica de status deónticos. 1.2.2. Validez semántica de enunciados deónticos. 1.2.3. Validez pragmática de actos deónticos. 1.3. Thético y athético en la tipología de la validez deóntica. 2. Validez semántica y theticidad. 2.1. Asimetría del concepto de validez semántica. 2.2. Dos tentativas para restaurar la simetría. 2.2.1. Primera tentativa. 2.2.2. Segunda tentativa. 3. Validez pragmática y theticidad. 3.1. Thético y athético vs. praxeológico y praxeonómico. 3.2. Tetracotomía de la validez pragmática. 3.3. Autoreferencia en el concepto de validez pragmática.

1. VALIDEZ DEONTICA EN CONTE

En el presente trabajo trataremos de estudiar las relaciones entre validez y theticidad en la tipología contiana de la validez.

En el epígrafe 1 expondremos los conceptos de norma y de validez propuestos por Conte.

En el epígrafe 2 analizaremos la asimetría del concepto de validez semántica.

En el epígrafe 3 analizaremos la simetría del concepto de validez pragmática.

1.1. Cuatro acepciones de «norma»

En *Studio per una teoria della validità*¹, 1970, Conte formuló la siguiente pregunta²: ¿De qué cosa se predica la validez que es precisamente el objeto de la teoría de la validez? Como respuesta a esta pregunta, Conte elaboró una tetracotomía de los conceptos de norma basándose en la distinción, propia de la lingüística, entre «enunciado» («sentence»), «enunciación» («utterance») y «proposición» («proposition»). He aquí la tetracotomía de Conte:

- (i) «norma» como enunciado deóntico;
- (ii) «norma» como acto de enunciación de un enunciado deóntico;
- (iii) «norma» como proposición deóntica expresada por un enunciado deóntico;
- (iv) «norma» como *status* deóntico, como estado de cosas extralingüístico al que hace referencia una proposición deóntica.

1.2. Tipología de la validez deóntica

En *Mínima deóntica*, 1988, Conte desarrolla su concepto de validez deóntica. Partiendo del análisis del término «validez» en los sintagmas «validez de una derogación» y «derogación de validez»³, distingue tres conceptos de validez deóntica: validez sintáctica, validez semántica, validez pragmática.

1. Antes que en *Studio per una teoria della validità*, 1970, Conte se había ocupado ya del problema de la validez en trabajos como: *Un saggio filosofico sopra la logica deontica*, 1965; *Ordinamento giuridico*, 1966; *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967; *Primi argomenti per una critica del normativismo*, 1968.

2. En *Studio per una teoria della validità* (p. 331), Conte formula también otras dos preguntas:

(i) ¿Qué concepto de norma es metafísicamente más neutral y metodológicamente más fecundo para analizar el problema de la validez de las normas?

(ii) ¿Cuál es el objeto y cuál es el sujeto de los juicios de validez?

3. Entre *Studio per una teoria della validità*, 1970, y *Minima deontica*, 1988, Conte estudia el problema de la validez en trabajos como *Ricerca d'un paradosso deontico*, 1974; *Validità*, 1974; *Esperimente mit der Fachsprache der Deontik*, 1975; *Codici deontici*, 1976; *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache*, 1977; *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, 1977; *Parerga leibnitiana*, 1978; *Deontico vs. dianoetico*, 1986; *Tre domande sull'abrogazione*, 1987.

De hecho, en *Minima deontica* Conte no estudia la validez deóntica en sí misma, sino sus condiciones de posibilidad y las posibles formas de cualquier discurso posible sobre la validez deóntica ⁴.

Los tres conceptos de validez son los vértices de lo que Conte llama (en referencia a la teoría semiótica) el triángulo deóntico.

1.2.1. Validez sintáctica de status deónticos

La validez sintáctica se predica de status deónticos. Es la validez dependiente de las reglas constitutivas del ordenamiento, reglas que condicionan la validez de los status deónticos en y por el ordenamiento.

La validez sintáctica puede ser validez sintáctica thética o validez sintáctica athética:

La validez sintáctica thética de un status deóntico es la validez que es el producto de un acto deóntico (por ejemplo, la validez de un status deóntico «puesta» por un acto de legislación).

La validez sintáctica athética de un status deóntico es la validez que no es el producto de un acto deóntico (por ejemplo, la validez «no puesta» de un status deóntico consuetudinario) ⁵.

1.2.2. Validez semántica de enunciados deónticos

La validez semántica se predica de enunciados deónticos. Es el «análogo» deóntico de la verdad de los enunciados apofánticos: del mismo modo que los enunciados apofánticos son verdaderos o falsos, los enunciados deónticos son válidos o inválidos. La validez es la «Be-deutung» deóntica de los enunciados deónticos ⁶.

4. Cfr. AMEDEO G. CONTE, *Prefazione a Filosofia del linguaggio normativo II*. Studi 1982-1994, 1995.

5. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, pp. 435-437 y 454-461. Sobre el concepto de validez sintáctica, cfr. AMEDEO G. CONTE, *Validità athetica*, 1990; GIAM-PAOLO M. AZZONI, *Cognitivo e Normativo: il Paradosso delle Regole Tecniche*, 1991, pp. 27-33; PAOLO DI LUCIA, *Deontica in von Wright*, 1992, pp. 30 ss.; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Validità sintattica vs. invalidità sintattica in Theodor Geiger*, 1994; AMEDEO G. CONTE. / CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Deóntica de la validez*, 1995.

6. Sobre la evolución del concepto de validez semántica en Conte, cfr. AMEDEO G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967; *Primi argomenti per una critica del normativismo*, 1968; *Ricerca d'un paradosso deontico*, 1974; *Esperimente mit der Fachsprache der Deontik. Kritisches zur Sprache der Semantik der normativen Sprache*, 1975; *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache*, 1977; *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, 1977; *Deontico vs. dianoetico*, 1986; *Deóntica de la negación en Jerzy Szttykgold*, 1995.

La validez semántica puede ser validez semántica thética o validez semántica athética ⁷.

La validez semántica thética es la validez de un enunciado deóntico que consiste en su correspondencia con un *status* deóntico théticamente constituido a través de la enunciación del propio enunciado deóntico.

La validez semántica athética es la validez de un enunciado deóntico que consiste en su correspondencia con un *status* deóntico preexistente a la enunciación del enunciado deóntico ⁸.

1.2.3. Validez pragmática de actos deónticos

La validez pragmática se predica de actos deónticos y es relativa a condiciones. Puede ser validez pragmática thética o validez pragmática athética.

La validez pragmática thética (praxeonómica) es la validez de un acto relativa a condiciones extrínsecas a la estructura del propio acto.

La validez pragmática athética (praxeológica) es la validez de un acto relativa a condiciones intrínsecas a la estructura del acto (en cierto sentido, la validez praxeológica es condición necesaria de validez praxeonómica) ⁹.

1.3. Thético y athético en la tipología de la validez deóntica

En la tipología contiana de la validez deóntica, los términos «thético» y «athético» juegan un papel fundamental.

7. En *Validità semantica en deontica*, 1992, GIAMPAOLO M. AZZONI distingue dos acepciones diferentes del sintagma «validez semántica». En la primera acepción, el sintagma denota el concepto de validez semántica como verdad deóntica. En la segunda acepción, el sintagma denota el concepto de validez semántica como «análogon» deóntico de la verdad.

8. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, pp. 446-452. Sobre el concepto de validez semántica, *cfr.* GEORGES KALINOWSKI, *Le probleme de la vérité en morale et en droit*, 1967; JUAN RAMÓN CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, 1968; AMEDEO G. CONTE, *Ricerca d'un paradosso deontico*, 1974; CARLOS COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, 1954; DORA SÁNCHEZ GARCÍA, *Definición de la norma verdadera*, 1986; ROBERTO J. VERNENGO, *Sobre algunos criterios de verdad normativa*, 1986; STEFANO RADICE, *Regole costitutive e sillogismo normativo*, 1992; GIAMPAOLO M. AZZONI, *Validità semantica in deontica*, 1992; CARLOS I. MASSINI CORREAS, *Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa*, 1993; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja de Lewis Carroll*, 1993; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Validità semantica e sillogismo normativo*, 1995.

9. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, pp. 431-437. Sobre el concepto de validez pragmática, *cfr.* MARIA-ELISABETH CONTE, *La pragmática lingüística*, 1983; MARIA-ELISABETH CONTE, *Délocutivité, Performativité, Contreperformativité*, 1984; AMEDEO G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, 1986; AMEDEO G. CONTE, *Forma performativa*, 1994; AMEDEO G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, 1994; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Validez pragmática. Una discusión con A.G. Conte*, 1993; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Normas y paradojas*, 1993; ANDREA ROSSETTI, *Performativi in Jean-Louis Gardies: verità, verificabilità, vero-funzionalità*, 1994; CARLOS ALARCÓN CABRERA, *El concepto deóntico de validez pragmática*, 1995.

El término «thético» es un término introducido por Conte en este contexto con un significado similar al que Friedrich A. von Hayek atribuía al término «thesis»¹⁰.

Conforme a lo expuesto en el epígrafe 1.2., «thético» y «athético» se predicán de tres entidades diferentes:

- (i) Cuando se habla de validez sintáctica, la theticidad se predica de la validez del *status* deóntico en sí misma.
- (ii) Cuando se habla de validez semántica, la theticidad se predica del *status* deóntico al que hace referencia el enunciado deóntico.
- (iii) Cuando se habla de validez pragmática, la theticidad se predica de las reglas a las que es relativo el acto deóntico.

En el presente trabajo trataremos de mostrar la ambigüedad de algunas interpretaciones de los conceptos de validez semántica thética y de validez semántica athética, y de los conceptos de validez pragmática thética (praxeonómica) y validez pragmática athética (praxeológica).

2. VALIDEZ SEMANTICA Y THETICIDAD

Como señala Conte, que exista una *validez* semántica de *enunciados deónticos*, y que esta validez semántica sea el «análogo» deóntico de la verdad de los enunciados apofánticos, son dos tesis cuyas presuposiciones e implicaciones parecen cuestionables, pero no por ello debe dejar de teorizarse sobre ellas¹¹.

2.1. Asimetría del concepto de validez semántica

Según la teoría de la validez semántica thética, la validez semántica (verdad deóntica) de un enunciado deóntico consiste en su correspondencia con un *status* deóntico théticamente constituido a través de la enunciación thética del propio enunciado deóntico.

La validez pragmática (en y por un ordenamiento «S») de la enunciación thética de un enunciado deóntico condiciona la validez sintáctica (en y por «S») del *status* deóntico «puesto» por el acto deóntico, que a su vez condiciona la validez semántica (en y por «S») del enunciado deóntico. El «prius», recalca Conte, es para esta teoría la validez pragmática.

10. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, p. 448 y nota 14.

11. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, pp. 447-448.

Conte no denomina «validez semántica thética» a la validez relativa a *status* deónticos «puestos» (genéricamente); denomina «validez semántica thética» a la validez relativa a *status* deónticos «puestos» (específicamente) por el mismo enunciado del que se predica la propia validez semántica thética.

Según la teoría de la validez semántica athética, la validez semántica (verdad deóntica) de un enunciado deóntico consiste en la correspondencia del enunciado deóntico con un *status* deóntico constituido previamente a la enunciación thética del propio enunciado; en palabras de Kalinowski, en su correspondencia con la «realidad deóntica».

La validez semántica athética se predica tanto de enunciados deónticos que hacen referencia a *status* deónticos athéticos, como de enunciados deónticos que hacen referencia a *status* deónticos théticos puestos por un enunciado distinto de aquél del que se predica la validez semántica athética.

Un fenómeno similar no se verifica para los restantes dos conceptos de validez deóntica: la validez pragmática y la validez sintáctica.

Proponemos ahora dos modos diferentes de combatir esta asimetría que afecta al concepto de validez semántica.

2.2. Dos tentativas para restaurar la simetría

2.2.1. Primera tentativa

La primera tentativa consiste en un experimento mental mediante el cual trataremos de reproducir, respecto a la validez pragmática y respecto a la validez sintáctica, un fenómeno análogo al de la verificación de un enunciado a través de su enunciación, fenómeno que se produce respecto a la validez semántica ¹².

2.2.1.1. Siguiendo la definición de la validez semántica thética, podría construirse la siguiente definición análoga de la validez pragmática thética: «La validez pragmática thética de un acto es la validez relativa a reglas théticamente constituidas por el propio acto». El acto pone las reglas de su propia validez.

Cuestionarse si esta definición (que a primera vista puede parecer paradójica) es posible equivale a preguntarse: ¿puede un acto poner las condiciones de su propia validez? (No es necesario especificar que esas condiciones son condiciones de validez pragmática: el concepto de acto selecciona el concepto de validez pragmática). Las respuestas a esta pregunta se examinarán en el epígrafe 3.3.

12. Cfr. AMEDEO G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, 1967, pp. 119-120; *Primi argomenti per una critica del normativismo*, 1968, pp. 23-24; *Aspetti della semántica del linguaggio deóntico*, 1977, pp. 150-151.

2.2.1.2. Respecto a la validez sintáctica, no se puede construir una definición análoga a la definición de la validez semántica thética, porque validez sintáctica y validez semántica son estructuralmente heterogéneas. La validez sintáctica no consiste en una relación, no puede ser representada por una función con dos argumentos del tipo $G(x, y)$, como sí ocurre en relación con la validez semántica y en relación con la validez pragmática. Los conceptos de validez semántica y de validez pragmática son conceptos inconmensurables respecto al concepto de validez sintáctica.

2.2.2. Segunda tentativa

La segunda tentativa consiste en modificar parcialmente (no el concepto, sino) la teoría (teoría en la que se basa el concepto) de la validez semántica thética expuesta por Conte en *Minima deóntica*.

2.2.2.1. Según esta teoría alternativa de la validez semántica thética, la validez semántica (verdad deóntica) thética de un enunciado deóntico consistiría en su correspondencia con un *status* deóntico (*thético* o *athético*) sintácticamente válido en y por un ordenamiento (en términos iuspositivistas: «con un *status* deóntico válido de acuerdo con el derecho positivo»).

Entonces, la validez pragmática de una enunciación thética de un enunciado deóntico no condicionaría necesariamente su validez semántica thética, que podría predicarse del enunciado deóntico («deontic sentence») aunque no existiera ninguna enunciación deóntica («deontic utterance») del mismo. El «prius» no sería la validez pragmática, sino la validez sintáctica (*thética* o *athética*).

Correlativamente, la validez semántica (verdad deóntica) athética de un enunciado deóntico consistiría en su correspondencia con la «realidad deóntica» (en términos iusnaturalistas: «con un *status* deóntico válido de acuerdo con el derecho natural»).

2.2.2.2. Ateniéndonos a esta teoría alternativa de la validez semántica thética, la theticidad de la validez semántica de un enunciado deóntico no estaría condicionada por la theticidad de la validez sintáctica del *status* deóntico correspondiente: un enunciado deóntico correspondiente a un *status* deóntico *athéticamente* válido podría poseer validez semántica *thética*.

Si el deber de hacer «p», en y por el ordenamiento «S», es válido aunque no haya sido «puesto» por un acto de normación pragmáticamente válido (si es un *status* deóntico *athéticamente* válido), ello no excluye que sea «deónticamente verdadero» (que posea validez semántica *thética*) el enunciado deóntico «En y por el ordenamiento “S”, debe hacerse “p”», aunque de dicho enunciado (de dicho «sentence») no haya existido ninguna enunciación (ningún «utterance»).

Por ejemplo, si el deber de los alumnos de ponerse en pie a la entrada del profesor, en y por el ordenamiento universitario, es válido aunque no haya sido puesto por un acto de normación pragmáticamente válido (si es un *status* deóntico *athéticamente* válido), ello no excluye que sea «deónticamente verdadero» (que posea validez semántica *thética*) el enunciado deóntico «En y por el ordenamiento universitario, los alumnos deben ponerse en pie a la entrada del profesor», aunque de dicho enunciado no haya existido ninguna enunciación.

3. VALIDEZ PRAGMATICA Y THETICIDAD

Como se ha señalado en el epígrafe 1.2.3., la validez pragmática de un acto depende de condiciones. Conte distingue entre *condiciones* de validez praxeonómicas (condiciones puestas «ab extra») y *condiciones* de validez praxeológicas (condiciones inherentes al propio concepto del acto) ¹³.

3.1. Thético y athético vs. praxeonómico y praxeológico

En *Minima deontica*, la oposición thético vs. athético se utiliza como interpretación de la oposición praxeonómico vs. praxeológico. La dicotomía validez pragmática thética vs. validez pragmática athética es una interpretación de la distinción entre validez pragmática praxeonómica y validez pragmática praxeológica. Pero para que esta interpretación sea correcta es necesario que exista equivalencia extensional entre «praxeonómico vs. praxeológico» y «thético vs. athético».

Las dos parejas de conceptos no parecen extensionalmente equivalentes:

- (i) La validez praxeonómica (relativa a condiciones extrínsecas a la naturaleza del acto) no implica la naturaleza de tales condiciones, que pueden ser théticas o athéticas, que pueden estar «puestas» o «no puestas».

13. AMEDEO G. CONTE, *Minima deontica*, 1988, p. 446.

- (ii) Análogamente, la validez praxeológica (relativa a condiciones intrínsecas a la naturaleza del acto) no implica la naturaleza de tales condiciones, que, asimismo, pueden ser théticas o athéticas, pueden estar «puestas» o «no puestas».

3.2. Tetracotomía de la validez pragmática

La distinción en términos de condición efectuada en el epígrafe 3.1. es relevante para la teoría de la validez porque provocaría una tetracotomía de la validez pragmática. Cuatro serían las especies de validez pragmática:

- (i) Validez praxeonómica thética.
- (ii) Validez praxeonómica athética.
- (iii) Validez praxeológica thética.
- (iv) Validez praxeológica athética.

Proponemos cuatro ejemplos para cada uno de los cuatro conceptos ¹⁴. Hacen referencia al acto del contrato de compraventa de un bien inmueble:

- (i) Una condición de validez *praxeonómica thética* es puesta por el artículo 1280 del Código civil español (artículo que pertenece al Capítulo ilustrativamente titulado «De la eficacia de los contratos»): «El contrato debe hacerse constar por escrito en documento público».
- (ii) Una (hipotética) condición de validez *praxeonómica athética*: el contrato no puede estar escrito a mano; debe estar escrito a máquina (existe la norma no escrita, seguida por ciudadanos y jueces, según la cual el contrato escrito a mano no es válido).

14. En CARLOS ALARCÓN CABRERA, *Validez pragmática. Una discusión con A.G. Conte*, 1993, se propone una tipología de la validez pragmática basada (no en el concepto de condición, sino) en el concepto de regla: (i) validez *praxeonómico-eidética*, validez determinada por reglas eidético-constitutivas (y por las reglas anankásticas praxeonómicas que las presuponen); (ii) validez *praxeonómico-anankástica*, validez determinada por reglas anankástico-constitutivas (y por las reglas anankásticas praxeonómicas que presuponen las condiciones necesarias puestas por las reglas anankástico-constitutivas).

(Cfr. GIUSEPPE LORINI, *Anankastico in deontica*, 1993, pp. 34 ss.).

- (iii) Una condición de validez *praxeológica thética* es puesta por el artículo 1272 del Código civil español (artículo que pertenece al Capítulo ilustrativamente titulado «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos»): «No podrán ser objeto de contrato las cosas imposibles».
- (iv) Una condición de validez *praxeológica athética*: En el contrato debe mencionarse el bien que se vende.

3.3. Autoreferencia en el concepto de validez pragmática

Retomemos la pregunta formulada en el epígrafe 2.2.1.: ¿Puede un acto poner las condiciones de su propia validez?, ¿es posible respecto a la validez pragmática un fenómeno análogo al de la verificación de un enunciado a través de su enunciación (fenómeno que se produce respecto a la validez semántica)?

En el contexto de la tetracotomía de la validez pragmática expuesta en el epígrafe 3.2., esta pregunta se ramifica en dos:

- (i) ¿Puede un acto poner las condiciones de su propia validez praxeológica thética (condiciones inherentes a la propia estructura del acto)?
- (ii) ¿Puede un acto poner las condiciones de su propia validez praxeológica athética (condiciones no inherentes a la propia estructura del acto)?

Proponemos dos ejemplos para la hipotética contestación afirmativa a cada una de las dos preguntas:

- (i) Un ejemplo de un acto que pone condiciones de su propia validez praxeológica thética podría ser el acto de promulgación de la siguiente norma constitucional: «La creación o reforma de toda norma constitucional, incluida la presente, debe ser aprobada por una mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras» (condición establecida en términos no idénticos por el artículo 167.1 de la Constitución española ¹⁵).

15. Cfr. CARLOS ALARCÓN CABRERA, *El «puzzle» constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas*, 1993, *Normas y paradojas*, 1993, pp. 51 ss.; *Constitutive Constitutional Reform*, 1995.

- (ii) Un ejemplo de un acto que pone condiciones de su propia validez praxeológica thética podría ser el acto de promulgación de la siguiente norma: «La promulgación de una norma es válida si la norma ya no es válida».

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Validez pragmática. Una discusión con A.G Conte*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 70 (1993), pp. 341-354.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *El «puzzle» constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas*. «Doxa», 13 (1993), pp. 215-234.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Normas y paradojas*. Madrid, Tecnos, 1993.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Validità sintattica vs. invalidità sintattica in Theodor Geiger*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 71 (1994), pp. 373-384.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja de Lewis Carroll*. «Anuario de filosofía del derecho», 10 (1993), pp. 275-289. Reedición con modificaciones en: «Theoria», 9 (Mayo 1994). pp. 123-134.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *El concepto deóntico de validez pragmática*. En: Escalona, Gaspar / Ayllón, Jesús / Gayo, M.^a Eugenia (eds.), *La teoría y la filosofía del derecho en el mundo actual. Homenaje al Profesor Fernández-Galiano*. Madrid, Uned, 1995, pp. 17-28.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Constitutive Constitutional Reform*. «Ratio Juris», 8 (1995).
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Validità semantica e sillogismo normativo*. «Materiali per una storia della cultura giuridica», 25 (1995), pp. 209-221.
- AZZONI, GIAMPAOLO M., *Cognitivo e normativo*. Milano, Franco Angeli, 1991.
- AZZONI, GIAMPAOLO M., *Validità semantica in deontica*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 166-177.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan R., *El derecho como lenguaje*. Barcelona, Ariel, 1968.
- CONTE, AMEDEO G., *Un saggio filosofico sopra la logica deontica*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42 (1965), pp. 564-577. Reedición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 1-16.
- CONTE, AMEDEO G., *Ordinamento giuridico*. En: *Novissimo digesto italiano*. Torino, UTET, vol. XII, 1966, pp. 45-54.
- CONTE, AMEDEO G., *In margine all'ultimo Kelsen*. «Studia ghisleriana», serie I, 4 (1967), pp. 113-125. Reedición con algunas modificaciones en: Guastini, Riccardo (ed.), *Problemi di teoria del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 197-208. Reedición de la segunda edición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 17-30.
- CONTE, AMEDEO G., *Primi argomenti per una critica del normativismo*. Pavia, Tipografía del libro, 1968.
- CONTE, AMEDEO G., *Studio per una teoria della validità*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 47 (1970), pp. 331-354. Reedición con algunas modificaciones en: Guastini, Riccardo (ed.), *Problemi di teoria del diritto*. Bologna, Il Mulino, pp. 325-342. Reedición de la segunda edición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 55-74.

- CONTE, AMEDEO G., *Ricerca d'un paradosso deontico*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 51 (1974), pp. 481-511. Reedición: Conte, Amedeo G., *Ricerca d'un paradosso deontico*. Pavia, Tipografía del libro, 1974. Segunda reedición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 75-116.
- CONTE, AMEDEO G., *Validità*. En: *Novissimo digesto italiano*. Torino, UTET, vol. XX, 1975, pp. 418-425. Reedición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 117-145.
- CONTE, AMEDEO G., *Experimente mit der Fachsprache der Deontik*. En: Petöfi, János S. / Podlech, Adalbert / Savigny, Eike von (eds.), *Fachsprache-Umgangssprache*. Kronberg im Taunus, Scriptor Verlag, 1975, pp. 225-244.
- CONTE, AMEDEO G., *Codici deontici*. En: *Intorno al «codice»*. Atti del terzo convegno della AISS Associazione italiana di studi semiotici (Pavia, 1975). Firenze, La Nuova Italia, 1976, pp. 13-25.
- 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.
- CONTE, AMEDEO G., *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*. En: di Bernardo, Giuliano (ed.), *Logica deontica e semantica*. Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 147-175. Reedición en: Conte, Amedeo G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 171-191.
- CONTE, AMEDEO G., *Parerga leibnitiana*. En: Maretti, Enrico / Ciampi, Costantino / Martino, Antonio Anselmo (eds.), *Logica, informatica, diritto. I*. Firenze, Le Monnier, 1978, pp. 217-255.
- CONTE, AMEDEO G., *Fenomeni di fenomeni*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 63 (1986), pp. 29-57.
- CONTE, AMEDEO G., *Deontico vs. dianoetico*. «Materiali per una storia della cultura giuridica», 16 (1986), pp. 489-494. Traducción española de Carlos Alarcón Cabrera: *Deóntico vs. dianoético*. En: Conte, Amedeo G. / Alarcón Cabrera, Carlos, *Deóntica de la validez*. Madrid, Tecnos, 1995.
- CONTE, AMEDEO G., *Tre domande sull'abrogazione*. En: Luzzati, Claudio (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*. Milano, Giuffrè, 1987, pp. 39-45.
- CONTE, AMEDEO G., *Minima deontica*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 65 (1988), pp. 427-475.
- CONTE, AMEDEO G., *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*. Torino, Giappichelli, 1989, pp. 17-30.
- CONTE, AMEDEO G., *Validità athetica*. En: Castignone, Silvana (ed.), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Milano, Giuffrè, vol. 2, 1990, pp. 163-176. Traducción española de Carlos Alarcón Cabrera: *Validez athética*. Doxa, 17-18 (1995).
- CONTE, AMEDEO G., *Forma performativa*. Traducción española de Carlos Alarcón Cabrera. «Anuario de filosofía del derecho», 11 (1994), pp. 381-392.
- CONTE, AMEDEO G., *Performativo vs. normativo*. En: Scarpelli, Uberto / Di Lucia, Paolo (eds.), *Il linguaggio del diritto*. Milano, LED, 1994, pp. 247-263.
- CONTE, AMEDEO G., *Deóntica de la negación en Jerzy Szytykgold*. «Theoria», 10 (Enero 1995), pp. 163-190.
- CONTE, AMEDEO G., *Filosofia del linguaggio normativo II. Studi 1982-1994*. Torino, Giappichelli, 1995.
- CONTE, AMEDEO G. / ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Deóntica de la validez*. Madrid, Tecnos, 1995.
- CONTE, Maria-Elisabeth, *La pragmatica linguistica*. En: Segre, Cesare (ed.), *Intorno alla linguistica*. Milano, Feltrinelli, 1983, pp. 94-128.

- CONTE, Maria-Elisabeth, *Délocutivité, performativité, contreperformativité*. En: Serbat, Guy (ed.), *E. Benveniste aujourd'hui*. Tome I. París, Société pour l'Information grammaticale, 1984, pp. 65-76.
- COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires, Losada, 1954.
- DI LUCIA, Paolo, *Deontica in von Wright*. Milano, Giuffrè, 1992.
- KALINOWSKI, Georges, *Le problème de la vérité en morale et en droit*. Lyon, Vitte, 1967.
- LORINI, *Anankastico in deontica*. Tesi di laurea, Pavia, 1993.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa*. «Anuario de filosofía del derecho», 10 (1993), pp. 325-345.
- RADICE, Stefano A., *Regole costitutive e sillogismo normativo*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 419-429.
- ROSSETTI, Andrea, *Performativi in Jean-Louis Gardies: verità, verificabilità, vero-funzionalità*. «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 71 (1994), pp. 462-492.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Dora, *Definición de la norma verdadera*. «Theoria», 2 (1986), pp. 535-546.
- VERNENGO, Roberto J., *Sobre algunos criterios de verdad normativa*. «Doxa», 3 (1987), pp. 233-242.

La imperatividad del Derecho

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

La formulación del concepto del Derecho ha sido una de las preocupaciones fundamentales de la mayoría de las corrientes del pensamiento jurídico. Con mayor o menor éxito todas ellas han tratado de descubrir los elementos típicos y característicos del fenómeno jurídico. Entre esos elementos la imperatividad ha desempeñado un papel de singular relevancia tanto en sentido positivo como negativo. Quiero decir con ello que con independencia de que se defienda la imperatividad como nota característica del Derecho o, por el contrario, se niegue su existencia, en ambos casos aparece como una noción central para la explicación de la realidad jurídica. En cualquier caso, lo primero que habría que decir es que el concepto de imperatividad no tiene unos perfiles precisos y por eso el esclarecimiento de esta noción se presenta como una tarea preliminar. No pretendo ser original entre otras razones porque el asunto ha sido ya ampliamente debatido. Mi intención es mucho más modesta pero en todo caso sí me parece importante clarificar algunos aspectos en los que todavía reina una gran confusión.

Antes de proseguir quisiera hacer algunas advertencias en relación con lo que se dirá más adelante. No es mi intención analizar las diferentes teorías imperativistas y antiimperativistas que se han formulado a lo largo de la historia ¹.

1. Una exposición clara de todas estas teorías puede encontrarse en BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, trad. E. Rozo Acuña, pp. 81-112; SORIANO, R., *Compendio de teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel (2.^a ed.), 1993 p. 27-70. También MIGLIORI, P.S., «Sulla imperatività delle norme giuridiche» *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1933, pp. 364-385.

No niego que esta investigación carezca de interés pues sirve para situar el problema. Pero lo verdaderamente importante es determinar en qué consiste la imperatividad y cómo se manifiesta en el Derecho. Adelanto desde ahora que voy a mantener una posición imperativista lo cual no supone aceptar alguna de las teorías que se han defendido hasta el momento. En este sentido creo que todavía no se ha demostrado convincentemente que «el imperativismo es intrínsecamente absurdo y estéril como explicación»². Es cierto que algunas teorías imperativistas han sido criticadas en parte —y, probablemente, con mucha razón— pero el imperativismo como tal conserva todo su valor³. Una prueba de ello es que la mayoría de las doctrinas defienden esta característica como típica del Derecho. En este asunto el criterio de la mayoría no puede utilizarse como argumento suficiente para la defensa de la tesis pero parece que ese acuerdo mayoritario tiene, cuando menos, carácter indicativo.

Desde finales del XIX hasta nuestros días existe un consenso bastante generalizado a la hora de afirmar que el Derecho se expresa en forma imperativa. Utilizando las palabras de Thon —considerado el padre del imperativismo jurídico moderno— podría decirse que «todo el Derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos, que están tan estrechamente ligados entre sí que la desobediencia a unos constituye el presupuesto de lo que es ordenado por los otros»⁴. En esta definición se insiste en un aspecto que me parece fundamental para la correcta comprensión de la imperatividad: se trata de la distinción entre el todo y las partes. La consideración aislada de las normas jurídicas —aun siendo necesaria— impide en ocasiones apreciar ciertas características. Podría decirse incluso que la existencia de determinadas clases de normas jurídicas ha sido utilizada para demostrar que la imperatividad no está presente en el Derecho, es decir, la existencia de excepciones demostraría que la imperatividad sólo puede predicarse respecto de algunas normas jurídicas pero junto a ellas encontramos otras en la que no está presente. Esto es lo que ha sucedido con las llamadas normas permisivas e interpretativas.

El argumento es bien conocido: en el caso de las normas permisivas nos encontraríamos ante reglas que no imponen ningún tipo de obligación sino que simplemente facultan al interesado para elegir en-

2. COSSIO, C., «Ciencia del Derecho y sociología jurídica» en *Estudios jurídico-sociales (Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, vol. I, p. 280.

3. Hay autores que sostienen acertadamente que las tesis fundamentales del imperativismo son correctas a pesar de que en muchas ocasiones se han producido malentendidos. En este sentido TAMMELO, I., «Contemporary developments of the imperative theory of law: a survey and appraisal», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1963, p. 255-277. También ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, trad. E. Garzón Valdés, p. 34 y ss.

4. THON, A., *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, Herman Böhlau, 1978, p. 8.

tre distintas opciones. Parece que el carácter prescriptivo de la regla desaparece —o sencillamente no existe— en la medida en que no se impone una determinada conducta pues el sujeto cuenta con diferentes posibilidades de actuación. Sin embargo, las denominadas normas permisivas tienen como función limitar o atenuar las prescripciones contenidas en otras normas. Su misión sería la de modificar los efectos de otra norma cuando concurren determinadas circunstancias. Por consiguiente, representan tan sólo una excepción que restringe las consecuencias previstas en otras normas. Decía del Vecchio que «la afirmación del permiso no es algo independiente de por sí, sino que tiene un significado jurídico sólo en cuanto limita o define una excepción determinada, una obligación, un mandato o una prohibición preexistente»⁵. En una palabra: las normas permisivas no tienen ningún sentido por sí mismas y, por tanto, no cuestionan la imperatividad del Derecho.

Lo mismo sucede con las normas interpretativas. Tampoco estas normas tienen sentido de un modo aislado. Sólo si se ponen en conexión con otras normas adquieren pleno significado de modo que la imperatividad de la norma que aclaran también está presente en la norma interpretativa.

Las propiedades o características del Derecho no pueden descubrirse a través del examen de las múltiples normas que lo componen. Es necesario tener una visión más amplia porque un ordenamiento jurídico no es una mera agregación de normas. Las reglas que lo componen se relacionan de tal modo que su sentido sólo puede ser comprendido a través de sus mutuas y recíprocas vinculaciones. Tales vinculaciones ponen de manifiesto que el Derecho pretende —aunque no siempre lo consiga— determinar la conducta de los individuos a los que va dirigido; es decir, establece mandatos que generan obligaciones consistentes en actuar del modo precisamente previsto en las normas. Lo que exige el Derecho es que se realice el contenido de sus prescripciones ya sea en sentido positivo o negativo. Me parece que la única objeción sería que puede hacerse a esta visión se encontraría en lo que Bobbio ha llamado la «función promocional del Derecho»⁶.

En efecto, parece indiscutible que en los ordenamientos jurídicos actuales la finalidad de las normas no es exclusivamente protectora y represora. Junto a estas funciones que, indudablemente siguen subsistiendo, el Derecho cumple también una función promocional, es decir, alienta la realización de determinadas conductas a través de sanciones positivas (premios). Parece que en este caso nos encontramos ante meras recomendaciones; hay ciertas conductas que no son obligatorias y cuya

5. VECCHIO, G. Del, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch (9.ª ed.), 1974, trad. L. Recasens, p. 350.

6. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Debate, 1980, trad. A. Ruiz Miguel, p. 367 y ss.

realización depende de la voluntad del sujeto. Si el sujeto cumple lo previsto en la norma obtendrá ciertos beneficios pero si no lo hace su situación no sufrirá ningún tipo de alteración. Parece, por tanto, que nos hallamos ante una ausencia de mandato pues en sentido propio la norma no obliga a nada. Sin embargo, nuevamente nos encontramos ante una mera apariencia. También las normas que cumplen una función promocional en el sentido indicado tienen carácter imperativo pues sólo pueden ser comprendidas en relación con las otras normas que forman parte del ordenamiento jurídico. Si las llamadas normas permisivas limitaban las prescripciones de otra norma más general, las normas «promocionales» (el nombre no me gusta demasiado pero no encuentro otro mejor) tienen exactamente el efecto contrario, es decir, establecen consecuencias —en este caso, positivas— que no estaban previstas. Las normas «promocionales» modifican el sentido y los efectos de otras normas cuando concurren determinadas circunstancias pero en lugar de tener carácter restrictivo —como sucede con las normas permisivas— tienen carácter extensivo puesto que añaden un plus a una regulación preexistente.

En conclusión podemos decir que existen normas en las que la característica de la imperatividad no es visible pero esta circunstancia no impide que el Derecho en su conjunto pueda ser calificado como imperativo. Todos los ordenamientos jurídicos están compuestos por una multiplicidad de normas que cumplen funciones muy diferentes. Por ejemplo, establecen mandatos (positivos o negativos), atribuyen poderes o facultades, distribuyen competencias, promueven la realización de ciertas actividades, etc. Pero la finalidad de todas ellas es establecer los cauces por los que deben discurrir todas y cada una de las conductas a que se refieren. De ahí que pueda decirse que el Derecho tiene la pretensión de ordenar la convivencia de los ciudadanos y esta función es esencialmente prescriptiva. No creo que esta concepción sea «animista» o que represente —como algún autor ha dicho— «una concepción primitiva de la norma jurídica»⁷. Por el contrario, es la explicación más plausible acerca de la naturaleza del Derecho o, por lo menos, de uno de los elementos típicos de la realidad jurídica. Naturalmente esto no significa que la imperatividad sea algo que afecte exclusivamente al Derecho; hay otros sistemas normativos en los que también está presente esta característica y, por eso, no puede utilizarse como criterio de distinción del Derecho respecto de otros órdenes normativos. Pero, en cualquier caso, aunque se trate de una característica compartida no por ello deja de ser relevante.

Antes de analizar el significado de la imperatividad parece procedente evitar algunos de los equívocos y confusiones que se han producido con cierta frecuencia respecto de la doctrina imperativista. Al

7. MACHADO NETO, A.L., «Imperativismo giuridico e teoria egologica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1970, p. 209.

principio de mi exposición decía que la mayoría de las teorías imperativistas han sido criticadas por distintos motivos pero me parece que la mayoría de las críticas han seguido un camino equivocado porque no han dirigido su atención a lo que podríamos llamar el postulado básico del imperativismo que consiste en la afirmación de que el Derecho se compone de mandatos y que tales mandatos son obligatorios.

En primer lugar, habría que advertir que muchas de las doctrinas que habitualmente se califican como antiimperativistas en realidad no lo son. Esto sucede de una manera especial con las doctrinas que consideran a la norma como un juicio hipotético, como regla técnica o como juicio de valor. En todas ellas se criticaba acertadamente un modelo determinado de imperativismo pero, como ha señalado Bobbio, «aunque criticaban la identificación de las normas jurídicas con el mandato, nunca lograron superar el escollo que constituía la pertenencia del lenguaje de un sistema jurídico al lenguaje prescriptivo» y por eso lo verdaderamente importante tanto de las doctrinas imperativistas como no imperativistas es «lo que tienen en común (aunque de ello no fueran conscientes); esto es, la pertenencia de las normas jurídicas, sean éstas verdaderos y propios mandatos o imperativos personales o imperativos hipotéticos o normas técnicas, a la categoría de las proposiciones prescriptivas»⁸. En definitiva, las disputas han afectado fundamentalmente a las distintas terminologías utilizadas pero no al fondo de la cuestión. Por otra parte resulta llamativo que algunas de estas doctrinas aparezcan bajo el rótulo de no imperativistas cuando hablan de imperativos o de la naturaleza imperativa de las normas. Poco importa a estos efectos que se hable de imperativos personales, hipotéticos, independientes, etc. En todo caso parece que se está defendiendo la imperatividad del Derecho aunque ésta sea concebida de un modo diferente. A veces el lenguaje, lejos de ser un medio de comunicación, se convierte en un instrumento de confusión y me temo que en el asunto que nos ocupa esto ha sucedido con relativa frecuencia.

En segundo lugar, es incorrecto identificar el imperativismo con otras doctrinas. En este sentido podemos constatar que la defensa del imperativismo se ha asociado a menudo con la teoría estatista respecto a la creación del Derecho y con la teoría de la coercibilidad. Pues bien, habría que decir que se trata de doctrinas independientes cuya defensa no tiene que producirse de un modo simultáneo. Esto significa que las críticas que puedan dirigirse a la idea de la estatalidad del Derecho como característica definitoria del fenómeno jurídico o a la coercibilidad no afectan al imperativismo. De hecho dentro de las tesis imperativistas es posible encontrar doctrinas que niegan expresamente la coercibilidad y la estatalidad.

Por último, el imperativismo ha sido considerado siempre como una doctrina voluntarista. Creo que esta calificación es correcta pero lo

8. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 111.

verdaderamente importante es determinar a qué tipo de voluntad nos referimos cuando se dice que el Derecho es imperativo. Reale ha dicho acertadamente que «la imperatividad ha de dejar de ser interpretada como expresión de la “voluntad” o del “querer” de un Jefe»; es decir, parece conveniente eliminar «su sentido antropomórfico»⁹. Cuando se habla de voluntad del soberano en el sentido de Austin se está produciendo una personificación. La voluntad ya sea del monarca o del parlamento es entendida como una voluntad psicológica efectiva. Con estas limitaciones no se puede explicar satisfactoriamente el carácter prescriptivo del Derecho.

Es obvio que existen muchas normas jurídicas e incluso sectores enteros del Derecho —el Derecho consuetudinario— en los que no es posible hallar una voluntad efectiva que pueda ser referida a sujetos determinados. Pero esta circunstancia no impide reconocer la presencia de una voluntad aunque ésta no pueda ser atribuida a sujetos individuales. Si se quiere —y no hay ningún inconveniente en admitirlo— estamos en presencia de una voluntad hasta cierto punto ficticia. Cuando se habla de «voluntad del legislador» resulta difícil proceder a su localización exacta pero en todo caso la expresión denota la presencia de un querer colectivo que se manifiesta a través del ejercicio del poder político. En este sentido creo que el Derecho representa la expresión de un poder de mando y por eso se puede decir que es imperativo.

Sin embargo, convendría hacer una distinción entre los diferentes sentidos que tiene el término imperativo. Como ha dicho Legaz «no es exactamente lo mismo lo que menciona la palabra *imperativo* si se la toma como sustantivo que como adjetivo. En el primer sentido, el imperativo es un acto que patentiza, en forma de orden o mandato, la existencia de una voluntad dirigida a otra voluntad, compeliendo a ésta a realizar el acto querido por la primera. En cambio, bajo el segundo aspecto, el imperativo es el *sentido* de ciertos actos cuya consistencia está independizada de la voluntad o conjunto de voluntades que lo han producido, los cuales son incluso irrelevantes para la subsistencia del acto»¹⁰.

Si ahora nos preguntamos en qué sentido se utiliza aquí el término imperativo habría que responder que preferentemente en el segundo. Efectivamente, las normas jurídicas que forman parte de un sistema existen con independencia de la voluntad de su autor; una vez que han sido creadas tiene lugar un proceso de objetivación. La norma se desvincula de su creador y pasa a integrarse en el conjunto de disposiciones que forman un determinado ordenamiento. En este sentido no hay que olvidar que todos los ordenamientos están compuestos por infini-

9. REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979, trad. J. Brufau, p. 90.

10. LEGAZ, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch (5.^a ed.), 1979, p. 369-370.

dad de normas que han sido creadas en períodos históricos diferentes. El sentido de la mayoría de ellas es la permanencia y la estabilidad de modo que su carácter imperativo se proyecta indefinidamente.

De cualquier modo, también en el primer sentido puede decirse que el Derecho es imperativo. Pensemos, por ejemplo, en todos los actos de aplicación del Derecho (incluyendo los actos de ejecución). En estos casos sí se puede decir que hay una voluntad dirigida a sujetos determinados para que realicen el contenido del mandato. Se trata de una relación directa en la que el imperativo resulta fácilmente reconocible. No obstante, sin excluir la existencia de este tipo de mandatos, cuando se dice que el Derecho posee imperatividad se está pensando en el segundo sentido.

Una vez realizadas todas estas aclaraciones estamos en condiciones de abordar el problema de la imperatividad. Hasta ahora se ha dicho que el Derecho es la expresión o el resultado de un conjunto de mandatos, es decir, que en el ámbito jurídico no tienen ningún sentido los ruegos, los consejos o cualquier otra forma de expresión que no implique la imposición de un deber ¹¹. Precisamente, la ausencia de deber implica necesariamente ausencia de imperatividad. Los mandatos en que consiste el Derecho son imperativos lo que significa que son *obligatorios*. La mayoría de los autores que defienden la imperatividad como característica del Derecho sostienen acertadamente que cuando se habla de imperativo se está presuponiendo la existencia de una obligación: «en la medida en que los imperativos jurídicos están vigentes tienen fuerza obligatoria. Las obligaciones son, pues, el correlato de los imperativos» ¹²; «imperativo y obligación son dos términos correlativos: donde existe el uno, existe el otro» ¹³.

Por el contrario, otros autores independizan la obligatoriedad de la imperatividad y lo hacen en un doble sentido: defendiendo la obligatoriedad del Derecho y negando la imperatividad ¹⁴ o defendiendo la imperatividad pero negando la obligatoriedad. En este último caso se encuentra Olivecrona. Según este autor las normas jurídicas no crean deberes pero tienen por efecto «establecer conexiones psicológicas

11. En relación con la distinción entre mandatos, consejos y peticiones puede verse BOBBIO, N. *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 31-78; Idem., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 68-80; LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, Debate (5.^a reimp.), 1982, trad. A. Ruiz Miguel, p. 27-38.

12. ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* cit., p. 35.

13. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 73.

14. MACHADO NETO afirma que «no se puede invocar el hecho evidente de la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas para justificar la necesidad de admitir el carácter imperativo de las normas, «Imperativismo jurídico e teoría egológica», cit., p. 209.

entre ideas de acciones y expresiones imperativas (órdenes y prohibiciones). La fuerza obligatoria del Derecho tiene que ser descartada»¹⁵. Sin embargo, parece que nos encontramos ante meras disputas terminológicas. Creo que cuando se habla de ciertos efectos psicológicos se está aludiendo a la obligatoriedad. Aunque la obligación no tenga una naturaleza fáctica ello no implica, en mi opinión negar su existencia. Como ha dicho Hart «donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria»¹⁶. Este es precisamente el sentido de los imperativos. En el caso del Derecho el mandato en que consiste el imperativo se ve reforzado a través del mecanismo de las sanciones. La finalidad de la sanción es la realización efectiva del mandato. En este sentido la exigencia del Derecho es absoluta: se trata de conseguir a todo trance el cumplimiento de lo prescrito en la norma y para ello se utiliza la fuerza si es necesario.

Dejemos a un lado el elemento de la fuerza para volver a la imperatividad. A partir de aquí el problema que se plantea es determinar qué tipos de imperativos establece el Derecho. En este aspecto también hay variedad de opiniones. Se ha sostenido que los imperativos del Derecho son hipotéticos, categóricos, independientes, etc. Con cierta frecuencia se ha pretendido caracterizar al Derecho a través de un tipo determinado de imperativos con exclusión de los otros. Esta forma de proceder es reduccionista puesto que no tiene en cuenta la amplia variedad de normas jurídicas. Si examinamos cualquier sistema jurídico podremos llegar a la conclusión de que los imperativos se formulan de muy diferentes maneras. Quiero decir que en el Derecho hay imperativos hipotéticos, categóricos, independientes y también personales. Todas estas especies pueden descubrirse con relativa facilidad y, desde luego, no son contradictorias entre sí. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los imperativos independientes y personales. En los imperativos independientes¹⁷ no se produce una relación personal entre sujetos, de manera que las prescripciones van dirigidas de un modo indeterminado a todos. Muchas normas jurídicas están estructuradas conforme a este esquema. Pero junto a ellas también podemos encontrar imperativos que implican una relación personal. Son órdenes o mandatos que se formulan de un modo directo. Pensemos en la orden de un agente de tráfico o en los actos de ejecución realizados por ciertas autoridades. Indudablemente se trata de actos de aplicación del Derecho que colocan a los sujetos frente a frente. En definitiva, lo que menos importa es el modo de formulación del imperativo.

15. OLIVECRONA, K., «El hecho del Derecho», en *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, trad. R.J. Vernengo, p. 222-223. Del mismo autor puede verse *El Derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980, trad. L. López Guerra y *Der Imperativ des Gesetzes*, Kopenhagen, Ejnar Munksgaard, 1942.

16. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, México, Editora Nacional (2.^a ed.), 1980, trad. G.R. Carrió, p. 102.

17. Las características de estos imperativos pueden verse en OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, cit., p. 126 y ss.

Ha llegado el momento de concluir. A lo largo de estas páginas he tratado de demostrar la naturaleza imperativa del Derecho poniendo de manifiesto que la discusión que ha originado este asunto ha sido, en la mayoría de las ocasiones, el fruto de un mal entendimiento que no implica un desacuerdo respecto del fondo de la cuestión.

La concepción estándar y la concepción realista del Derecho

Por RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

Murcia

I. DESCRIPCIÓN DE LA CONCEPCIÓN ESTÁNDAR Y DE LA CONCEPCIÓN REALISTA DEL DERECHO

Llamo *concepción estándar del Derecho* a esa concepción que se enseña a los alumnos de las facultades de Derecho, en las aulas y en los libros de texto, y que es compartida por la mayoría de los juristas. La tesis central de dicha concepción es la afirmación de que *los componentes esenciales del Derecho son la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho*.

En muchos casos, quizá en la mayoría, la tesis citada es completada con la idea de que del Derecho en general también forma parte un Derecho no positivo, un Derecho natural: sea en forma de principios o normas, sea como valores jurídicos, sea como derechos humanos, etc.

La tesis que caracteriza a la concepción estándar es distinta e independiente de la siguiente afirmación, que probablemente sí es verdadera: «Según nuestro Derecho, los componentes esenciales del Derecho (de nuestro Derecho) son la ley, el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho (y quizá también el Derecho natural, en forma de valores, derechos humanos, etc.)».

Es la primera afirmación, no la segunda (que puede ser suscrita, al margen de cualquier concepción filosófica), la que caracteriza a la concepción estándar. Y para comprender que ambas afirmaciones son independientes, basta con darse cuenta de que:

A) Por un lado, es posible, por ejemplo, que la ley sea un componente esencial de nuestro Derecho (como afirma la concepción estándar), y que, sin embargo, nuestro Derecho no diga que la ley es un componente esencial de nuestro Derecho (aunque sabemos, no obstante, que según nuestro Derecho, según el art. 1.1 del Código Civil, la ley sí es un componente esencial de nuestro Derecho). O dicho más claramente: la ley sería un componente esencial de nuestro Derecho (como sostiene correctamente la concepción estándar), aunque el art. 1.1 del Código Civil no existiera.

B) Y, por otro lado, también es posible, por ejemplo, que según nuestro Derecho el Derecho natural sea un componente esencial de nuestro Derecho (como parecen sugerirlo las alusiones a valores, derechos fundamentales, etc., contenidas en nuestra Constitución), y que, sin embargo, el Derecho natural no sea un componente esencial del Derecho (cosa que ocurriría si, por ejemplo, el Derecho natural no existiera).

Frente a la concepción estándar, que acaba de ser descrita, la concepción que defiendo, y que denomino *realista pura*, sostiene que del Derecho solamente forma parte la ley; y además que la ley es un hecho.

Esta concepción realista implica: 1.º) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2.º) que no hay más Derecho positivo que la ley; 3.º) que no hay más ley que el texto de la ley; y 4.º) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico.

Puesto que estas ideas suenan muy heterodoxas, deseo hacer una justificación detenida de ellas frente a la concepción estándar. La confrontación entre ambas concepciones será realizada en el plano teórico y en el plano práctico.

II. CONFRONTACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA TEÓRICO

1. Dos características de la concepción realista

En mi opinión, la ventaja más importante de la concepción realista pura frente a cualquier otra concepción del Derecho consiste en que dicha concepción es la única que presenta las dos características siguientes:

A) En primer lugar, *es respetuosa con los usos lingüísticos*. De acuerdo con ella, es Derecho lo que todo el mundo llama Derecho, o sea, las leyes, las normas escritas: la Constitución, el Código Civil, el Código Penal, decretos, órdenes, resoluciones administrativas, etc.

Para que se entienda bien este punto, es conveniente hacer las siguientes observaciones.

Los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho» establecen dos cosas: a) que la Constitución, el Código Civil, etc., forman parte

del Derecho; y b) qué es lo que dicen (literalmente) los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc.

No respeta estos usos lingüísticos una concepción como la de Th. Geiger. Según este autor, son Derecho cosas que nadie califica como tales (ciertas regularidades de comportamiento social); y no son Derecho cosas que todo el mundo califica como tales (la Constitución, el Código Civil, etc.).

En cambio, sí respetan dichos usos, tanto la concepción estándar, como la concepción realista. Las divergencias entre ambas concepciones se producen en un momento posterior. Pues la concepción realista sostiene las tres tesis siguientes:

1.a) La Constitución, el Código Civil, etc., se identifican con su texto respectivo, o sea, con lo que literalmente dicen los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc. Consecuencia de ello (y de la tesis que afirma que la Constitución, el Código Civil, etc., forman parte del Derecho) es que lo que forma parte del Derecho es el texto de la Constitución, el texto del Código Civil, etc.; en un palabra, que lo que forma parte del Derecho es el texto de la ley.

2.a) No hay más Derecho que el texto de la ley.

3.a) El texto de la ley es un hecho.

La concepción estándar rechaza siempre la 2.^a tesis, pues sostiene que del Derecho forman parte el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho; y también rechaza casi siempre las otras dos tesis. En todo caso, rechaza o bien la 1.^a, o bien la 3.^a tesis: para dicha concepción, o bien la Constitución (el Código Civil, etc.) no se identifica con su texto, sino con ciertas entidades ideales, proposiciones o cuasiproposiciones, «ligadas» a dicho texto (y son dichas entidades ideales las que forman parte del Derecho); o bien ese texto no es un hecho (no está integrado por marcas o inscripciones), sino algo ideal (está integrado por tipos o modelos).

Sin embargo, todas éstas son cuestiones sobre las que los usos lingüísticos de los no juristas, o sea, de aquellos que no sostienen una determinada concepción ontológica del Derecho, no se pronuncian: dichos usos lingüísticos no permiten determinar si la Constitución (el Código Civil, etc.) se identifica o no con su texto, ni si hay otro Derecho distinto al de los Cuerpos Jurídicos, ni tampoco si dicho texto es un hecho o una idea. Por consiguiente, las discrepancias existentes entre la concepción estándar y la concepción realista sobre esos extremos no afectan al respecto de ambas a los usos lingüísticos.

B) La segunda característica esencial de la concepción realista consiste en que ésta *es una concepción empírica o factualista del Derecho*. Según ella, el Derecho es un hecho, un fenómeno cognoscible empíricamente, perteneciente al mismo mundo al que pertenecemos los hombres (y que por ello nos es familiar), no perteneciente a un hipotético mundo de ideas.

En cambio, no es una concepción empírica del Derecho la concepción estándar (defendida por iusnaturalistas e iuspositivistas); pero sí lo es la concepción (sociologista) de Th. Geiger, antes citada.

Las dos características señaladas, que únicamente aparecen en la concepción realista pura, responden a otras tantas exigencias que me parecen fundamentales:

Por un lado, el respetar mínimamente los usos lingüísticos es condición necesaria para la comunicación humana: no hay que cambiar, sin razón suficiente, el significado de las palabras.

Por otro lado, concebir el Derecho como un hecho es una exigencia esencial para quien, como el autor de estas líneas, es escéptico respecto a cualquier reino de ideas. En mi opinión, el Derecho es enteramente, en cualquiera de sus partes componentes, un hecho social; el Derecho está integrado por hechos y sólo por hechos. En apoyo de esta tesis cabe mencionar los siguientes datos:

1.º) La afirmación, tópica, de que el Derecho es un fenómeno social (*ubi societas, ibi ius*).

2.º) El hecho de que el Derecho es conocido empíricamente: no se puede conocer el Derecho, ni formular verdades acerca del Derecho, sin observar la realidad.

3.º) El hecho de que las normas jurídicas, las entidades integrantes del Derecho, cambian con el transcurso del tiempo: una norma tiene una cierta propiedad en un momento determinado, la propiedad de ser jurídica, y en un momento posterior pierde dicha propiedad.

Consecuencia de ese empirismo o factualismo son las tesis citadas al inicio de este trabajo, y que pueden parecer chocantes. Pues en cuanto se admita un Derecho distinto del Derecho positivo (esto es, en cuanto se admita un Derecho natural); o bien un Derecho positivo distinto de la ley (como los principios generales del Derecho o el Derecho consuetudinario); o bien se rechace la identificación entre la ley y el texto de la ley (concibiendo las leyes como integradas por proposiciones o cuasiproposiciones), se está sosteniendo, al menos parcialmente, una concepción idealista, no empírica, del Derecho.

Siendo falsa (en mi opinión) la concepción estándar, hay que concluir que nuestro Derecho, que parece dar por verdadera dicha concepción, presupone una doctrina falsa.

2. Mayor solidez de la concepción realista

Una segunda circunstancia que es necesario tener en cuenta es que la concepción realista del Derecho es, sin duda alguna, mucho más sólida que la concepción estándar, por dos razones:

En primer lugar, porque la concepción estándar presupone muchas más cosas que la concepción realista. El marco ontológico-jurídico de

la concepción realista es muy reducido: se limita a la tesis de que el texto de la ley existe (y, dentro de este marco, la concepción realista sostiene las tesis ontológico-jurídicas que la caracterizan: que el texto de la ley es Derecho y todo el Derecho, y que ese texto es un hecho). En cambio, la concepción estándar, que también admite la existencia del texto de la ley, admite además la existencia de otras cosas: proposiciones o cuasiproposiciones legales, principios generales del Derecho, el Derecho consuetudinario y quizá también el Derecho natural (éste es el marco en el que la concepción estándar formula las tesis ontológico-jurídicas que la caracterizan).

Y es obvio que cuanto más cosas presuponga una doctrina, tanto más débil resulta, dado que el riesgo de equivocarse es mayor. Dicho en dos palabras: cuanto más habla uno, más fácil es equivocarse.

La segunda razón por la que la concepción estándar es más débil que la realista consiste en que esas tesis que configuran el marco ontológico-jurídico de la concepción estándar, y que son ajenas al marco ontológico de la concepción realista, son en sí mismas más que dudosas; dudosas, incluso para filósofos que admitan la existencia de entidades ideales. De hecho, ni siquiera las doctrinas ontológicas actuales más tolerantes las aceptarían.

3. ¿Insuficiencia de la concepción realista?

El único reproche que, desde el punto de vista teórico, cabría hacer a la concepción realista es el de que esta concepción del Derecho, por sólida que sea, admite tan pocas cosas que resulta insuficiente para explicar o comprender ciertos fenómenos, o para solucionar ciertos problemas.

A esta posible objeción se responde de la siguiente manera. Aunque se tenga la sospecha o incluso la convicción de que el marco ontológico-jurídico realista es insuficiente para explicar ciertas cuestiones, es conveniente, no obstante, comenzar trabajando dentro de ese marco, e intentar resolver el mayor número posible de problemas sin ampliarlo con supuestos adicionales. La razón para proceder de esta manera es la misma que he señalado antes: cuanto menor sea el número de nuestras suposiciones, más sólida será la teoría que elaboremos a partir de ellas. Y si se llega a un punto o problema tal, que se piensa que no se puede avanzar más sin hacer nuevas suposiciones, entonces es razonable pensar en ampliar los supuestos iniciales.

Por mi parte, en mi práctica profesional como teórico del Derecho, siempre he procurado y procuro mantenerme dentro del marco ontológico-jurídico realista. Pues pienso que el abandonar dicho marco (asumiendo alguno de los supuestos que configuran el marco ontológico-jurídico de la concepción estándar), para resolver un problema concreto, me crearía un problema teórico mayor que el que intento solucionar.

4. Error metodológico de la concepción estándar

No obstante, y aunque yo no comparta esa manera de proceder, me puede parecer razonable, como ya he señalado, el que se recurra a supuestos adicionales, extraños al marco ontológico propio de la concepción realista, a la hora de afrontar uno o varios problemas concretos, para los que se piensa que dicho marco es insuficiente.

Más, lo que me parece injustificable es la manera usual de proceder de los partidarios de la concepción estándar. Comienzan por otorgar la misma evidencia a la indiscutible afirmación «El texto de la ley existe» que a otras afirmaciones más que dudosas («Existen los principios generales del Derecho», «Existe el Derecho consuetudinario», etc.). Con todas esas afirmaciones, de desigual valor epistemológico, configuran una base muy amplia, a fin de que no les falten medios para afrontar los problemas de que van a tratar. Y no se preocupan por determinar en qué medida son necesarios todos esos supuestos, ni se preguntan si hay problemas que podrían ser solucionados con menos y más sólidos supuestos.

Consecuencia de ello es que no se distinga entre tesis formuladas o formulables en el estricto marco ontológico de la concepción realista y tesis para las que (al menos supuestamente) es necesario el marco más amplio de la concepción estándar. Lo cual induce a pensar que cualquier tesis formulada por un autor que sea partidario de la concepción estándar está basada en esos supuestos dudosos, que configuran el marco de dicha concepción; cuando, quizá, se trata de tesis que no están basadas en dichos supuestos y que también podrían ser sostenidas por un partidario de la concepción realista. Y, de esta manera, cualquier tesis procedente de un partidario de la concepción estándar puede quedar innecesariamente bajo la sospecha de ser tan débil como los supuestos que definen el marco ontológico de esa concepción.

Si se distingue entre unas tesis y otras (entre las tesis formulables en el marco ontológico de la concepción realista y las que necesariamente se sitúan fuera de ese marco), el partidario de la concepción realista puede aprovechar aportaciones procedentes de partidarios de la concepción estándar; siempre, claro está, que dichas aportaciones no estén en contradicción con la concepción realista. Del mismo modo que el partidario de la concepción estándar puede aprovechar aportaciones realizadas desde la concepción realista, siempre, por supuesto, que dichas aportaciones no estén en contradicción con la concepción estándar.

5. Relevancia teórica de la posición ontológica

Cabe decir, pues, generalizando, que hay muchos temas, para los cuales quizá es indiferente el ser partidario de la concepción estándar o de la concepción realista: ya sean temas de teoría general del Derecho (por ejemplo, el de la interpretación de las disposiciones derogato-

rias o el tema de la publicación de la leyes), o de dogmática jurídica (por ejemplo, el tema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o el de los requisitos para adquirir personalidad jurídica).

Sin embargo, también es cierto que entre la concepción estándar y la concepción realista pura del Derecho existe un abismo; y esta diferencia, al estar localizada a un nivel tan básico, tan fundamental, como el concepto mismo de Derecho, posiblemente se reflejará en muchos temas de la teoría jurídica. Por ejemplo, quien crea en la existencia de los principios generales del Derecho puede invocarlos al elaborar una teoría de la interpretación del Derecho o de la integración de lagunas; mientras que quien no crea en ellos no dispone de esa posibilidad.

III. CONFRONTACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA PRÁCTICO

1. Relevancia práctica de la posición ontológica

Las últimas observaciones realizadas, relativas a la relevancia teórica de la posición ontológica, pueden ser trasladadas al plano de la práctica. Pues también es cierto que las discrepancias ontológicas entre las dos concepciones que estamos examinando a veces no tienen consecuencias prácticas, pero otras veces sí las tienen.

Como ejemplos de casos en los que las discrepancias ontológicas o teóricas entre ambas concepciones pueden carecer de consecuencias prácticas, podemos pensar en los siguientes: un juicio civil por incumplimiento de un contrato de arrendamiento, una reclamación administrativa de un funcionario solicitando el reconocimiento de un trienio, o un juicio penal por falsificación de moneda. Es posible, e incluso probable, que, a la hora de resolver estos litigios, el enfrentamiento entre las dos concepciones del Derecho que estamos examinando no tenga ninguna repercusión. Es probable que los casos citados sean planteados dentro del marco del texto literal de la ley, sin que se haga mención ni del Derecho natural, ni del Derecho consuetudinario, ni de los principios generales del Derecho; y es aún más probable que, para la resolución de cualquiera de dichos casos, sea indiferente el que la ley sea concebida como un hecho o como una entidad ideal.

2. El problema de las leyes injustas o insuficientes

A. *Un problema reconocido también por los realistas*

Sin embargo, hay litigios en los que el ser partidario de una u otra concepción sí tiene consecuencias. Los más notables son aquéllos regulados por reglas legales que se consideran injustas, inoportunas, etc.,

brevemente, insuficientes o insatisfactorias. Dichas reglas legales pueden ser consideradas insuficientes, bien por regular el caso de una manera inadecuada, bien por no regularlo en absoluto.

Más conviene precisar, antes de seguir adelante, que la existencia de leyes injustas, inadecuadas, etc., puede ser admitida por los realistas, sin menoscabo de su teoría. Pues admitir la existencia de leyes injustas no implica asumir la existencia de una entidad ideal, «el valor justicia»; del mismo modo que admitir la existencia de alimentos insalubres no implica admitir la existencia de «la idea de salubridad».

Supongamos, pues, que un partidario de la concepción estándar y un partidario de la concepción realista afrontan un caso litigioso, regulado por leyes que ambos estiman insuficientes. La primera discrepancia entre ambos juristas se producirá cuando el primero afirme que existen reglas jurídicas no legales (las contenidas en los principios generales del Derecho, en el Derecho consuetudinario o en el Derecho natural), y el segundo niegue dicha afirmación.

Las discrepancias posteriores se centrarán en dos cuestiones: a) cómo solucionar el problema de las leyes insuficientes, y b) qué consecuencias pueden ser extraídas de la solución propuesta.

B. *Soluciones propuestas por la concepción estándar*

Un sector de la concepción estándar, integrado por iusnaturalistas, da la impresión de que pretende resolver el problema de las leyes injustas o insuficientes mediante un cambio de nombre, concretamente, negando a dichas leyes el calificativo de jurídicas. Pero esta decisión, aparte de violentar los usos lingüísticos (pues, conforme a éstos, y al menos en la actualidad, las leyes injustas no pierden por ello su carácter jurídico), no resuelve el problema, obviamente.

La solución más extendida, entre los partidarios de la concepción estándar, al problema de las leyes insuficientes consiste en proclamar que en esos casos hay que acudir a las reglas jurídicas no legales citadas anteriormente.

C. *Consecuencias extraídas por la concepción estándar*

De esta última solución o propuesta la concepción estándar extrae dos conclusiones: la primera es que no hay otra solución al problema que ésta; la segunda, que ello prueba la corrección de la concepción estándar.

Nos centraremos, en primer lugar, en este último razonamiento y comprobaremos que es incorrecto.

a) EL MUNDO NO ES COMO QUISIÉRAMOS QUE FUESE

Suponiendo que sea cierto que el problema de las leyes insuficientes no tiene otra solución que la de acudir a aquellas reglas jurídicas no legales, de ello no se sigue que dichas reglas existan, esto es, de ello no se deduce la corrección de la concepción estándar; pues podría ocurrir que dichas reglas no existieran y el problema careciera de solución. Dicho con un ejemplo: el problema del hambre que padece Fulano sólo se puede solucionar si Fulano tiene alimentos a su disposición; pero de ello no se sigue que Fulano disponga de alimentos; es posible que el problema del hambre de Fulano carezca de solución.

El partidario de la concepción estándar comete un error, pues, al argumentar que existen reglas jurídicas no legales, dado que éstas son necesarias. Y el mismo error cometería el partidario de la concepción realista, si éste arguyera que las reglas jurídicas no legales no son necesarias, dado que no existen.

Generalizando, cabe decir que el problema de si existen o no reglas jurídicas no legales es independiente del de la necesidad de esas reglas. Y puesto que ya nos hemos ocupado de la cuestión de la existencia de dichas reglas y conocemos cuáles son las posiciones de la concepción estándar y de la concepción realista al respecto, abordaremos ahora la cuestión de la necesidad de aquellas reglas; esto es, la cuestión de si el problema de las leyes insuficientes no tiene otra solución que la de acudir a esas reglas jurídicas no legales, como sostiene la concepción estándar.

b) REGLAS TRADICIONALES CORRECTORAS DE LA LEGALIDAD

1. Caracterización y clases

En líneas generales, cabe decir que es característico de la cultura jurídica continental contemporánea, y no sólo de la concepción estándar, el intentar solucionar el problema de las leyes insuficientes formulando reglas, que podemos denominar *reglas correctoras de la legalidad* (abreviadamente, RCL): reglas que establecen cómo deben ser resueltos ciertos casos, que las reglas legales regulan de forma insuficiente.

Estas RCL pueden ser clasificadas desde diversos puntos de vista, entre ellos desde los siguientes:

Desde el punto de vista del autor de dichas reglas, las podemos dividir en doctrinales y legales, según sean formuladas por la doctrina (por ejemplo, por la concepción estándar) o por el legislador. Aunque muchas de ellas son formuladas, tanto por la doctrina, como por el legislador. Ejemplos de ello son las reglas (respaldadas, en el plano doc-

trinal, por la concepción estándar del Derecho) que preconizan resolver el problema de las leyes insuficientes acudiendo al Derecho consuetudinario, a los principios generales del Derecho, o al Derecho natural. Y otro ejemplo es la regla que preconiza la aplicación analógica de las normas legales.

Desde el punto de vista de su suposición o supuesto de hecho, podemos distinguir entre las RCL que se refieren a casos no regulados expresamente por ninguna regla legal (por ejemplo, las RCL que acaban de ser citadas), y las que se refieren a casos que sí están regulados por las reglas legales, pero de forma inadecuada (como la RCL que se refiere a los actos legales, cubiertos por la letra de la ley, pero realizados en fraude de ley).

Desde el punto de vista de su consecuencia, podemos distinguir entre las RCL que establecen directamente cuál es la solución del caso (por ejemplo, la RCL que declara procedente aplicar analógicamente las reglas legales, o la que declara la nulidad de los actos realizados en fraude de ley), y las RCL que establecen la solución del caso de forma indirecta, ya que la consecuencia de dichas RCL se remite a otra instancia, para hallar en ella la solución (por ejemplo, las RCL, cuyas consecuencias se remiten a los principios generales del Derecho, al Derecho consuetudinario o al Derecho natural).

Sin embargo, hay algo que todas o casi todas las RCL tienen en común: el ir dirigidas a los jueces. Pues sería muy peligroso permitir a cualquiera apreciar si las reglas legales son insuficientes o no en relación a una materia o asunto determinado .

2. Problemas de seguridad jurídica

Muchas de estas RCL tradicionales, legales o no, plantean evidentemente el problema teórico de si existen o no esas fuentes de las que poder extraer las reglas supletorias de las reglas legales (si existen o no los principios generales del Derecho, el Derecho natural, los valores, etc.). Pero al margen de este problema teórico, del que ya hemos tratado en medida suficiente, las RCL plantean también un problema práctico, que es tan grave como el otro problema práctico, el de las leyes injustas o insuficientes, que esas mismas reglas pretenden resolver. Se trata de un problema de seguridad jurídica.

Las RCL tradicionales crean inseguridad jurídica, tanto por la vaguedad de sus antecedentes, como por la vaguedad de sus consecuencias:

En cuanto a los antecedentes o supuestos de hecho de dichas reglas, son vagos, tanto el concepto de fraude de ley (que constituye el supuesto de hecho de una de esas reglas), como el concepto de caso no regulado por una regla legal, pero teleológicamente semejante a otro caso sí regulado (que constituye el supuesto de hecho de la RCL refe-

rente a la aplicación analógica de las reglas legales). Consecuencia de ello para la seguridad jurídica es que es posible, por un lado, que un particular actúe en la creencia de que su comportamiento tendrá el efecto jurídico que la ley le atribuye y, sin embargo, un juez no atribuya a dicho comportamiento ningún efecto (declarando la nulidad de esos actos jurídicos, por considerarlos realizados en fraude a la ley); y también que es posible, por otro lado, que un particular actúe en la creencia de que su comportamiento no tendrá ninguna consecuencia jurídica, al no estar contemplado dicho comportamiento por el supuesto de hecho de ninguna regla legal, y, sin embargo, un juez sí le atribuya a ese comportamiento alguna consecuencia (la contenida en la regla legal que el juez decide aplicar analógicamente).

De ello se deduce que, ateniéndonos solamente a lo que la ley dice (a lo que dicen las RCL legales y las restantes reglas legales, y prescindiendo de la práctica jurisprudencial), sea imposible predecir cuál será la decisión judicial que resuelva un caso, tanto si dicho caso está contemplado por alguna regla legal (por alguna regla legal ordinaria, no por una RCL), como si no está contemplado por ninguna.

Por otra parte, las RCL también crean inseguridad jurídica debido a que las fuentes a que se remiten en sus consecuentes, a fin de extraer de ellas reglas supletorias de las reglas legales, tampoco están delimitadas con precisión:

En primer lugar, el conjunto de los principios (generales) del Derecho, el de las normas del Derecho natural o el conjunto de los valores jurídicos son conjuntos más que borrosos; nadie sabe con certeza todo lo que incluyen y todo lo que excluyen. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que en un litigio los litigantes no pueden saber, no sólo cuál es el principio o norma que posiblemente le van a aplicar; tampoco pueden saber cuál es el conjunto, catálogo o lista de principios de los cuáles posiblemente le aplicarán alguno. Esta situación es semejante a la de no poder saber dónde están contenidas las normas reguladoras de una materia determinada.

En segundo lugar, no existe un acuerdo mínimo respecto a cuál es el contenido de esos principios o valores, aunque se trate de principios o valores de larga tradición, como la justicia, la equidad, la libertad, etc. Prueba de ello es la disparidad de doctrinas existentes al respecto; y los jueces, al igual que el resto de los juristas, también discrepan entre sí respecto al contenido de dichos principios.

Por último, las doctrinas acerca de cualquiera de esos principios, por ejemplo, acerca de la justicia o la equidad, no están elaboradas con tanto detalle como para permitir decidir los casos concretos. De ahí que sea posible que dos jueces o dos juristas compartan la misma concepción de la justicia o de la equidad y discrepen, sin embargo, respecto a cuál es la regla y, en definitiva, respecto a cuál es la solución, que la justicia o la equidad exigen para un caso concreto.

Lo peor de todo es, quizá, que la (presunta) aplicación de dichas RCL no garantiza la consecución del objetivo para el que fueron crea-

das, a saber: proporcionar a los casos litigiosos soluciones más justas, oportunas, etc., en una palabra, más satisfactorias que las contenidas en las leyes (en las reglas legales ordinarias). Nada garantiza que cada vez que un juez se aparta de la letra de la ley se consiga un resultado más justo del que se produciría si hubiera sido aplicado el texto de la ley. Así que es posible, dicho brevemente, que la pérdida de la seguridad jurídica vaya acompañada además de un resultado injusto (o más injusto que el que se habría obtenido, si las reglas legales hubieran sido aplicadas literalmente) .

c) UNA ALTERNATIVA REALISTA

1. Primera aproximación

Mas las RCL tradicionales no son la única solución posible al problema de las leyes insuficientes. Una alternativa *realista* a dichas RCL sería sustituir todas esas RCL por una sola regla legal, que podemos denominar *regla realista correctora de la legalidad* (RRCL). Esta regla permitiría al juez decidir cualquier caso (sea un caso no regulado, sea un caso regulado, en opinión del juez, de forma insatisfactoria) al margen de la letra de la ley, y conforme a la prudencia, conciencia, convicciones, sentimientos, etc., del propio juez.

Esta alternativa sería realista, en el sentido del realismo jurídico, dado que dicha alternativa es coherente con las tesis que caracterizan al realismo jurídico.

Mas también en el sentido ordinario de la palabra «realista», es realista la alternativa que acaba de ser sugerida; realista y, cabe añadir, valiente:

Por un lado, porque reconoce tácitamente que, al margen (o por encima) de las reglas legales, no existen otras normas, ni principios, que puedan servir para corregir esas reglas; y que, por tanto, para corregir las insuficiencias de dichas reglas, no hay más opción que acudir a la prudencia o a la conciencia de los jueces: abandonada la letra de la ley, los jueces carecen de toda instancia en la que descargar la responsabilidad de sus decisiones.

Por otro lado, la alternativa propuesta también es realista, porque significa reconocer lo que de hecho sucede: que es la prudencia, o la conciencia y la responsabilidad de los jueces las que determinan, en primer lugar, en qué casos y en qué medida aplicar la letra de la ley, o bien apartarse de ella; y determinan también, en segundo lugar, la solución concreta de los casos, tanto si dicha solución es obtenida a partir de las reglas legales, como si es formulada al margen de dichas reglas.

La RRCL que acaba de ser sugerida es preferible, desde el punto de vista teórico, a las RCL tradicionales, por dos razones:

En primer lugar, porque la teoría subyacente a aquélla es más sólida que la teoría subyacente a estas últimas: las creencias, convicciones, sentimientos, etc., de los jueces, asumidos por la RRCL, son entes más sólidos que todos los principios generales del Derecho, valores, etc., presupuestos por las RCL tradicionales.

En segundo lugar, porque las RCL tradicionales pretenden dar apariencia de racionalidad a decisiones necesariamente irracionales, con el consiguiente engaño. La RRCL, en cambio, no engaña a nadie.

2. Segunda aproximación

2.1. Formulación

Sin embargo, en el plano práctico, la RRCL plantea los mismos problemas que las tradicionales RCL: problemas de seguridad jurídica, sin que quede garantizada la obtención de la justicia (por decirlo de esta manera convencional).

La solución que voy a sugerir a continuación está inspirada en la forma de funcionamiento de organizaciones jerárquicas o cuasijerárquicas, cuando aplican, no reglas internas, sino reglas que regulan las relaciones de dichas entidades con terceras personas.

En las organizaciones que funcionan correctamente, el inferior aplica a los terceros dichas reglas escrupulosamente; y el superior se reserva la posibilidad de revisar esa aplicación, y saltarse dichas reglas, siempre en beneficio del tercero interesado, cuando aprecia que el respeto al texto literal de las reglas conduce en el caso concreto a una injusticia grave y patente.

En consonancia con ello, sugiero una RRCL que permita la formulación de decisiones *prudenciales* (esto es, decisiones que no tienen otra base que la conciencia, prudencia, sentimientos, etc., de los jueces) sólo a las instancias superiores de la magistratura, siempre que no perjudiquen a un particular, y en aquellos casos en que la inconveniencia de la decisión *legalista* (basada en el texto literal de la ley), dictada por el órgano inferior, sea grande y patente.

2.2. Justificación

1.º) El reservar la toma de soluciones prudenciales a las instancias superiores de la magistratura reduce el número de casos en que se hace peligrar la seguridad jurídica. Además, dichas decisiones se reservan a personas que, por su conocimiento y experiencia, son las más adecuadas para sentir la responsabilidad que significa atentar contra la seguridad jurídica: una responsabilidad aún mayor que la de ser legislador soberano de un caso concreto (puesto que significa enmendar al

auténtico legislador soberano). En todo caso, dichas decisiones prudenciales no podrían ser tomadas por cualquier arrogante que acaba de acceder a la judicatura, como es posible en la actualidad.

2.º) De esta manera, se privilegian las decisiones legalistas frente a las prudenciales ¹. Ello se debe a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, a que las soluciones legalistas siempre tienen algo positivo, que es crear o contribuir a la seguridad jurídica; además pueden también ser justas. Las soluciones prudenciales, en cambio, sólo tienen la posibilidad de ser justas, convenientes, etc. (no sé si más posibilidades que las legalistas); pero la seguridad jurídica, la destruyen o perjudican en cualquier caso, o sea, incluso cuando son justas, oportunas, etc.

Y también, en segundo lugar, a que la seguridad jurídica es, por así decirlo, algo tangible; algo, cuya ausencia o presencia es fácil de determinar. De la justicia, en cambio, sabemos muy poco.

3.º) El exigir que la decisión prudencial no perjudique a un particular tiene la siguiente justificación:

El poder legislativo y el ejecutivo crean, con sus disposiciones, un complejísimo laberinto de posibles vías de actuación. El particular, persona física o jurídica, no tiene otra opción, en primer lugar, que la de realizar el esfuerzo por conocer dichas vías, cosa cada vez más difícil; después ha de limitarse a elegir una de las vías que ambos poderes le han trazado.

Supongamos que *P* es un particular, que ha elegido una de las vías que el legislativo y el ejecutivo han puesto a su disposición. Quizá *P* ha elegido una vía que le favorece injustamente, en detrimento de otro particular *R*; pero *P* ha hecho o ha podido hacer sus previsiones, dedicando gastos, molestias, tiempo, etc., confiado en el texto literal de la ley. Y supongamos también que el asunto llega ante un juez, y éste, opinando que las normas que ha de aplicar son injustas o imperfectas para ese caso concreto, decide que deben ser corregidas (para dicho caso), basándose en la equidad, la analogía, el fraude de ley, los principios (generales) del Derecho, etc. Si la resolución judicial perjudica a *P*, no sólo se estará atentando contra la seguridad jurídica, sino también contra la justicia. Pues aunque dicha resolución pueda resultar justa para el particular *R* (injustamente tratado por el texto literal de la ley), para *P* la decisión es injusta por las siguientes razones:

1. PLATÓN, como es sabido, privilegió durante un período de su vida las decisiones prudenciales, hasta el extremo de prescindir completamente de las leyes. Sin embargo, en otro momento posterior, optó por las decisiones legalistas.

La cultura jurídica contemporánea, en cambio, no está claramente definida respecto a si dar preferencia a las decisiones legalistas o a las prudenciales: una decisión respetuosa con la letra de la ley igual recibe alabanzas que críticas, por ese motivo; y lo mismo ocurre con decisiones que se apartan del texto literal de la ley.

En primer lugar, porque lo justo es que el mal sea reparado por quien lo causa, y el mal (al menos, el mal principal) consiste, en el supuesto descrito, en que el texto literal de la ley es imperfecto, a juicio del juez, para el caso litigioso (el mal no consiste en que *P* ha acatado la ley). Por ello, suponiendo (lo cual, a veces, es mucho suponer) que la apreciación del juez sea correcta, dicho mal debe ser reparado por quien lo causó, a saber, el poder legislativo o el ejecutivo. Mas si el juez, para evitar una injusticia para *R*, dicta una resolución prudencial que perjudica al particular *P* (haciendo inútiles las molestias, gastos, tiempo, etc., que *P* ha necesitado para hacer sus previsiones conforme a la ley), lo que hace es reparar el mal a costa de *P*; y éste, no sólo no es el causante de las imperfecciones de la ley, sino más bien una de las víctimas de la maraña legislativa. Y debe tenerse en cuenta que, a estos efectos (es decir, a efectos de quién debe reparar el daño que la imperfección del texto legislativo causa a *R*), es irrelevante el que *P* haya actuado de buena fe (meramente confiado en texto literal de la ley) o de mala fe (eligiendo la vía legal que ha elegido con la finalidad, principal o secundaria, de perjudicar a *R*); pues el mal está en la imperfección del texto legislativo, que es lo que posibilita el perjuicio a *R*, y *P* no es el causante de dicho mal.

Y, en segundo lugar, porque a los particulares las imperfecciones legislativas unas veces les favorecen y otras les perjudican. En el supuesto que hemos imaginado, se trata de un particular *P*, que se ve favorecido, quizá injustamente, por el texto literal de la ley en un aspecto concreto, y el asunto llega ante el juez. Una decisión judicial, que, por razones de justicia, equidad, analogía, etc., resuelva este litigio en sentido contrario al particular *P*, olvida probablemente que en otros aspectos o en otras situaciones, cuyo conocimiento no llega ante los jueces, *P* es perjudicado, quizá también de forma injusta, por el texto literal de la ley y, sin embargo, *P* lo soporta resignadamente (porque sabe que conforme al texto literal de la ley no tiene derecho a reclamar y que, por ello, es de dudosa utilidad, además de caro, incómodo, etc., el intento de remediar dicha situación por vía judicial). Dicha decisión judicial alteraría de forma injustificada la distribución aleatoria, por así decirlo, de ventajas y perjuicios que las leyes otorgan a los particulares.

Éstas son las razones por las que opino que los jueces no deben abandonar el texto literal de la ley cuando ello perjudica a un particular. De lo contrario, el poder judicial agrava la situación de desventaja en que el particular se halla frente a los otros dos poderes.

Cuestiones distintas a la anterior son la de cómo hacer justicia para el otro particular *R*, injustamente tratado por el texto literal de la ley; o hasta qué punto el poder legislativo o el ejecutivo son responsables de dicha injusticia; o si la necesaria imperfección de las leyes, la representación política, u otras excusas más o menos razonables son capaces de eximir de toda responsabilidad a dichos poderes normativos.

La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica *

Por JOSÉ JUAN MORESO

Barcelona

I. INTRODUCCION

Cualquiera de nuestros modos de conocimiento del mundo presupone un determinado andamiaje conceptual. Nuestro uso ordinario del lenguaje precisa del uso de categorías (nombres comunes, adjetivos, verbos), que se proyectan sobre el mundo. No poseemos un lenguaje tan rico que disponga de nombres propios para cada objeto individual y para cada evento ¹. Aun así (si no aceptamos un mundo platónico, habitado por cosas como *la* blancura, *la* amistad, *el* homicidio, *la* letra de cambio y *la* ley orgánica) nuestro mundo *es* un mundo de objetos con-

* Este artículo ha sido terminado en el Balliol College (Universidad de Oxford), gracias a una ayuda del Ministerio español de Educación y Ciencia, para estancias en el extranjero de profesores españoles.

1. En la siempre sugerente obra de J.L. Borges (1951:65-66) hay una narración en donde un personaje, Funes el memorioso, trata de construir un lenguaje como este. Dejemos que lo cuente la prosa de Borges: «Locke, en el siglo XVII, postuló (y reprobó) un idioma imposible en el que cada cosa individual, cada piedra, cada pájaro y cada rama tuviera un nombre propio; Funes proyectó alguna vez un idioma análogo, pero lo desechó por parecerle demasiado general, demasiado ambiguo. En efecto, Funes no sólo recordaba cada hoja de cada árbol de cada monte, sino cada una de las voces que había percibido o imaginado... Este, no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)».

cretos e individuales y un mundo de eventos concretos e individuales (existe la fuente de Canaletas y existió el asesinato de César). Ahora bien, precisamos agrupar estos objetos y eventos individuales en clases para referirnos a ellos. Así hablamos de cosas verdes, pesadas, duras, etc. Los conceptos representan nuestra manera de estructurar el mundo. Nuestro progreso cognoscitivo depende, en buena medida, del refinamiento de nuestra estructura conceptual.

La ciencia jurídica también usa conceptos que se proyectan sobre el mundo para ordenarlo. Contrato, persona, asesinato, testamento o ley orgánica pueden servir de ejemplos.

El papel relevante que los conceptos tienen en la ciencia ha llamado la atención de los filósofos de la ciencia (Hempel 1952, Stegmüller 1970, Mosterín 1984). Si bien es cierto que también los juristas y filósofos del Derecho se han referido a menudo al lugar de la construcción conceptual en la dogmática jurídica,² no han tenido habitualmente en cuenta las aportaciones de la filosofía de la ciencia de los últimos cuarenta años al respecto (vd., sin embargo, Alexy 1986: 128-129, Weinberger 1989:374 y Luzzati 1990: 89-91).

Lo que me propongo en este trabajo es aplicar a la cuestión de la construcción de conceptos en la ciencia jurídica algunos de los desarrollos de la filosofía de la ciencia. La filosofía de la ciencia divide los conceptos en tres grandes categorías: los conceptos clasificatorios (o cualitativos), los conceptos comparativos y los conceptos métricos. En primer lugar expondré brevemente esta cuestión para, en el siguiente apartado, aplicarla a los conceptos usados en la ciencia jurídica. A continuación, me detendré en los conceptos clasificatorios, que son los más usuales en la ciencia jurídica, y realizaré un análisis de los problemas que las clasificaciones plantean en este ámbito. Por último, realizaré algunas consideraciones sobre los límites de la función clasificatoria en relación a la cuestión de las *clases naturales*.

II. CONCEPTOS CLASIFICATORIOS, COMPARATIVOS Y METRICOS

Los conceptos clasificatorios se refieren a un grupo determinado de objetos o sucesos del mundo que poseen algo en común. El objetivo perseguido al emplear dichos conceptos es dividir en diversas clases los objetos de un determinado dominio A. Ahora bien, para que esta división sea útil en relación al objetivo que pretende, debe cumplir algunas condiciones, condiciones formales y materiales de adecuación;

2. El caso más relevante es el de R. v. Ihering (1854:17-89). Como se sabe, Ihering dio lugar a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, que ya sólo por su nombre indica un interés especial por la cuestión que aquí nos ocupa.

esto es, debe ser formalmente correcta y materialmente adecuada. Los criterios de corrección formal son comunes a cualquier tipo de clasificación. En cambio, los criterios de adecuación material dependen del tipo de ciencia que se trate (más adelante realizaré algunas consideraciones relativas a los criterios de adecuación material en las clasificaciones de la ciencia jurídica).

Las condiciones formales de corrección pueden ser reducidas a las dos siguientes (Stegmüller 1970:34):

(I) Las clases determinadas por cada uno de los conceptos deben estar mutuamente *delimitadas con exactitud*. Respecto de ningún objeto del dominio puede ocurrir pues que pertenezca a dos clases distintas a la vez, o, expresándolo de otra manera, ningún objeto puede caer bajo dos conceptos distintos a la vez. Dicho brevemente: *las clases resultantes de la partición deben excluirse mutuamente*.

(II) Por otro lado también debe ocurrir que *cada* objeto del dominio caiga dentro de una de las clases determinadas por los conceptos; expresado más exactamente: *la partición en clases debe ser completa*, de modo que cada uno de los objetos del dominio caigan dentro de una de las clases determinadas conceptualmente.

La violación de estos requisitos es una de las razones que hace sorprendente la siguiente clasificación de los animales que, según una conocida narración de J.L. Borges (1974:708), aparecía en cierta enciclopedia china:³

Los animales se dividen en (a) pertenientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.

Los requisitos que debe cumplir una clasificación formalmente correcta pueden expresarse afirmando que cualquier clasificación debe constituir una *partición*, en el sentido matemático del término. Es decir, una colección de conjuntos $B_1...B_n$ es una partición en el conjunto dado A si y sólo si: (a) ninguno de esos conjuntos es un subconjunto va-

3. Se trata de una clasificación que ha llamado la atención de los filósofos de la ciencia, vd. Mosterín 1984:14 y Gärdenfors 1990:90 y también, aunque tal vez por razones distintas, de M. Foucault, que la convierte en el objeto de la reflexión con la que inicia su obra *Le mots et les choses* (1966: 7).

cío de A, (b) no hay ningún elemento común a dos de esos conjuntos y (c) cada elemento de A está en alguno de esos conjuntos. (Mosterín 1984:15).⁴

A estos requisitos formales de adecuación suele añadirse los requisitos materiales de adecuación. En la ciencia se acostumbra a decir que una determinada clasificación es materialmente más adecuada si es más fecunda, si permite formular más leyes generales interesantes para los miembros de cada clase, a estas clasificaciones se las denomina *naturales* (vd. al respecto el epígrafe V).

Tal vez el mayor defecto de los conceptos clasificatorios resida en el escaso contenido informativo que nos procuran. Mediante conceptos clasificatorios podemos afirmar que un animal determinado es o no es un mamífero, pero no podemos decir si un animal es *más* mamífero que otro. Es por esta razón que los conceptos comparativos son más útiles en el conocimiento científico. Son conceptos que permiten comparar el grado en que dos individuos de un dominio determinado poseen una determinada propiedad. Tal propósito se logra definiendo dos relaciones en un dominio A dado: una relación de coincidencia (I) y una relación de precedencia (P). Un ejemplo típico de concepto comparativo es el de *dureza* usado en la ciencia de los minerales: dados dos minerales x e y , decimos que x es más duro que y si y sólo si x raya a y , pero y no raya a x . Así también ocurre con la nociones de preferencia e indiferencia usadas en la teoría de la elección racional. Dicha teoría sostiene que entre los estados de cosas posibles, que forman el dominio A, se pueden definir dos relaciones: la relación de indiferencia (I) (un determinado sujeto es indiferente en relación a x e y) y la relación de preferencia (P) (un determinado sujeto prefiere x a y). De esta forma los estados de cosas constituyen un *orden serial* (en realidad, como afirma Hempel 1952:59, un cuasi-orden). Las relaciones I y P deben satisfacer algunos requisitos para formar un cuasi-orden.

La relación I debe ser totalmente reflexiva, simétrica y transitiva, esto es, debe constituir una relación de equivalencia. Estas condiciones permiten establecer los siguientes postulados:

P I: $\forall x (xIx)$ (I es totalmente reflexiva)

P II: $\forall x \forall y (xIy \rightarrow yIx)$ (I es simétrica)

P III: $\forall x \forall y \forall z (xIy \wedge yIz \rightarrow xIz)$ (I es transitiva)

La relación P, por su parte, también es transitiva. Si x precede a y , e y precede a z , entonces x precede a z . El siguiente postulado es:

4. En términos formales, $\{B_1 \dots B_n\}$ es una partición de A si y sólo si:

(a) $B_i \subset A \wedge B_i \neq \emptyset$ para cada i ($1 \leq i \leq n$).

(b) $B_i \cap B_j = \emptyset$ para $i \neq j$ ($1 \leq j, i \leq n$).

(c) $B_1 \cup B_2 \cup \dots \cup B_n = A$.

P IV: $\forall x \forall y \forall z (xPy \wedge yPz \rightarrow xPz)$ (P es transitiva)

En cambio, a diferencia de I, P es irreflexiva. Ningún elemento del dominio debe precederse a sí mismo. Y aún es más ningún elemento puede preceder a otro elemento entre los cuales haya la relación de coincidencia. Esto es, la relación P debe ser I-irreflexiva:

P V: $\forall x \forall y (xIy \rightarrow \neg xPy)$ (P es I-irreflexiva)

Para acabar, cualquier elemento del dominio en cuestión debe poderse comparar con respecto a las relaciones I y P. Esto es, entre cualesquiera elementos a y b, o bien hay la relación de coincidencia, o bien uno de ellos precede al otro. Se trata del requisito de conectividad:

P VI: $\forall x \forall y \forall z (xIy \vee xPy \vee yPx)$ (la relación P es I-conexa)⁵

Que estos postulados den cuenta de las relaciones empíricas que se pretende no es siempre claro. En el caso de la dureza de los minerales, los postulados PIII, PIV y PVI dependen de determinadas hipótesis empíricas (bien confirmadas hasta el momento). Lo mismo ocurre con el concepto de preferencia entre determinados estados de cosas. En este supuesto, a menudo se han levantado dudas por lo que refiere a la confirmación empírica de la transitividad y de la conexividad de las preferencias de los seres humanos (los postulados IV y VI, vd., por ej., Bunge 1985:81-83).

Habitualmente en el estado más avanzado de los lenguajes científicos se dispone de otra categoría de conceptos. Se dispone de los de-

5. El sistema formado por el dominio A, de estados de cosas, y las relaciones de coincidencia I y de precedencia P, el sistema $\langle A, I, P \rangle$, es isomórfico con un sistema con una sola relación, la relación R. (vd. Stegmüller 1970:55-56).

El sistema $\langle A, I, P \rangle$ tiene una clara aplicación dentro de la aritmética de los números naturales. Si sustituimos A por el dominio N de los números naturales, I por la relación de igualdad (=) y P por la relación «menor que» (<) obtenemos un sistema que cumple con los seis postulados anteriormente citados, un sistema que define un concepto comparativo en el dominio de los números naturales. Este sistema puede ser simplificado partiendo de una única relación primitiva, la relación «ser menor o igual que» (\leq), definiendo « $x=y$ » como « $x \leq y \wedge y \leq x$ »; y « $x < y$ » como « $x \leq y \wedge x \neq y$ ». Bastaría añadir que la relación « \leq » es totalmente reflexiva, transitiva y conexa. Esto hace al sistema $\langle N, \leq \rangle$ equivalente al sistema $\langle N, =, < \rangle$. Aplicado, por ejemplo, a la relación de preferencia entre estados de cosas y siendo R, un predicado para preferencia débil: preferencia o indiferencia; tres postulados y dos definiciones serían suficientes:

P'I: $\forall x (xRx)$

P'II: $\forall x \forall y \forall z (xRy \wedge yRz \rightarrow xRz)$

P'III: $\forall x \forall y (xRy \vee yRx)$

DfI: $\forall x \forall y (xIy \leftrightarrow xRy \wedge yRx)$.

DfII: $\forall x \forall y (xPy \leftrightarrow xRy \wedge \neg xIy)$.

nominados conceptos *métricos* (o cuantitativos, también denominados magnitudes). Dichos conceptos asignan números reales o vectores a objetos o eventos de un dominio determinado. La introducción de los conceptos métricos ha hecho posible el progreso científico en gran medida. Sus ventajas sobre los conceptos clasificatorios y comparativos son importantes. Pueden ser resumidas en las siguientes (Stegmüller 1970: 119 y ss.): a) el vocabulario científico se hace mucho más manejable y claro, b) los conceptos métricos permiten descripciones de los fenómenos mucho más diferenciadas. No sólo podemos afirmar que *a* pesa más que *b*, sino que podemos afirmar que *a* pesa 2.532 gramos mientras que *b* pesa 2.123 gramos (disponemos para ello no de un número finito de clases, sino del conjunto numerable y denso de los números racionales y finalmente del conjunto supernumerable de los números reales), c) los conceptos métricos permiten también la formulación de leyes mucho más simples y exactas que las leyes susceptibles de ser expresadas mediante conceptos no métricos y d) constituyen idealizaciones teóricas que permiten el uso ya no sólo de la lógica de predicados de primer orden, sino de una lógica de orden superior que permite el uso de las matemáticas.

Aquí, sin embargo, sólo voy a referirme al supuesto más simple de conceptos métricos. Se trata de introducir un concepto métrico en un ámbito en el que ya disponemos de un concepto comparativo. Supongamos que entre los estados de cosas del dominio *A* hemos introducido las relaciones *I* (de indiferencia) y *P* (de precedencia) que forman el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$. Entonces, podemos metrizar este sistema, si tenemos en cuenta que cualquier concepto métrico *f*, es una asignación de un número real a cada uno de los objetos de *A*, es decir, una función monádica que relaciona cada elemento de *A* con uno y sólo uno de los elementos del conjunto \mathfrak{R} de los números reales ($f: A \rightarrow \mathfrak{R}$). Las condiciones formales para metrizar el sistema $\langle A, I, P \rangle$ son las siguientes para cada dos estados de cosas *x* e *y* de *A*:

- (1) si xIy , entonces $f(x) = f(y)$
- (2) si xPz , entonces $f(x) < f(y)$

Habremos conseguido de esta forma que el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$ nos proporcione cierta información sobre el orden de los estados de cosas de *A*. Hemos establecido un homorfismo entre el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$ y el sistema numérico $\langle \mathfrak{R}, =, < \rangle$. De tal forma, habremos representado cuantitativamente nuestro sistema comparativo. ⁶

6. Habremos establecido una escala ordinal. En el supuesto que *A* sea el dominio de los minerales, *I* la propiedad de tener igual dureza y *P* la propiedad de tener menor dureza, tendremos la conocida escala de Mohs para los minerales, que como es sabido asignó números naturales del 1 al 10 a los minerales (1 al talco y 10 al diamante). (Vd. Mosterín 1984:28-30).

III. DERECHO, CIENCIA JURIDICA Y CONSTRUCCION CONCEPTUAL

La ciencia jurídica acostumbra a proyectar sobre el mundo los conceptos usados en el lenguaje del Derecho. El mismo Derecho, que es el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, es a su vez el mayor suministrador de conceptos para la ciencia jurídica. Nociones tales como asesinato, parricidio, grado en el parentesco, bien mueble, letra de cambio o ley orgánica, son usadas por los juristas de forma «parasitaria» de su uso en el lenguaje del Derecho. Usan a menudo el lenguaje, como sostenía Carnap (1937:308, véase también Alchourrón 1972:462) de una manera transpuesta, un modo material de discurso. Carnap entiende por tal aquel uso del lenguaje en el cual «para decir algo acerca de un objeto a , decimos algo paralelo acerca de un objeto b que está en una relación determinada con el objeto a ». Y, más adelante añade:

De acuerdo al uso común del lenguaje, una acción a de una determinada persona es llamada *delito* si el Derecho penal del país en que tal persona vive coloca la descripción de la clase de acción a la que a pertenece en la lista de delitos.

Carnap advierte que tal modo de discurso puede conducir a peligrosas oscuridades, pero que usado cuidadosamente no conduce a contradicciones. Pues bien, este es el tipo de discurso de los juristas cuando usan determinados conceptos: por ejemplo cuando usan el concepto de mayoría de edad en la expresión «Cayo es mayor de edad»,

De todas formas, la metrización de conceptos comparativos sólo consigue la formación de escalas ordinales, las más pobres desde el punto de vista de la información que nos suministran. Las escalas ordinales se limitan a decirnos si un objeto o evento tiene una propiedad en mayor o menor grado que otro, pero no nos dice en qué medida exacta tiene esa propiedad más que otro. Este se consigue mediante las escalas proporcionales. Un concepto que puede metrizar mediante una escala proporcional es el de masa. Para objetos manejables es posible usar el test de la balanza con el objeto de saber en qué grado un objeto x es más pesado que otro objeto y . Como desde el punto de vista empírico es posible combinar dos objetos (colocándolos en el mismo platillo de la balanza) —se dice entonces que la masa es una magnitud *extensiva* o *aditiva*—, podemos denominar esta operación O y formar el sistema $\langle A, I, P, O \rangle$, isomórfico con el sistema numérico $\langle \mathcal{R}, =, <, + \rangle$, que cumple las siguientes condiciones para todo x e y pertenecientes a A (Hempel 1952:65):

(1) Si xIy , entonces $f(x) = f(y)$

(2) Si xPy , entonces $f(x) < f(y)$

(3) $f(xOy) = f(x) + f(y)$

(4) Algún elemento particular de A , digamos b , se elige como estándar y se le asigna algún número r de forma que $f(b)=r$. Si asignamos, por ejemplo, el número 1.000 al cilindro de platino e iridio (el «kilo patrón») conservado en el museo de pesas y medidas de Sèvres tenemos fijada la escala en gramos.

significando en realidad «Según el Derecho, Cayo es mayor de edad». ⁷ Cuando se atribuye la cualidad de mayor de edad a Cayo, en realidad se está afirmando la inclusión de Cayo entre los mayores de 18 años y la existencia de una norma jurídica que atribuye la propiedad de ser mayores de edad a los mayores de 18 años.

A estos conceptos se les denomina, a veces, conceptos *normativos*. En relación a ellos von Wright (1969:98-99) ha escrito:

Por *condiciones de aplicación* de la norma de acuerdo a la cual todos los A deben (o pueden) hacer T, entenderé las varias condiciones que un agente tiene que satisfacer para calificarle como un A... Algunas de estas condiciones pueden ser puramente «naturales», por ejemplo, que para calificar a alguien como A debe ser varón. Otras son aquéllas para las que propongo el nombre de condiciones «jurídicas». Por ello entiendo aquello que el Derecho establece («define») como condiciones que han de ser satisfechas. Un ejemplo podría ser que para calificar a alguien como A debe estar casado.

Las condiciones «jurídicas» son equivalentes a los conceptos normativos. Las reglas que establecen las condiciones jurídicas (por ejemplo, que definen un concepto normativo) no son reglas prescriptivas sino conceptuales. ⁸

Sin embargo, no siempre los juristas usan conceptos normativos o, lo que es lo mismo, no siempre usan el lenguaje de manera transpuesta. A menudo, usan otras expresiones (mencionadas o no por el legislador, pero no definidas por él) que ellos mismos definen. Nociones como acción u omisión en el Derecho penal, Constitución en el Derecho constitucional, o empresa en el Derecho mercantil podrían servir de ejemplos.

La mayoría de los conceptos usados en la ciencia jurídica son, según creo, conceptos clasificatorios. A menudo, los juristas al usar de manera transpuesta determinados conceptos clasificatorios asumen, a su vez, los criterios clasificatorios del legislador. Así ocurre por ejemplo cuando los juristas dividen los bienes en muebles e inmuebles, o los delitos contra la vida humana independiente en homicidios, parricidios, asesinatos, etc. Como esto provoca determinados y, en mi opi-

7. Es decir, «Existe una norma jurídica (el art. 12 de la Constitución española de 1978) sinónima de “Los mayores de 18 años son mayores de edad” y Cayo es mayor de 18 años». Esta es la interpretación dada a estos enunciados, por Raz 1980:49, 218, bajo el nombre de enunciados aplicativos y por Hernández Marín (1989: 289 y ss) que los denomina enunciados consecutivos.

8. Vd., por ejemplo, Searle 1969 (*reglas constitutivas*), Alchourrón-Bulygin 1983 (*reglas conceptuales o definiciones*), Hernández Marín 1984 (*disposiciones cualificatorias*).

nión, interesantes problemas clasificatorios, será tratado en el próximo apartado.

En la ciencia jurídica existen también ejemplos claros de conceptos comparativos. El mismo legislador hace uso de esta clase de conceptos en algunas ocasiones. Un ejemplo claro lo constituye el concepto de parentesco del código civil (arts. 915 a 918). De acuerdo a estos artículos, en el conjunto B formado por todos los parientes de determinada persona b , es posible definir dos relaciones: la relación de ser pariente del mismo grado, llamémosla I , y la relación de ser pariente de grado más próximo (lo que el código civil denomina «la proximidad del parentesco»), llamémosla P . La proximidad está determinada por el número de generaciones que separan a un determinado pariente de la persona b . El número de generaciones se averigua de la siguiente manera: a) en la línea directa, la formada por personas que descienden una de otra, se asciende o desciende hasta el tronco de forma que como más cercano se está a él más próximo se está en el parentesco y b) en la línea colateral, personas que no descienden unas de otras, se asciende hasta el tronco común y se desciende hasta la persona b .

De esta forma la madre de b está en igual grado de parentesco en relación a b que la hija de b , y la hija de b está en mayor proximidad de parentesco en relación a b que el hermano de b . Es fácil mostrar que la relación de estar en igual grado de parentesco es una relación de equivalencia, es reflexiva, simétrica y transitiva: cada pariente está en igual grado de parentesco con b que sí mismo, si una persona x está en igual grado de parentesco que y con b entonces y lo está en igual grado que x , y si una persona x está en igual grado de parentesco con b que y , e y lo está en igual grado con z ; entonces x lo está en igual grado con z (esto es, dado que el hermano primogénito de b , está en igual grado de parentesco con él que su hermana menor y está lo está en igual grado que el abuelo paterno de b , entonces el hermano primogénito de b está en igual grado de relación con b que el abuelo de b). La relación de ser más pariente de b es asimétrica, transitiva y conexa: si x está en un grado más próximo de parentesco con b que y , entonces y está lo está en un grado más lejano que x ; si x está en un grado de parentesco más próximo con b que y , e y es más próximo que z , entonces la relación de parentesco de x con b es más próxima que la de z (como el hermano de b es más próximo que su bisabuelo, y el bisabuelo de b es más próximo que el sobrino de b , entonces el hermano de b es más próximo a b que el sobrino de b); la conexividad puede mostrarse observando que entre dos cualesquiera parientes de b , x e y , o bien están en igual relación de parentesco con b o bien x es más próximo a b que y o lo es y que x .

Este concepto comparativo es fácilmente transformable en un concepto métrico para construir una escala meramente ordinal. Basta con

asignar el número 1 a los padres y a los hijos de **b**, el 2 a los abuelos, nietos y hermanos de **b**, etc.⁹

Las reglas denominadas de resolución de antinomias también introducen conceptos comparativos. La regla *lex posterior* introduce con ayuda del criterio temporal un concepto claramente comparativo, la regla *lex specialis* también introduce un concepto comparativo aunque puede tener dificultades a la hora del postulado de conexividad (es obvio que existen normas entre las cuales no se da la relación de especialidad), la regla *lex superior* también introduce un concepto comparativo (aunque, a menudo, se discute cuál sea el criterio susceptible de establecer el orden jerárquico).

Alchourrón (1961:19-22) ha puesto de manifiesto como los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari* precisan de conceptos comparativos. Veámoslo en el supuesto del argumento por analogía (*a pari*). Suele decirse (y así lo establece el art. 4 de nuestro código civil) que debe procederse a la aplicación analógica de las normas (que presupone el uso del argumento por analogía) cuando existe *identidad de razón* entre dos supuestos. Ello supone que es posible definir dos relaciones (I y P) en el dominio de los supuestos posibles. La relación I es la denominada «identidad de razón». Si una norma del Decano de una Facultad establece la prohibición de fumar en las aulas y se considera que la razón de esta prohibición reside en el perjuicio causado sobre los no fumadores, tal vez pueda argumentarse analógicamente que también está prohibido fumar en los seminarios, puesto que fumar en ellos es tan perjudicial para los no fumadores como fumar en las aulas (existe identidad de razón entre fumar en las aulas y en los seminarios). El esquema del argumento podría ser el siguiente:

- (1) Está prohibido fumar en las aulas
- (2) Fumar en las aulas guarda la relación I (es tan perjudicial para los no fumadores) como fumar en los seminarios
- (3) Está prohibido fumar en los lugares en los que es tan perjudicial como en los lugares prohibidos
- (4) Está prohibido fumar en los seminarios

Como puede apreciarse, el argumento sólo es concluyente si se añade la premisa (3). Así puede entenderse la aplicación analógica de las normas: como la obligación (o, tal vez, la autorización) del órgano de aplicación de establecer una nueva norma en relación a todos los supuestos que tengan *identidad de razón* con los supuestos regulados.

9. En cambio, no es posible formar una escala proporcional, puesto que la relación de parentesco no es aditiva (como es obvio, no se pueden combinar dos parientes de **b** para formar un nuevo pariente de **b**). Por esto no podemos saber en qué medida es un hermano de **b** más pariente de él que el abuelo de **b**.

Los conceptos métricos son menos habituales en la ciencia jurídica. Pero existen algunos intentos destacables de metrización de determinados conceptos que, habitualmente, eran considerados clasificatorios y, además, con amplias zonas de vaguedad. Tal es lo que sucede con el concepto de *responsabilidad por negligencia* tal como viene definido por el juez L. Hand ¹⁰, con gran predicamento en el ámbito de *Law and Economics* (vd. por todos, Posner 1990:159) de acuerdo al cual tal concepto puede ser representado por la siguiente fórmula:

$$B < PL,$$

Esto es, una conducta es negligente y genera obligación de indemnizar si y sólo si los costes que el causante del accidente debía soportar para evitarlo son menores que la pérdida causada por el accidente ocurrido descontada (esto es, multiplicada por) la probabilidad de que tal accidente ocurriera.

Dicha noción no aparece definida por el legislador, por lo tanto la introducción de un concepto métrico significa una encomiable (aunque en ningún caso inmune a la crítica ¹¹) clarificación conceptual. Este concepto podría ser también presentado afirmando que la negligencia de una determinada acción *a* [*I(a)*] es igual al valor de los costes que el causante debía soportar para evitarlo [*v(c)*] menos el valor del daño causado [*v(d)*] multiplicado por la probabilidad de que el daño ocurriera [*p(d)*]. Esto es,

$$I(a) = v(c) - v(d) \cdot P(d)$$

Cuando *I(a)* tiene un valor negativo el comportamiento es negligente y mediante su aplicación en el dominio de los números enteros se puede averiguar si un comportamiento *a* es, y en qué medida lo es, más generador de responsabilidad que otro comportamiento *b*.

En otros casos es el mismo legislador el que hace uso de conceptos métricos y el jurista los incorpora a su discurso como conceptos normativos (de una manera transpuesta). Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en las escalas establecidas en las leyes (vd. Alchourrón y Bulygin 1971:26-27) sobre impuestos. Supongamos que una ley sobre el impuesto de la renta establezca la siguiente clasificación entre rentas anuales: 1) rentas superiores a un millón de pesetas e inferiores a 2 millones, 2) rentas entre 2 y 3 millones de peseta, 3) rentas entre 3 y 4 millones, etc. Obviamente que es posible, en este supuesto, definir en el

10. United States v. Carroll Towing Co., F 2d 169, 173 (2d Civ. 1947).

11. Obviamente esta no es la única, ni en mi opinión la más adecuada, aproximación al concepto de responsabilidad por negligencia. Sin embargo, la claridad de la noción la hace también más fácilmente criticable. Una presentación crítica puede verse en Dworkin 1986, capítulo 8.

dominio de las rentas superiores a 1 millón de pesetas de los ciudadanos de un país las relaciones I (tener la misma renta) y P (tener una renta superior), entonces construir una escala ordinal es sumamente sencillo. De tal forma, es posible saber en qué medida una renta es superior a otra.¹²

IV. CONCEPTOS NORMATIVOS CLASIFICATORIOS

La manera transpuesta de usar el lenguaje produce serios problemas a las teorías jurídicas, puesto que si el uso de los conceptos no es consistente por parte del legislador, puede que el uso transpuesto de los juristas tampoco lo sea. Si el Derecho establece que los bienes de la clase I son bienes de dominio público y, en otra norma, establece que los bienes de la clase C (un subconjunto de I) no son bienes de dominio público, entonces de acuerdo al Derecho los bienes de la clase C son y no son bienes de dominio público. Si los juristas no son conscientes de su uso transpuesto del discurso, pueden incorporar esta contradicción a su teoría.

Así opina Hernández Marín (1984:173-174):

Esto es lo que sucede cada vez que dos disposiciones jurídicas tales que una otorga a una entidad una cualificación opuesta a la otorgada por la otra a la misma entidad; ocuando una disposición establezca que ciertos bienes muebles son inmuebles, o que ciertas llaves auténticas son llaves falsas.

Esto es así para Hernández Marín puesto que, en su opinión, el axioma básico que asume la teoría cualificatoria (la teoría jurídica referida a las disposiciones cualificatorias o reglas conceptuales) es el siguiente:

Si según el Derecho z es G , entonces z es G .

De manera que cada vez que según el Derecho z es G y z es no G , introducimos una contradicción en la teoría jurídica.

En mi opinión, ello no es necesaria ni habitualmente así. No cabe duda que los juristas a menudo usan inconscientemente el lenguaje de

12. También es posible, y así se hace habitualmente, elaborar una escala proporcional, puesto que dos rentas pueden (convencionalmente) ser combinadas para formar una nueva renta y esta operación es isomórfica con la operación aritmética de la adición. Esto es, la combinación de la renta a con la renta b es igual a la suma del valor de a con el valor de b [$f(aOb) = f(a) + f(b)$]. La renta es una magnitud aditiva o extensiva. La extensividad de la renta es precisamente lo que hace posible la, por otra parte tan discutida si es impuesta como obligatoria, declaración conjunta de los matrimonios.

manera transpuesta. Sin embargo, creo que cuando afirman que *z* es un cheque o un cómplice o un bien inmueble, no quieren decir nada más que según el Derecho *z* es un cheque, un cómplice o un bien inmueble. De esta forma estos enunciados tienen valor de verdad (dependiente parcialmente de lo que establezcan las normas del Derecho)¹³ y no producen contradicciones; puesto que, obviamente, es posible describir un sistema que tiene definiciones inconsistentes, sin contradecirse.

El legislador no sólo define algunos conceptos sino que también introduce clasificaciones en su discurso. Por esa razón y por el uso transpuesto del lenguaje, la ciencia jurídica suele clasificar los conceptos también de manera transpuesta. Suele usar conceptos normativos clasificatorios. Si las clasificaciones del legislador son formalmente correctas, los problemas se reducen a ser conscientes del uso de conceptos normativos. Algunas de las clasificaciones del legislador siguen el tradicional esquema de la definición *per genus et differentiam* y la clasificación dicotómica. Así sucede, por ejemplo, en la clasificación que realiza el artículo 337 de los bienes muebles en fungibles e infungibles. A lo que dicho artículo añade: «A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás». Obviando ahora los problemas de vaguedad de la definición de bien mueble infungible, esta es una clasificación formalmente correcta: se trata de una partición. Todos los bienes muebles son o fungibles o infungibles y ningún bien mueble es a la vez fungible e infungible.

Otras clasificaciones, sin embargo, no son formalmente correctas, no son particiones. Vamos a usar como ejemplo de una clasificación formalmente incorrecta —y que presenta diversos aspectos interesantes y discutidos en la teoría jurídica— la clasificación de delitos contra la vida humana independiente que aparece en el título VIII (Delitos contra las personas), capítulo I del libro II del Código penal, todavía en vigor, bajo el título *Del homicidio* (art. 405 a 409). Este capítulo regula cuatro tipos de comisión de homicidio: (1) parricidio (art.405) (2) asesinato (art.406) (3) homicidio simple (art. 407) y (4) auxilio al suicidio (art. 409).¹⁴

13. Esta es la opinión de Raz 1994, 181-182, que sostiene que un enunciado como «*z* está en posesión del copyright» equivale a «Jurídicamente, *z* está en posesión del copyright», que a su vez, equivale a «Según el derecho, *z* está en posesión del copyright».

14. El art. 410 (cap. II) regula el infanticidio que también es un delito contra la vida humana independiente y a tenor del art. 407 es también un delito de homicidio. Sin embargo, en aras de la simplificación, prescindiremos de esta complicación añadida.

El anterior artículo 408 (ya derogado) regulaba el denominado homicidio en riña tumultaria. Un supuesto que hacía la clasificación todavía más complicada, puesto que una persona podía ser acusada de este delito aún en el supuesto de que no hubiera matado a nadie (si había participado en la riña y no constaba el autor de la muerte, es claro).

Esta clasificación adolece de muchos defectos (aunque no de tantos como la clasificación de la enciclopedia china citada por Borges). A pesar de ser una clasificación exhaustiva, puesto que la clase (3) incluye ya todos los casos de matar a otro ser humano independiente, no es mutuamente excluyente. Todos los supuestos que pertenecen a las clases (1), (2) y (4) pertenecen también a la clase (3). Algunos supuestos de la clase (1) pueden pertenecer también a la (2) y a la (4) —pensemos en el supuesto de una persona que mata a su padre, mediante veneno (una de las circunstancias que definen el asesinato) con el consentimiento del padre—.

Ahora bien, los penalistas acostumbran a dividir los supuestos de delitos contra la vida humana independiente siguiendo esta clasificación (vd., por todos, Quintano Ripollés 1972). Por esa razón, se encuentran en graves problemas a la hora de calificar determinados supuestos específicos (o casos individuales, como el asesinato de César) en una u otra categoría genérica (casos genéricos, como la clase de los asesinatos políticos) (vd. para una distinción entre casos genéricos e individuales von Wright 1963:36-37 y Alchourrón y Bulygin 1971:27 y ss.).¹⁵

Con este ejemplo sumamente ilustrativo voy a proceder ahora a dar una serie de pautas de como es posible establecer una clasificación formalmente correcta de los delitos contra la vida humana independiente, a partir de la clasificación del legislador.

Del conocido trabajo de de Alchourrón y Bulygin (1971:21-31 y 96-105) sobre los sistemas normativos se pueden extraer las ideas para realizar esta clasificación. En esta obra Alchourrón y Bulygin exponen las nociones de universo de propiedades, universo de casos y universo de acciones de forma tal que, a partir de ellos, es posible generar una clasificación formalmente correcta y materialmente adecuada.

El universo del discurso está formado por el conjunto de casos individuales (esto es, eventos o acontecimientos que suceden en una ocasión espacial y temporalmente determinada). En nuestro caso, los

15. ¿Matar al padre usando veneno es parricidio o asesinato? (vd. Mir 1988, Gimbernat 1991) ¿Matar a una persona a cambio de precio —otra circunstancia definitoria del asesinato— con su consentimiento es asesinato o auxilio (ejecutivo) al suicidio (vd. Gimbernat 1974). Son todos problemas de lo que los penalistas llaman *concurso aparente de leyes penales*. Una reconstrucción conocida de este problema por una vía semejante a la aquí seguida puede verse en Klug 1956.

Por otra parte, sin las conversaciones con José Cid nunca hubiera apreciado las conexiones de este problema de la dogmática penal con la construcción de conceptos. De estas conversaciones, nació un seminario con estudiantes —de largas y apasionadas discusiones— en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona y la osadía de dirigir un trabajo de investigación para el doctorado a Jean Pierre Matus (*Aproximación analítica al concurso aparente de leyes penales*, Barcelona, UAB, 1994). De todo ello (así como de una versión preliminar de un artículo sobre el tema: Cid 1994) me he beneficiado en este epígrafe.

casos en los que un ser humano causa la muerte de otro ser humano. Estos casos individuales deben clasificarse en clases (en casos genéricos), esto es, en circunstancias o situaciones que permitan averiguar la consecuencia normativa que el legislador le atribuye. Para conseguir tal fin, debe comenzarse por seleccionar las propiedades que el legislador ha considerado *relevantes*, puesto que les ha atribuido distinta consecuencia normativa. De no hacerlo así, sería fácil conseguir clasificaciones formalmente correctas pero irrelevantes (por ejemplo, una división de los comportamientos de dar muerte a un ser humano, dividiéndolos entre aquellos que tienen como resultado la muerte de un niño o niña, aquellos que tienen como resultado la muerte de un o una joven y aquellos que tienen como resultado la muerte de un ser humano adulto). Alchourrón y Bulygin (1971:101-103) consideran a una propiedad P relevante en un determinado caso C de un universo de casos UC y en relación a un determinado sistema normativo S y a un universo de acciones UA si y sólo si el caso C y su caso complementario con respecto a P en el UC tienen diferente status normativo en relación a S y al UA . La noción de relevancia puede extenderse a los universos de casos. El universo de casos relevantes (UCR) en relación a un sistema normativo S y a un determinado universo de acciones UA es el UC correspondiente al UPR .

En el supuesto de nuestro universo del discurso (al que pertenecen los casos individuales en los que un ser humano causa la muerte de otro ser humano), las propiedades relevantes son tres: parentesco con la víctima (puede ser ascendientes, descendientes o cónyuge) que llamaremos P , alguna de las circunstancias, tomadas disyuntivamente, que califican el asesinato (por ejemplo, uso de veneno) que llamaremos A y consentimiento de la víctima que llamaremos C .¹⁶ La presencia o ausencia de dichas propiedades determina soluciones normativas distintas del universo de acciones (penas distintas). A la proposición que identifica el conjunto de propiedades relevantes se le denomina (Alchourrón y Bulygin 1971:104) *tesis de relevancia*. Es la tesis de relevancia la que hace a una determinada clasificación de la ciencia jurídica materialmente adecuada. Denominaré a una clasificación de la ciencia jurídica materialmente adecuada si y sólo si las propiedades seleccionadas para construir los casos genéricos son propiedades relevantes (identificadas a partir de la tesis de relevancia) o bien si y sólo el universo de casos en cuestión es relevante.

Una clasificación de la ciencia jurídica será, entonces, *materialmente adecuada* si y sólo si selecciona un universo de casos relevantes.

16. El homicidio simple es excluido de las propiedades relevantes, dado que su caracterización coincide con la de nuestro universo del discurso.

Para establecer los requisitos de la *corrección formal* de una clasificación de la ciencia jurídica es preciso considerar algunas cuestiones previas.

Los casos genéricos deben ser caracterizados de forma que sean susceptibles de tener a determinados casos individuales (acciones concretas de matar a otro) como instancias suyas. Por esa razón, es preciso que las combinaciones de propiedades que definan cualquier caso genérico no sean tautológicas ni contradictorias. Para ese fin las propiedades seleccionadas (**P**, **A** y **C** en nuestro ejemplo) deben reunir algunas condiciones:

a) Los elementos del universo de propiedades deben ser *lógicamente independientes*. Dos propiedades son lógicamente independientes si y sólo si la presencia de alguna de ellas en un caso individual es compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo caso individual.

En nuestro ejemplo, las tres propiedades cumplen este requisito: el parentesco, alguna circunstancia como el uso de veneno y el consentimiento de la víctima son todas compatibles entre sí para un caso concreto de matar a otro.

b) Los elementos del universo de propiedades deben ser lógicamente independientes de las conductas del universo de acciones. En nuestro caso, las conductas obligatorias del universo de acciones (la imposición de penas) son lógicamente independiente del universo de propiedades.

c) Por último, el universo de propiedades y el universo del discurso deben ser dos universos correspondientes: cada uno de los elementos (casos individuales) del universo del discurso puede tener cada una de las propiedades del universo de propiedades. Requisito que también cumplen las propiedades de nuestro ejemplo.

Ahora es posible definir la noción de *caso elemental* como aquél caracterizado por la conjunción de todas las propiedades de *UP* o sus negaciones. Entonces, es posible construir un universo de casos elementales a partir de las propiedades, que sea una partición (o división), es decir, que cumpla los tres requisitos que ya conocemos: a) que ninguna de las combinaciones de propiedades defina una clase lógicamente vacía, b) que las clases definidas por las propiedades sean lógicamente exclusivas (que ningún caso individual de matar pertenezca a más de un caso genérico y c) que las combinaciones de propiedades sean lógicamente disyuntas (cada caso individual pertenece a una de las combinaciones de propiedades).

Nuestro universo de propiedades *UP* es igual a $\{P, A, C\}$ y el universo de casos elementales se genera de la siguiente forma: Si n es el número de propiedades (3 en nuestro ejemplo), 2^n es el número de casos elementales (en nuestro ejemplo $2^3 = 8$).

Veámoslo:

	<u>P</u>	<u>A</u>	<u>C</u>
1)	+	+	+
2)	+	+	—
3)	+	—	+
4)	+	—	—
5)	—	+	+
6)	—	+	—
7)	—	—	+
8)	—	—	—

Esto da lugar a la clasificación de los delitos contra la vida humana independiente en ocho categorías: una clasificación que es formalmente correcta. Por ejemplo, mientras la clase 8) es la del homicidio simple, la clase 1) es un supuesto que no ha despertado tanta discusión entre los penalistas como otros supuestos (así el 2) o el 5), vd. nota 15), pero que puede tener como instancias interesantes casos de eutanasia (por ejemplo, el hijo que accede a las reiteradas solicitudes de su madre administrándole alguna sustancia venenosa para aliviar sus profundos e irreversibles sufrimientos).

Debe resultar obvio que esta clasificación no aclara cuáles son los criterios que deben usarse para identificar cuáles deban ser las normas aplicables a estos casos (esto depende del derecho positivo y, dada la situación de nuestro derecho positivo, de la reconstrucción dogmática de los criterios adecuados). Ahora bien, permite identificar claramente cuáles son los casos de conflicto potencial mediante una clasificación, distinta de la del legislador, pero —según he mostrado— formalmente correcta y materialmente adecuada. Para ello, es necesario, en ocasiones, apartarse de las clasificaciones usadas por el legislador.

V. ¿HAY GENEROS NATURALES?

En relación a los dos requisitos señalados como necesarios y suficientes de una clasificación, la corrección formal y la adecuación material, he prestado atención preferente al primero. Quiero terminar este trabajo, sin embargo, con unas consideraciones generales sobre la adecuación material de las clasificaciones.

Una antigua preocupación en filosofía de la ciencia reside en la cuestión de si nuestra división del mundo en conceptos es totalmente convencional o, en cambio, tiene alguna dimensión *natural*. Es un problema vinculado con las llamadas paradojas de la confirmación y de la

inducción. La paradoja de la confirmación (Hempel 1965) plantea la cuestión de qué confirmaciones cuentan como apoyo inductivo para una ley general. Así el enunciado general de la forma $\forall x(Fx \rightarrow Gx)$, «todos los cuervos son negros», es confirmado por enunciados como $Fa \ \& \ Ga$ (cuervos negros). Ahora bien, dado que $\forall x(Fx \rightarrow Gx)$ es equivalente a $\forall x(\neg Gx \rightarrow \neg Fx)$, las instancias de $\neg Ga \ \& \ \neg Fa$ (de cosas no-negras no-cuervos) también confirman esta ley. Siendo así, las rosas blancas, los elefantes grises o las camisas rojas son también confirmaciones de esta ley. Una conclusión bastante contraintuitiva. El problema de la inducción (Goodman 1955) puede plantearse de la siguiente manera: todas las esmeraldas examinadas hasta hoy han resultado ser de color verde. Sin embargo, podemos construir un predicado, *verdul*, para aquellas cosas que son verdes hasta el año 2000 y azules a partir del año 2000. De esta forma, *tan válida* es la generalización «todas las esmeraldas son verdul» como «todas las esmeraldas son verdes». Otra contraintuitiva conclusión.

Una de las soluciones para este tipo de problemas procede de la idea según la cual algunos predicados denotan *géneros (o propiedades) naturales*, esto es, en la realidad determinados rasgos están agrupados entre sí independientemente del conocimiento humano.¹⁷ De este modo, predicados como *verdul*, *no-negro*, no denotarían clases naturales y, por esta razón, no serían adecuados para nuestra representación del mundo.

La noción de géneros o clases naturales se ha visto fortalecida desde el campo de la filosofía del lenguaje por la obra de Kripke (1971, 1980) y Putnam (1973, 1975). Estos autores han defendido la denominada teoría *causal de la referencia*, según la cual la referencia de los nombres propios (por ejemplo, «Aristóteles», «Kelsen») o también de ciertos predicados (así, «agua», «oro») determina su significado. De acuerdo a Kripke, los nombres propios son *designadores rígidos*, nombran al mismo objeto individual en todos los mundos posibles y, según Putnam, predicados como «agua» también son designadores rígidos, es su referencia la que determina su significado. Estos designadores rígidos son contemplados como resultado de una especie de «acto bautismal» («ceremonia de denominación», «acto introductorio», Putnam 1975, vd. también Evans 1982, 121 y ss.), aceptado por una comunidad lingüística determinada, efectuado en referencia a algunos objetos de nuestra experiencia. Podemos desconocer o equivocarnos respecto a la verdadera naturaleza de las propiedades del objeto referido (puede que Aristóteles no fuera maestro de Alejandro Magno, ni discípulo de Platón...; o que Kelsen no naciera en Praga, ni formara parte del primer Tribunal Constitucional austríaco; puede que los primeros usos del término «agua» lo asociaran erróneamente con misteriosas estructuras, distintas de H₂O...), pero el «acto bautismal» fijó la referencia del ob-

17. En Quine (1969) puede hallarse una interesante discusión de esta idea.

jeto de una vez para siempre, con independencia absoluta de nuestras creencias al respecto (la división del trabajo lingüístico es la idea con la que Putnam explica la posibilidad de errores en las creencias de algunos miembros de una comunidad).

Putnam (1975:215-219) contempla la teoría causal de la referencia como una crítica a dos tesis comúnmente aceptadas en la teoría del significado: a) conocer el significado de un término consiste en tener algún estado psicológico («los significados están en la cabeza») y b) el significado, en el sentido de intensión, determina la extensión de un término. Por el contrario, en virtud de la teoría causal podemos sostener que es la extensión la que determina la intensión de un término y que el significado no se corresponde, por lo tanto, con estado psicológico alguno.

Si la teoría causal presupone o implica el realismo metafísico es una cuestión discutida.¹⁸ Ahora bien, es habitual presentarla asociada con dicha tesis y así la ha presentado, en teoría jurídica, Moore (1982, 1985, 1989).

Moore mantiene una teoría no convencional del significado, de acuerdo a la cual «encontrar el significado de las palabras no es una cuestión de hallar algunas convenciones estipuladas anteriormente; sino la tarea... de descubrir como el mundo está constituido» (Moore 1985:338). Moore distingue entre géneros *nominales* (clases formadas por convención) y géneros *naturales* (cuya agrupación se corresponde con la estructura del mundo).¹⁹ Por esta razón, muchos términos que aparecen en los textos legales deben ser interpretados de acuerdo a esta teoría *realista* del significado. Moore pone el ejemplo de la palabra «muerte» y, con independencia de que exista alguna definición legislativa de ella, sostiene (1985:300):

El significado de palabras como «muerte», por lo tanto, no se halla en ningún conjunto de convenciones, ni el significado es un conjunto de ejemplos paradigmáticos, ni un conjunto de propiedades convencionalmente asignadas al símbolo. El significado de una palabra como «muerte» sólo puede ser encontrado en la mejor teoría científica que dé cuenta de la naturaleza real de cada clase de evento. Al asumir que hay tales cosas como naturalezas reales de géneros naturales, la teoría del significado presupuesta por nuestro uso es adecuadamente llamada una teoría *realista* del significado.

18. Para esta vinculación junto con una crítica desde la filosofía de la ciencia a la teoría causal de la referencia, vd. Moulines 1991:152-164.

19. En un artículo reciente (Moore 1992a) ha distinguido dichos géneros de los géneros denominados ahora *funcionales* (predicados referidos a objetos artificiales, creados por el hombre). Putnam (1975:242-244) había incluido a los lápices como ejemplos de géneros naturales y había sido criticado por esa razón.

Moore, que también es un defensor del realismo moral (1982, 1992b), sostiene que existen géneros *morales* (1985, 333-338). Así términos, a veces conocidos como términos *valorativos*, que aparecen en los textos legales como por ejemplo la expresión «penas o tratos inhumanos o degradantes» del artículo 15 de la Constitución española de 1978, se refieren a los géneros morales de lo inhumano y lo degradante, que esperan ser «descubiertos» en la realidad.²⁰ De tal manera, averiguar qué tipo de penas o tratos prohíbe la Constitución española sería una cuestión que no dependería de valoración ni convención alguna (ni de las intenciones de los constituyentes, ni de los usos lingüísticos de la sociedad); sino de determinados rasgos del mundo, independientes del ser humano.

Termino con algunas consideraciones sobre qué aspectos de la problemática planteada por los géneros naturales debe atender una teoría de la construcción conceptual jurídica y cuáles son prescindibles; estructuradas como una crítica, lexicográficamente ordenada, a las tesis de Moore recientemente expuestas.

a) Un aspecto que subyace a la teoría causal de la referencia debe ser tomado en consideración: la naturaleza presenta determinadas similitudes que se reflejan en nuestros conceptos. La naturaleza de nuestros conceptos científicos no es totalmente convencional.²¹

Esto no hace todavía verdadera a la teoría causal de la referencia. Algunos de los elementos de dicha teoría son altamente cuestionables: me referiré únicamente a la preservación estable de la referencia a partir de una ceremonia bautismal. Incluso para el caso —más plausible— de los nombres propios es discutible. Evans (1973) planteó el siguiente problema: según parece «Madagascar» era el nombre de un lugar en el continente africano, que un error de entendimiento de Marco Polo convirtió en el nombre de la gran isla africana. ¿Quiere esto decir que «Madagascar» no es (a pesar de todos los usos lingüísticos actuales) el nombre de la isla, ya que no es posible mantener la cadena referencial?

b) Aún suponiendo la verdad de la teoría causal de la referencia, su nexo con una metafísica realista es muy discutible. En teoría jurídica (Marmor 1992:138-146, Bix 1993: 162-168), han planteado la posibilidad (siguiendo por ejemplo a Dummett 1978 y a Blackburn 1984) de articular dicha teoría, independientemente del realismo metafísico, armonizándola con la teoría wittgensteniana del significado como uso. Dicha posibilidad no será analizada aquí.

20. Se ha considerado, más extremadamente, (vd. Hurd 1990) que las normas jurídicas no son guías del comportamiento humano sino descripciones de esta realidad (parcialmente) moral.

21. De esta idea se obtiene un corolario no sólo para la ciencia jurídica, sino también para la teoría de la legislación: el legislador debe (si quiere obtener regulaciones más adecuadas) realizar clasificaciones que tengan en cuenta los géneros naturales.

c) Aún siendo parcialmente verdad el realismo metafísico, podría seguir siendo falso el *realismo moral*. Como la actual discusión filosófica entre realismo y anti-realismo pone de manifiesto (vd. Wright 1993:1-42), este combate está sectorializado: se puede ser realista respecto de los objetos físicos y no respecto de los estados mentales, o de las entidades matemáticas, o de las entidades morales, etc. Es decir, el realismo moral necesita argumentos específicos para ser plausible.²²

d) Aún siendo verdadero el realismo moral, todavía debería mostrarse el instrumento epistemológico que permita acceder a la evaluación de la verdad de los juicios morales. Dado que, a menudo, se sostiene que en el reino de la moralidad no existe conocimiento experto, dicha posibilidad se aleja. De hecho, las creencias morales no parecen *converger* en la misma medida que las creencias sobre física o historia, por ejemplo. Esto permite conjeturar que, a pesar de Moore, la objetividad de la moral es irrelevante para el conocimiento jurídico (vd. Waldron 1992).

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRON, Carlos E. (1961): «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*» en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 177-199.
- (1972): «The Intuitive Background of Normative Legal Discourse and its Formalization» en *Journal of Philosophical Logic*, 1, 447-463.
- ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, New York. Wien: Springer.
- (1983): «Definiciones y normas» en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ALEXY, Robert (1986): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2 ed.
- BIX, Brian (1993): *Law, Language, and Legal Indeterminacy*, Oxford: Oxford University Press.
- BLACKBURN, Simon (1984): *Spreading the Word*, Oxford: Oxford University Press.
- BORGES, Jorge Luis (1951): «Funes el memorioso» en *La muerte y la brújula*, Buenos Aires: Emecé.
- (1974): «El idioma analítico de John Wilkins» en *Obras Completas*. Buenos Aires: Emecé.
- BUNGE, Mario (1985): *Economía y filosofía*, Barcelona: Ariel.
- CARNAP, Rudolf (1937): *The Logical Syntax of Language*, London: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- CID MOLINÉ, José (1994): «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47, 29-63.

22. En concreto, argumentos susceptibles de derrotar teorías como la de Mackie 1977, según la cual las creencias morales son falsas puesto que presuponen la existencia de *extrañas* entidades en el universo que a) no sirven para mejorar nuestra explicación del mundo y b) son doblemente extrañas porque están misteriosamente vinculadas con la dimensión práctica de aquello que debemos hacer. No es posible tampoco aquí reproducir esta discusión central en teoría moral actual (vd. Smith 1994).

- DUMMETT, Michael (1978): «The Social Character of Meaning» en *Truth and Other Enigmas*, London: Duckworth, 420-430.
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- EVANS, Gareth (1973): «The Causal Theory of Names» en *Proceedings of Aristotelian Society*, 47, 187-208.
- (1982): *The Varieties of Reference*, Oxford: Oxford University Press.
- GÄRDENFORS, Peter (1990): «Induction, Conceptual Space and AI» en *Philosophy of Science*, 57, 78-95.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1974): «Inducción y auxilio al suicidio» en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 3 ed., 1980, 275-286.
- (1991): «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44, 422-441.
- GOODMAN, Nelson (1956): *Fact, Fiction, and Forecast*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- HEMPEL, Carl G. (1952): *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago: The University of Chicago Press.
- (1965): *Aspects of Scientific Explanation, and Other Essays in the Philosophy of Science*, New York: Free Press.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1984): *El derecho como dogma*, Madrid: Tecnos.
- (1989): *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona: P.P.U.
- HURD, Heidi (1990): «Sovereignty in Silence» en *Yale Law Journal*, 99, 945-1027.
- IHERING, Rudolph von (1852): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwincklung*, 2.2., Aalen: Scientia Verlag, 1968.
- KLUG, Ulrich (1956): «Sobre el concepto de concurso de leyes» en *Problemas de la filosofía y la pragmática del derecho*, trad. de E. Garzón Valdés, Barcelona: Alfa, 1989, 55-73.
- KRIPKE, Saul (1971): «Identity and Necessity» en M.K. Munitz (ed.), *Identity and Individuation*, New York: New York University Press, 135-164.
- (1980): *Naming and Necessity*, Oxford: Oxford University Press.
- LUZZATI, Claudio (1990): *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano: Giuffrè.
- MACKIE, John (1977): *Ethics. Inventing Right and Wrong*, New York: Penguin Books.
- MARMOR, Andrei (1991): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MIR PUIG, Santiago (1988): «Sobre la relación entre parricidio y asesinato» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 977-1000.
- MOORE, Michael (1982): «Moral Reality» en *Wisconsin Law Review*, 1061-1156.
- (1985): «A Natural Theory of Interpretation» en *Southern California Law Review*, 58, 277-388.
- (1989): «The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?» en *Stanford Law Review*, 41, 871-957.
- (1992a): «Law as a Functional Kind» en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 188-244.
- (1992b): «Moral Reality Revisited» en *Michigan Law Review*, 90, 2423-2523.
- MOSTERIN, Jesús (1984): *Conceptos y teorías en la ciencia*, Madrid: Alianza.
- MOULINES, C. Ulises (1991): *Pluralidad y recursión. Estudios epistemológicos*, Madrid: Alianza.
- POSNER, Richard (1990): *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- PUTNAM, Hilary (1973): «Meaning and Reference» en *The Journal of Philosophy*, 70, 699-711.
- (1975): «The Meaning of "Meaning"» en *Mind, Language, and Reality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- QUINE, Willard van Orman (1969): «Natural Kinds» en *The Ontological Relativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press, 114-138.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1972): *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, I.I., 2 ed., Madrid: Ed. de la Revista de Derecho Privado.
- RAZ, Joseph (1980): *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2 ed.
- (1994): *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- SEARLE, John (1969): *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SMITH, Michael (1994): *The Moral Problem*, Oxford: Basil Blackwell.
- STEGMÜLLER, Wolfgang (1970): *Theorie und Erfahrung*, Heidelberg: Springer. [trad. española de C.U.Moulines, *Teoría y experiencia*, Barcelona: Ariel, 1979].
- WALDRON, Jeremy (1992): «The Irrelevance of Moral Objectivity» en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 158-187.
- WEINBERGER, Ota (1989): *Rechtslogik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- WRIGHT, Crispin (1993): *Realism, Meaning and Truth*, 2 ed., Oxford: Oxford University Press.
- WRIGHT, Georg von Henrik (1963): *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul.
- (1969): «On the Logic and Ontology of Norms» en J.W. Davis, D.J. Hockney, W.K. Wilson (eds.), *Philosophical Logic*, Dordrecht: Reidel.

La arbitrariedad

Por MILAGROS OTERO PARGA

Santiago

1. INTRODUCCION

La Constitución española de 1978 establece en el art. 9-3.º la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos junto con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. De este modo, la prohibición dirigida hacia los poderes públicos de actuar de forma arbitraria en el ejercicio de sus funciones se muestra en el texto constitucional en un lugar privilegiado y al lado de principios como la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica y la responsabilidad.

El objetivo del presente trabajo se centra en el estudio de la arbitrariedad desde el punto de vista conceptual ya que entiendo que sólo conociendo el contenido del principio será posible cumplir con el mandato constitucional de frenarla.

Sin embargo, la delimitación de este concepto no se muestra tarea fácil y por ello procederé, en primer lugar, a establecer sus límites por vía de exclusión con otras figuras afines que, pesar de haber sido tradicionalmente confundidas con la arbitrariedad, no podemos considerarlas técnicamente como tal cosa. Desde esta perspectiva me ocuparé brevemente de la discrecionalidad y de la injusticia.

A continuación, extraeré los elementos que aparecen en los estudios realizados sobre el tema a fin de poder confeccionar, por síntesis, una delimitación del concepto que permita conocerlo un poco mejor para poder cumplir de la forma más adecuada con el precepto constitucional del art. 9-3.º.

2. FIGURAS AFINES A LA ARBITRARIEDAD

Mi intención en este epígrafe es determinar qué actuaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad, con el objetivo de establecer así, *contrario sensu*, lo que sí sería censurable como comportamiento arbitrario. Para ello me centraré, tal y como he anunciado, en dos situaciones; *discrecionalidad e injusticia*, que son las que, a mi juicio, reflejan mejor el problema.

2.1. Arbitrariedad y discrecionalidad

Hoy en día la figura de la arbitrariedad resulta poco estudiada, al menos en lo que a su aspecto conceptual se refiere, creciendo sin embargo la preocupación por su determinación en campos específicos como el derecho administrativo, financiero o tributario.

En el ámbito del derecho administrativo, que es el que parece prestarle en este momento mayor atención, se parte de la base de que no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. Y, en este sentido definen la primera como *parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración* y condenan la segunda como ausencia de control y simple capricho.

No obstante, esta afirmación de condena y defensa resulta simplista en exceso. La realidad jurídica, muy rica en situaciones particulares, demanda de la doctrina un estudio mucho más profundo. Quizá por ello en estos últimos años se han producido distintas manifestaciones, a veces incluso muy vehementes, que tratan de deslindar estos conceptos y de estudiar las relaciones entre ellos.

La polémica se centra en las posturas de dos administrativistas Tomás-Ramón Fernández y Luciano Parejo que mantienen opiniones enfrentadas sobre el desarrollo de las técnicas de control judicial de la discrecionalidad y sobre la imprecisión de los posibles límites de control.

El problema suscitado nos afecta ya que la arbitrariedad se presenta como una conducta censurable que se produce como consecuencia del abuso de poder, mientras que la discrecionalidad se muestra como un poder necesario del cual precisa la Administración para alcanzar sus fines de la mejor manera posible. La discrecionalidad implica un necesario control, aunque este sea muy difuso, mientras que la arbitrariedad sería el resultado de la falta de control.

Por ello, el hilo conductor de este trabajo debe trasladarse, aunque sólo sea de forma provisional, al ámbito de la discrecionalidad ya que ella determina, por defecto, la aparición de la arbitrariedad.

Según Tomás-Ramón Fernández «el poder discrecional es una capacidad incondicionada de imposición libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra»¹. Este poder tan amplio deriva, según él, de la interpretación de la división de poderes que propugnaban los revolucionarios franceses como separación de poderes. La Administración quedaría así exenta de todo control judicial, reservándose el contencioso-administrativo para aquellos casos en los que fuese necesario corregir los errores, por fuerza graves pero excepcionales, de las decisiones administrativas.

Y este poder, así concebido, es el que la Constitución de 1978 concede a la Administración ya que según su opinión «no le ha aportado una legitimación que siglo y medio atrás no tuviera. Siempre fue legítimo y siempre será necesario»².

Por ello, y haciendo legítimo uso de este poder, la Administración puede elegir la solución que le parezca más acorde con los intereses del momento en cada caso determinado siempre que ello sea legalmente indiferente. Puede elegir lo que considere más conveniente siempre que la norma que le habilite para actuar no le imponga expresamente condiciones determinadas de actuación.

No obstante, hay que distinguir la indiferencia legal de la jurídica ya que «indiferente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho que reconozca un orden de valores preexistente y se ordene a su efectiva realización»³.

Lo que se trata de evitar es la arbitrariedad entendida como abuso o desviación de poder, así como falta de control sobre el mismo y esto no se produciría ya que, según él, toda decisión de la Administración, por muy discrecional que sea, es susceptible de control judicial de juridicidad (no de legalidad como apostilla Parejo)⁴. No en vano el juez puede controlar los actos discrecionales de la Administración hasta el punto que le permite el derecho establecido en los arts. 103-1.º y 106-1.º de la C.E.⁵. De esta forma, el control queda asegurado y la anulación del acto discrecional se mantiene como una medida de carácter excepcional.

1. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 17.

2. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994, p. 147.

3. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 151.

4. PAREJO Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 48.

5. Conviene recordar que el art. 103-1.º de la C.E. afirma que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Idea que se complementa en el art. 106-1.º que afirma que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Sin embargo, los actos discrecionales deben estar respaldados por datos objetivos a fin de que no puedan convertirse en arbitrariedad. Por ello conviene fijar unos criterios claros y precisos dentro de los cuales puedan moverse las autoridades administrativas sin riesgo, en el ejercicio de sus funciones. La finalidad de esta medida, según García de Enterría es «poder contar con toda normalidad con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso, de la finalidad pública de utilidad o interés general»⁶. Porque, de no ser así, el acto discrecional desviado de su fin incurriría en un vicio que debe ser fiscalizado por los tribunales.

En cuanto a la enumeración de los criterios a tener en cuenta, Fernández afirma que son los de motivación y racionalidad. La motivación (que entiendo como un ensayo mental preparatorio de una acción para animar o animarse a ejecutarla con interés y diligencia) se perfila como un criterio de suma importancia ya que en su ausencia «el único apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente como es obvio en un Estado de Derecho»⁷. Por ello, la motivación debe existir, aunque sea sucinta, siempre que sea suficientemente indicativa tal y como recoge la ST de 18 de junio de 1982. Además debe ser razonable, esto es, debe poder ser justificada con datos objetivos, sin olvidar, en ningún caso, el mandato constitucional del art.103-1.º de servicio a los intereses generales.

Frente a esta postura nos encontramos con la de L. Parejo que difiere, en buena medida, en muchos de los planteamientos hasta ahora expuestos. Parte igualmente de la necesidad de cumplir el mandato del art. 9-3.º de la C.E en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad se refiere pero, frente a Fernández, se muestra muy pesimista en cuanto a la situación actual. Por ello advierte del peligro de desbordamiento por el juez contencioso-administrativo de los límites de su función, lo cual implicaría el riesgo del «subjetivismo y decisionismo que conllevaría de forma irremediable el grave error de sustitución de la discrecionalidad por la arbitrariedad»⁸.

Por otro lado, y a pesar de que defiende la necesidad de que la Administración disponga de un poder discrecional tampoco cree que los criterios de motivación y racionalidad expuestos por Fernández para su control sean efectivos. Según él, el primero, el de la motivación, es válido y por ello no es discutible, pero no aporta nada a la solución del problema de los límites del control judicial.

6. GARCÍA ENTERRÍA Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed, Madrid, Cuadernos Civitas, 1989, p. 27. Del mismo autor *La interdicción de la arbitrariedad*, Revista de la Administración Pública, 30, p. 113 y ss.

7. FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit, p.105 y ss.

8. PAREJO Luciano, *Administrar y juzgar...cit.* p. 36.

En cuanto a la necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa, opina que la racionalidad no es algo objetivo ni preciso y por tanto es tan fácil de defender como difícil de controlar. Con lo cual el riesgo de que el poder discrecional de la Administración se convierta en arbitrariedad está mucho más presente en las preocupaciones de Parejo que en las de Fernández.

Frente a estas dos posturas, aunque no enfrentándose a ellas, se encuentra Miguel Sánchez Morón. Según él, la Administración debe disponer de un poder discrecional dentro de unos límites que no están destinados ni a reducir, ni a eliminar este poder, pero que deben ser establecidos, ya que «los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o de cualquier forma no jurídicos de la decisión»⁹.

Por ello propugna la necesidad de establecer una cautela en el uso de los criterios mencionados de motivación, racionalidad o cualesquiera otros a fin de evitar el encubrimiento de una apropiación por los órganos judiciales del ámbito de lo discrecional que la ley atribuye expresamente a la Administración

En cuanto a los límites a establecer entiende que son de varios tipos; a saber de carácter sustantivo, competencial, organizativo y procedimental. No todos ellos son fáciles de establecer y controlar y sobre todo no lo es el de «interdicción de la arbitrariedad que no puede ser utilizado como una fórmula multiuso para, con su sola invocación o sobre la base de pruebas no concluyentes, justificar cualquier imputación de falta de lógica externa o de coherencia interna de una decisión discrecional»¹⁰. Así, no deberá calificarse de arbitrario ningún acto que tenga justificación razonable «aunque puedan existir soluciones que puedan parecer más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad»¹¹.

Sin embargo y a pesar de la posible dificultad de establecimiento de estos límites de control del poder discrecional de la Administración, no está de acuerdo con Fernández en cuanto al hecho de que no deba existir fiscalización del uso que la Administración haga de su poder discrecional ya que esta imagen no se correspondería con el régimen democrático actual en el que no puede existir ninguna potestad exenta de justificación. Toda actividad tanto gubernativa como administrativa está sometida de hecho a la crítica de la opinión pública, a la crítica política, a la responsabilidad política y a todas las instituciones y órganos públicos cuya misión es la de fiscalizar la acción administrativa¹². Y

9. SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 92

10. SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *op. cit.*, p. 139.

11. En este sentido las STS del Tribunal Constitucional 108/1986 y 65, 66 y 67/1990. Sólo es decisión discrecional arbitraria la absolutamente irrazonable y manifiestamente carente de explicación teniendo en cuenta el interés público.

12. Pensemos en el Defensor del pueblo, Tribunal de Cuentas, interventores, inspectores etc., cuya única actividad es la de control de las posibles ilegalidades y abusos de poder.

a pesar de que, como señala Rovira, algunas de estas responsabilidades son insuficientes o difícilmente exigibles ¹³, debemos procurarlas a fin de evitar que el control judicial sea el único, desvirtuando así tanto su función como la de la Administración que pretende controlar.

De todo lo dicho creo que podemos concluir que entendemos que arbitrariedad y discrecionalidad son conductas distintas aunque relacionadas. Están relacionadas porque ambas suponen la posibilidad de actuar sin sometimiento a unas normas rígidas preestablecidas. Difieren en el sentido de que el poder discrecional significa una posibilidad de actuación no reglada pero sometida a unos principios y directrices generales, mientras que la arbitrariedad supone una ausencia total de criterio. Y, en consecuencia, la segunda debe ser evitada como abuso de poder, mientras que la primera, por el contrario debe ser permitida, aunque limitada, a fin de que la Administración pueda cumplir adecuadamente con su propósito y así servir, de la mejor manera posible, a los intereses generales.

2.2. Arbitrariedad e injusticia

Entendemos que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho mientras que la justicia es uno de los valores fundamentales objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en algunas ocasiones el mandato concreto que impone una ley puede no ajustarse estrictamente a los parámetros de la justicia, de tal manera que una ley concreta puede resultar injusta.

Para evitar esta situación, el derecho dispone de una serie de medidas correctoras, de tal manera que la modificación de un precepto para ajustarlo a la justicia, es una práctica corriente.

Por ello ignorar una norma cuando todavía está vigente, supone la realización de una conducta antijurídica aunque el motivo que se esgrima para ello sea la búsqueda de una mayor justicia. Y en este sentido se expresó Legaz Lacambra cuando advirtió que «la arbitrariedad no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado injusto, pero nunca arbitrario» ¹⁴. Ello es así porque la arbitrariedad significa siempre negación del derecho en su forma. Y, la justicia no puede ser considerada como un valor que se comporte de «modo neutral» ante el derecho y ante la arbitrariedad. La justicia sólo puede ser realizada a través del derecho ya que su adecuada consecución está

13. ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, M. Carolina, *La responsabilidad en el Título Preliminar de la Constitución* en: Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, V Vol, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 3581 y ss.

14. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed, Barcelona, Bosch, 1979, p. 632.

en relación con otros valores como la proporcionalidad y sobre todo la igualdad. Y así no sería justa una solución que no pudiera ser garantizada por igual en todos los casos en que concurriesen idénticas circunstancias.

Además, según señala Recaséns, «la calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de un precepto, sino que se refiere a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico»¹⁵. Puesto que, aunque hipotéticamente un acto arbitrario buscara únicamente alcanzar la justicia, tendríamos que negar su bondad jurídica como una forma inadecuada de conseguir un fin adecuado. Por otro lado, no debemos olvidar que la calificación de justicia o injusticia se predica del contenido de las normas mientras que la arbitrariedad se refiere a la forma¹⁶. Por ello, el derecho puede contener leyes justas e injustas siempre que reúnan las características de la juridicidad. Mientras que lo arbitrario está siempre al margen de la ley.

No obstante lo visto, este planteamiento choca con la dificultad de admitir la existencia de leyes injustas frente a la posibilidad de alcanzar un resultado más justo a través de un acto arbitrario. Y aquí es donde entran en juego otra serie de valores del ordenamiento jurídico como son la seguridad y la certeza que deben ser conjugados con los datos hasta ahora extraídos.

Sabemos que un ordenamiento jurídico adecuado debe protegerlos aunque los distintos autores han manifestado opiniones distintas en cuanto a la jerarquía de los mismos en caso de conflicto. Así, para el Radbruch de la primera época «por regla general la seguridad jurídica que el derecho confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto»¹⁷. Sin embargo, este mismo autor en su última etapa ya se mostraba partidario de la protección de la justicia frente a la seguridad.

Otros ejemplos clásicos los aportan autores como Carnelutti, Corsale y López Oñate. El primero, Carnelutti, se muestra claro defensor de la justicia advirtiendo que la certeza debe ser el reflejo de la justicia, hasta tal punto que si se produce un enfrentamiento entre ambas, debería resolverse a favor de la justicia, ya que sólo así se garantizaría el derecho¹⁸. Y en este sentido crítica a López Oñate ya que éste tiende

15. RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 7.^a ed. México, Ed. Porrúa, 1985, p. 107.

16. RECASENS SICHES, Luis, *Adiciones a la Filosofía del Derecho* de G. Del Vecchio, 2.^a ed corregida y aumentada, T. I, Barcelona, Bosch, 1935, p. 523 y ss.

17. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 1974, p. 44.

18. CARNELUTTI, Francesco, *Discorsi in torno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, p. 24 y ss.

a conceder un papel más trascendente a la certeza frente a la justicia, siempre que el grado de injusticia que se produzca no sea total¹⁹. Corsale por su parte, prefiere armonizar la certeza y la justicia considerando los aspectos de una misma realidad²⁰.

Por esta vía de relación certeza-seguridad-justicia y arbitrariedad podríamos continuar abordando esta problemática, pero no es este el momento oportuno para hacerlo ya que excede los límites del trabajo ahora propuesto²¹. En todo caso, y a modo de resumen conviene recordar con Henkel que «como certeza del orden, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación de regulación»²². Y por ello la arbitrariedad, como conducta contraria a la certeza y a la seguridad, debe ser perseguida con independencia del posible grado de justicia que pueda alcanzar en contenido.

El jurista en su elaboración y realización del derecho debe perseguir la justicia, pero no cualquier tipo de justicia, sino aquélla que garantice el orden, la estabilidad y la igualdad entre otros valores. Y ese orden no podrá ser alcanzado más que a través del derecho, del derecho justo claro está, pero del derecho en cualquier caso. Si este derecho no fuera el adecuado tendría que ser variado y para ello existen mecanismos adecuados, pero, en ningún caso podría admitirse la existencia de una conducta arbitraria que pretendiera enmascarar su antijuridicidad con la eventual realización de la justicia en ese caso concreto.

Injusticia y arbitrariedad no son situaciones equivalentes. Puesto que, como regla general, el derecho persigue la justicia, mientras que la arbitrariedad supone la imposición por la fuerza, del capricho de un órgano de poder público. Y de forma excepcional, en aquellos casos en los que la arbitrariedad persiguiera la realización de la justicia, tampoco sería admisible, desde el punto de vista del derecho, porque supondría la negación del orden y de la seguridad. Y, por lo tanto, del derecho.

Una vez finalizado este epígrafe sabemos qué situaciones, aunque muy próximas, no constituyen arbitrariedad. Además nos ha ayudado a sentar algunas bases comunes de las que creo que se debe resaltar el hecho de que la arbitrariedad consiste siempre en una conducta contraria a derecho desde el punto de vista formal, con independencia del contenido material de la misma.

19. LÓPEZ OÑATE, Flavio, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, Ed jurídicas europa-américa, 1953, p. 73 y ss.

20. CORSALE, Masimo, *Certeza del diritto e crisi di legittimitá* 2.^a ed. Milano, Giuffré, 1979, p. 24 y ss.

21. Existen muchos trabajos de este tipo en el ámbito español. Entre ellos PECES BARBA, Gregorio, *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho* en: Anuario de Derechos Humanos, 6, 1990 y PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991.

22. HENKEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968, p. 546.

Sin embargo esta apreciación es simple en exceso y por ello voy a proceder al estudio de los requisitos que debe contener una conducta para ser arbitraria a fin de elaborar un perfil, lo más completo posible, de este concepto.

3. LA NOCION DE LA ARBITRARIEDAD

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o capricho. El término procede del latín *arbitrarius* que significa, además de arbitrario, incierto y dudoso.

Si analizamos esta primera aproximación al concepto, observamos que se entiende que lo arbitrario es lo contrario al derecho, a la justicia y a la razón. Además es lo dictado únicamente en función de un capricho y por lo tanto no se ajusta a ningún tipo de regla u orden. Y de ahí la consecuencia de falta de certeza y duda que contiene el término latino.

Sin embargo, un examen más detallado de los términos nos permite obtener un punto de vista más positivo relacionado con la libertad y la capacidad de opción reservadas al hombre por su condición de ser racional. De hecho, si nos fijamos en el significado del término *arbitrio*, observamos que procede del latín *arbitrium* que significa elección, voluntad, libertad y albedrío. Y de ahí se derivan otros términos como árbitro, o arbitrar, que hacen referencia a la posibilidad de elegir utilizando la capacidad humana de entendimiento y raciocinio.

La raíz de ambas acepciones es la misma. No obstante, la utilización del término *arbitrio*, o de la expresión *libre arbitrio* al modo agustiniano o luterano, tiene un matiz que podemos calificar de positivo; mientras que, por el contrario, la arbitrariedad sugiere generalmente algo negativo, como una conducta antijurídica. Sin embargo, autores como Goldschmidt o Ihering hablaron de la posibilidad de concebir la arbitrariedad desde lo que llamaban «el buen sentido» identificándola con el libre albedrío²³. Desde su punto de vista, la arbitrariedad tomada en este sentido, junto con la autonomía, representa la voluntad funcionando libremente de acuerdo con la ley. Sin embargo creo que esta acepción se refiere más al término *arbitrio* que al término *arbitrariedad*, que es el que ahora interesa. La arbitrariedad supone siempre, como ya hemos visto, una conducta contraria a derecho y por lo tanto negativa desde nuestro punto de vista.

23. GOLDSCHMIDT, Werner, *La arbitrariedad en el mundo jurídico en: Justicia y verdad*, Buenos Aires, Ed. La ley, 1978, p. 469 y ss. GOLDSCHMIDT, James, *Estudios de Filosofía jurídica* traducción, notas y comentario por R. Goldschmidt y C. Pizarro, Buenos Aires, Tipografía editora argentina, 1947, p. 18 y ss. Y VON IHERING Rudolf, *El fin en el Derecho*, Madrid, Ed. Rodríguez Serra, s/a, p. 227 y ss.

En todo caso, no es nuestro punto de vista el que interesa sino el que expone la C.E. en su art.9-3.º al manifestar claramente el mandato de la interdicción de la arbitrariedad indicando que lejos de considerar un posible aspecto positivo del término, lo condena como conducta contraria a derecho.

De hecho, la inclusión de este principio en el art.9-3.º junto con otros como la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad y la responsabilidad, no fue prevista, al menos inicialmente, por el Congreso de los Diputados. En efecto tanto en la redacción de 17 de abril de 1978 como en el texto de proyecto de Constitución aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 24 de julio de 1978 no aparecía este principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como fundante y rector del ordenamiento jurídico español.

Su posterior inclusión se debió al Senado ya que fueron los senadores Martín-Retortillo Baquer y la Agrupación independiente, los que en su turno de enmiendas creyeron conveniente dar cabida en el texto constitucional a esta figura advirtiendo de la necesidad de que un principio, calificado por ellos de «tan importante» no fuese preterido ²⁴.

De este modo, el dictamen de la comisión de la Constitución (publicado en el Boletín oficial de las Cortes de 6 de octubre de 1978) ya incluía en el art.9-3.º la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Inclusión que se plasmó, aunque todavía no con la redacción definitiva, en las modificaciones propuestas por el pleno del Senado al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados (B.O.C. de 13 de octubre de 1978).

Este principio pasó con posterioridad, y ya con la redacción definitiva, al dictamen de la comisión mixta (B.O.C. de 28 de octubre de 1978) y de allí a la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 31 de octubre de 1978 en la que fue aprobado.

Villar Palasí y Suñé Llinas afirman que la razón de ser de esta inclusión está en que «ningún poder pueda traicionar con su arbitrariedad la confianza que en él depositaron los particulares» ²⁵. Y lo adecuado sería que esta previsión se cumpliera y que el principio que según Garrido Falla tiene un origen claramente doctrinal, sirviese para realizar una labor de control efectiva y no fuese simplemente «una forma muy personal y ciertamente elegante» de referirse al control

24. Más información en los Trabajos Parlamentarios de la C.E. Cortes Generales, Madrid, 1980. Las enmiendas presentadas fueron: Sr. Martín-Retortillo Baquer, la n.º 1 y A.G. la n.º 657.

25. Comentarios a las leyes políticas, Constitución española dirigidos por Oscar Alzaga, Madrid, Ed Revista de Derecho 1983, p. 391.

jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa ²⁶, ya que el art.9-3.º hace referencia a todos los poderes públicos.

Por último, me referiré a los requisitos que debe reunir una conducta para poder ser calificada de arbitraria a fin de poder confeccionar, con ellos, la definición de este concepto.

4. REQUISITOS DE LA ARBITRARIEDAD

Pretender enumerar una lista cerrada de requisitos resulta siempre una tarea árdua, pero en esta circunstancia el problema se agrava ya que nos encontramos ante una figura difícil de acotar, al menos en el aspecto práctico. Por ello al establecer la serie de requisitos que citaré a continuación, no tengo la pretensión de la exhaustividad. No sé si existirá alguno más que yo no haya apreciado, pero lo que sí creo es que todos aquellos a los que me referiré a continuación deben ser cumplidos para poder calificar una conducta de arbitraria. Estos son los siguientes: *conducta antijurídica, poder público e irregularidad caprichosa*. Veamos cada uno de ellos.

4.1. Conducta antijurídica

Esta primera característica es muy amplia ya que en ella incluyo, además de los casos específicos de conductas contrarias a derecho, aquellas otras de difícil clasificación y que se refieren a irregularidades formales. En este sentido son esclarecedoras las palabras de Legaz Lacambra que entendía la arbitrariedad como la conducta antijurídica de los órganos del Estado bien por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada, bien por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar con relación a una norma superior; o bien por transgresión de la esfera de la propia competencia ejecutiva ²⁷. Estos actos antijurídicos, y por tanto contrarios a derecho no se hallan necesariamente sancionados como delitos y de ahí la necesidad de intentar frenarlos, al menos por la vía de la interdicción de la arbitrariedad.

Por otro lado, y a pesar de que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho, presenta, como recuerda Caamaño, algunos elementos comunes con él ²⁸. De hecho ambas son formas de expresión

26. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la C.E.*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 123.

27. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 630.

28. CAAMAÑO MARTÍNEZ, José, *La arbitrariedad* en: Estudios jurídicos, homenaje al prof. A.Otero Varela, Universidad de Santiago, 1981, p. 353 y ss.

de un poder autárquico, aunque no tenga que ser necesariamente aceptado por los sometidos a ella. Sin embargo, la arbitrariedad carece de la nota de inviolabilidad. Así, la norma arbitraria no vincula al sujeto que la creó, ya que éste obra en contra de ella sin que haya sido abolida, porque tiene potestad para hacerlo. Sólo obliga a los súbditos porque no tienen posibilidad de incumplirla.

Con esta afirmación Caamaño, siguiendo a Stammler²⁹, proporciona un dato más a tener en cuenta en cuanto a la consideración de la arbitrariedad como conducta antijurídica ya que en un Estado de Derecho, el derecho es inviolable vinculando por igual al sujeto que lo creó y a aquellos a los que está dirigido, hasta que no sea formalmente derogado.

4.2. Poder público

Esta segunda característica responde a la apreciación de que sólo se produce arbitrariedad, técnicamente hablando, cuando la conducta antijurídica de que se trate procede del Estado o poder público. Según Ihering, el Estado se halla en distinta situación que el súbdito porque tiene no sólo la misión, sino el poder de realizar el derecho. El Estado ordena y el súbdito obedece y si no lo hace será castigado. Mientras que si quien incumple es el superior su conducta no puede ser objeto de castigo. Por ello, Ihering califica a la arbitrariedad de «injusticia del Estado»³⁰.

En este mismo sentido, pero de forma aún más clara, se manifestó Recaséns afirmando que aunque toda arbitrariedad es negatoria de derecho, no todos los actos contrarios a derecho implican arbitrariedad sino «solamente aquellos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo». Es decir, son arbitrarios «los actos antijurídicos de los poderes públicos con carácter inapelable»³¹. Ya que los actos presuntamente arbitrarios de los poderes inferiores serán antijurídicos o ilegales, pero no técnicamente arbitrarios ya que no sólo pueden sino que tienen que ser anulados por los poderes superiores. Mientras que si el acto antijurídico es cometido por el poder superior no existe ninguna otra instancia a la que poder recurrir. De ahí la afirmación del antiguo proverbio que establece que «duele menos el puño del derecho que el dedo meñique de la arbitrariedad».

29. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 1.^a ed, Madrid, Reus, 1930. p. 117 y ss.

30. IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, cit., p. 225.

31. RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, cit. p. 107. En sentido similar se expresó TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, 12.^a ed, México, Porrúa, 1993, p. 73.

En función de lo expuesto, creo que para que se produzca arbitrariedad es necesario que la conducta antijurídica, presuntamente arbitraria, sea realizada por un poder público que actúa excediéndose en la esfera de su propia competencia ejecutiva.

De no ser así, no tendría mucho sentido el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (recogido en el art. 9-3.º de la C.E.), puesto que sería imposible realizarlo.

4.3. Irregularidad caprichosa

Este punto de vista es quizá uno de los más comúnmente mencionados en lo que al intento de conceptualizar la arbitrariedad se refiere. Entendemos que obrar de acuerdo con el derecho implica siempre seguir unas normas preestablecidas, un orden, mientras que la arbitrariedad supone «obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo y estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo en virtud del capricho o antojo subjetivo del momento»³².

El ser humano necesita la seguridad que le proporciona el orden. Necesita saber a qué atenerse en caso de que opte por contravenir las normas jurídicas. Y por ello la humanidad ha caminado históricamente hacia la lucha contra la arbitrariedad y consecuentemente hacia la instauración de un Estado de Derecho aunque a veces, como dice Atias, este esfuerzo histórico para reducir la parte de la actividad humana abandonada a la arbitrariedad «está lejos de haber sido consciente y deliberado»³³.

Para terminar me ocuparé, sucintamente, de la desigualdad de trato, habida cuenta de que muchos autores consideran que esta característica debe ser incluida como requisito de la arbitrariedad.

De admitirla habría que relacionarla con el epígrafe ya estudiado, en el que relacionábamos la arbitrariedad y la justicia. En aquel momento afirmábamos que aún en el caso de que el contenido de una conducta arbitraria pudiese ser más justo que el mandato de una norma jurídica, la primera no debía ser preferida, sino que había que modificar el segundo. Y una de las razones que entonces se esgrimían era la desigualdad que ello podría producir. Pues bien, ahondando un poco más en esa cuestión podemos fijarnos en las palabras de Radbruch en las que advierte que una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, con independencia del

32. RECASENS SICHES, Luis, *Adiciones a la Filosofía del Derecho* de G. Del Vecchio, *cit.*, p. 524.

33. ATIAS, Christian, *Contra la arbitrariedad. Teoría*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1988. p. 2.

mayor o menor grado de justicia alcanzado, no sería derecho sino arbitrariedad. Ya que sólo se puede hablar de derecho cuando el trato o pretensión a la que nos estemos refiriendo pueda ser otorgado de igual manera a otros situados en iguales circunstancias ³⁴.

Coincido con esta afirmación en el sentido de que es imprescindible que el derecho garantice la igualdad de trato ante idénticas circunstancias. Pero disiento en la apreciación de que la desigualdad sea requisito de la arbitrariedad ya que de hecho ésta puede producirse respetando el principio de igualdad en aquellos casos en los que los poderes públicos, excediéndose en sus funciones impongan, por la fuerza una actuación caprichosa a todos los administrados.

5. CONCLUSION

En virtud de los datos obtenidos podemos establecer, la siguiente definición de la arbitrariedad puesta en entredicho por la C.E. La arbitrariedad prohibida por la C.E. en el art. 9-3.º, es el acto o proceder antijurídico de un órgano del poder público que actúa por puro capricho y amenazando con la fuerza del derecho, o empleándola de hecho.

La arbitrariedad es una conducta negadora del orden ya que significa la ausencia de un criterio constante de actuación, adoptado con independencia del resultado que produzca.

Sus consecuencias más inmediatas son la falta de seguridad, certeza, y justicia. Y por lo tanto constituye una práctica que debe ser evitada, tal y como establece nuestra Constitución, puesto que constituye un atentado frente al derecho establecido.

34. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. 2.ª ed, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 137 y ss. y 244 y ss.

Las decisiones judiciales como fuente del
Derecho en los sistemas de *civil law*:
El caso español

Por VICTORIA ITURRALDE

San Sebastián

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La importancia que en los sistemas jurídicos de *civil law* se reconoce actualmente a la jurisprudencia no es obstáculo para que al mismo tiempo se mantenga que la creación del derecho sigue siendo una tarea ajena al poder judicial.

Como se ha escrito, «... en curioso contraste con todos los argumentos de quienes niegan que la jurisprudencia sea fuente del Derecho, aparecen las afirmaciones de que, a pesar de todo ello, *de hecho*, tiene mucha importancia. Parece como si no se le pudiera negar la importancia y, a pesar de ello, no se le encontrara acomodo dentro del ordenamiento jurídico»¹. El objeto de las páginas siguientes no es poner de relieve la importancia que *de facto* tienen las decisiones judiciales (hecho hoy en día ampliamente aceptado), sino afirmar que las mismas tienen, *de iure*, la calidad de fuente de derecho. Entre las múltiples acepciones de la expresión «fuentes del derecho» me estoy refiriendo

1. PUIG BRUTAU, J. (1989), p. 259, y en sentido semejante PUIG BRUTAU, J. (s.f.). Sobre esta «timidez» en considerar a la jurisprudencia, o a parte de la misma, *de iure* fuente de derecho, vd. APARISI MIRALLES, A. (1992), p. 265.

aquí a aquélla según la cual «con la expresión fuentes del derecho» se indican aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las normas sobre la producción jurídica vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento» 2.

A pesar de que, como ha señalado Carrió 3, el desacuerdo sobre este tema es, en buena parte, un «desacuerdo de actitud», y consiguientemente las discusiones suelen adoptar una perspectiva normativa, girando entorno a lo que jueces *deberían o no hacer*, creo que la vertiente lingüística tiene la suficiente entidad para clarificar en alguna medida la cuestión. En esta línea voy a distinguir cinco sentidos en que puede ser entendida la expresión «creación judicial del derecho» 4.

1) Creación formal: considerada la sentencia como un mandato (o, en la terminología de Kelsen, una norma particular), cada decisión judicial es un acto jurídico normativo tan nuevo como una ley o una concesión administrativa. En este sentido la decisión judicial es formalmente creativa de derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión.

2) Creación material para un caso concreto por especificación de normas jurídicas preexistentes. Según Kelsen, el proceso de producción de derecho es a la vez aplicativo y creativo. Las normas inferiores siguen los criterios establecidos por las superiores, pero a la vez deben especificar algunos de los significados posibles de las normas. En esta segunda operación hay creación de derecho porque el juez elige, dentro de varios significados posibles de las normas, uno de ellos.

La característica común que tienen estos dos sentidos de la expresión en cuestión es que en ambos casos la decisión judicial está *basada en una norma* válida de la que es aplicación y su alcance es *individual* en cuanto que afecta a persona o personas determinadas (aquéllas que han sido parte en el proceso).

La discusión sobre la creación judicial del derecho *no versa sobre estos dos sentidos*. En sentido estricto no puede decirse que los jueces crean derecho cada vez que aplican el mismo. Estoy de acuerdo con

2. PIZZORUSSO, A. (1989) p. 270.

3. CARRIÓ, G.R. (1976) pp. 110-111. Para la discusión sobre el «deber ser» en este tema vd. PUIG BRUTAU, J. (1989), pp. 249-264 y CALVO VIDAL, F.M. (1992) pp. 117-176.

Precisamente una de las razones de la contusión en este tema (como en muchos otros) es la confusión de los aspectos *normativo* y *descriptivo*. Pero una cosa es lo que los jueces deberían hacer (y en este sentido parece extendida la opinión de que no deberían crear derecho para de esta manera preservar la división de poderes, la seguridad jurídica, etc.), y otra distinta es lo que los jueces hacen.

4. Sigo del primer al cuarto sentido (aunque con algunas matizaciones) la distinción de RUIZ MIGUEL, A. (1985), pp. 52-53. Vd. también CARRIÓ, R.G. (1976), pp. 108-109 y BULYGIN, E. (1991) pp. 360-362.

Bulygin cuando señala que para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada creada por ella es condición necesaria que el contenido de esta norma no sea idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica (deducible) de otras normas ⁵.

3) Creación material de una norma particular para un caso concreto por inexistencia de normas jurídicas preexistentes ⁶. Esto es lo que ocurre en los casos de lagunas, en los que la decisión no puede ser tomada en base a normas jurídicas que regulan específicamente la cuestión y hay que recurrir a medios como la analogía, los principios (generales) del derecho, etc. ⁷.

4) Creación material de normas generales ⁸. Esto ocurre cuando una decisión judicial tiene el valor de precedente para casos posteriores. Esta decisión normalmente creará derecho en el sentido 3.º, pero no necesariamente (p.ej. sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, o una interpretación «*contra legem*» del Tribunal Supremo).

5. En sentido semejante se pronuncia WROBLEWSKI, J. (1985), p. 83 cuando señala que «Podemos concluir que la decisión interpretativa es creativa según el criterio en cuestión, si no se la considera ni como establecimiento del significado de una regla sólo para una situación concreta ni como resultado de una operación puramente lógica, y si a una regla con un significado interpretativamente establecido se le atribuye la misma validez que a la regla interpretada».

6. Frente a RUIZ MIGUEL, A. que habla en los sentidos 2.º, 3.º y 4.º de «criterios jurídicos abstractos preexistentes», consideramos más correcto hablar de *normas jurídicas preexistentes*, dada la excesiva indeterminación de la expresión «criterios jurídicos», y porque en el sentido 3.º raramente faltarán en el ordenamiento criterios jurídicos (los llamados principios generales p.ej.) a los que recurrir para tomar o justificar una determinada decisión. De otro lado, el autor engloba en este sentido los problemas de lagunas, antinomias y redundancias. Pues bien en los dos últimos casos no hay inexistencia de criterios jurídicos, sino precisamente un exceso de los mismos; por ello hemos limitado este tercer sentido al problema de las lagunas, vd. ITURRALDE, V. (1989), pp. 100-146.

7. Respecto de las lagunas, como señala BULYGIN, E. el más corriente de los procedimientos que los jueces usan para crear normas nuevas es el razonamiento analógico. Dado que el razonamiento por analogía no es lógicamente válido (pues, para ser tal requiere premisas adicionales), la norma obtenida por analogía es creada por el juez. BULYGIN, E. (1991), p. 361. Respecto del otro clásico recurso para llenar las lagunas jurídicas, los principios generales del derecho, hay que decir que más que un método de solución de lagunas constituyen un eficaz recurso para justificar *a posteriori* casi cualquier opción interpretativa. En este sentido Tarello ha llegado a afirmar que «el argumento a partir de los principios generales del derecho es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones», TARELLO, G. (1980), p. 385. Sobre las distintas funciones que cumplen los principios *cf.* PRIETO SANCHÍS, L. (1992), pp.151-186.

8. RUIZ MIGUEL, A. (1985), p. 52 habla de «Creación material de criterios jurídicos abstractos». Kelsen reconoce la posibilidad de que los jueces creen normas generales cuando señala que «un Tribunal, en especial un Tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales» KELSEN, H. (1979), p. 258.

Que la decisión judicial cree derecho en este sentido 4.º dependerá de que del conjunto del ordenamiento jurídico se pueda inferir que éste atribuye a las decisiones judiciales (o a algunas de ellas) la calidad de decisiones vinculantes *erga omnes*.

5) Expulsión de normas jurídicas del ordenamiento. Aunque normalmente la actividad legislativa se asocia a la promulgación no menos importante es la actividad de expulsión de normas del ordenamiento a través de los mecanismos de la derogación, anulación, etc. En estos casos se puede hablar de «legislación negativa»: tan legislativa es la actividad que tiene por objeto la introducción de nuevas normas en el ordenamiento, como la dirigida a la derogación de otras. Pues bien, hay decisiones judiciales que tienen como efecto la expulsión de normas del ordenamiento, y en este sentido se puede decir que tienen alcance legislativo.

En el sentido 3.º la decisión judicial tiene alcance *individual* (al igual que en los sentidos 1.º y 2.º), pero *no es aplicación de una norma jurídica* preexistente que contemple la cuestión que dio lugar al litigio. Así, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico en que esto ocurra, cada vez que un juez está obligado a tomar una decisión y no encuentra en el ordenamiento normas aplicables, está creando derecho.

Frente a esto suele objetarse que las decisiones judiciales no puede considerarse normas jurídicas, puesto que no reúnen los caracteres de generalidad y abstracción propios de estas⁹. Sobre esto hay que decir, que si bien cuantitativamente muchas normas jurídicas son normas generales, ni la generalidad ni la abstracción son hoy en día requisito imprescindibles de las normas jurídicas. El dogma de la generalidad de la ley —escribe J.A. Santamaría— ha tenido que ceder ante la evidencia que supone la proliferación incontenible de leyes singulares¹⁰, que no

9. Hay una confusión terminológica sobre los términos «general» y «abstracto» aplicados a las normas jurídicas. Una norma es general (como opuesta a individual) cuando se dirige a una categoría o clase de agentes (el propietario, el padre,...); mientras que una norma es abstracta (como opuesta a concreta) cuando contempla no tal o cual acción sino una categoría o clase de acciones (la apropiación indebida, la malversación de bienes,...), *Cfr.* BOBBIO, N. (1980), pp. 293-294.

10. Hay que poner de relieve la ambigüedad y flexibilidad del concepto de «generalidad» de la ley, y la consiguiente vaguedad del concepto de «ley singular». Ambigüedad en cuanto que la generalidad puede ir referida a los siguientes aspectos: ámbito personal (destinatarios de la norma), ámbito territorial, ámbito temporal (y suele incluirse también el ámbito objetivo o supuesto de hecho, aunque considero que este aspecto es relativo a la calificación de la norma como abstracta o concreta); y flexibilidad, porque entre la generalidad y la singularidad extremas existe una escala de grados casi infinita, que impide en la mayor parte de los casos llegar a conclusiones unívocas: ¿cuándo una ley deja de ser general para comenzar a ser singular o viceversa?, *cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 525.

pueden concebirse ya como manifestaciones patológicas. sino como la expresión natural del Estado de nuestro tiempo ¹¹, y la generalidad de la ley no es, en nuestra Constitución un requisito imprescindible de la misma: «la generalidad de la ley es un rasgo normal y propio de la ley pero no es un requisito técnico en su estructura formal» ¹². Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, ha señalado que las leyes de estructura general constituyen el ejercicio normal de la potestad legislativa pero, en ningún caso, el ejercicio exclusivo puesto que ningún precepto constitucional, expreso o implícito, impone a las leyes una determinada estructura formal, impeditiva sede su carácter singular; la generalidad no es, desde esta perspectiva [de la igualdad] un obstáculo insalvable para el legislador, que puede apartarse de ella, estableciendo tratamientos legislativos diferenciados. Es un rasgo «normal» de la ley cuya protección se realiza a través del principio de igualdad, pero no necesario, en cuanto puede ser soslayada en determinadas circunstancias ¹³. Es más, nuestro ordenamiento jurídico admite y preve la existencia de leyes singulares ¹⁴.

Para dar una noción aproximada de ley singular podemos tomar un concepto amplio según el cual son leyes singulares «las que establecen un régimen jurídico aplicable a un sujeto, singularidad en el espacio, y se agota en su primera aplicación, singularidad en el tiempo; las que tienen un número determinado de destinatarios o de situaciones jurídicas objetivas, aunque puedan ser aplicadas un número indeterminado de veces y, aun, las que son aplicables un número limitado de veces aunque afecten a un número indeterminado de individuos o de situaciones jurídicas objetivas, esto es, las singulares en el espacio y generales en el tiempo y las singulares en el tiempo y generales en el espacio», MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), p. 104.

11. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 517.

12. MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), p. 88. Vd. también SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 526.

13. SSTC 166/1986, FFJJ 10-11, y 34/1981, FJ 3, *cit.* por MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), pp. 88-89.

14. Entre ellas, y a modo de ejemplo pueden citarse las siguientes previstas en la Constitución: la de los arts. 57.5 (regulación por ley orgánica de las abdicaciones y renuncias en el orden de sucesión de la Corona); 93 (autorización mediante ley orgánica de la celebración de tratados); 128.2 (reserva al poder público de servicios esenciales e intervención de empresas); 133.3 (establecimiento por ley de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado); 135.1 (ley de autorización al Gobierno para la emisión de crédito); y 141.1 (aprobación por ley orgánica de cualquier alteración de los límites provinciales). Y entre las leyes ya aprobadas, como ejemplos de leyes singulares pueden mencionarse las siguientes: la Ley 7/1983 de 29 de junio sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el grupo RUMASA; la Ley 4/1980 de 1 de octubre en relación a la exacción sobre el precio de las gasolineras de automoción en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, la Ley Orgánica 5/1983 de 1 de marzo sobre la incorporación de la Provincia de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León; la Ley del Parlamento Vasco 2/1982 de 11 de febrero autorizando al Gobierno Vasco a enajenar el inmueble denominado Colegio Menor «Pascual de Andagoya»; la Ley 10/1980 de 14 de marzo de modificación del RDL 6/1978 que regula la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil, y la Ley 33/1981, de 5 de octubre, por la que se aprueba el escudo de España.

En los sentidos 4.º y 5.º las normas creadas son normas *generales* (con eficacia *erga omnes*), y *en muchos casos no serán aplicación de una norma jurídica preexistente, pero sí en otros*. Hay que tener en cuenta que, en el sentido 4.º, la norma general creada por la decisión judicial no es la solución dada al caso concreto (que es individual), sino la regla general que se extrae de dicha sentencia: la *ratio decidendi*.

En los sentidos 3.º, 4.º y 5.º podemos hablar de creación de derecho similar (no idéntica) a la creación de derecho por vía legislativa ¹⁵. No estamos diciendo que en estos casos el juez tome la decisión «de la nada» o que sea «completamente» libre. El juez siempre podrá —y deberá— basar su decisión en algún principio (general), norma implícita, etc. del ordenamiento jurídico, de manera que la decisión podrá *justificarse* en última instancia en dicho ordenamiento. *Pero esto, es decir el hecho de que el juez no sea completamente libre, no implica que no cree derecho*. Nadie discute que cuando el Parlamento aprueba una ley, el hecho de que no pueda legislar con total libertad, que tenga unos límites (p. ej. en nuestro país la Constitución y el Derecho Comunitario) no significa que el Parlamento no cree derecho y que la Ley no sea fuente de derecho; del mismo modo que cuando el Gobierno emite un Decreto nadie pone en duda que esté creando derecho por el hecho de que el mismo tenga que atenerse a lo establecido por la Ley previamente promulgada por el Parlamento ¹⁶.

Si los jueces crean o no derecho en los sentidos 4.º y 5.º es una cuestión que depende del ordenamiento jurídico de cada país, concretamente del alcance que cada ordenamiento atribuya a las (o a determinadas) decisiones judiciales.

15. Una de las diferencias entre la creación de derecho por vía legislativa y la llevada a cabo por vía judicial reside en que en este segundo caso la creación del derecho está mediatizada en el sentido de que surge en el curso de un proceso ajeno, en su origen a la voluntad de juez. Pero también el Reglamento (norma creada por el Gobierno) es, en la mayoría de las ocasiones (salvo el caso de los Reglamentos independientes cuya posibilidad en nuestro país es discutida) ejecución de una ley parlamentaria, y no por ello se niega que los Reglamentos creen derecho. Sobre el grado de sujeción o vinculación del poder judicial y legislativo *cfr.* Kelsen, H. (1989), p. 353.

16. Aún más lejos va CAPPELLETTI, M. (1989), p. 8, cuando señala que los límites sustantivos no caracterizan la naturaleza del proceso judicial. Desde un punto de vista *sustantivo*, la única diferencia posible entre decisión judicial y legislación no puede ser de naturaleza, sino de frecuencia o cantidad, es decir de *grado*: la mayor cantidad y normalmente el carácter más detallado y específico del derecho normal (judicial y/o legislado), frente a la menor cantidad y el carácter más vago del derecho constitucional. Los encuentros del legislador con límites sustantivos son por tanto menos frecuentes, y son a menudo menos precisos. Sin embargo la legislación no cesa de ser creación de derecho por el mero hecho de que, a veces, existan normas y límites constitucionales muy precisos que deben ser cumplidos por los legisladores mismos. Desde este punto de vista sustantivo, por tanto, la naturaleza de los dos procesos, el legislativo y el judicial, no es diversa. Los dos son creadores de derecho. La cuestión es diferente desde el punto de vista del procedimiento.

2. DERECHO ESPAÑOL

Respecto de la creación de derecho en el sentido 3.º podemos repetir lo que hemos dicho antes. Por tanto, vamos a referirnos únicamente a la *creación de derecho en los sentidos 4.º y 5.º*: esto es, hay creación de derecho cuando la decisión judicial emitida por un juez o tribunal tiene (además de la eficacia que toda sentencia judicial tiene para las partes intervinientes en el proceso) eficacia *erga omnes*; eficacia que puede provenir ya por la inclusión o por la exclusión de normas en el ordenamiento ¹⁷.

Para responder a la cuestión de si las decisiones judiciales son fuente de derecho, creemos conveniente señalar algo tan obvio como frecuentemente olvidado: que para analizar cualquier cuestión relativa al sistema de fuentes del derecho no basta acudir —como frecuentemente se hace— a un par de artículos de nuestro derecho ¹⁸, sino a la Constitución de 1978 y a las normas de ella derivadas.

Del análisis de nuestro ordenamiento jurídico no puede inferirse con carácter general que las decisiones judiciales crean derecho, pero sí que algunas de ellas lo hacen. Por tanto, hay que determinar cuáles son los pronunciamientos que tienen dicho alcance, así como los órganos competentes para dictarlas.

En nuestro país, los órganos que crean derecho son los siguientes: A) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; B) el Tribunal Constitucional, y C) el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia, y la Audiencia Nacional.

A) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Este Tribunal crea derecho a través de las siguientes vías:

1) **Recurso de Anulación**

De conformidad con el recurso de anulación previsto en los artículos 173 y 174 del Tratado de la Comunidad Europea ¹⁹, el Tribunal de

17. Aunque como hemos visto antes la hablar de las leyes singulares el carácter *erga omnes* no es un requisito imprescindible de las normas de origen legislativo.

18. Así suele despacharse el problema acudiendo al artículo 1 del C. civil según el cual: 1.º «Las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», y 6.º «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».

19. El artículo 173 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, tal y como ha sido modificado por el artículo G.E. 53 del Tratado de la Unión Europea dice: «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.»

Justicia de la Comunidad (TJCE) «controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros».

De este recurso de anulación podemos destacar lo siguiente. Que aunque la literalidad del artículo 173 del Tratado de la CE (puesto en relación con los actos típicos del artículo 189 del mismo texto) pudiera llevar a la conclusión de que el recurso de anulación sólo cabe respecto de los reglamentos, directivas y decisiones, el Tribunal de Justicia ha extendido el ámbito de este recurso a todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualquiera que sea su forma o naturaleza, destinadas a producir efectos jurídicos²⁰. Así, los actos o decisiones susceptibles de este recurso son «las medidas que produzcan efectos jurídicos vinculantes capaces de afectar a los intereses del demandante modificando caracterizadamente su situación jurídica. Por contra, la forma de estos actos o decisiones es, en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de atacarlos a través de un recurso de anulación»²¹. De otro lado, este recurso únicamente puede interponerse en virtud de los motivos expresamente mencionados en el art. 173, que son relativos al examen de la legalidad interna y externa del acto.

A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión.

El tribunal será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Parlamento Europeo y por el Banco Central Europeo con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.

Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.

Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que este haya tenido conocimiento del mismo.»

El artículo 174 señala: «Si el recurso tuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

Este mismo recurso está recogido en los artículos 146 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y 33 y 38 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

20. ORTUZAR ANDÉCHAGA, L. (1992), p. 141.

21. *Cfr.* VANDERSANDEN, G. (1992), p. 1042.

Lo importante de este recurso en relación con el tema que estamos analizando son los efectos del mismo. Pues bien, según el artículo 174 si el recurso fuere fundado el TJCE declarará *nulo y sin valor ni efecto alguno* el acto impugnado. Por tanto, la sentencia que resuelve este recurso puede anular, con efecto retroactivo, un acto de las instituciones.

2) La cuestión prejudicial de validez y la cuestión prejudicial de interpretación

La cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho Comunitario está regulada en el art. 177 del Tratado de la CE. Este artículo contempla dos tipos de cuestión prejudicial: la que tiene por objeto la validez de los actos de las instituciones comunitarias (cuestión prejudicial de validez) y la relativa a la interpretación del Tratado y los actos de Derecho derivado (cuestión prejudicial de interpretación) ²². La regulación de esta materia se completa con el art. 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia y los arts. 103 y 104 del Reglamento de Procedimiento del TJCE; además del art. 41 del Tratado de la CECA.

2) 1) La cuestión prejudicial de validez es la que plantea un juez nacional al TJCE cuando le surge una duda sobre la legalidad o conformidad de un acto o disposición comunitaria con el Tratado de la Comunidad ²³.

Si a través del planteamiento de esta cuestión, el TJCE declara la invalidez de una norma o acto de derecho comunitario, dicha sentencia no sólo vincula al juez que la planteó, sino que tiene efecto *erga omnes*. Este tema fue contemplado en el asunto *International Chemical Corporation*, en el que el Tribunal Civil de Roma preguntó al TJCE si «en los términos del artículo 177 del Tratado, la declaración de invalidez de un Reglamento comunitario produce efecto *erga omnes* o sólo vincula al juez *a quo*». El TJCE declaró que «en la medida en que es llamado en el marco del artículo 177 a declarar la invalidez de un acto de una de las instituciones, unas exigencias particularmente imperiosas de seguridad jurídica se añaden a aquéllas que se refieren a la aplicación uniforme del derecho comunitario (...). Resulta, en efecto, de la naturaleza misma de tal declaración que una jurisdicción nacional no podría aplicar el acto declarado inválido sin crear de nuevo graves incertidumbres en lo relativo al derecho comunitario aplicable (...). De

22. La cuestión prejudicial también se regula en el art. 41 del Tratado de la CECA.

23. Sobre las diferencias entre la cuestión prejudicial de validez y el recurso de anulación cfr. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), pp.39-41; SILVA DE LA PUERTA, R. (1993), pp. 375-376. En la práctica el TJCE ha ido equiparando ambos Vd. RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993), pp. 108-110.

ello se deriva que una sentencia del Tribunal constatando la invalidez de un acto, aunque sólo se dirija directamente al juez que planteó la cuestión, constituye una razón suficiente para que cualquier otro juez considere la disposición como inválida respecto a cualquier resolución que deba citar»²⁴. «La declaración de invalidez —señala J.-V. Louis— tiene una autoridad general obligatoria para todos los tribunales. Sean de primera o última instancia, deben conformarse a dicha declaración o iniciar otro recurso. La autoridad alcanza a todo tribunal sea cual sea la jurisdicción que sometió la cuestión al Tribunal de Justicia. Justificada por razones imperativas de seguridad jurídica, la autoridad se extiende también a todas las instancias nacionales y particularmente a las autoridades administrativas»²⁵. Ahora bien, no se trata de una sentencia de anulación puesto que queda abierta la posibilidad para el tribunal nacional de someter de nuevo la misma cuestión de validez al TJCE.

En este sentido se ha dicho que «desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, las sentencias del TJCE son equiparables en este punto a las sentencias del Tribunal Constitucional cuando declaran la inconstitucionalidad de las leyes; o las sentencias estimatorias de demanda en los procesos contencioso-administrativos sobre impugnación de actos o disposiciones administrativas»²⁶.

2) 2) A través de la cuestión prejudicial de interpretación un juez o tribunal nacional pregunta al TJCE acerca de la interpretación del derecho comunitario, a fin de comprobar si el derecho nacional es o conforme con el derecho comunitario. El objeto de esta cuestión prejudicial es la interpretación del Derecho comunitario por el TJCE; por tanto no se dirige a que el TJCE aplique el Derecho comunitario en una situación determinada, ni a que examine la validez de las medidas adoptadas por los Estados miembros ni la interpretación de estas. Será el juez nacional el competente para, a la vista de la interpretación del Derecho comunitario efectuada por el TJCE, considerar aplicable o no el derecho interno.

Pues bien, también en esta materia el TJCE ha considerado que una vez que una disposición de Derecho comunitario ha sido objeto de una interpretación, esta se impone igualmente a los demás órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que están obligados a aplicar la disposición de que se trate con la interpretación que dada por el TJCE, y excluye la obligación de reenvío en un caso análogo. La interpretación contenida en la sentencia se incorpora al texto interpretado conformando una misma regla jurídica.

24. *Cit.* por VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), pp. 193-194.

25. LOUIS, J.-V. (1983), p. 15.

26. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), p. 147.

En su sentencia *Da Costa* el TJCE reconoció que sus planteamientos prejudiciales en materia de interpretación tienen una autoridad general que alcanza, además de al juez nacional que planteó la cuestión, a todos los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta autoridad general se fundamenta en el carácter abstracto de la interpretación dada (que está desvinculada de los supuestos de hecho que la ocasionaron), en la finalidad del procedimiento prejudicial (específicamente creado con el fin de asegurar la unidad de interpretación), y en las garantías de objetividad y ausencia de partes en sentido estricto). No obstante este alcance general, el TJCE admite examinar de nuevo cuestiones de interpretación ya resueltas a fin de permitir que la jurisprudencia comunitaria evolucione. En este sentido se ha dicho que las sentencias de interpretación deben considerarse como precedentes que deben ser respetados por las jurisdicciones nacionales de igual forma que las decisiones de la Cámara de los Lores se imponen a las jurisdicciones del Reino Unido. Como la Cámara de los Lores, el Tribunal de Justicia es el único que tiene el poder de reconsiderar sus decisiones y separarse de ellas ²⁷.

J.-V. Louis ha caracterizado los efectos de las sentencias pronunciadas en este tipo de cuestiones como sigue: 1) la sentencia de interpretación vincula a la jurisdicción nacional que sometió la cuestión; 2) la sentencia de interpretación vincula también a cuantas otras jurisdicciones se ocupan del litigio que la motivó; 3) tanto los Tribunales que sometieron la cuestión como los que se pronunciaron en el mismo litigio son libres de plantear nuevas cuestiones al Tribunal; 4) la sentencia de interpretación posee también una autoridad que alcanza a otros Tribunales (lo que plantea el problema de la «identidad material»); 5) las sentencias de interpretación goza de una autoridad pero no absoluta: la jurisdicción nacional tiene siempre la posibilidad de someter nuevas cuestiones al Tribunal ²⁸.

Aunque la cuestión de validez y la de interpretación son diferentes en cuanto a su objeto, el TJCE tiende a identificar los efectos de ambas.

B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional (TC) crea derecho a través de las siguientes vías.

1) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas jurídicas

La Constitución establece que «Las [sentencias del TC] que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley

27. JOILET, R. *cit.* por SILVA DE LA PUERTA, R. (1993), p. 369.

28. LOUIS, J.-V. (1983), pp. 369-370.

y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos *frente a todos*» (art. 164,1.º). Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) señala que: «Las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, *vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales* desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38,1); «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad (de una ley) *declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados*, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que debe extenderse por conexión o consecuencia» (art. 39.1). Además, «*La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad*» (art. 40.2 LOTIC).

Esto significa que cuando en un proceso de constitucionalidad el TC declara nula una norma por considerarla inconstitucional su función es similar (que no idéntica) a la del legislador cuando deroga una norma o una ley²⁹.

Pero el TC puede declarar también la nulidad por inconstitucionalidad de normas jurídicas con rango inferior a la ley. Así, el art. 66 de la LOTIC señala que «La sentencia [en un conflicto positivo de competencias] declarará la titularidad de la competencia y acordará, en su caso, *la anulación* de la disposición, resolución o acto que originaron el conflicto», a lo que hay que añadir que «La decisión del Tribunal Constitucional [en un conflicto de competencias] *vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos*» (art. 60.3 LOTIC). Además, el Gobierno puede «impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas» (art. 76 LOTIC), impugnación que se sustancia por el procedimiento de los conflictos positivos de competencias (art. 77 LOTIC)

Todas estas sentencias tienen los mismos efectos *erga omnes* que las leyes y por tanto vinculan a todos. Incluso puede decirse que las sentencias declarativas de inconstitucionalidad tienen fuerza mayor que la de una ley derogatoria, ya que esa sentencia no puede ser derogada o modificada por el Parlamento (lo que sí puede hacer este con las leyes) sino por el TC. Solamente el TC ante una norma que regule de

29. No son equiparables a todos los efectos la derogación y la declaración de inconstitucionalidad. Mientras que la derogación no produce (como regla general) efectos retroactivos y no implica por tanto, nulidad de los actos que se llevaron a cabo bajo el amparo de la ley derogada, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la nulidad de la norma, la nulidad de todos los actos realizados a su amparo (salvo que el TC dicte una sentencia prospectiva) y, la revisión de procesos fenecidos si se trata de procesos de naturaleza sancionadora (art. 40.1 LOTIC).

forma idéntica a otra norma anteriormente declarada inconstitucional puede, cambiando su jurisprudencia, dar una nueva interpretación de la Constitución y declarar esa norma constitucional.

2) Sentencias interpretativas y sentencias manipulativas

Se denominan sentencias interpretativas aquéllas que declaran que una norma jurídica no es contraria a la Constitución porque cabe una interpretación conforme a la misma. Esto significa que la norma cuya adecuación a la Constitución se cuestiona ante el TC, admite dos interpretaciones, una acorde y otra no acorde a la Constitución. En este caso, la labor del TC es doble: de un lado, actúa como legislador positivo en cuanto que contribuye a concretar el significado de la norma examinada. De otro lado, como legislador negativo en la medida que señala que una de las interpretaciones no es constitucional y, por tanto, queda excluida del ordenamiento jurídico.

Por su parte, las sentencias manipulativas llegan más lejos dado que incorporan una adición al propio enunciado normativo. Tales sentencias suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, con lo que el TC introduce una norma en el ordenamiento que antes no existía³⁰. En este caso el TC asume la función de legislador positivo³¹.

3) El principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución

Según el TC el art. 14 de la Constitución tiene dos sentidos diferentes: de un lado, significa igualdad *en la ley*, y de otro, igualdad *en la aplicación* de la ley. Atendiendo al primero, el principio de igualdad del art. 14 se constituye en un parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes, además de ser un principio de interpretación y aplicación del derecho fundamental consagrado en el art. 14. En el segundo sentido (igualdad en la aplicación de la ley) un tribunal viola el principio de igualdad cuando se aparta sin motivo justificado de una decisión anterior de otro tribunal, esto es, de un precedente. Así las decisiones judiciales crean derecho puesto que los tribunales, tienen que atenerse no sólo a las leyes, sino a la interpretación dada a las mismas por otros tribunales en casos semejantes.

30. GASCÓN ABELLÁN, M. (1994) pp. 71-72.

31. Cfr. RUBIO LLORENTE, F. (1988), p. 38, y PIBERNAT DOMENECH, X. (1987), p. 82.

Ahora bien, para evitar desembocar en una rígida adhesión al precedente (y consiguiente acercamiento a la fuerza que el precedente judicial tiene en el sistema anglosajón), el TC ha ido fijando progresivamente una serie de límites a dicho principio³². Resumiendo podemos decir que para que el TC estime vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales es necesario: 1) que exista igualdad sustancial de los casos prefigurados por la semejanza de los hechos básicos y de la normativa aplicable; 2) que la disparidad de criterios en la resolución de los casos no esté justificada o razonada. Es más, el TC ha estimado (a mi parecer equivocadamente) que la omisión de toda motivación no determina sin más la infracción del principio constitucional de igualdad, pues puede entenderse que existe motivación implícita. (Cfr. SSTC 63/1984, de 21 de mayo, 49/1985 de 28 de marzo, y 49/1985 de 25 de marzo), y 3) que las resoluciones provengan del mismo órgano judicial o administrativo. Si las resoluciones contradictorias proceden de órganos diversos, el TC limita su aplicación a las que provienen de órganos de la Administración, puesto que tales órganos carecen de una verdadera personalidad jurídica; pero no así si se trata de órganos judiciales: en este caso no habría violación del principio de igualdad (aunque en un primer momento el TC se pronunció en sentido contrario)³³.

Por tanto, si bien el principio de igualdad en la aplicación del derecho parece dar entrada al precedente judicial, la interpretación que del mismo ha realizado hasta el presente el TC está muy lejos de otorgarle dicho alcance.

4) **En general, a través de todas las resoluciones de Tribunal Constitucional**

Además del efecto directo de las sentencias del TC cuando declaran la inconstitucionalidad de normas jurídicas y cuando se trata de sentencias interpretativas y manipulativas (a las que nos hemos referido antes), en general las resoluciones que dicho tribunal emite en todo tipo de procesos constituyen fuente de derecho en la medida en que los jueces y tribunales están vinculados por la interpretación dada por el TC a todo tipo de normas. Así lo señala el artículo 5.1 de la Ley Orgá-

32. Estos criterios estaban dirigidos a salvaguardar la distinción entre creación y aplicación del derecho; a respetar el principio de competencia que exige que no resulte alterada o difuminada la inserción en el Estado de Derecho, según sus propios fines y características institucionales, de los diversos órganos, entes o poderes, estatales a quienes se confía la aplicación de la ley; y finalmente, a evitar que una aplicación desproporcionada del principio pueda desvirtuar el principio de legalidad, entendido como método que gira en torno a la interpretación y aplicación del texto legal como base al sistema de fuentes establecido, Cfr. XIOL RÍOS, J.A. (1991), pp. 252-253.

33. Vd. SUAY RINCÓN, J. (1986), pp. 95-107.

nica del Poder Judicial (LOPJ): «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes *interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismo que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos* ». Como señala de Otto, con este precepto la LOPJ viene a equiparar la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución los Tribunales habrán de interpretar éste según aquélla ³⁴. Así, la ley a la que está vinculado el juez es la ley tal y como ha sido entendida en cada momento por el el Tribunal Constitucional ³⁵.

En relación con este artículo voy a reproducir las palabras de Xiol Ríos cuando, refiriéndose al artículo 5 de la LOPJ señala: «A mi entender la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere proclamar el valor vinculante del precedente constitucional, la necesidad del respeto judicial al precedente constitucional, y ello sólo podía hacerlo con un precepto muy genérico. Viene a decir: los tribunales respetarán las interpretaciones del Tribunal Constitucional por encima de todo formalismo derivado del carácter de la resolución o del tipo de proceso, porque no se trata de establecer una vinculación de orden jerárquico ni de crear una nueva fuente del Derecho que complete la Constitución, como el propio Tribunal hace para sí mismo, basándose en el artículo 13 de su propia Ley Orgánica. Y, hay que insistir, ello no supone vincular a las Salas del Tribunal Constitucional ni a los jueces ordinarios a algo distinto de la ley constitucional; supone, de muy distinta manera, admitir que el centro de gravedad de la producción jurídica está tanto en la norma como en la decisión que la aplica; supone alejarse de una visión excesivamente normativista del derecho, que tanto place a aquellos teóricos y políticos que se sienten más próximos a la norma que a su aplicación.... El artículo 5.1 de la LOPJ no trata de regular la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquéllos a los que el caso afecte por su extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional» ³⁶.

34. DE OTTO, I. (1989), p. 48.

35. Como ha señalado RUBIO LLORENTE, F. (1982), p. 57. La ley a la que el juez está sujeto (art. 117,1 CE) es, en su caso, la ley definida por el Tribunal Constitucional que es órgano nomotético, no porque sea «legislador negativo», sino porque es juez creador de Derecho y cuya jurisprudencia, por tanto, no ha de considerarse incluida, junto a la del Tribunal Supremo, en el apartado 6.º del artículo primero del Código Civil, ..., sino en el apartado inicial de este mismo artículo».

36. XIOL RÍOS, J.A. (1986), p. 36.

C) TRIBUNAL SUPREMO (TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA)

C 1) **El Tribunal Supremo (y los Tribunales Superiores de Justicia) cuando resuelven los Recursos de Casación que a continuación se señalan**

a) *Recurso de casación, en el ámbito civil*

Según el art. 1.692 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) (en redacción dada por la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal): «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4.º *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

b) *Recurso de casación ordinario y recurso de casación para la unificación de doctrina, en el ámbito administrativo*

El nuevo art. 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (introducido por la Ley 10/1992 citada), señala que «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4.º *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver cuestiones objeto de debate».

El art. 102 a) por su parte, regula el recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por finalidad la eliminación de eventuales contradicciones entre sentencias. Según este artículo son recurribles por esta vía: a) Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando respecto de los mismos litigantes y otros diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a *pronunciamientos distintos* sin existir doctrina legal sobre la cuestión, y b) Las dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, así como las de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la *contradicción* se produzca con otras Sentencias del Tribunal Supremo, siempre, en ambos casos, que no sean susceptibles del recurso de casación ordinario y que su cuantía exceda de un millón de pesetas.

c) *Recurso de casación ordinario y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito laboral*

Según el art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL): «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: e) *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *de la ju-*

risprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». Y los arts. 215 y 216 establecen que: «Son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 215) «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de *sentencias* dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, *que fueran contradictorias* entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes es idéntica situación, donde, en mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 216). Los requisitos del recurso de casación para unificación de doctrina son: 1.º contradicción entre sentencias: la contradicción tiene que darse entre la doctrina sentada por sentencias: de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia; de otras Salas del mismo o diversos Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Supremo, 2.º identidad en la situación de los litigantes e igualdad sustancial en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensiones, y 3.º infracción legal (exigida en el art. 221 LPL al fijar los requisitos del escrito de interposición). La doctrina entiende que la infracción lo es de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia (siguiendo el tenor del art. 204 e).

En todos estos casos el ordenamiento jurídico otorga el derecho a acudir a los tribunales, estableciendo como base legal de la pretensión no una «clásica» fuente de derecho (la ley en sentido amplio), sino otros hechos: la infracción de la jurisprudencia o la contradicción entre determinadas sentencias.

A través de estos recursos de casación, se está otorgando a la jurisprudencia y a determinadas sentencias el valor de fuente de derecho. Porque parece claro que en los Estados de derecho sólo son admisibles ante los tribunales aquellas pretensiones fundadas en derecho y no en ninguna otra razón (p. ej. en ideas religiosas, éticas, políticas, etc. no positivizadas). Desde este punto de partida sólo se pueden deducir dos cosas: o (a) la jurisprudencia (a la que refieren los arts. 1692 de la LEC, 95.1.4.º de la LJCA, y 204 de la LPL) y determinadas sentencias (arts. 102 a) de la LJCA, y 215 y 216 de la LPL) forman parte del ordenamiento jurídico (es decir son fuentes de derecho), lo que explica que pueda revocarse la sentencia que la infrinja, o (b) no forman parte del ordenamiento, lo que implicaría que todos los artículos que regulan el recurso de casación por infracción de la jurisprudencia o/y el de unificación de doctrina serían inconstitucionales porque permiten que se revoquen sentencias que son conformes al ordenamiento pero contrarias a algo (la jurisprudencia) que no forma parte del mismo. O bien la jurisprudencia es parte del derecho y la casación es lícita o no forma parte del derecho y la casación es ilícita³⁷.

37. Cfr. en este sentido DE OTTO, I. (1988), pp. 297-298.

Como señala Rubio Llorente (y esta reflexión se puede hacer extensible a los demás ámbitos señalados —administrativo y laboral—): «Aunque esta fórmula (el art. 1.6 del Código civil) no atribuye la calidad de fuente de Derecho a la jurisprudencia, parece indudable que esta calidad no puede serle negada, puesto que entre los motivos de casación figura la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la *jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» (art. 1692.5.º LEC)... No cabe a nuestro juicio duda razonable de que la fuente que la origina (la jurisprudencia) ha de ser contada entre las fuentes del derecho. No es sin embargo, claro está, una fuente autónoma. Los tribunales (en rigor, el Tribunal Supremo, el único cuya doctrina puede apoyar el recurso de casación) no pueden crear normas si no es mediante la construcción hecha a partir de la interpretación de normas legales, reglamentarias o consuetudinarias concretas (apoyo que es, en ocasiones, muy tenue), pero no hay duda de que de tales construcciones *surgen a veces auténticos preceptos jurídicos y desde luego siempre normas* si se entiende que éstas son el contenido concreto que al simple precepto da la interpretación»³⁸.

C 2) El Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional cuando resuelven el Recurso directo contra Reglamentos (y el resto de tribunales de lo contencioso-administrativo a través del recurso indirecto contra Reglamentos)

El art. 39 de la LJCA señala que «Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, así como las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas en la vía administrativa», y añade en el art. 86.2 que «la Sentencia que anulare la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por el mismo». Así, si la sentencia estima el recurso, se declara la nulidad del Reglamento con efectos *erga omnes*. En este caso los tribunales contencioso-administrativo ejercen la función de legisladores negativos.³⁹

38. Última cursiva mía, RUBIO LLORENTE, F. (1986), p. 110.

39. *Vid.* arts. 8, 58, 66 y 74 de la LOPJ.

Por último, creo que no está de más repetir aquí que «afirmar que los jueces son órganos de producción jurídica no equivale a abrazar ningún género de «creacionismo» radical ni, mucho menos, supone zanjar el problema mediante una, en el fondo cómoda, concepción irracionalista de la interpretación», y que «El nudo del problema no se halla pues, en comprobar quién sostiene con mayor énfasis la insuficiencia de la ley y el carácter creativo de la interpretación, sino en definir la naturaleza y legitimidad de las “fuentes” extrasistemáticas que proporcionan al juez las pautas para decidir» 40.

BIBLIOGRAFIA

- APARISI MIRALLES, A. (1992), «Notas sobre la jurisprudencia como fuente de derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. IX, pp. 249-265.
- BOBBIO, N. (1980): *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia.
- BULYGIN, E. (1991): «Sentencia judicial y creación de derecho», en C.E. Alchourron-E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.
- CALVO VIDAL, F.M. (1992): *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid.
- CAPPELLETTI, M. (1989): *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford.
- CARRIO, R.G. (1976): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976 (2.^a ed.)
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1994): «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, pp. 63-87.
- ITURRALDE, V. (1989): *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (1979): *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- LOUIS, J.-V. (1983): «Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, n.º 1, pp. 9-19.

40. PRIETO SANCHÍS, L. (1987), p. 109.

- MONTILLA MARTOS, J.A. (1994): *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid.
- ORTUZAR ANDÉCHAGA, L. (1992): *Aplicación Judicial del Derecho Comunitario*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.
- OTTO, I. de (1988): *Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona. (1989): *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- PIBERNAT DOMENECH, X. (1987): «La sentencia constitucional como fuente del derecho», en *Revista de Derecho Político*, n.º 24, pp. 57-85.
- PIZZORUSSO, A. (1989): «Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, 1989, pp. 269-321.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987): *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid.
- (1992): *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PUIG BRUTAU, J. (s.f.): *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona.
- (1989): *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, (2.ª ed.).
- RUIZ MIGUEL, A. (1985): «Sobre la creación judicial del derecho», en *Poder Judicial*, n.º 16, pp. 47-55.
- RUBIO LORENTE, F. (1982): «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, pp. 35-67.
- (1986): «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, pp. 83-113.
- (1988): «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, pp. 9-51.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993): *El juez nacional como juez Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Civitas, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- SILVA DE LA PUERTA, R. (1993): *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, Madrid.
- SUAY RINCÓN, J. (1986) «La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 47 pp. 95-107.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- VANDERSANDEN, G. (1992): «Article 173», «Article 174», en V. Constantinesco, J-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon, *Traité instituant la CEE*, Economica, París, pp. 1041-1057.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: (1994): *La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid.
- WROBLEWSKI, J. (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

- XIOL RÍOS, J.A. (1986): «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 3, pp. 25-40.
- (1991): «El principio de igualdad en la aplicación de la ley», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 241-291.

3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO

El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los Siglos XVI y XVII

Por FRANCISCO CASTILLA URBANO

Madrid

I. INTRODUCCION

El «estado de naturaleza» es el concepto utilizado para designar un período de la historia de la humanidad, supuestamente real o imaginario, contrapuesto a la situación presente de la misma. Por sus propiedades, a medio camino entre la creación de la razón y la relación con el tiempo, se trata de un concepto fundamental en filosofía política y en numerosas filosofías de la historia.

La idea de estado de naturaleza que más se ha popularizado en el pensamiento occidental ha sido la que inspiró la filosofía moderna a partir de Hobbes, Locke, Rousseau y, en general, la Ilustración. Estos autores interpretaron el estado de naturaleza como una situación en la que imperaba la ausencia de normas, la falta de gobierno y la ley de la fuerza. No era un estado asocial si entendemos por tal que dentro del mismo no hubiera relaciones entre los hombres; sin embargo, no era un estado de sociabilidad plena, puesto que en su interior no se concebía una sociedad organizada capaz de ejercer por sí misma lo que Weber denominó el monopolio de la violencia. Aunque no era un estado de licencia absoluta, tampoco parecen haberlo entendido como sometido a las leyes de la obligación moral; más bien, el interés propio parece ser la regla que guía el comportamiento ético de los sujetos.

Existían opiniones opuestas entre sus mismos creadores sobre el carácter histórico o de mera especulación que cabía otorgar a este concepto. En el siglo XVII, Pufendorf, mantuvo que «nunca existió en realidad un estado de naturaleza, excepto en forma alterada o parcial, como cuando unos hombres se unieron con otros para formar un estado civil o un organismo semejante, pero conservaron una libertad natural contra el resto de la humanidad»¹. Esta matización provocó con posterioridad la crítica de Adam Smith; para éste, Pufendorf se equivocaba por la simple razón de que un estado semejante no existió jamás². También Rousseau manifiesta con cautela que el estado de naturaleza «quizá no haya existido»³. Probablemente esta línea de pensamiento haya influido en algunos autores para defender la ahistoricidad del concepto en Locke⁴, sin embargo, los ejemplos que utiliza éste remiten a casos históricos (la antigüedad pagana, los indios de América) o a relatos considerados ciertos (la Biblia)⁵.

El estado de naturaleza para estos autores es, en síntesis, la condición por la que hubieron de pasar los hombres antes de llegar a la formación de la sociedad civil o política. Esta última está adornada con los atributos por los que mayor aprecio ha sentido el pensamiento occidental desde el siglo XVII: ejercicio de la autoridad, imperio del orden, jerarquía social, leyes positivas, renuncia a la práctica de la violencia como fuente de resolución de los problemas internos y dominio de la razón como fundamento último de las conductas humanas. Por el contrario, el estado de naturaleza se consideraba una situación de la que era necesario escapar, bien por la lucha de todos contra todos que en el mismo tenía lugar (Hobbes), bien por la situación de amenaza e inseguridad colectiva que padecían sus integrantes (Locke). El paso de un estado a otro parece haberse concebido como un acto de voluntarismo racionalista que llevaría al contrato o pacto social y a la consiguiente instauración de una sociedad administrada por un gobierno civil (a veces, un monarca absoluto).

1. PUFENDORF, S., *The law of nature and nations*. N. York. Oceana Publications, 1964, p. 162, *cit.*, en MEEK, R. L., *Los orígenes de la ciencia social. El desarrollo de la teoría de los cuatro estadios*. Madrid. Siglo XXI, 1981, p. 18.

2. HONT, I., «The language of sociability and commerce: Samuel Pufendorf and the theoretical foundations of the "Four Stages Theory"», en PAGDEN, A., ed., *The languages of political theory in early-modern Europe*. Cambridge. Cambridge University Press, 1987, pp. 253-276 (p. 256).

3. ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en ROUSSEAU, J.J., *Del contrato social. Discursos*. Madrid. Alianza, 1980, p. 195.

4. DUNN, J., *La pensée politique de John Locke. Une présentation historique de la thèse exposée dans les Deux traités du gouvernement*. París. PUF, 1991, pp. 106, 112, 119, 121, etc.

5. CASTILLA URBANO, F., «El indio americano en la filosofía política de John Locke», *Revista de Indias*, XLVI, 178 (1986), pp. 421-451, y «Una teoría del origen y desarrollo de la sociedad: el estado de naturaleza en John Locke», en VEGAS, S., dir., *En torno al Segundo Tratado del Gobierno Civil de John Locke*. Alcalá de Henares. M.E.C.-C.E.P. de Alcalá, 1994, pp. 135-163.

Antes de que esta concepción del estado de naturaleza llegara a ser tomada como la única relevante desde el punto de vista filosófico, existía una concepción diferente, pero no menos importante. Su trascendencia fue, si cabe, mayor que la de ninguna otra idea similar, y su vigencia se extiende durante bastantes más siglos. Me refiero al concepto de estado de naturaleza que, bajo influencia estoica, mantuvieron los Padres de la Iglesia, y que de la patrística habría de pasar a manifestarse, a través de Sto. Tomás, en la escolástica española de los siglos XVI y XVII ⁶.

Para estos autores la situación histórica de los hombres es resultado directo de la caída. Se entiende, pues, por naturaleza caída el estado en el que queda el hombre en la tierra tras el pecado original. El estado anterior a éste es el estado de naturaleza, de naturaleza íntegra o de inocencia. La filosofía política y las filosofías de la historia inspiradas por esta doctrina de manifiesto corte teológico merecen la pena ser estudiadas para:

- 1) Aclarar el significado concreto otorgado al concepto de «estado de naturaleza».
- 2) Explicar la relación de éste con el estado actual.
- 3) Analizar la interpretación de la historia y de la política que se deriva de aquel hecho.

2. SIGNIFICADO DEL «ESTADO DE NATURALEZA»

La escolástica tardía, es decir, los escolásticos españoles comprendidos entre el dominico Francisco de Vitoria, desde el primer cuarto del siglo XVI, y el jesuita Francisco Suárez, fallecido en 1617, utilizaron el concepto de estado de naturaleza en un sentido no unívoco. Otorgaron tantos significados al mismo como contraposiciones quisieron señalar con el estado civil. De ahí que, en la mayor parte de las ocasiones, estos sentidos aparezcan en sus obras al discutir las cuestiones más variadas. Si reunimos sus citas hemos de suponer que para estos autores el estado de naturaleza íntegra compartía las siguientes propiedades:

- 1) Era un estado autosuficiente. La naturaleza, entendida como fuente de todo bien, producía los alimentos necesarios para el hombre

6. Como veremos, comete una simplificación Q., SKINNER, cuando afirma que los escolásticos españoles «poseen el concepto del estado de naturaleza aun cuando no posean la frase» (*Los fundamentos del pensamiento político moderno. II. La Reforma*. México. F.C.E., 1986, p. 161).

por sí sola o, a lo sumo, con muy poco cultivo. En una época como el siglo XVI, en que las hambrunas y la carestía de los alimentos convertían la escasez en norma, el dominico Domingo de Soto alababa la fertilidad de la tierra en el estado de inocencia ⁷. La consecuencia de esta situación era clara: el trabajo no existía todavía como una maldición, sino, más bien, como un entretenimiento; las disputas y los enfrentamientos que en él se originan perderían también su razón de ser en el estado de naturaleza.

La autosuficiencia, por otra parte, no afectaba sólo a lo que la naturaleza producía, sino también a la misma condición humana. Como explicaba fray Tomás de Mercado, los hombres que vivieron en el estado de inocencia podían prescindir de alimentos durante un cierto tiempo, sin que ello implicara percibirlo como una privación ⁸.

- 2) Era un estado pacífico. En el estado de inocencia reinaba la mansedumbre entre los individuos. Las guerras eran desconocidas, y la falta total de necesidades y obligaciones las hacía innecesarias. Sólo tras perder aquella envidiable situación conoció el hombre lo que era la miseria, las desigualdades y la explotación de unos por otros. Todo ello habría de poner término a la paz. Como dice Soto, «del pecado original se siguió, efectivamente, la necesidad y se siguieron las guerras sin cuento, que reducen a los hombres a la esclavitud» ⁹.

3) Era un estado de economía comunal. No existía la propiedad privada, ni «el mío ni el tuyo»; en el estado de inocencia todas las cosas eran comunes: los campos no conocían el dominio de los particulares, ni las cercas limitaban el territorio de cada uno. La propiedad privada fue producto de la caída, y la misma creación del dinero fue considerada una consecuencia del establecimiento de aquélla. Así lo expresó

7. DE SOTO, D., *De la Justicia y del Derecho*. Madrid. I.E.P., 1967-68 (1556), p. 296: «Porque en aquel tiempo la tierra, aún sin cultivarla, hubiera producido espontáneamente sus frutos, o hubiera necesitado muy poco cultivo, que nadie rehusaría. Así se han de entender aquellas palabras del Génesis, 2: “Tomó Dios al hombre y le colocó en un paraíso de delicias, para que lo cultivare y lo guardare”. Además la ambición de riquezas en aquella ocasión no dominaría a nadie. Porque fue después del pecado cuando se dijo: “Con el sudor de tu frente comerás tu pan”. La flor de aquella edad la olfateaba aquel pagano cuando dijo: “Y hasta la misma tierra libre, y sin que el rastrillo la tocara, ni el arado la abriera, producía todas las cosas, viviendo contentos voluntariamente con los bienes creados”. De esta manera no habría peligro, ni de que faltaran los frutos de la tierra, ni de que se originara discordia alguna entre ellos, al sentirse felices».

8. DE MERCADO, T., *Suma de tratos y contratos*. Madrid. I.E.F., del M.º de Hacienda, 1977 (1569-71), p. 65: «Esta majestad verdadera tenían entonces los hombres, que eran en sí para sí tan bastantes y dependían tan poco o tan en nada de los bienes temporales, que aun sin el manjar y comida que realmente habían menester se podían pasar y sufrir muchos días».

9. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 290.

Tomás de Mercado ¹⁰, poniendo de manifiesto lo que era un lugar común para todos los escolásticos.

La excepción de este comunismo económico, si se me permite citarlo —como hacían los escolásticos— dentro de la posesión de las cosas, era la comunidad de mujeres ¹¹.

4) Era un estado dietético. La dieta vegetariana parece haber sido el alimento del que disfrutaron nuestros antepasados en el estado de inocencia. En esta cuestión los escolásticos fueron fieles seguidores de un tradición profana que se remontaba hasta el mismo Pitágoras. Francisco de Vitoria muestra su erudición al citar párrafos del *De consolatione*, de Boecio, y de las *Metamorfosis* de Ovidio, para mostrar cómo en la Edad de Oro los hombres se alimentaron de bellotas, fresas y moras. El mismo dominico burgalés expresó su convicción al respecto:

«Parece, efectivamente, cierto que no se comieron carnes en estado de inocencia, porque los árboles y las plantas les daban lo suficiente para la vida y porque es seguro que cumplirían lo establecido en el Génesis (c. 1): “Os he dado cuantas hierbas de semilla hay sobre la tierra y todos los árboles que producen fruto según su especie para que os sirvan de alimento”» ¹².

Esta situación puede ponerse en conexión con la concepción de la naturaleza pacífica: matar animales hubiera significado alterar un equilibrio que era sinónimo de orden y felicidad.

10. DE MERCADO, T., *op. cit.*, pp. 64-65: «Cuando Dios creó al hombre, dióle un estado tan soberano en su misma persona que era señor absoluto de este orbe inferior y de todos los tesoros y frutos que en él hay y produce. Y fuéronlo también todos los hijos y descendientes, más pacíficamente que ahora lo es uno de su casa y hacienda, de tal modo que todo fuera de uno y todo de todos y no hubiera cosa de que cualquiera que pudiera usar y aprovecharse, a lo menos no repugnara a este universal señorío, al ser y disposición de su estado.

«Mas en pecado perdió este general y común imperio y se repartió por partes, aplicándose a cada uno la suya como legítima y herencia, y tuvo principio y origen la propiedad y comenzóse a introducir este lenguaje tan común de mío y tuyo, porque no tenían ya los hombres en sí aquella disposición, ingenio y virtud que era menester para una comunidad tan excelente y divina».

11. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 296: «era conforme con el estado de inocencia la posesión en común de todas las cosas, a excepción de las mujeres». Los escolásticos consideraron un error la comunidad de mujeres a la que aludió Platón (*República*, 424a y 449c). SOTO (*op. cit.*, p. 296) argumentó que ni siquiera en «la sencillez de la inocencia ... hubiera sido permitida esta absurda mezcla de mujeres, sino que cada uno tendría la suya».

12. DE VITORIA, F., *De temperantia*, pp. 1021-1022. Salvo referencia expresa, las citas de Vitoria remiten a la edición del P. Teófilo Urdánoz: DE VITORIA, F., *Obras. Relecciones teológicas*. Madrid. B.A.C., 1960.

5) Era un estado ainstitucional. Las organizaciones políticas superiores, como el Estado, que encarnaba el príncipe, no existían en su seno. Al ser innecesario dictar leyes, tampoco existían organismos jurídicos ni magistrados que hubieran de juzgar sobre su cumplimiento. Los escolásticos fueron conscientes, no obstante, de la dificultad de que una sociedad de estas características pudiera durar largo tiempo, e incluso admitieron la posibilidad de que, si el pecado no hubiera acabado con aquella situación, habrían terminado por hacer su aparición las leyes y normas que toda sociedad bien ordenada exige. Para poner solución a este vacío institucional, mantuvieron que en el estado de naturaleza la sociedad se estructuraba en torno a agrupaciones naturales como la familia o el gobierno patriarcal, y que, como Vitoria afirmó, tal vez existiese algún tipo de organización dedicada al culto ¹³.

6) Era un estado de eticidad. A pesar de la ausencia de leyes positivas y autoridades políticas, el hombre actuaba correctamente. Los seres humanos se dejaban llevar por sus impulsos, y éstos no implicaban acciones egoístas ni caer bajo la tiranía de la sensualidad. Sin la amenaza del pecado el hombre se comportaba de acuerdo con lo que exige la moral. La única ley existente, la natural, era cumplida en su integridad sin que Dios se viera obligado a escribirla fuera del alma humana. Los hombres la llevaban implícita, y la ejecutaban con la misma facilidad con la que actualmente satisfacen su sueño o su apetito: «porque, como ahora está inclinado y presto a comer, pudiendo y teniendo hambre, y a dormir, habiendo gana, y a conservar su vida con buenos medios, así tan propio y presto estaba entonces el hombre a todas las cosas de virtud y justicia natural» ¹⁴.

7) Era un estado de conocimiento integral. Es cierto que Vitoria, como hemos visto, hablaba de la potestad ejercida por los maestros sobre los jóvenes, pero la transmisión de conocimientos sólo debería concebirla durante la edad más temprana de los individuos. Entre los adultos ésta no debería ser necesaria, pues de lo contrario Domingo de Soto no habría afirmado que «sobreviviendo la inocencia, no hubiera habido lugar para la ignorancia, ya que ésta hubo de seguirse al pecado» ¹⁵.

13. DE VITORIA, F., *De potestate Ecclesiae prior*, p. 280: «Debe tenerse en cuenta que aunque no hubiera en el estado de inocencia ningún dominio ni potestad coercitiva ni coactiva..., habría habido, no obstante, alguna potestad directiva y gubernativa; como, por ejemplo, maestros para instruir a los jóvenes y jefes para dirigir en los negocios prácticos. De lo contrario, hubiese habido gran confusión y desorden, aunque obrasen todos rectamente, si cada uno vivía a su arbitrio, guardando usos y costumbres diversos de los demás; y por lo mismo le faltaría a la república, si cada uno honrase a Dios a su manera, el decoro y conformidad unánime en el culto divino. No cabe duda alguna de que, de haber perseverado en el estado de inocencia, se habrían dado leyes y reglas, tanto para la vida civil como sobre todo para la vida espiritual y para el culto divino».

14. DE MERCADO, T., *op. cit.*, pp. 40-41.

15. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 280.

Al menos en el caso de Adán este conocimiento íntegro cobra pleno sentido: él no tenía necesidad de ocuparse del estudio de las cosas que le rodeaban, pues, mediante el lenguaje, materializado en su capacidad para nombrar las cosas, era capaz de acceder a las propiedades naturales de éstas. Para el primer hombre el conocimiento se produce a la par que da nombre a las cosas, y nombrar no es otra cosa que hacerse eco de las propiedades naturales de aquéllas. En el estado de inocencia, «Adán tuvo conocimiento para nombrar según sus propiedades naturaleza a las cosas que le estaban sometidas, y (que) por tales nombres le obedeciesen naturalmente»¹⁶.

8) Como consecuencia de lo anterior podemos decir que para los escolásticos el estado de naturaleza era un estado temporal y como tal, tan válido como cualquier otra época de la historia. El tiempo donde se situaba se definía esencialmente por las características culturales que lo adornaban: era la feliz época de la inocencia adánica, un estado ideal en el que la naturaleza humana no precisaba de leyes ni costumbres para moverse con soltura en el dominio de la moral. Su cronología estaba limitada en su origen por la creación divina del primer hombre, y en su fin por el pecado de Adán y Eva. Como ya hemos dicho, la época que sigue a este último fue denominada por algunos autores estado de naturaleza corrupta¹⁷, aunque con frecuencia el nombre más utilizado fue el de edad de la ley natural¹⁸; ésta es, por cierto, la época que mejor se corresponde por sus características con lo que representa el estado de naturaleza entre los empiristas y los racionalistas ilustrados. En la construcción cronológica del mundo seguían a ésta la época de la ley escrita, a partir de Moisés, y la de la ley evangélica o de gracia, a partir de Cristo. De esta forma se encajaba la historia profana dentro de los esquemas explicativos cristianos.

Sin embargo, y por paradójico que pueda parecer, sus características principales lo convierten en un modelo de intemporalidad. Sólo dos acontecimientos tenían significado temporal dentro del estado de naturaleza: su comienzo, que venía dado por la aparición del hombre, y su final, que implicaba la expulsión de aquél del Paraíso. El resto de los hechos que allí tenían lugar estaban unidos entre sí por el nexo de la sucesión, pero nada había de destacable en el tiempo homogéneo en el que se insertaban. Por tanto, si los escolásticos, consideraron que el estado de naturaleza constituía una época por la que había pasado la humanidad en sus comienzos, no es menos cierto que, dentro de la misma, parece haber predominado lo que de estático hay en la naturaleza.

16. DE VITORIA, F., *De arte mágica*, p. 1241.

17. SUÁREZ, F., *De Legibus*, II, VIII, p. 134 (las citas pertenecen a la edición de Madrid. CSIC, 1971 y ss. [1612]); DE MERCADO, T., *op. cit.*, p. 609; DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 44; etc.

18. DE VITORIA, F., *De temperantia*, p. 1019.

III. RELACION CON EL ESTADO ACTUAL

Para los escolásticos españoles era un hecho indiscutible que el motivo que justificó la expulsión del hombre del estado de inocencia fue el pecado original. En esta época, la Biblia gozaba todavía de una autoridad difícilmente cuestionable. Pero si el Texto Sagrado no dejaba lugar a dudas sobre las razones de la pérdida de aquella situación de privilegio, no explicaba de manera expresa cuál era la causa de que en el estado posterior a la caída hubieran surgido todo tipo de costumbres, instituciones y leyes inexistentes con anterioridad. Resolver esta cuestión se convirtió en algo de trascendental importancia; llevaba directamente a la discusión en torno a la legitimidad de las instituciones que no habían existido en el estado de naturaleza íntegra. Todas ellas se sintetizaron en tres: el gobierno, la propiedad privada y la esclavitud. Las opiniones acerca de la actitud a tomar con estas instituciones se pueden resumir en dos posturas contrapuestas:

- a) Los grupos que, al considerarlas ilegítimas, postulaban su desaparición.
- b) Los grupos que, considerándolas legítimas y necesarias, justificaban su existencia.

Los grupos que consideraban la propiedad privada y a los gobernantes, tanto civiles como eclesiásticos, ilegítimos, intentaron acabar de manera radical con estas instituciones. Sus reivindicaciones nunca tuvieron unos objetivos específicos y limitados. Se consideraban, más bien, parte de una lucha cuyo fruto habría de ser un mundo redimido, totalmente diferente del actual. En su ideología estaban presentes en igual medida la política y la religión, los aspectos revolucionarios y los salvacionistas. Estos movimientos son conocidos con el nombre de milenaristas¹⁹; solían estar formados por individuos pertenecientes a las clases más desfavorecidas de la sociedad: mendigos, vagabundos, trabajadores no especializados, campesinos sin tierra, etc. En definitiva, se adherían a ellos los marginados que además de ser pobres carecían de un lugar en la sociedad. Eran dirigidos generalmente por caudillos poco más cultos que sus seguidores y salidos frecuentemente de los estratos eclesiásticos más bajos. La característica común de estos líderes era su capacidad de atracción y el carisma que desplegaban. Se creían elegidos por Dios para llevar a cabo su misión, que tenía una importancia fabulosa y única.

19. COHN, N., *En pos del Milenio*. Madrid. Alianza, 1981, ha trazado la historia de estos grupos en Europa. Sus conclusiones (pp. 281-287) sobre el origen social de los milenaristas y de sus *prophetae*, así como las motivaciones psicológicas y sociológicas que les llevaban a embarcarse en tales movimientos, son de gran interés.

Estos movimientos reunieron durante varios siglos y en distintos lugares de Europa, a grandes multitudes. Una y otra vez fueron derrotados por las autoridades políticas y eclesiásticas, pero de nuevo, con una continuada insistencia, volvieron a renacer sus ideales e intentaron ponerlos en práctica en otros lugares del continente. Apocalípticos, cruzadas de pobres, flagelantes, herejes del Libre Espíritu, amaurinos, anarquistas místicos y otros colectivos se levantaron bajo la bandera de un futuro mejor, pero sólo cuando los elementos escatológicos se fundieron con la doctrina del estado natural igualitario, la ideología resultante fue lo suficientemente fuerte como para convertir los movimientos de protesta más o menos organizados en auténticas revoluciones.

La Revolución inglesa de los Campesinos, a finales del siglo XIV, parece haber sido uno de los primeros movimientos inspirados por el ideal del estado en que vivieron Adán y Eva. Le siguieron los husitas y los taboritas de Bohemia, Thomas Müntzer en Alemania, los anabaptistas en el centro de Europa, y, ya en la segunda mitad del siglo XVII, los «diggers» y los «ranter» en Inglaterra. Todos ellos intentaron materializar en la tierra y en su época, el estado de naturaleza que supuestamente había existido al principio de los tiempos. Para sus miembros, el estado de naturaleza no era sólo una cuestión histórica, sino que su recuerdo se convertía en el principio básico que guiaba su actuación.

Frente a este tipo de interpretaciones se levantó la teoría del estado de naturaleza que mantuvieron los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII. Estos autores actuaron convencidos de que el estado de naturaleza llegaría al final de los tiempos, como consecuencia del juicio divino. De ahí que, confiados en que del futuro habría de venir necesariamente la redención de los justos (no sólo de los pobres), pusieran el máximo empeño en hacer soportable el estado actual de la humanidad. Contra la acusación de ilegitimidad a la que sometieron a las instituciones los grupos más radicales y frente al intento de acabar con su existencia, estos autores estimaron que tanto su origen como su mantenimiento estaban esencialmente unidos a la situación en que había quedado la naturaleza humana tras el pecado. De ahí que fuera necesario considerar que el gobierno, la propiedad privada y la esclavitud eran instituciones legítimas.

Para defender esta concepción, los escolásticos dejaron definitivamente de lado la idea, presente en los Padres de la Iglesia, según la cual las instituciones que conformaban la sociedad eran artificiales o convencionales, frente a lo natural, que era lo existente en el estado de inocencia. Por el contrario, para unos autores que estaban fuertemente influidos por el pensamiento aristotélico y por su cristianización tomista, no cabía entender que algo necesario a la naturaleza humana tal y como ésta había quedado tras la caída, pudiera ser considerado artificial. Hacía falta una teoría alternativa que podemos resumir de la siguiente forma:

1) Respecto al gobierno, los escolásticos hispanos defendieron no sólo su necesidad a partir de las características de la naturaleza humana, sino también su ordenación divina. Su argumento era que el hombre no puede mantenerse aislado, por lo que Dios le dotó del instinto de vivir en sociedad. Integrados en la sociedad, los hombres pueden ayudarse unos a otros. Sin embargo, una sociedad sin gobierno sería como un cuerpo sin cabeza. Ya hemos dicho que los escolásticos matizaron la inexistencia de autoridades en el estado de inocencia, pero consideraron inconcebible que éstas no existieran tras el pecado. Una sociedad sin gobierno era una multitud descontrolada. La sociedad y el Estado fueron para los escolásticos dos caras de la misma moneda ²⁰. La sociedad necesita estar ordenada para poder proveerse de todo lo que conviene a los hombres; por tanto, hace falta una autoridad que administre el bien común. También el poder para gobernar la sociedad es de origen divino, sin que eso signifique que el gobernante lo sea; los gobernantes son elegidos por los hombres, bien directamente en el caso de una república, bien indirectamente en el caso de una monarquía hereditaria, pero es Dios, en última instancia, quien hace ver a los hombres la necesidad del gobierno. Domingo de Soto lo expresó de la siguiente forma:

«Dios proveyó naturalmente a cada cosa de poder para conservarse y hacer frente a sus contrarios, no sólo en lo que se refiere a la conservación de la salud temporal, sino también mediante su gracia, en lo que se refiere a la prosperidad de la espiritual. Como los hombres, aislados unos de otros, no podían hacer efectivo este poder, les dio por añadidura el instinto de vivir en sociedad, para que, unidos, se ayudasen unos a otros. Una vez formada así la sociedad, ésta no podría en manera alguna gobernarse, y rechazar a los enemigos y reprimir la audacia de los malhechores, si no eligiera magistrados a quienes traspasar su autoridad, pues de otro modo la sociedad entera, sin orden y sin cabeza, no formaría un solo cuerpo, ni podría proveer de todo lo que fuera conveniente. Por consiguiente, por la misma razón las sociedades, sabia y divinamente instruidas, unas pusieron al frente cónsules anuales, y otras escogieron otras formas de gobierno. Y con el mismo derecho cada una pudo y debió cuando hubiera conocido que convenía, transferir toda su autoridad y poder a un solo rey, que según Aristóteles es, en general, la mejor forma de gobierno» ²¹.

20. Esta idea será ampliamente desarrollada por F. DE VITORIA, Véase CASTILLA, F., *El pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía política e indio americano*. Barcelona. Anthropos, 1992, cap. III.

21. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 302.

Así pues, el gobierno y, en definitiva, el Estado, no es una institución convencional, fruto del carácter vicioso o de la pecaminosa condición humana, sino la expresión de la voluntad divina. Esta concepción no sólo permitía rechazar la ilegitimidad de la que era acusado el gobierno por los grupos más radicales, sino que vinculaba a éste directamente con la moral y con las características físicas de la naturaleza humana. Podía no haber existido en el estado de inocencia, pero, como creación divina, su legitimidad estaba fuera de duda. Como afirmó Suárez, «el poder político no es algo que haya nacido con la naturaleza, pero no se deduce que sea contrario a la naturaleza»²².

2) La propiedad privada no existía en el estado de inocencia, pero los escolásticos españoles defendieron que la naturaleza corrompida del hombre tras el pecado original la hace conveniente. Fueron varias las razones que dieron para apoyar esta afirmación, pero probablemente fue Domingo de Soto el que mejor sistematizó la mayor parte de ellas. La primera razón esgrimida para justificar la propiedad privada tiene que ver con la concepción antropológica de los escolásticos. Está estrechamente vinculada al carácter egoísta y ambicioso que atribuían al ser humano en el estado actual. De un lado, la tierra exige el trabajo humano para producir los frutos necesarios; de otro, si la propiedad fuera común, los encargados de su cuidado esperarían que fueran los demás quienes lo realizasen. El resultado sería que la productividad de la tierra se resentiría sin que, a la vez, se renunciase al dominio de lo producido. De esta forma se perturbaría la paz y la tranquilidad que deben existir entre los ciudadanos. Con la división de la propiedad se pone solución a ambos problemas²³. Tomás de Mercado profundizó en este primer argumento de Soto; llamó la atención sobre la distancia que mediaba entre el abandono al que se ven sometidas las cosas comunes y el cuidado que se da a las propias:

«Ahora no hay quien no pretenda su interés y quien no cuide más de proveer su casa que la república. Así vemos que las haciendas particulares, éstas van adelante y crecen; las de la ciudad y consejo se disminuyen, son mal proveídas y peor regidas, si no son ya rentas. Así dice Aristóteles, que es ine-

22. SUÁREZ, F., *op. cit.*, III, I, p. 17.

23. DE SOTO, D., *op. cit.*, pp. 296-297: «Ello se deduce de dos de las raíces de la vida humana corrompidas por el pecado, o sea, la negligencia y la ambición. Porque por una parte una vez que la tierra, rebelándose contra el hombre, por haberse éste rebelado contra Dios, comenzó a producir espinas y abrojos, y a necesitar del sudor del rostro del hombre para sostener al mismo hombre, y por otra, una vez también que el hombre, por haber comido de la fruta del árbol prohibido, se sintió lleno de codicias, hubo necesidad de que la propiedad se dividiera de forma que conviniera a ambas partes, es decir, al cultivo de la tierra, para que no escasearan sus frutos, y al freno de la avaricia humana tan difícil de contentar. Pues bien. Esto no se podía conseguir con la propiedad en común; luego fue necesaria su división».

fable el deleite que el hombre recibe de ocuparse en sus negocios propios. No se puede fácilmente explicar cuánto hace al caso, para hacer una cosa con alegría, considerar el hombre que es suya; al contrario, es gran tibieza con la que trata negocios comunes. De modo que, perdida aquella primera caridad, fue necesario que cada uno tuviese alguna parte en las temporalidades, en raíces o en muebles, para que ya que no el amor universal, a lo menos el particular interés le moviese a conservarlo, de manera que crecieran todos los bienes repartidos y divididos, que pudieran dejar de venir a muy menos si en montón —supuesto el pecado— se quedarán»²⁴.

El segundo argumento que utilizaron los escolásticos españoles para justificar la propiedad privada está vinculado a su propia concepción del gobierno de la comunidad. El mantenimiento del orden en la sociedad exige la existencia de jerarquías entre los hombres y la división del trabajo que éstos desempeñan. Domingo de Soto retoma la división en clases sociales de la *República* platónica²⁵; labradores, guardianes y gobernantes realizan tareas diferentes, pero todas ellas son útiles a la comunidad; a su vez, cada trabajo debe ser recompensado en su justa medida, lo cual exige la división de las propiedades:

«Si todas las cosas fueran comunes, todos rehusarían ser labradores y desearían ser soldados. Y en caso de amenaza de guerra todos se sustraerían a su peligro, a no ser que se establecieran premios propios, y cuantos pudieran buscarían con afán ser encumbrados al gobierno. Y como éstos de la clase suprema tendrían necesidad de muchos, se seguiría que a unos se les impondrían mayores cargas y a otros se les concederían mayores honores. Y esto no podía por menos de intranquilizar gravemente la sociedad, si el dominio no estuviera dividido»²⁶.

Un tercer argumento que proporciona Domingo de Soto a favor de la división de la propiedad puede ser considerado meramente retórico en su base, pero demostrativo de cómo las relaciones entre lo social y lo religioso no eran patrimonio de los grupos milenaristas. Se basa en la necesidad de practicar la caridad que afecta a todo cristiano. Si todas las cosas fueran comunes, se perdería la oportunidad de ganar el cielo mediante la limosna. De ahí que los defensores de la propiedad en común de los bienes, como John Wyclef y Juan Hus, a cuya reprobación en el concilio de Constanza alude Soto, fueran condenados por la Iglesia:

24. DE MERCADO, T., *op. cit.*, p. 67.

25. PLATÓN, *República*, 371e y ss.

26. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 297.

«Si hubiera comunidad de bienes, desaparecería la virtud de la liberalidad; lo cual no es pequeño esplendor para la nación. Porque quien no posee nada propio, no puede ser liberal; y el que lo posee todo, no tiene necesidad de la liberalidad ajena. Y de esta manera desaparecería la virtud de la hospitalidad, ni se atendería a los peregrinos, ni se socorrería a los necesitados; y como consecuencia desaparecería la virtud del agradecimiento por los beneficios recibidos. Por consiguiente, la afirmación de que los bienes deben de estar repartidos es tan segura que su negociación constituye una herejía» 27.

Los escolásticos españoles eran conscientes de que la propiedad particular de las riquezas no era una solución definitiva a la codicia humana, pero tal y como habían quedado los hombres después del pecado era la mejor alternativa de las posibles. Seguían existiendo tierras sin cultivar y personas que se adueñaban de lo que no era suyo, pero estos males se podían considerar de rango menor comparados con los que suponían que sobrevendrían en caso de que los bienes fueran comunes. En definitiva, las leyes que regulan la propiedad privada no solucionaban todos los conflictos, pero había coincidencia general en que se encaminaban a ese fin.

Sin embargo, a pesar de las continuas apelaciones a la conveniencia de la propiedad privada, ésta no fue nunca ensalzada al mismo nivel que la mitificada propiedad común; en realidad, fue considerada un mal menor. Una consecuencia fundamental de esta apreciación es que los escolásticos españoles se vieron obligados a distinguir entre lo que exige la naturaleza en sentido absoluto y lo que requiere según el fin determinado de las cosas. Considerada en absoluto, la naturaleza no exige la propiedad privada, pero atendiendo a las ventajas que acabamos de ver, la razón natural deduce la utilidad de la misma. Desde el punto de vista jurídico, esta distinción adoptó la forma de una separación entre derecho natural y derecho de gentes. En virtud del primero todas las cosas son comunes, pero por derecho de gentes, y atendiendo a los beneficios que ello reportaba, los hombres decidieron establecer la propiedad privada. El derecho de gentes se suponía que era una parte del derecho positivo o, lo que es lo mismo, una creación de los hombres desde los primeros tiempos posteriores a la pérdida del estado de inocencia. Al igual que vimos en el caso del gobierno, tanto la división de las propiedades como el dinero, no son de derecho natural, pero, atendiendo a las circunstancias en que se aplican, no van contra la ley natural. Así lo expresa Fray Luis de León:

27. *Ibidem.*

«Considerando la naturaleza del hombre, en cuanto ha degenerado en cierto sentido por el pecado del primer padre, y por consiguiente, inclinada y más propensa a lo propio que al bien común, fue necesario repartir los campos y las propiedades, y que no poseyeran en común. Esto también es de derecho de gentes: a saber, la división de campos y de las propiedades; y porque una vez hecha la división de las cosas entre los hombres era necesario que intercambiaran algunas cosas entre sí, y para este cambio era necesario el dinero, por esta causa fue introducida la moneda por derecho de gentes» 28.

La propiedad privada estaba, además, sujeta al cumplimiento de los deberes cristianos por parte de sus dueños. El primero y probablemente el más importante de éstos, era la práctica de la caridad. Esta era entendida no sólo como una actividad que debía fomentar la sociabilidad entre los hombres y la ayuda de los más ricos a los más pobres, sino también como una institución que acentuaba el uso social de lo que se poseía con exceso:

«Aunque sea conveniente que las riquezas por lo que se refiere a la propiedad y al dominio, se posean particularmente, a fin de que cada uno pueda conocer por ley de justicia lo que es suyo, y respete lo que es de los demás, sin embargo, en cuanto al uso, la misericordia y la liberalidad deben de hacerlas comunes, de modo que quien tiene de sobra, reparta con quien lo necesita, y quien lo necesita se muestre agradecido a quien se lo da. Por este procedimiento se estrecha más fácilmente la unión entre los hombres, que si todas las cosas estuvieran bajo dominio común. Pues de aquí ha brotado el axioma: Entre amigos todas las cosas son comunes» 29.

La caridad, al menos como la entendió Domingo de Soto, acaso el más radical de los escolásticos en asuntos sociales, no sólo implicaba un ejercicio de buena voluntad por parte de los ricos hacia los más necesitados. Era a la vez un acto de justicia pues, aunque reconocía que muchos de éstos debían su indigencia a sus propios vicios o incluso llegaban a fingirla, «también hay muchos a quien los ricos hicieron pobres» 30.

28. FRAY LUIS DE LEÓN, *De Legibus*. Edón. Crítica bilingüe de L. Pereña. Madrid. CSIC-CHP, 1963 (1571), p. 84.

29. DE SOTO, D., *op. cit.*, p. 297.

30. DE SOTO, D., *Deliberación en la causa de los pobres (y réplica de Fray Juan de Robles)*. Madrid. IEP, 1965 (1545), p. 82.

3) Los escolásticos españoles distinguieron dos tipos diferentes de esclavitud, la legal y la natural. La esclavitud legal fue considerada por estos autores una institución social de carácter similar a la propiedad privada, y que, como ésta, tenía su fundamento en el derecho de gentes. Desde esta perspectiva, tan lícito era el negocio de esclavos como la venta de propiedades, y, como dijo Tomás de Mercado ³¹, nunca faltaban buenas razones para practicarlo.

El esclavo legal había llegado a esa situación al cometer un delito penado con la esclavitud o como consecuencia de su derrota en una guerra justa. La servidumbre legal constituía un castigo para los que habían tenido un comportamiento pecaminoso en algún momento de su vida; pero era a la vez, una forma de hacerse perdonar el mismo. Fueron precisamente estos antecedentes los que permitieron a los escolásticos justificar la esclavitud basándose en un supuesto deber de caridad: «era el único medio que había para librar de la muerte al enemigo en la guerra» ³². Como la existencia del delito y la guerra sólo afectaban a la condición humana tras el pecado, resultaba bastante evidente que la esclavitud legal no existió en el estado de naturaleza:

«La servidumbre es contraria a la naturaleza, o sea, contraria a la primera intención de la naturaleza, que consiste en desear que todos los hombres sean virtuosos según la razón. Pero una vez que falta tal intención, del pecado se siguió el castigo que es conforme con la naturaleza corrompida; y uno de los géneros de castigo es la servidumbre legal. Del pecado original se siguió, efectivamente la necesidad y se siguieron las guerras sin cuento, que reducen a los hombres a la esclavitud» ³³.

La esclavitud natural tampoco había existido en el estado de naturaleza, pero su legitimación planteaba, además, un problema de ortodoxia. Si todos los hombres estaban hechos a imagen y semejanza de Dios ¿cómo justificar la natural esclavitud de unos y el dominio por parte de otros? Seguir las doctrinas aristotélicas sobre los esclavos por naturaleza equivalía a poner en duda la unidad de la especie humana. Esto contradecía la doctrina cristiana. Era necesario, por tanto, renovar el pensamiento aristotélico sobre esta cuestión para hacerlo más acorde con los principios cristianos.

31. DE MERCADO, T., *op. cit.*, p. 230: «cautivar o vender negros u otra cualquier gente es negocio lícito y de *jure gentium*, que dicen los teólogos, como la división y partición de las cosas, y hay bastantes razones y causas por donde puede ser uno justamente cautivo y vendido».

32. DE SOTO, D., *op. cit.*, (7), p. 45.

33. *Ibidem*, p. 290.

Los escolásticos no reconocieron la existencia de esclavos por naturaleza, en el sentido de individuos que hubieran de servir a otros; interpretaron que un esclavo natural es el que por su rudeza de entendimiento necesita ser educado por los más sabios, en su propio beneficio. Un individuo de estas características no pudo haber existido en el estado de naturaleza, pues allí nadie era ignorante al llegar a la edad adulta, pero era posible imaginarlo tras el pecado:

«La servidumbre natural no hubiera tenido lugar en el estado de inocencia, como existe ahora, porque entonces no había nadie ignorante y rudo, si bien los niños y jóvenes no supieran todo lo que supieran las personas mayores. Tampoco hubieran nacido todos con la misma viveza de ingenio. La servidumbre hizo, por tanto, su entrada en el mundo por el mismo pecado por el que, como dijo San Pablo, entró la muerte»³⁴.

IV. LA HISTORIA Y LA POLITICA COMO NATURALEZA

De las argumentaciones de los escolásticos emergía la necesidad del gobierno, la propiedad privada y la esclavitud para la vida humana después del pecado. Si la naturaleza humana tal y como se manifiesta fuera del estado de inocencia es el resultado del pecado, estas instituciones eran también un remedio para el pecado: permitían controlar las tendencias pecaminosas del hombre, y encauzarlas hacia los buenos fines. Tras el fin del estado de naturaleza íntegra, el pecado y su consecuencia, el sufrimiento, se habían adueñado del hombre. Lo que había en los escolásticos de religiosos y de burócratas preocupados por el mantenimiento de las instituciones, les hacía afrontar la cuestión del sufrimiento no tanto con la mirada puesta en evitarlo, como para convertirlo en algo que fuera soportable. Pero con esa perspectiva, aunque hacían tolerables los males, imposibilitaban no ya su eliminación radical, como pretendían los milenaristas, sino incluso la búsqueda de soluciones alternativas que se alejaran de las existentes.

La diferencia entre la teoría del sufrimiento tolerable defendida por los escolásticos y la del fin inmediato del dolor con el advenimiento del paraíso, que defendieron los milenaristas, se puede resumir en la diferencia entre una teoría del progreso moderada y una teoría apocalíptica. La teoría escolástica del progreso aceptaba el mundo tal y como era, y ponía todo su empeño en hacer la existencia humana un poco menos desgraciada de lo que a menudo se mostraba. Dentro de

34. *Ibidem.*

esta teoría el tiempo es concebido como un transcurso: adquiere sentido a partir de la existencia del mal y en tanto que perdura éste. Interpretar la historia equivale a comprender el sufrimiento que la caracteriza. Pero de la comprensión se pasó a la justificación, y el resultado fue la parálisis. Si mantener la necesidad de la autoridad gubernativa, la propiedad privada y la misma existencia de la esclavitud era una alternativa sensata frente al caos que parecía emanar de los profetas y visionarios, los escolásticos acabaron por convertir en dogma el ideal de la imperturbabilidad. De esta forma acabaron con la posibilidad de acceder a gobiernos más representativos, a concepciones de la propiedad más enriquecedoras y a vínculos entre los hombres menos reprobables:

1) De las tres formas de gobierno que Aristóteles había distinguido en el Libro III de la *Política*, los escolásticos mostraron sus preferencias por la monarquía. Ya hemos visto con anterioridad que Domingo de Soto expresó su convicción al respecto, pero también Vitoria, Tomás de Mercado y el mismo Suárez³⁵. Se opusieron con fuerza a cualquier opción de tipo republicano, e incluso se mostraron reacios a que se limitara el poder del monarca. Por tanto, otorgaron a éste poderes sin límite sobre toda la sociedad³⁶. La consecuencia de esta atribución del poder a una sola persona fue la de cancelar cualquier alternativa viable en caso de que se diera un gobierno desafortunado. De esta forma, la búsqueda de estabilidad que guiaba sus propuestas llevó a la inmutabilidad.

La teoría del tiranicidio es el ejemplo más expresivo de cómo los escolásticos equipararon cualquier tipo de cambio a la convulsión. Distinguieron dos tipos de tirano: el que alcanzaba el poder mediante un acto de fuerza y el monarca legítimo que desempeñaba incorrectamente su función. Ambos daban lugar a una situación de guerra con la comunidad. En el primer caso se podía recurrir al tiranicidio; en el segundo se exigían ciertas garantías antes de hacerlo³⁷, pero, en

35. CASTILLA, F., «El mito republicano en España y América en tiempos de Carlos V», en R. Mate y F. Niewöhner (Eds.), *El precio de la «invención» de América*. Barcelona. Anthropos, 1992, pp. 163 y ss.; SUÁREZ, F., *op. cit.*, III, IV, pp. 37-38.

36. DE SOTO, D., *op. cit.*, (7), p. 302: «el que gobierna tiene poder para dar leyes, a fin de someter con ellas a la sociedad. Y se sigue además que no es solamente superior de cada uno de los miembros de la sociedad, sino también cabeza de todo el cuerpo social; y es de tal manera superior a todo él, de manera que puede también juntamente castigarlo».

37. VITORIA apelaba a «los príncipes» para hacer la guerra al rey-tirano (*De bello*, pp. 219-221; incluido en DE VITORIA, F., *Relectio De Indis*. Madrid. CSIC, 1967 (1539); SOTO mantuvo que sólo se podía despojar al monarca-tirano «mediante juicio público, es decir, después de ser oído» (*op. cit.*, [7], p. 389), y SUÁREZ condicionaba la intervención a que la comunidad actúe «como un todo por decisión pública y general de todas sus ciudades y procuradores» (*De iuramento fidelitatis [Defensio fidei VI]*. Madrid. CSIC, 1978 [1613], p. 87).

última instancia, también era legítimo. El problema es que el cambio de un gobernante indigno implicaba una decisión traumática, con frecuencia imposible de llevar a la práctica, puesto que se exigía el acuerdo de «toda» la comunidad o de «todos» los príncipes para que fuera lícito. El resultado práctico era la conversión del organismo social en una naturaleza inalterable. Pero incluso si se hubiera producido el cambio del tirano por un nuevo monarca legítimo, la consecuencia hubiera sido la misma; la restauración del orden perdido.

La teoría política escolástica entronizó el orden como valor supremo de gobierno. Este era entendido no como el correcto funcionamiento de las distintas formas que iba adoptando la sociedad, sino como el mantenimiento de la misma estructura de autoridad a lo largo del tiempo. En otras palabras, su ideal de orden consistía en sustituir el dinamismo de la historia por la rigidez de la naturaleza. En última instancia a lo que aspiraban los escolásticos era a anular la influencia del tiempo en la sociedad civil. Como el mítico estado de naturaleza, ésta vendría a definirse por dos acontecimientos excepcionales: su nacimiento tras la caída del hombre, que daba origen a las instituciones, y su consumación, que sólo tendría lugar con el juicio final. Entre ambos estaría el vacío.

2) También en lo que respecta a la propiedad privada, que había de aportar buena parte del dinamismo del que saldría la burguesía de otros países, la teoría escolástica se convirtió en un instrumento de inmovilidad. El caso de Soto y su concepción de la pobreza es, a este respecto, representativo.

Domingo de Soto fue sensible a la pobreza creciente de las masas, pero su *Deliberación en la causa de los pobres* no es otra cosa que una argumentación encaminada a defender la existencia de un colectivo marginal cuyo número no decrecía. Se opuso tenazmente a la regulación de la petición de limosna, una postura que había defendido Luis Vives en la década de 1520 y que habría de mantener en 1545 Fray Juan de Robles dentro de España. En su polémica con este último, Soto utiliza con frecuencia un lenguaje más propio de un político extremista que de un confesor regio:

«Estas limosnas que los ricos hacen a los pobres no las hacen tan de sus haciendas ni son tan poco debidas a los pobres como piensan. Han de entender las gentes, como agora comenzábamos a decir, que Dios... no dejara entre tantos ricos desamparados tantos pobres ni permitiera que las haciendas estuviesen tan mal distribuidas, sino que las confió a los ricos para mantenimiento de los pobres. E hizolo así Su Majestad para trabarnos más en caridad y darnos a entender que todos éramos de un dueño y, por ende, nos habíamos de ha-

ber como miembros de un cuerpo, entre los cuales hay tan extrema amistad que nunca el uno tiene menester del otro que luego el otro no le socorra»³⁸.

Sin embargo, a pesar de la radicalidad de las expresiones utilizadas, la postura de Soto no deja de ser más conservadora que la de su opositor. El dominico convierte la práctica de la caridad en un bálsamo de momentáneos efectos dormitivos, pero niega toda posibilidad de acabar con la misma a través de una reforma de carácter político. El intento de poner fin a la existencia ociosa de una buena cantidad de pobres fingidos era criticado como un freno a una actividad con la que Cristo mismo se había comprometido. La necesidad de mano de obra que mostraba el incipiente capitalismo debería esperar soluciones mejores. Una vez más, por tanto, la rigidez de la naturaleza estática impone el anquilosamiento de cualquier efecto potencialmente dinamizador.

Lo que preocupaba a Soto no era tanto la regeneración social de los indigentes, como su salvación espiritual; lo primero implicaba cambios e innovaciones, lo segundo conservación e inmovilidad. La protección de los pobres por medio de la caridad iba unida, además, a la salvación de los ricos. Para que los pobres alcanzaran la gloria eterna les bastaba un comportamiento honesto y resignado, ajeno, por tanto, a cualquier intento de instaurar el estado de naturaleza en este mundo. Para los ricos, junto con la honestidad, se exigía la práctica de la limosna³⁹. La salvación del rico no pasaba, pues, por poner sus propiedades al servicio de las necesidades de los pobres, como parece sugerir en ocasiones el lenguaje socializante de Domingo de Soto. Se trataba, más bien, de practicar la caridad sin poner en cuestión el mantenimiento de la posición social de cada uno.

Esta conclusión nos permite apreciar la insuficiencia de la filosofía política escolástica. Al poner el acento en la caridad y la limosna, por más que éstas deban ser ejercidas sin limitación alguna, se renunciaba de hecho a cualquier intento de acabar con la situación de necesidad de los más pobres. Lo que en Vives y Robles comienza a ser visto

38. DE SOTO, D., *op. cit.*, (30), pp. 62-32.

39. *Ibidem*, p. 58: «Dios que como dice el salmista no tenía necesidad de nuestros bienes, halló cómo se hacer pobre y como tener menester de los ricos, que no le bastó decir que el bien, que hiciéramos al menor de los pobres lo hacemos por su causa y que El nos lo agradecerá aunque éste era harto encarecimiento, sino que la limosna y el beneficio que hiciéremos al menor dellos hacemos a su misma divina persona, el cual representa cualquier pobre. Y no solamente en este mundo, donde su divinidad tuvo estado de pobre, sino el día del juicio, donde ha de descubrir y manifestar la inmensidad de su poder, se honrará haber sido pobre».

como un problema social que precisa de soluciones políticas por parte de gobernantes e instituciones, en Soto se mantiene aún como una cuestión de amor al prójimo y de generosidad. De la propuesta de los primeros se desprendía la necesidad de innovar mediante un proceso de reformas; para Soto no era necesario acometer cambio alguno.

3) La legitimidad de la esclavitud nunca fue puesta en duda por los escolásticos. Cuando expresaron sus dudas respecto a la licitud de la esclavitud legal, como fue el caso de Vitoria, Soto y Mercado ⁴⁰, no fue tanto por la cuestión de fondo, esto es, por la existencia de ese tipo de servidumbre, como por la de forma. Sus reparos se basaban en el posible engaño utilizado por algunos traficantes portugueses para llenar sus barcos de gente y venderla con posterioridad. Por el contrario, si la esclavitud tenía su origen en una venta libremente realizada o con los prisioneros capturados en una guerra justa, consideraban que aquélla era legal.

También la esclavitud natural se justificó por la formación que el más sabio transmitía al que lo era en menor medida, y tampoco se puso en duda que:

«Esta servidumbre natural es justa y conveniente. Efectivamente, es natural al hombre vivir según la razón y estar sometido a ella. Por tanto así como la perfección del apetito sensitivo en el hombre consiste en obedecer a la razón, así también entre los hombres la perfección de los conocimientos en los torpes y rudos consiste en someterse a la dirección de los sabios» ⁴¹.

En conclusión, los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII fueron contrarios tanto a las teorías de John Wyclif y Juan Hus, que consideraron heréticas, como a las de los milenaristas que en ellos se inspiraron. Su admiración por el estado de naturaleza íntegra no les impidió defender las instituciones propias del estado de naturaleza corrupta. Sostuvieron que el gobierno, la propiedad privada y la esclavitud eran instituciones legítimas. Sin embargo, tendieron a mirar a éstas bajo el modelo inalterable que ofrecía el mito del estado de naturaleza. La consecuencia fue su evaluación negativa de todo cambio o transformación del orden social. Las instituciones que éste incluía eran un producto de la historia, pero los escolásticos se empeñaron en entenderlas

40. VITORIA, «Carta al P. Bernardino de Vique, O.P.» (en BELTRÁN DE HEREDIA, V., «Colección de dictámenes inéditos del maestro Fray Francisco de Vitoria». *La Ciencia Tomista*, XLIII (1931), pp. 173-174); DE SOTO, D., *op. cit.*, (7), p. 289; DE MERCADO, T., *op. cit.*, pp. 230 y ss.; etc.

41. DE SOTO, D., *op. cit.*, (7), pp. 288-289.

según el modelo de la naturaleza. En sus obras, asociaron insistentemente la idea de cambio a la de perturbación; el resultado fue que convirtieron su filosofía política en un paradigma de inmovilismo. Incluso la idea de progreso, que parece asomarse en la afirmación de Soto de que «ha pasado el género humano por todas las edades»⁴² hasta llegar a la plenitud en la etapa en que tuvo lugar la venida de Cristo, queda diluida cuando su culminación, el día del juicio, espera su realización en el futuro y acaba por no encontrar nada en el presente.

42. *Ibidem*, p. 83.

La razón de los Ilustrados

Por FRANCISCO JOSE CONTRERAS PELAEZ

Huelva

El pensamiento contemporáneo tiene mucho de selva impenetrable; para no extraviarse totalmente, el lector aficionado necesita pistas, señuelos, criterios orientadores que permitan hacerse una composición de lugar. Uno de los *tests* más esclarecedores consiste en recabar la opinión de los distintos pensadores sobre la Ilustración (o, más genéricamente, sobre «la modernidad»). Se perfilan así dos grandes grupos. De un lado, los autores que consideran vigente el legado ilustrado (aunque quizás «incompleto», «incumplido», etc.): así, HABERMAS se ve a sí mismo como un «continuador de la tradición ilustrada de crítica social»¹, y RAWLS se autodefine como un «constructivista kantiano»² (no abordamos la cuestión, muy debatida, de si KANT pertenece o no al «núcleo duro» de la nómina ilustrada). Del otro, pensadores que hablan del «fracaso del proyecto ilustrado»³, que ponderan las ventajas de la «moral patriótica» sobre la «moral liberal-ilustrada» (MACINTYRE)⁴, que hacen triunfar retrospectivamente a HEGEL sobre KANT, al Romanticismo sobre la Ilustración, a la *Sittlichkeit* sobre la *Moralität* (TAYLOR)⁵, que

1. HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, trad. cast. de M. Jiménez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 117.

2. RAWLS, J., «Kantian Constructivism in Moral Theory», en *The Journal of Philosophy*, septiembre de 1980, vol. LXXVII, n.º 9, p. 509 y ss.: Vid. también RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, trad. cast. de M.ª D. González, FCE, México DF, 1978, p. 163.

3. MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, trad. cast. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, p. 74 y ss.

4. MACINTYRE, A., *Is Patriotism a Virtue?*, The Lindley Lecture, University of Kansas Press, 1984.

5. TAYLOR, CH., *Hegel*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1977; vid. también TAYLOR, CH., *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989.

propugnan el abandono de los conceptos «generales» (abstractos, vacuos, etc.) de la Ilustración y su sustitución por conceptos «densos» (coraje, traición, amigo-enemigo...) de inequívoco sabor tribal (WILLIAMS) ⁶...

Este segundo sector, post-ilustrado o anti-ilustrado, parece llevar la iniciativa (al menos, hace más ruido): se oye decir y escribir que las «grandes palabras» ilustradas (verdad, racionalidad, universalidad, progreso...) han caducado, que deben ceder paso a la «diferencia», la «destrucción», la «diseminación»... Los «metarrelatos» son ya inviables; hay que resignarse a la heterogeneidad irreductible de juegos lingüísticos, particularismos, especificidades nacionales, locales o individuales... Las normas (generales, abstractas) son sustituidas por las «preferencias» (personales e intransferibles). La idea misma de un consenso universal, amonesta LYOTARD, es «anticuada y sospechosa» ⁷; tras la nostalgia de criterios universales (de verdad y de justicia) se agazaparán el afán dominador, la uniformización totalitaria... Los ilustrados, remacha VATTIMO, son culpables de haber creído en el sentido de la Historia (pensaban ingenuamente que éste consistía en la «realización de la civilización»), pero la nuestra no es la hora del sentido ni de la civilización (¡eurocentrismo!), sino la de la «liberación de las diversidades»: «una vez desaparecida la idea de una racionalidad central de la Historia, el mundo... estalla en una multiplicidad de racionalidades «locales», minorías étnicas, sexuales, religiosas, culturales o estéticas (como los *punk*, por ejemplo)...» ⁸. Ahora bien, he aquí que el arrumbamiento de los ideales «fuertes» (premodernos o modernos) parece dar paso, no a una plenitud, sino al vacío, la trivialidad, la indiferencia «blanda» que tan bien ha analizado LIPOVETSKY ⁹. La admisibilidad de todas las «verdades» es la abrogación de la verdad; la equivalencia de todos los significados (¡todo vale!) es la abolición del significado.

Lo curioso es que, en estos debates sobre el «legado ilustrado» (su vigencia, su descomposición, sus falsas promesas, etc.) parece darse por supuesto que el contenido de éste es unívoco, evidente y, desde luego, conocido por todos. Pero a veces se oyen imputaciones tan extrañas (así, ADORNO y HORKHEIMER ven la personificación histórica de los valores ilustrados en... ¡el marqués de SADE! ¹⁰; otros

6. WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.

7. LYOTARD, J.F., *La condición postmoderna*, trad. cast. de M. Antolín, Catedra, 1987, p. 118.

8. VATTIMO, G., «Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?», en VATTIMO, G., y otros, *En torno a la posmodernidad*, Anthropos, Barcelona, 1990, p. 17.

9. «Los grandes ejes modernos... han sido abandonados a fuerza de personalización hedonista... ya ninguna ideología política es capaz de entusiasmar a las masas, la sociedad posmoderna no tiene ni ídolo ni tabú,... sin ningún proyecto histórico movilizador, estamos ya regidos por el vacío, un vacío que no comporta, sin embargo, tragedia ni apocalipsis», LIPOVETSKY, G., *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, trad. cast. de J. Vinyoli, Anagrama, Barcelona, 1987, pp. 9-10.

10. HORKHEIMER, M. / ADORNO, T.W., *La dialéctica de la Raison*, trad. fr. del original alemán (*Dialektik der Aufklärung*), Gallimard, París, 1983, p. 97.

culpan a la Ilustración de la depredación colonial, de la explotación capitalista, del pisoteamiento de las culturas autóctonas, de los totalitarismos nazi y comunista ¹¹...), que uno llega a preguntarse si todos los que invocan a la Ilustración están realmente hablando de lo mismo. Para superar la perplejidad, me pareció que podía ser útil un retorno a las fuentes; si uno aspira a terciar en (o simplemente entender) el debate entre «neoilustrados» y «post-ilustrados», parece imprescindible indagar primero qué pensaron realmente los ilustrados *tout court*. Intentaré pues, una rápida ojeada histórica (sin pretensiones de exhaustividad), dividida en varios estudios independientes. En éste me ocupo del concepto que parece haber servido de *Leitmotiv* a la Ilustración: la razón.

En lo que se refiere a la identidad de la Ilustración, cabría distinguir, se nos ocurre, hasta tres planos: 1) lo que el hombre medio actual piensa que fue la Ilustración; 2) lo que los ilustrados pensaron acerca de sí mismos; 3) lo que la Ilustración significó *realmente* en la Historia del pensamiento (en el supuesto de que quepa establecer esto con objetividad).

Parece que los planos 1 y 2 coincidirían al menos en un punto: el énfasis en la impronta *racionalista* del movimiento. La opinión popular, en efecto, tiende a ver a los ilustrados como racionalistas «profesionales», los racionalistas por antonomasia. Y la autocomprensión de los ilustrados se ajustó en buena parte a esta imagen: la Ilustración, como señala WELLMER, se vio a sí misma como la irrupción de la razón en la Historia ¹². Esto explica uno de los «tics» más característicos del movimiento: el ahistoricismo sabihondo, la tendencia a infravalorar el pasado (en el que, con pocas excepciones, no ve sino el reinado ininterrumpido de la superstición y de la barbarie) ¹³.

La contrapartida de esa denostación del pasado es, naturalmente, la exaltación del presente. Los ilustrados creen vivir en una encrucijada de eones, en la sazón de los tiempos (lo que JASPERS llamaría una «edad axial»): DUCLOS habla de «una cierta fermentación universal» ¹⁴;

11. Vid. SAVATER, F., «El pesimismo ilustrado», en VATTIMO, G., y otros, *En torno a la posmodernidad*, cit., p. 111.

12. WELLMER, A., «Reason, Utopia and the Dialectic of Enlightenment», en R.J. BERNSTEIN (ed.), *Habermas and Modernity*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1985, p. 41.

13. Vid., por ejemplo, VOLTAIRE, *Eloge historique de la Raison* (en *Candide ou l'optimisme, La Princesse de Babylone et d'autres contes*, Librairie Générale Française, París, 1983, pp. 217 y ss.) o TURGOT, A.R.J., *Cuadro filosófico de los progresos sucesivos del espíritu humano* (en *Discursos sobre el progreso humano*, trad. cast. de G. Mayos, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 35 y ss.).

14. DUCLOS, CH. P., *Considerations sur les Moeurs de ce Siècle* (citado por CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, trad. cast. de E. Imaz, FCE, Madrid, 1993, p. 30).

D'ALEMBERT da cuenta de «un incremento general de las ideas, una viva efervescencia de los espíritus»; «esta efervescencia —continúa el enciclopedista— ataca con violencia a todo lo que se pone por delante, como una corriente que rompe sus diques; todo ha sido discutido, analizado, removido, desde los principios de las ciencias hasta los fundamentos de la religión revelada, desde la música hasta la moral, desde las cuestiones teológicas hasta las de la economía y el comercio...»¹⁵; TURGOT celebra la «perfección de la razón humana», la cual, en los últimos tiempos, se ha mostrado capaz de aprehender «esa dependencia mutua de todas las verdades que, encadenándolas entre ellas, las ilumina la una por la otra»¹⁶.

¿Son fundadas la opinión popular y la autopercepción de los ilustrados? Aquí, a nuestro entender, se hace precisa la matización. Globalmente, parece adecuado sostener que la Ilustración profesó el optimismo gnoseológico, la confianza en la inteligibilidad del mundo, en la viabilidad de la *adaequatio rei et intellectus*: la realidad es permeable a la razón. Ahora bien, la *adaequatio* presupone algún tipo de isomorfismo o conmensurabilidad entre la mente y el mundo (del mismo modo que la traducibilidad recíproca de las lenguas requiere alguna forma de comparabilidad o equivalencia de sus gramáticas). Si pensar consiste en hacerse «imágenes» (o «representaciones», o «modelos») de los hechos¹⁷, entonces la representación y lo representado (la imagen mental del hecho y el hecho mismo) deben tener algo en común, como dice WITTGENSTEIN («In Bild und Abgebildeten muss etwas identisch sein») ¹⁸.

Dicho de otra forma: para que el mundo sea representable por el pensamiento, es preciso que las estructuras de ambos coincidan (al menos, parcialmente), es preciso que las nervaduras y articulaciones del mundo se correspondan de algún modo con las del pensamiento. Las «líneas de flexión» del pensar deben ser un trasunto de las líneas de flexión de la realidad; los elementos del pensar (imágenes, representaciones, ideas) deben combinarse o relacionarse entre sí de una forma «parecida» a la forma en que se agrupan entre sí los hechos y objetos del mundo ¹⁹.

La *adaequatio* puede, evidentemente, ser entendida de muchas formas; el isomorfismo de mundo y pensamiento admite grados. El tope superior de la escala vendría dado por el panlogismo o idealismo abso-

15. D'ALEMBERT, J.R., *Melanges de littérature, d'histoire et de philosophie*, IV, 3-6 (citado por COPLESTON, F., *Historia de la filosofía*, vol. VI, trad. cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1991, p. 53).

16. TURGOT, A.R.J., *Cuadro filosófico de los Progresos del espíritu humano*, cit., p. 64.

17. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, 2.1, trad. cast. de J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 1991, p. 23.

18. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus*, 2.161, cit.

19. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus*, 2.15, 2.151, 2.1511, cit.

luto, que postula, no ya la conmensurabilidad, sino la completa *identidad* de pensamiento y ser. Más abajo, encontraríamos una postura (la llamaremos, cediendo a la moda anglosajona, racionalismo «fuerte») que, sin llegar a confundirlos, cree en la coextensividad de pensamiento y realidad, cree que el ser es totalmente colonizable (apropiable, aprehensible) por el pensamiento. El racionalismo «fuerte» presupone (gratuitamente, arbitrariamente, como ha intentado mostrar POPPER²⁰) la inteligibilidad del ser: todo lo real es racional; ninguna región del ser es, en principio, opaca a la intelección. De ahí que ORTEGA Y GASSET defina a esta postura como «utopismo intelectual»; esto caracterizaría al racionalismo «fuerte»: «la fe loca de que el pensamiento, al querer penetrar lo real en cualquier lugar —*ou-tópos*— de su infinito cuerpo, lo hallará transparente, lo hallará coincidente con él»²¹.

El mito popular de la Ilustración como «apoteosis de la razón» (confirmado por la autoimagen de los propios *philosophes*) haría esperar que los ilustrados suscribieran esta versión «fuerte» del racionalismo. Ahora bien, si nos aproximamos a sus escritos, descubrimos que *no* la comparten en absoluto. Parece acertado, en este sentido, el diagnóstico de ORTEGA, que situaba hacia 1.700 el punto de inflexión en lo que se refiere a la *confianza en la razón* del hombre occidental: en ascenso antes de esa fecha; en declive a partir de ella²². El «siglo de las Luces» no supondría, entonces, el cénit del sol racionalista, sino más bien el inicio de su ocaso.

Corrijamos el tópico en cien años, por tanto, y tendremos una evaluación mucho más ajustada a la realidad. Son, en efecto, los gigantes especulativos del XVII (DESCARTES, MALEBRANCHE, SPINOZA, LEIBNIZ...) los que más incondicionalmente han confiado en la razón. La prueba de ese crédito absoluto es que, renunciando al «sano realismo» y al «sentido común», se atreven a anteponer el testimonio de la razón al testimonio de los sentidos.

Ese solipsismo teórico, ese valiente «cerrar los ojos» («apagar» los sentidos) para quedarse a solas con el pensamiento, es la única actitud consecuente en un racionalista «fuerte». Si se está verdaderamente convencido de que la realidad es racional, de que las leyes del pensar coinciden con las leyes del ser, entonces la vía más cómoda para acceder a la verdad consistirá en que la razón *se piense a sí misma*. ¿Por qué afanarse en exhumar trabajosamente la estructura racional que subyace al mundo físico-exterior, si esa misma estructura debe estar ya inscrita o prefigurada en nuestras mentes? «Noli foras ire: in interiore

20. Vid. POPPER, K., «Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia» (en POPPER, K., *Conjeturas y refutaciones*, trad. cast. de N. Miguéz, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 23 y ss.).

21. ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, Alianza, Madrid, 1982, p. 71.

22. ORTEGA Y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*, Alianza, Madrid, 1981, p. 116.

hominis habitat veritas»; obturemos los sentidos, aniquilemos provisionalmente el mundo exterior, y reconstruyámoslo *a priori*, con los solos recursos del intelecto. En eso consiste el famoso giro cartesiano: en lugar de seguir extraviándose en las rugosidades de la empiria, la razón debe replegarse, ensimismarse, flexionarse sobre su propio centro. Allí encontrará las certezas originarias, los principios autoevidentes, las ideas innatas, que, adecuadamente combinadas, permitirán repensar el armazón lógico del mundo. Cuando volvamos a abrir los ojos, los hechos y objetos no podrán sino alojarse dócilmente en los moldes que la razón ha previsto para ellos. La comprobación empírica aparece, pues, como un añadido casi superfluo, una confirmación «ornamental», a la mayor gloria de la razón.

Ahora bien, media una importante distancia cualitativa entre este optimismo epistemológico de DESCARTES y sus seguidores y el optimismo «ingenuo», precrítico, de los griegos y de los medievales. Con excepciones poco significativas (la escuela escéptica de PIRRÓN DE ELIS), los pensadores premodernos no han dudado *radicalmente* de la viabilidad del conocimiento. La capacidad cognoscitiva humana no representa para ellos un problema filosófico. El hombre, con sus solas facultades naturales o con el complemento sobrenatural de la Revelación, está «bien equipado» para comprender la realidad ²³.

Pero el racionalismo moderno va a alzarse precisamente sobre las ruinas de la gnoseología «realista» de aristotélicos y escolásticos. La confianza cándida en la inteligibilidad del ser se quiebra definitivamente a lo largo del período que va de 1300 a 1600, un período de encogimiento filosófico, de desconstrucción y sangría de certezas: «navaja» minimalista de OCKHAM, «no saber» místico de ECKHART, *docta ignorantia* de NICOLAS CUSANO, execración luterana de la «prostituta razón» («die Hure des Teufels»), escepticismo neopirroniano de MONTAIGNE, CHARRON o LIPSIO, explosión de las esferas celestes aristotélicas (familiares, domésticas, abarcables...) y anonadamiento del hombre ante el «silencio eterno de los espacios infinitos» (PASCAL)...

La epistemología, tarde o temprano, termina siendo una cuestión de fe, según muestra en nuestros días WOLFGANG STEGMÜLLER ²⁴; ninguna instancia epistémica sale fiadora de sí misma (la credibilidad de la razón no es racionalmente demostrable, la fiabilidad de la experiencia sensible no es empíricamente justificable, etc.); es obligado,

23. Vid., por ejemplo, el libro V de «La República» de PLATÓN.

24. STEGMÜLLER, W., *Metaphysik, Skepsis, Wissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlín, 1969: Vid., sobre el tema JAKI, S.L., «La función de la fe en la física», en *Ciencia, fe, cultura*, MC, Madrid, 1990.

pues, creer, apostar: «il faut parier»²⁵. Los antiguos tuvieron la suerte de poder creer «espontáneamente» en la cognoscibilidad de lo real. Después de la bancarrota de 1300-1600, la fe epistemológica de los modernos ya nunca podrá ser espontánea: tendrá que ser una fe «artificial», laboriosamente rescatada y apuntalada; adolecerá de la precariedad típica de todas las fes reconquistadas. De ahí que DESCARTES se enfrente al problema del conocimiento cargado de suspicacia, atento sobre todo a no dejarse engañar: «él tiene que comenzar a filosofar —escribía GARCIA MORENTE²⁶— no con la alegría virginal de los inocentes griegos, sino con la cautela y prudencia del que ha presenciado un gran fracaso de siglos».

Los antiguos se han equivocado; hay que empezar de nuevo, pero esta vez sin dar nada por supuesto, esta vez extremando las precauciones. La reconstrucción deberá comenzar, consiguientemente, por unos preliminares metodológicos, por una investigación propedeútica acerca de la *posibilidad del conocimiento*, que ha dejado de ser un presupuesto autoevidente para convertirse en un problema. La filosofía moderna, por tanto, tendrá que anteponer el *ordo cognoscendi* al *ordo essendi*; la epistemología precederá a la ontología. Es esta una ordenación del todo «artificial», alambicada, anti-espontánea; desde el punto de vista de los instintos y la economía vital, lo más urgente es preguntar ¿qué hay? o ¿qué existe?, y no ¿qué se puede conocer?²⁷. Las facultades cognoscitivas parecen diseñadas para mirar «hacia fuera», y no para escrutarse a sí mismas; la retroversión crítica de la mirada, primer gesto del filósofo moderno, obliga a contravenir la nativa orientación *ad extra* de la atención humana. JOHN LOCKE, por cierto, fue claramente consciente de esto: «el entendimiento, como el ojo, aunque nos hace ver y percibir todas las cosas, no tiene noticias de sí mismo, y requiere arte y esfuerzo convertirlo en su propio objeto»²⁸.

Estos antecedentes explican el puntilloso celo crítico de DESCARTES, dispuesto a llevar la duda hasta los límites de la contradicción lógica. DESCARTES se obliga a «rechazar como absolutamente falso todo aquello en que pudiese imaginar la menor duda, a fin de ver si después de eso no quedaría algo que fuese indudable»²⁹. Hay que dudar, pues, de la experiencia sensible, cuyo testimonio varía sospechosamente entre el sueño y la vigilia, entre la salud y la fiebre («*fluctuans fides sensuum*»)³⁰;

25. PASCAL, B., *Pensées*, 233, Librairie Générale Française, París, 1990, p. 114 (la «apuesta» de PASCAL se refiere, como se sabe, a la existencia de Dios, y no a la elección entre diversas concepciones epistemológicas).

26. GARCÍA MORENTE, M., *Lecciones preliminares de Filosofía*, Porrúa, México D.F., 1989, p. 108.

27. GARCÍA MORENTE, M., *op. cit.*, pp. 114-115.

28. LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. cast. de L. Rodríguez, Sarpe, Madrid, 1984, p. 27.

29. DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, IV, Union Generale d'Éditions, París, 1973, p. 61.

30. DESCARTES, R., *Méditations*, I, Union Generale d'Éditions, París, 1973, pp. 172 y ss.

hay que dudar, incluso, de las proposiciones lógicas y geométricas más elementales, que podrían haber sido insufladas en nuestro espíritu por un genio maligno decidido a engañarnos ³¹...

En el fondo del abismo, DESCARTES, como se sabe, hará pie sobre una certeza nuclear: su propia existencia en cuanto *res cogitans* ³². Sobre este cimiento definitivamente incommovible podrá apoyarse la reconstrucción: deducciones sucesivas restituyen a Dios ³³, a los axiomas geométrico-matemáticos y demás intuiciones claras y distintas ³⁴, y a los cuerpos ³⁵, la credibilidad de la que habían sido provisionalmente despojados.

En el racionalismo cartesiano hay, por tanto, dos momentos: uno mayeútico-destructivo y otro afirmativo-reconstructivo. Y ambos se caracterizan por su radicalidad: precisamente porque ha sometido la razón a una catarsis implacable, DESCARTES cree tener derecho después —en la fase reconstructiva— a un optimismo gnoseológico desmedido: llegará a afirmar que la razón, si procede ordenadamente, es infalible ³⁶. El instrumento epistémico ha sido templado con rigor inflexible; ahora, es lícito blandirlo sin timidez, es lícito aspirar a comprenderlo todo, a dar razón de todo. El germen de verdad indubitable que DESCARTES encontró en el fondo del abismo debe ahora ser elásticamente dilatado, «hasta abarcar todo cuanto hay» ³⁷.

La razón, por tanto, emerge revigorizada de la ordalía crítica a que la somete DESCARTES. Y se abre entonces (hasta LEIBNIZ) la breve edad de oro del racionalismo. Es entonces (y no en el siglo XVIII) cuando la singladura cognoscitiva es vista como un majestuoso auto-despliegue de la razón a *priori*. El paradigma de este modo de proceder lo encontramos en SPINOZA: partiendo de definiciones y axiomas lógicos, pretende tejer un sistema de deducciones y proposiciones que abarque al hombre, a la sociedad, a la realidad toda, sin apoyarse en ningún momento en la experiencia histórica o físico-natural ³⁸.

Estamos, pues, ante una razón orgullosa, autosuficiente, que se niega a ir a remolque de los hechos; antes bien, se cree capaz de *imponer* a los hechos un diseño lógico ineludible, de urdir moldes a *priori* en los que los hechos, a primera vista abruptos e indómitos, deberán terminar encuadrándose ³⁹.

31. DESCARTES, R., *Méditations*, I, *cit.*, p. 177.

32. DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, IV, *cit.*, p. 62.

33. DESCARTES, R., *Méditations*, III, pp. 207 y ss.

34. DESCARTES, R., *Méditations*, IV, pp. 217 y ss.

35. DESCARTES, R., *Méditations*, VI, pp. 243 y ss.

36. DESCARTES, R., *Reglas para la dirección del espíritu*, III (citado por FRONDIZI, R., en estudio preliminar de DESCARTES, R., *Discurso del método*, trad. cast. de R. Frondizi, Alianza, Madrid, 1989, p. 37).

37. *Vid.* ORTEGA y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, *cit.*, p. 84.

38. SPINOZA, B., *Ética*, Alianza, Madrid, 1987.

39. Así, GALILEO, supuesto empirista, declaró que admiraba a COPÉRNICO porque «con la razón como guía, él siguió afirmando resueltamente aquéllo que la experiencia sensible parecía contradecir»... (citado por BROWN, H.I., *La nueva filosofía de la ciencia*, trad. cast. de G. Solana, Tecnos, Madrid, 1988, p. 132).

La aparente contingencia de los hechos físicos debe ser doblegada por la necesidad lógica. En un cosmos racional, nada puede ocurrir «porque sí». Por eso DESCARTES confiesa en 1640 al Padre MERSENNE que se consideraría un ignorante en Física «si solamente fuera capaz de *explicar cómo son las cosas*, y fuera incapaz de *explicar que no pueden ser de otro modo*»⁴⁰ (cursiva nuestra). DESCARTES pretende deducir *a priori* (sin experimentos) las leyes físicas; y no las leyes físicas de *este* mundo, sino las de *cualquier* mundo posible: «indiqué cuáles son las leyes de la naturaleza...; traté de demostrar todas aquéllas de las que no podría haber duda alguna, y mostrar que, aún si Dios hubiese creado otros mundos, no habría podido crear ninguno en el que dichas leyes dejaran de ser observadas»⁴¹.

Pero volvamos a nuestro tema: los ilustrados, decíamos, no se inspiraron en este orgulloso racionalismo «fuerte». Nada chauvinistas, los *philosophes* renegarán del paisano DESCARTES («nacido para descubrir los errores de la antigüedad y reemplazarlos por los suyos», señala malévolamente VOLTAIRE)⁴² y escogerán preferentemente como mentores a los británicos LOCKE y NEWTON⁴³.

LOCKE es, sin duda, el animador intelectual del siglo, y su «*Essay on Human Understanding*», el «libro de cabecera de la filosofía» (PAUL HAZARD) hasta que aparezca la «*Crítica de la Razón Pura*» (1781). Su imperio apabullante desborda las academias y círculos doctos, para alcanzar también a los profanos: las jóvenes inglesas, informa POPE, se hacen retratar con volúmenes de LOCKE entre las manos; los petimetres, cuenta GOLDSMITH, intentan dar lustre a su discurso citándole a tiempo y a destiempo⁴⁴. Algunos grabados de la época presentan a DESCARTES derrotado, encadenado al carro del vencedor (el auriga, naturalmente, es LOCKE). También NEWTON es promovido a la categoría de semidiós; VOLTAIRE ve en él al mayor genio de la Historia («le plus grand homme qui ait jamais été») ⁴⁵. Además de ser traducido y citado hasta la náusea, suscita el nacimiento de lo que hoy llamaríamos «literatura de divulgación científica»: algunos, por ejemplo, se especializan en explicar NEWTON a

40. DESCARTES, R., *Lettre au P. Mersenne*, diciembre de 1637, en DESCARTES, R., *Oeuvres Philosophiques*, Vol. I (1618-1637), Garnier, París, 1988, p. 822.

41. DESCARTES, R., *Lettre au P. Mersenne*, cit., p. 821.

42. VOLTAIRE, *Cartas filosóficas*, XIII («Sobre Locke»), trad. cast. de J. Bertrand, EDAF, Madrid, 1981, p. 61.

43. MAUPERTUIS traduce a NEWTON y dirige una expedición a Laponia con la finalidad de confirmar la hipótesis newtoniana del achatamiento de la Tierra en los polos: VOLTAIRE dedica a LOCKE una de sus «*Cartas Filosóficas*» y publica una «*Filosofía de Newton*»: D'ALEMBERT, en el «*Discurso Preliminar*» de la *Enciclopedia*, afirma que LOCKE es «el creador de la filosofía científica»: CONDILLAC sigue de cerca a LOCKE en su «*Tratado de los sistemas*» y en su «*Lógica*»...

44. Citado por HAZARD, P. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. cast. de Julián Marías, Alianza, Madrid, 1991, p. 46.

45. VOLTAIRE, *Lettre à l'abbé d'Olivet*, octubre 1736 (en VOLTAIRE, *Lettres choisies*, Hachette, París, 1981, p. 79).

las señoras (se publican compendios de «Newtonianisme pour les dames», «Neutonianismo per le signore», etc.) 46.

Si DESCARTES había sido el *maître à penser* del XVII, en el XVIII será LOCKE quien dicte las reglas del juego. Así, CONDILLAC (el ilustrado que, excepción hecha de KANT, más se ha ocupado de cuestiones epistemológicas) criticará el *esprit de système* de los metafísicos del siglo XVII, sus pretensiones desmesuradas, su altiva independencia frente a «los hechos». Ahora bien, comenzar por axiomas y definiciones *a priori* y descender por deducciones hacia la empiria es, piensa CONDILLAC, invertir el *iter* natural del conocimiento. Ese es un camino estéril, que hace a la mente quedar presa en sus propias entelequias. El camino fértil es el que lleva, no de los conceptos y principios a los fenómenos, sino al revés. La percepción empírica es siempre el *datum*, lo dado, el punto de partida; el principio y la ley son el *quaesitum*, lo buscado 47. Los principios y leyes sólo pueden obtenerse por inducción a partir de los datos de la experiencia.

Así pues, a despecho de lo que pueda sugerir la retórica «raciólatria» de los ilustrados, lo cierto es que el vuelo de la razón en el XVIII es mucho más mesurado; sus pretensiones han sufrido un humillante recorte. Ya no aspira a extraer verdades eternas «de su chistera», en un gesto de prestidigitación epistémica. La razón reconoce ahora su esterilidad fundamental: no puede producir verdades autárquicamente, «por sus propios medios»; la semilla del conocimiento procederá siempre del exterior, de la realidad sensible.

LOCKE, vencedor de DESCARTES, glosa así la impotencia de esta razón capitidisminuida: «El entendimiento es meramente pasivo... Cuando estas ideas simples (las impresiones procedentes de los sentidos) se ofrecen a la mente, el entendimiento no puede rehusar el tenerlas, ni alterarlas cuando están impresas, ni borrarlas para hacer otras nuevas, de la misma manera que un espejo no puede rehusar, alterar o destruir las imágenes o ideas que los objetos puestos delante de él producen» 48. La razón, suelo yermo al que sólo la experiencia puede fecundar. La razón como recipiente pasivo, como *tabula rasa*, superficie virgen en la que se refracta el mundo... La razón no puede sino sistematizar, articular, relacionar entre sí mediante leyes los datos de la experiencia. Esas leyes, además, son siempre provisionales, pues, resultando imposible la «inducción completa» (es decir, aquélla en la que la ley emergiera del examen de *todos* los casos particulares, pasados, presentes y futuros) 49, la ley puede ser desmentida en cualquier

46. Por ejemplo, D'ALGAROTTI, *Newtonianisme pour les dames* (citado por R. POMEAU, *Voltaire*, Seuil, París, 1983, p. 27).

47. DE CONDILLAC, E.B., *Traité des systèmes*.

48. LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, cit., p. 56.

49. *Vid.*, sobre el particular, HUME, D., *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. cast. de J. de Salas, Alianza, Madrid, 1986. pp. 47 y ss.

momento por nuevos datos que resulten disonantes. La precariedad de la ley se acentúa dramáticamente en aquellos autores que, como HUME, consideran racionalmente infundada la creencia en la *uniformidad* de la naturaleza (es decir, la presuposición de que la naturaleza respetará por toda la eternidad las leyes que viene observando hasta el momento). HUME devuelve al hombre pensante al escepticismo universal que DESCARTES pensaba haber superado para siempre: ¿quién puede estar seguro de que el sol saldrá mañana? 50.

Pero HUME, precisamente por su genial radicalidad, tiene mucho de *outsider* y no es muy representativo del clima intelectual medio en el XVIII (algo parecido cabría decir de BERKELEY). En general, los ilustrados piensan que la razón es fiable, siempre que respete sus límites naturales y renuncie a las metas inasequibles. El siglo XVIII es, pues, la hora de los *límites* de la razón, de la prudente demarcación de sus dominios. PAUL HAZARD lo expresa con su tino habitual: la razón ilustrada es como «una soberana que, al llegar al poder, toma la resolución de ignorar las provincias donde sabe que no reinará nunca con firmeza; así dominará mejor las que conserva» 51. ¿A qué fatigarse luchando con lo incognoscible?. *Usque huc venies, et non procedes amplius* («llegarás hasta aquí, y no seguirás más adelante»). Contención, medida, sensatez, abandono de las ambiciones desmedidas, reconciliación con la finitud...

Interesa, ante todo, precisar la jurisdicción de la razón, demarcar lo inteligible. Ahora bien, allende esa frontera quedarán probablemente todas las «cuestiones últimas»; BAYLE, por ejemplo, piensa que la existencia de Dios, la inmortalidad del alma y el sentido del mal son enigmas definitivamente insolubles 52. Pero también la «esencia» de las cosas (las sustancias, el «noúmeno» kantiano, el «fondo» de la realidad) pertenecen, seguramente, a esa impenetrable *terra incognita*. Así, D'ALEMBERT (el mismo al que unas páginas atrás oíamos celebrar a las Luces) reconoce que el conocimiento humano sólo puede ser conocimiento de fenómenos, de apariencias; las esencias, los fundamentos, la «verdadera naturaleza» de las cosas, nos son inasequibles: «es un triste destino para nuestra curiosidad y nuestro amor propio, pero es el destino de la Humanidad» 53. TURGOT expone convicciones similares 54.

50. HUME, D., *Investigación sobre el conocimiento humano*, cit., p. 48.

51. HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, cit., p. 34.

52. BAYLE, P., *Dictionnaire historique et critique* (citado por RAYMOND, M., *Pierre Bayle*, Garnier, París, 1948, p. 48).

53. D'ALEMBERT, J.R., *Eléments de Philosophie*, IV (citado por N. ABBAGNANO, *Historia de la filosofía*, vol. II, Hora, Barcelona, 1982, p. 368).

54. TURGOT, A.R.J., voz «Existence», en DIDEROT, D./ D'ALEMBERT, J.L.R., *Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des Arts et des Métiers*, Friedrich Fromann Verlag, Stuttgart, 1966.

Más gestos de humildad: el *Aufklärer* TOMASIO insiste en la dependencia del espíritu respecto de la percepción sensible, en la consiguiente limitación del ámbito de nuestro conocimiento, en la futilidad de los intentos de los filósofos por escudriñar lo suprasensible (afición que, en el caso de los alemanes, se convierte en vicio nacional; TOMASIO recomienda a sus compatriotas desistir de la propensión metafísica y volver su atención a lo tangible, imitando el «espíritu positivo» de los franceses) ⁵⁵. VOLTAIRE, supuesto abanderado de las Luces, dedica un artículo de su Diccionario filosófico a los «límites del entendimiento humano», y, en general, su pensamiento (cuando intenta volar alto e ir más allá de la fácil demagogia anticlerical) desemboca en una capitulación ante el misterio: de Dios, por ejemplo, sólo sabemos que existe (VOLTAIRE siempre defendió sus convicciones deístas frente a la rama atea de la Ilustración: HELVETIUS, D'HOLBACH, DIDEROT en ciertas etapas), pero no sabemos nada sobre sus atributos, su relación con el mundo, etc. ⁵⁶; también sobrepasan nuestra comprensión el problema del mal ⁵⁷, la naturaleza del alma ⁵⁸, su supervivencia trae la muerte... La razón interroga en vano a la esfinge metafísica, que no revelará el sentido del hombre y del cosmos: «de quelque côté que je tourne mon esprit, je ne vois que l'incompréhensible» ⁵⁹. La misma Física de NEWTON, celebrada por VOLTAIRE como la mayor hazaña intelectual de la Humanidad, apenas araña la superficie de la realidad: se limita a interrelacionar matemáticamente tres o cuatro cualidades de un sustrato misterioso al que, para contentarnos y disimular nuestra ignorancia, hemos convenido en llamar «materia» ⁶⁰. Pero el físico, concluye VOLTAIRE, es tan incapaz de explicar qué sea «realmente» la materia como el filósofo de explicar qué sea el espíritu.

Ahora bien, la renuncia a la metafísica no conduce al escepticismo total; ya dijimos que HUME es tenido por un provocador excéntrico (por más que los *philosophes*, siempre complacientes con los provocadores, lo reciban en París con todos los honores en 1763) ⁶¹. La convicción general es que, aunque sea incapaz de rasgar el «velo de Maya», aunque haya de renunciar al trasmundo teológico-metafísico

55. THOMASIIUS, CH., *Einleitung zur Vernunftlehre*, Georg Olms Verlag, Hildesheim, 1968, p. 14.

56. *Vid.*, por ejemplo, voz «Gloire», en VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (en Antología de textos incluida en POMEAU, R., *Voltaire, cit.*, p. 157).

57. *Vid.* VOLTAIRE, *Candide, cit.*

58. *Vid.* voz «Âme» en el *Dictionnaire philosophique* (trad. incluida en VOLTAIRE, *Cartas filosóficas, y otros escritos*, trad. cast. de J. Bertrand, EDAF, Madrid, 1981, pp. 89 y ss.): *Vid.* también *Dialogues entre Lucrèce et Posidonius* (en VOLTAIRE, *Candide... et d'autres contes, cit.*, pp. 313 y ss.).

59. VOLTAIRE, *Le Philosophe ignorant* (en Antología de textos de R. POMEAU, *Voltaire, cit.*, p. 167).

60. VOLTAIRE, «Bornes de l'esprit humain», en *Dictionnaire Philosophique* (en R. POMEAU, *op. cit.*, p. 155).

61. HUME, D., *Mi Vida*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1985, p. 21.

(que, en la mayoría de los casos, no es directamente *negado*, pero sí declarado incognoscible), la razón sigue siendo perfectamente competente para abordar las cuestiones intramundanas: la observación y domesticación de la materia (ciencia y técnica), la reglamentación del comportamiento individual (ética), la organización de la convivencia (política, jurisprudencia, economía), las artes, la educación, las costumbres... El núcleo del credo ilustrado, por tanto, sería sintetizable en dos ideas: 1) conciencia clara de los *límites* de la razón, y 2) convicción de que, dentro de las lindes de su jurisdicción, la razón puede ir conquistando certezas provisionales, criticar errores, progresar «asintóticamente» (recordemos la doctrina kantiana de las ideas regulativas) ⁶² hacia la verdad. Existe, pues, el progreso cognoscitivo, y sobre él se asientan el progreso moral y el progreso socio-político.

Compartimos, pues, el diagnóstico de POPPER, que resume en estos términos el espíritu de la época: «la Ilustración enseña que existe algo así como la verdad absoluta, aún cuando pueda sernos desconocida; y que podemos aproximarnos a ella corrigiendo nuestros errores» ⁶³. La inasequibilidad o la inagotabilidad de la verdad no deben confundirse con su inexistencia. La verdad, aunque no se deje atrapar exhaustivamente por ninguna fórmula o cifra, *existe*, y la mayor o menor proximidad a ella determina la mayor o menor veracidad de las teorías, ideas y creencias. Ser consciente de los límites de la razón no significa que haya que caer en el dadaísmo epistemológico. Los ilustrados no son relativistas: no hay la misma veracidad en la Física de ARISTOTELES que en la de NEWTON; no hay la misma bondad moral en la Noche de San Bartolomé que en las prácticas tolerantes de los cuáqueros ⁶⁴; no hay la misma justicia en las leyes de LICURGO que en las de WILLIAM PENN ⁶⁵. No «vale todo». Se puede y se debe comparar, criticar, mejorar. La razón, demasiado débil para alcanzar la verdad definitiva, es, sin embargo, lo bastante potente para discernir el grado relativo de verdad presente en las diversas teorías y explicaciones. «El hecho de que no se puedan conocer todas las cosas —dirá VOLTAIRE— no implica que no se pueda conocer cosa alguna» ⁶⁶. No se puede saber todo, pero se puede desenmascarar a los falaces y a los tramposos.

62. KANT, I., *Crítica de la Razón Pura*.

63. POPPER, K., «La emancipación por el conocimiento», en POPPER, K., *En busca de un mundo mejor*, trad. cast. de J. Vigil, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 193-194.

64. Sobre la represión de los hugonotes (con especial atención al *affaire CALAS*), *Vid.* VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, trad. cast. de C. Chies, Crítica, Barcelona, 1992; sobre los cuáqueros, *Vid.* VOLTAIRE, *Cartas filosóficas*, I a IV, *cit.*, pp. 23 a 35.

65. Sobre WILLIAM PENN, *Vid.* la cuarta de las *Cartas filosóficas* de VOLTAIRE (*cit.*, p. 32).

66. Citado por AYER, A.J., *Voltaire*, trad. cast. de M. Candel, Crítica, Barcelona, 1988, p. 84.

El tópico de la inasequibilidad de la verdad absoluta adquiere, por cierto, una formulación interesante en DIDEROT: el pensamiento no puede aprisionar definitivamente la realidad en conceptos porque se trata de una realidad todavía inconclusa, *in fieri*, en perpetua gestación. «El mundo nace y muere sin reposo, y en cada momento está en su principio y en su fin. En el océano inconmensurable de la materia no existe partícula alguna que sea idéntica por un solo momento a ninguna otra ni a sí misma. «Rerum novus nascitur ordo», ésta es la eterna divisa del mundo»⁶⁷. Esta sensibilidad «heraclitana» para lo cambiante y dinámico le lleva, por ejemplo, a intuir la evolución de las especies biológicas, adelantándose a LAMARCK y a DARWIN («¿No habrá que suponer que las especies, lo mismo que los individuos, nacen, crecen, duran y desaparecen?») ⁶⁸.

A esa realidad en permanente devenir sólo cabrá aproximarse mediante un pensamiento también fluyente y dinámico. Los conceptos rígidos, los géneros y especies, las clasificaciones estáticas, representan un intento inútil de «disecar» lo que por su propia naturaleza es móvil e imprevisible. La realidad «abierta» exige categorías de pensamiento también abiertas, dialécticas, receptivas al *novum*. DIDEROT pertenece a la misma estirpe de pensadores que BERGSON, WHITEHEAD o BLOCH.

La razón humana es una llamita vacilante en el seno de tinieblas abisales. Ahora bien, la claridad que despide es suficiente para que el hombre se acondicione un pequeño hábitat y llegue a ser moderadamente feliz. La tiniebla «natural» (lo objetivamente incognoscible) es impenetrable, pero la tiniebla histórica (la mentira, el mito, el prejuicio...) puede y debe ser vencida por la razón. De ahí, la obsesión crítica de los *philosophes*, que se ven a sí mismos como debeladores del dogma, de la autoridad, de la tradición. Poco modestos, les gusta suponer que libran la heroica batalla final contra el oscurantismo (recordemos la divisa de VOLTAIRE: «écrasez l'infâme!»); imaginan que cada nuevo panfleto suyo hace temblar a los supersticiosos y a los inquisidores en sus antros. DIDEROT permite que MANGOGUL (el héroe de su novela erótica «Bijoux indiscrets»), agotado por sus proezas amoratorias, asista en sueños al colapso del Pórtico de las Hipótesis (en el que viejos de barba blanca —los metafísicos y teólogos— jugaban con pompas de jabón), resquebrajado por los envites de la Experiencia⁶⁹; PIETRO VERRI relata cómo el Templo de la Ignorancia (en el que moran los prejuicios, las supersticiones, los preceptos del pasado...) es fulminado por las Luces...

67. DIDEROT, D., *Reve de D'Alembert*, Garnier, París, 1952, p. 62.

68. DIDEROT, D., *De l'Interpretation de la Nature*, LVIII (citado por CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, cit., p. 112).

69. Vid. HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, cit., p. 36.

En autores como GRIMM, HELVETIUS, LA METTRIE y, sobre todo, VOLTAIRE, la «lucha contra la superstición» se convierte en pretexto de una furibunda campaña antirreligiosa y, más específicamente, anticristiana. En esa campaña no faltan la ligereza, la mala fe y las simplificaciones caricaturescas; si hemos de creer a VOLTAIRE, la Biblia está vacía, no ya de verdad histórica, sino también de grandeza y belleza ⁷⁰, los teólogos son responsables de la muerte de 50 millones de personas ⁷¹, los mártires cristianos de los primeros siglos no eran más que delincuentes comunes que tuvieron bien merecido su castigo ⁷² (los herejes ejecutados por las Iglesias cristianas fueron, en cambio, víctimas del fanatismo y de la intolerancia)... Esta faceta tergiversadora y sectaria de la Ilustración fue, por cierto, ya eficazmente denunciada por algunos contemporáneos: FRÉRON, CHAUMEIX, PALISSOT (contra-ilustrados franceses rescatados del olvido por RAMON SORIANO en un interesante estudio) ⁷³, WARBURTON, el obispo BUTLER... El desafío ilustrado obligará a la apologética cristiana a elevar su nivel. FRÉRON, por ejemplo, se pregunta por qué los *philosophes* malgastan tal cantidad de materia gris y letra impresa en refutar al cristianismo, si éste, según ellos, no es más que un puñado de supercherías. Si insisten en hablar y escribir sobre él, es que en el fondo lo temen. Con su eterna sátira anticristiana, añade FRÉRON, «se parecen a esos viajeros temblorosos que tienen miedo de los ladrones y cantan con todas sus fuerzas para ocultar el temor» ⁷⁴.

«Les obstacles d'un bon examen ne viennent pas autant de ce que l'Esprit est vide de science, que de ce qu'il est plein de préjugés», había escrito BAYLE en su Diccionario histórico-crítico ⁷⁵; el entendimiento humano, piensa BAYLE, está mejor equipado para la destrucción (la refutación de errores) que para la construcción (la formulación de verdades positivas). Los ilustrados se entregan a esa tarea destructiva con una fruición entusiasta que se ha hecho proverbial. El padre FEIJOO arremete contra los falsos milagros, el curanderismo y demás supersticiones populares ⁷⁶, KANT se siente obligado a denunciar las patrañas pseudo-místicas de SWEDENBORG ⁷⁷,

70. Vid., por ejemplo, VOLTAIRE, «Instructions du gardien des capucins de Raguse á frère Pediculoso partant pour la Terre sainte» (en selección de textos incluida en POMEAU, R., *Voltaire, cit.*, pp. 125 y ss.).

71. VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia, cit.*, p. 101.

72. VOLTAIRE, «De los mártires» (en *Tratado de la tolerancia, cit.*, pp. 51 y ss.).

73. SORIANO, R., *La Ilustración y sus enemigos*, Tecnos, Madrid, 1988.

74. Citado por HAZARD, P., *El pensamiento europeo...*, cit., p. 76.

75. BAYLE, P., *Dictionnaire historique et critique*, voz «Pellison» (citado por CASSIRER, E., *Filosofía...*, cit., p. 185).

76. FEIJOO, B.J., *Teatro crítico. Ensayos filosóficos*, selección de E. Subirats, Anthropos, Barcelona, 1991.

77. «El reino de las sombras es el paraíso de los fantasiosos. En él encuentran una tierra sin límites donde pueden establecer a capricho su residencia. Vapores hipocóndricos, cuentos de viejas y prodigios conventuales les proporcionan sobrados materiales para construirla...», KANT, I., *Los sueños de un visionario, explicados por los sueños de la Metafísica*, trad. cast. de Chacón, Allanza, Madrid, 1987, p. 23.

REIMARUS recorre los libros de la Biblia, expurgando contradicciones e intentando sopesar su verosimilitud ⁷⁸, LESSING descabeza los tópicos estéticos más arraigados (por ejemplo, la sacralización del arte griego como canon de belleza ideal) ⁷⁹...

Así, si el tropismo hacia la Verdad objetiva aleja definitivamente a la Ilustración de los relativistas y pirronianos de toda laya, el énfasis en la dimensión crítico-negativa de la razón abre también una brecha insalvable respecto al racionalismo apriorístico del siglo XVII. La razón «infalible» de DESCARTES y los metafísicos podía dedicarse a la pacífica contaduría de verdades eternas (contempladas directamente «en Dios», como quiere MALEBRANCHE) ⁸⁰; la razón ilustrada, en cambio, es una *vis inquieta* que se sabe condenada al autoescrutinio y la auto-crítica permanentes. «El siglo XVIII —escribe a este respecto ERNST CASSIRER— concibe la razón... no como un *contenido* firme de conocimientos, de principios, de verdades, sino más bien como una *energía*, una fuerza que no puede comprenderse plenamente más que en su ejercicio y en su acción» ⁸¹. La Ilustración prefiere la «búsqueda sin término» del *sciendum* a la prudente custodia del *scitum*. De ahí la sentencia de LESSING: «no es por la posesión de la verdad, sino por la constante investigación en pro de la verdad como se amplían las fuerzas, y sólo en ella consiste su siempre creciente perfeccionamiento; la posesión hace apático, perezoso y orgulloso» ⁸². La verdad «pura», incondicionada, definitiva, es sólo para Dios; al hombre le corresponde, más bien, «el impulso que mueve hacia ella» ⁸³.

Si el ilustrado no se concede descansar en ninguna verdad definitiva, sino que se obliga a mantener abiertos y revisables los resultados de su investigación (sirvan de ejemplo las oscilaciones religiosas de DIDEROT, quien pasa del deísmo al ateísmo, y de éste a un difuso panteísmo naturalista), mucho menos se dejará arrullar por el calor maternal del *Volksgeist*, de la sabiduría tribal, del *ingenium glebae*. La razón es apátrida, y la primera obligación de un intelectual es «desenraizarse», esto es, trascender los puntos de vista vinculados inescindiblemente a un contexto histórico-cultural determinado; quien aspire a pensador debe —según BAYLE— «olvidar que pertenece a un

78. REIMARUS, H.S., *Apologie oder Schutzschrift für die vernünftigen Verehrer Gottes*, publicado después por LESSING bajo el título *Fragmente aus Wolfenbüttel*: sobre REIMARUS en cuanto precursor de la «Leben-Jesu Forschung», Vid. LATOURELLE, R., *A Jesús el Cristo por los evangelios*, Sígueme, Salamanca. 1986, p. 36.

79. LESSING, G.E., *Laokoon, oder über die Grenzen der Malerei und Poesie*.

80. MALEBRANCHE, N., *De la recherche de la vérité*, III, 2, 6.

81. CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, cit., p. 28.

82. LESSING, G.E., «Acerca de la verdad», en V.V.A.A., *¿Qué es Ilustración?*, trad. cast. de A. Maestre, Tecnos. Madrid, p. 67.

83. LESSING, G.E., «Acerca de la verdad», cit., p. 68.

determinado país, que ha sido educado en una determinada sociedad...; si se le pregunta: ¿de dónde eres?, es menester que responda: no soy francés, ni alemán, ni inglés, ni español, soy un habitante del mundo...»⁸⁴. Este es el famoso «desencarnamiento» o deshistorización del sujeto cognoscente, cuya crítica se convertirá a partir del Romanticismo en un tópico anti-ilustrado. Al mismo tiempo, es uno de los aspectos más vivos del legado ilustrado: la actual polémica entre liberales y comunitaristas puede ser interpretada, en muchos sentidos, como una prolongación de la trifulca dieciochesca entre ilustrados cosmopolitas y prerrománticos terruñero-traditionalistas (HAMANN, HERDER, BURKE...), como han señalado, entre otros, CARLOS THIEBAUT⁸⁵ y CARLOS S. NINO⁸⁶.

Aclaremos: el ilustrado, como cualquier hombre, posee unas raíces, un linaje, una matriz cultural. Ahora bien, él, a diferencia del romántico, no ve en la adscripción histórico-territorial un «destino», una tarea, un horizonte de sentido. Más bien lo contrario: la ve como un condicionamiento obnubilador, una limitación que la razón debe procurar trascender. Uno no escoge su país ni su siglo; la filiación histórico-étnica tiene, pues, algo de fatal. Pero se trata, como diría BERGSON, de una fatalidad «elástica», «une fatalité modifiable» (o, como prefiere decir ORTEGA, una «fatalidad porosa», pues presenta algunas aberturas «por donde ciertos individuos genialmente dotados saben evadirse») ⁸⁷. O, como dice en nuestros días BERNARD-HENRI LEVY, el intelectual posee, ciertamente, un territorio, pero ese territorio no puede ser sino «un punto de partida» («il est un lieu de traversée avant d'être un lieu d'enracinement»); la existencia misma del intelectual demuestra que es posible contrarrestar la «presión naturalista», que la filiación tribal no es inapelable ⁸⁸ (LEVY, en esto, se limita a discurrir en el surco abierto por JULIEN BENDA; BENDA ya proclamó, con gallarda rotundidad, que la aspiración a lo universal es el rasgo definitorio del *clerc*, que expresiones como «filosofía patriótica» o «intelectual nacionalista» suponen contradicciones en los términos, y que la autodisolución en el *Volksgeist* es la más aberrante «traición de los doctos») ⁸⁹.

84. BAYLE, P., *Dictionnaire historique et critique*, voz «Usson».

85. Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, C., «Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral entrevista con CARLOS THIEBAUT», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 3, mayo 1994, p. 167; Vid. también THIEBAUT, C., *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 12.

86. NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 129.

87. ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 28.

88. LEVY, B.H., *Eloge des intellectuels*, Grasset, París, 1987, pp. 94-95.

89. BENDA, J., *La Trahison des clercs*, Grasset, París, 1975.

En cierto pasaje de las conversaciones de GOETHE con ECKERMANN ⁹⁰ encontramos el ejemplo perfecto del cosmopolitismo ilustrado. GOETHE declara su deslumbramiento ante una novela china cuya traducción lee en ese momento. Pero el objeto de su fascinación no son, como cabría esperar, los aspectos exóticos o pintorescos del relato, sino más bien todo lo contrario: su proximidad, su inteligibilidad, su universalidad. GOETHE había pensado que lo esencial de la obra le resultaría inaccesible, que su esfuerzo de comprensión fracasaría ante las barreras de inconmensurabilidad que, supuestamente, separan a los *Volksgeister*, que tendría que contentarse con un contacto epidérmico, con aspirar desde lejos el aroma de la diferencia y el pintoresquismo. Pero la novela resultó, por el contrario, asombrosamente comprensible, apropiable, familiar (incluso descubre afinidades con su propia «Hermann y Dorotea»).

Ergo, el hombre no es prisionero de su contexto: el chino y el europeo se habían elevado sobre sus respectivas circunstancias histórico-culturales y habían convergido en el territorio de lo humano universal. La experiencia de GOETHE venía a mostrar, comenta FINKIELKRAUT ⁹¹, «la aptitud del espíritu para desbordarse más allá de la sociedad y de la Historia: los hombres podían escapar a la fatalidad de los particularismos... existían lugares —los libros— en los que la Humanidad podía superar su desmigajamiento en una miríada de espíritus locales».

La Ilustración —dirá KANT— es la salida del hombre de su «autoculpable minoría de edad». Y por minoría de edad entiende «la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro» ⁹². Ahora bien, el «otro» es el grupo, el alma colectiva, la sabiduría ancestral de la tribu, las «vigencias» sociales (la *Sittlichkeit*), el repertorio de respuestas y actitudes heredadas de un pasado inmemorial, la «autoridad de los muertos» (PAINE) ⁹³. «Minoría de edad» es el encuadramiento instintivo y acrítico del hombre en el grupo, en la nación, en la etnia; el hombre «menor de edad» no es todavía un individuo, sino un ejemplar indiferenciado del *Volk*, intercambiable por cualquier otro. No le es preciso pensar, pues la colectividad ya ha pensado por él; «pensar», sentir, vivir, no es para él sino discurrir por cauces preformados, reiterar las respuestas y esquemas ya acuñados por la tradición colectiva ⁹⁴. «Ilustración» sería, pues, sinónimo de individuación; el hombre deviene individuo, el hombre se emancipa de la tribu y se «atreve a saber» («sapere aude!»), se atreve a pensar sin la tutela del grupo. Aprende a conjugar la primera persona del singular; deja de ser

90. ECKERMANN, R.: *Conversaciones con Goethe*, vol. II, Iberia, Madrid, 1981.

91. FINKIELKRAUT, A., *La derrota del pensamiento*, trad. cast. de J. Jorda, Anagrama, Barcelona, 1990, p. 38.

92. KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en V.V.A.A., *¿Qué es Ilustración?*, cit., p. 17.

93. PAINE, T., *Derechos del hombre*, trad. cast. de F. Santos, Alianza, Madrid, 1984, p. 37.

94. Vid. ORTEGA Y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*, cit., p. 159.

un autómatas social, deja de vivir «vicariamente», por cuenta del «se» impersonal, por cuenta de «la gente». Para conquistar el alma individual es preciso desgajarse del «alma colectiva» (por otra parte, quizás el «alma colectiva» sea una nueva contradicción en los términos, como genialmente apuntara ORTEGA: «la colectividad es, sí, algo humano; pero es lo humano sin el hombre, lo humano sin espíritu, lo humano sin alma... ¿será lo característico de «la gente», de la sociedad, de la colectividad... precisamente que son desalmadas?»⁹⁵).

La aspiración ilustrada, por tanto, es desligarse del anclaje histórico-cultural y elevarse a la perspectiva objetivo-universal, la *species aeternitatis* spinoziana, el punto de vista ubicuo, «u-tópico», ajeno a las determinaciones de tiempo y lugar. Manifestación típica de esa vocación de extraterritorialidad de la razón son los relatos de extranjeros imaginarios que viajan por Europa. El género, inaugurado por GIAN-PAOLO MARANA, hace fortuna durante el siglo XVIII: a los persas Usbek y Rica (MONTESQUIEU)⁹⁶, les seguirán el chino Lun Chi Altangi (GOLDSMITH)⁹⁷, el etíope Oroonoko (BELM), el marroquí Gazel Ben Aly (CADALSO)⁹⁸, Scarmentado, «natural de Candia», el innominado «salvaje de la Guayana» (VOLTAIRE)⁹⁹, etc. Estos viajeros zumbones miran Europa con ojos nuevos y desenmascaran sus extravagancias, sus vicios, sus costumbres absurdas. Ellos encarnan la «razón natural», el sentido común no obnubilado por las inercias y prejuicios occidentales.

Ahora bien, lo interesante es que, habitualmente, estos extranjeros no critican los modelos europeos desde los *suyos*, sino que adoptan un punto de vista neutral, supracultural, desde el cual pueden evaluar los méritos y carencias relativos de *ambas* formas de vida (la occidental y la suya propia). Así, Usbek, el persa de MONTESQUIEU, no sólo critica las costumbres e instituciones francesas, sino también las de su propio pueblo, al que, con verdadera ecuanimidad, considera más juicioso que el francés en determinados aspectos, pero más atrasado en otros (así, en la Carta LX: «Los cristianos empiezan a desprenderse del espíritu de intolerancia que los animaba... Sería de desear que en este punto pensaran los musulmanes con tanta cordura como los cristianos...») ¹⁰⁰. También Gazel, el marroquí de CADALSO, exhibe una admirable obsesión por la «imparcialidad» ¹⁰¹.

95. ORTEGA Y GASSET, J., *El hombre y la gente*, Alianza, Madrid, 1988, p. 178.

96. MONTESQUIEU, *Cartas persas*, trad. cast. del Abate Marchena, Tecnos, Madrid, 1986.

97. GOLDSMITH, O., *The Citizen of the World* (1762).

98. CADALSO, J., *Cartas marruecas*, Cátedra, Madrid, 1992.

99. VOLTAIRE, *Histoire des voyages de Scarmentado y Entretiens d'un sauvage et d'un bachelier*, en *Candide... et d'autres contes*, cit., pp. 299 y ss. y 365 y ss.

100. MONTESQUIEU, *Cartas persas*, cit., p. 88.

101. Vid., por ejemplo, la carta V; CADALSO, J., *Cartas marruecas*, cit., p. 95.

Esto significa que es posible la objetividad, que es posible trascender los particularismos. Y, por cierto, sólo desde ese «punto de Arquímedes» supracultural, en el que han sido suspendidas todas las determinaciones empírico-históricas, podrán definirse los derechos universales del hombre. Más tarde, el anti-ilustrado DE MAISTRE podrá ironizar: «a lo largo de mi vida, he visto franceses, italianos, rusos... pero, en lo que se refiere al Hombre, no lo he encontrado en toda mi vida»¹⁰², y el eco de su burla resuena desde entonces en el discurso de todos los nacionalistas, de todos los relativistas, de todos los que intentan enterrar («enraizar») al hombre en su contexto cultural y pretenden que no es *nada* fuera de él. Pero, si uno no fuera hombre *antes* de ser francés, italiano o ruso, entonces habríamos de renunciar a pensar los Derechos del Hombre, y contentarnos —como quiere el también contrailustrado BURKE¹⁰³— con los derechos de los franceses, de los italianos y de los rusos (irreconciliables entre sí). Todas las «peculiaridades culturales» (también la lapidación de las adúlteras en los países islámicos, la ablación del clítoris y compraventa de muchachas en Africa central, etc.) serían definitivamente sagradas e inobjetables.

Al «Hombre sin atributos» —esa «entelequia» ilustrada, ese «sujeto vacío e inexistente»¹⁰⁴— le debemos el concepto de derechos humanos. Estos se dirigen al individuo en lo que tiene de universal, «por encima de sus adscripciones particulares» («par delà ses enracinements particuliers»)¹⁰⁵, como hace notar GUY HAARSCHER. Si el concepto de derechos humanos tiene sentido, es porque «el hombre es un ser racional y moral antes de estar instalado en tal o cual lengua, de ser miembro de tal o cual raza, de adherirse a tal o cual cultura», según sostiene la fórmula admirable de ERNEST RENAN¹⁰⁶.

Pero con esto hemos venido a tocar el tema de la universalidad de los derechos humanos en la Ilustración. Y, si el texto no ha de superar las dimensiones convencionales, habremos de abordarlo en un estudio posterior.

102. DE MAISTRE, J., *Consideraciones sobre Francia*, trad. cast. de C. Gutiérrez, Rialp, Madrid, 1955, p. 142.

103. BURKE, E., *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, trad. cast. de E. Puals, Rialp, Madrid, 1989, pp. 50 y ss.

104. DE LUCAS, J., «El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural», *Temas de Hoy*, Madrid, 1994, p. 43.

105. HAARSCHER, G., *Philosophie des droits de l'homme*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1987, p. 21.

106. RENAN, E., *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, trad. cast. de A. de Blas, Alianza, Madrid, 1987, p. 78.

Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural

Por ANA LLANO TORRES

Madrid

I. LUIS MENDIZABAL MARTIN: PERFIL BIOGRAFICO Y PRESENTACION DE SU OBRA ¹

Luis Mendizábal Martín nació en Zaragoza el año 1859. Sus padres fueron Alejandro Mendizábal y Manuela Martín.

Inició su formación cursando el Bachillerato en el Instituto de su ciudad natal. Después hizo la carrera de Derecho en la Universidad de Madrid y completó sus estudios con el Doctorado en Filosofía del Derecho y Derecho Internacional, Legislación comparada e Historia de la Iglesia, los años 1879 y 1880, y en Derecho civil y canónico, en 1882 ².

1. Tratándose de un autor escasamente conocido, aunque se tenga noticia de él en general, parece conveniente comenzar el presente trabajo *con una referencia a la vida y la obra de L. Mendizábal Martín*. Cfr. la *Gran Enciclopedia Aragonesa*. Zaragoza, UNALI, 1981, voz «Mendizábal Martín, Luis», p. 2215-2216, redactada por GIL CREMADES, J.J.

2. Hizo el examen de Grado de Bachiller el 30-9-1873 y el título correspondiente fue expedido en 1879. Tras los ejercicios del Grado de Licenciatura, por los que mereció un sobresaliente, se expediría el título de licenciado el 24-1-1881. Fue investido Doctor el 23-12-1886, a los 27 años de edad. Cfr. *Expediente personal*, Archivo Histórico Nacional, Universidades, leg. 332/1-29; *Expediente de su oposición de Salamanca*, Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, leg. 5342-18, y *de la de Valladolid*, AGA, Educación y Ciencia, leg. 5343-50. Pueden encontrarse otros datos sobre su vida académica en el Archivo de la Universidad de Valladolid en el *Libro*

En 1887 obtuvo la cátedra de Elementos de Derecho Natural de la Universidad de Salamanca, lugar en el que le sucederá N. Sánchez Mata. Al poco tiempo, se trasladó a Valladolid, donde permaneció hasta el año 1893. A continuación, ocupó en Zaragoza, sucesivamente, la cátedra de Procedimientos Judiciales, primero, la de Derecho Penal en 1895 y, en 1904, la de Elementos de Derecho Natural de la Universidad de Zaragoza, en la que enseñaba hasta entonces C. Emperador y Felez. Entrado ya el siglo XX, participó en un concurso a cátedra conflictivo: se trata de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Central, vacante en el Doctorado³. En 1917, por fin, se dispuso el nombramiento de L. Mendizábal Martín como catedrático. A partir de 1918, explicó Filosofía del Derecho en el Doctorado de la Universidad Central de Madrid, hasta su jubilación en 1931.

Entre sus principales discípulos y continuadores, aunque no los únicos, merecen mención A. Mendizábal Villalba⁴, que obtuvo la cátedra de Elementos de Derecho Natural en Oviedo, en 1926, y M. Sancho Izquierdo⁵, que sería catedrático de Elementos de Derecho Natural en Zaragoza, desde 1920⁶.

de Registro del Personal Facultativo (1882-1918), sig. 2866, p. 17. Su *Expediente académico* se halla en el AGA, Educación y Ciencia, leg. 7496/1. También pueden consultarse los *Escalafones de antigüedad de los Catedráticos de las Universidades del Reino*: Madrid, Imp. Nacional, 1864; Madrid, Imp. de E. Raso López, 1914; Madrid, 1918; y Madrid, Imp. La Enseñanza, 1925. Cfr. RUS RUFINO, S., «Notas para una historia de la filosofía jurídica universitaria del s. XIX a través de textos inéditos». En *Problemática actual de la historia de la filosofía del Derecho española*, vol. II. XIV Jornadas de Filosofía jurídica y social, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, p. 77-78.

3. Cfr. ESCALONA MARTÍNEZ, G., *Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española (1770-1936)*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1982, t. II, p. 647-652, p. 788 y ss, (apéndice IV).

4. Cfr. GIL CREMADES, J.J., «Filosofía del Derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981)». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, p. 563-587; y RIVAYA GARCÍA, B., «Personalismo, democracia cristiana y filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba». *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 497-520.

5. Cfr. GIL CREMADES, J.J., «Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988)». *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 443-452; ORLANDIS, J., «In memoriam Miguel Sancho Izquierdo». *Persona y Derecho*, n.º 20, p. 288-291; «Estudios de Derecho Natural y Filosofía jurídica. Homenaje al Profesor Miguel Sancho Izquierdo». Zaragoza, Universidad, 1960.

6. DE CASTRO CID, *La filosofía jurídica de L. Recasens Siches*. Universidad de Salamanca, Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico, 1974, p. 32-33, señala que M. Sancho Izquierdo «junto con F. Clemente de Diego y Gutiérrez, J. Castán Tobeñas, IV. González Oliveros, M. Puigdollers Oliver y E. Luño Peña en el campo de la Filosofía del Derecho, y C. Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón y A. Luna García en el ámbito del Derecho Público, perfilan un núcleo sistemático doctrinal que, partiendo de los planteamientos más estrictos del escolasticismo tomista, no ignora los problemas y enfoques de las otras corrientes de pensamiento y se muestra sensible a sus influencias y condicionamientos». SANCHO IZQUIERDO, M., *Zaragoza en mis memorias (1899-1929)*. Zaragoza, Institución Fernando El Católico, 1980, p. 68, recuerda que, el primer año de su carrera, tuvo «en Economía política y en Derecho Natural, a mi maestro y antecesor en la cátedra don Luis Mendizábal Martín». También fueron alumnos suyos

Su dedicación a la Universidad no le impidió participar en diversas iniciativas extracadémicas: fue miembro de la sociedad *San Vicente de Paul* ⁷, fundó *El Noticiero*, diario católico de Zaragoza en el que publicó numerosos artículos ⁸, presidió la *Congregación de San Luis* de Valladolid ⁹ y fue, también, uno de los socios fundadores de la *Acción Social Católica de Zaragoza*, de la que se separó en 1910 ¹⁰.

L. Legaz Lacambra, E. Gómez Arboleya y S. Lisarrague, como apunta LORCA NAVARRETE, J.F., *La filosofía jurídica contemporánea*. Apéndice de FASSO, G., *Historia de la filosofía: siglos XIX y XX*, tomo III. Madrid, Pirámide, 1983, p. 320. Recientemente, lo repite RIVAYA GARCÍA, B., «Personalismo...», *cit.*, p. 498-499: «de Mendizábal Martín arranca la llamada «escuela aragonesa de Derecho Natural» (Sancho Izquierdo, Legaz Lacambra y Luño Peña, además de hijo del fundador, serían sus integrantes de antes de la guerra), una de las que mayor importancia ha tenido en el panorama de la filosofía jurídica de acá».

7. Así lo reconoce MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Tratado de derecho natural*. Madrid, Imprenta Clásica Española, 1929, T. II: Derecho Privado, p. 568, nota (2). Cfr. SANCHO-IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, *cit.*, p. 72: indica que L. Mendizábal Martín era el presidente de la Conferencia de San Vicente de Paul que «bajo la advocación de Santo Tomás de Aquino, se reunía los domingos en la iglesia parroquial de San Gil». Sobre las conferencias S. Vicente de Paul y el problema del apoliticismo, cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento y acción social de la Iglesia en España*. Madrid, Espasa-Calpe, 1984, p. 379, p. 43-44 —notas 16, 17 y 18—.

8. SANCHO-IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, *cit.*, p. 39-40, indica que el 15-5-1901, se reunieron Manolo Mendizábal, Joaquín García, don Manuel Escudero, don Pedro Dosset y don Luis Mendizábal, y acordaron la constitución de una sociedad civil para fundar y sostener un diario independiente en política y de absoluta ortodoxia que llevaría el nombre *El Noticiero*. Luis Mendizábal sería director de la sociedad y del periódico; en las p. 113-114, señala que más adelante sería él mismo, aunque por poco tiempo, el director del diario.

9. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *La fe en la juventud*. Discurso ante la «Real Congregación de San Luis», en la sesión inaugural del curso 1913-14. Zaragoza, La Editorial, 1913, p. 9: «el P. Francisco Sales Colina tuvo la bondad de llamarme a la Presidencia de la Congregación de S. Luis en Valladolid... coincidiendo así los primeros años de mi profesorado con la intervención directa en esta obra hermosísima que... aborda el problema gravísimo de la formación del adolescente». Sobre la «Real Congregación de la Anunciata y San Luis Gonzaga» en Zaragoza, cfr. SANCHO-IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, *cit.*, p. 73-75: describe algunos detalles relativos a la vida y carácter de la congregación dirigida por los jesuitas. Por ejemplo, dice que «la mayoría de los congregantes éramos monárquicos alfonsinos», p. 74.

10. Así consta en su discurso dirigido a la Junta directiva de esta sociedad. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Un homenaje a la verdad: Las elecciones del 8-5-1910 en Zaragoza*. Zaragoza, La Editorial, 1910. En la voz «Mendizábal Martín, Luis», de la (*Gran Enciclopedia Aragonesa*, *cit.*, p. 2216, comenta al respecto GIL CREMADES, J.J. que «como responsable de Acción Social Católica fracasa en su intento de encontrar una postura intermedia entre tradicionalismo y partido conservador». SANCHO-IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, *cit.*, p. 75, comenta que la *Acción Social Católica de Zaragoza*, en marcha desde 1902, dio lugar a numerosas obras, entre las que menciona la «Caja de Ahorros y Préstamos de la Inmaculada Concepción», el «Sindicato Central de Asociaciones Agrarias Católicas» y la «Juventud social». Cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, *cit.*, p. 351: la Liga de la Acción Social de Zaragoza, nacida en 1904, «promovió todo género de organizaciones, desde establecimientos de enseñanza popular y núcleos de formación de oradores para la propaganda hasta Sindicatos Agrícolas y Obreros». Por lo demás, los orígenes de una de las revistas más importantes del momento se hallan también en Zaragoza, en la «Asamblea Diocesana de las Corporaciones Católico-Obreras» de la ciudad. Cfr. SANCHO-IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, *cit.*, p. 108; y ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, *cit.*, p. 364.

Por aquellos años, fue formándose en Zaragoza un pujante grupo de activistas —en su mayoría juristas universitarios—¹¹, del que surgió la iniciativa de convertir los Cursos Sociales recién inaugurados en España en Semanas Sociales¹². Estos abogados y periodistas, en torno al «Centro de Publicaciones Católicas de Zaragoza»¹³, fueron los responsables de *La Paz Social* y, entre ellos, S. Aznar su primer director¹⁴.

Fue éste el entorno en el que, durante varios años, trabajó y enseñó L. Mendizábal Martín, a finales del pasado siglo, tras su experiencia docente en Salamanca y Valladolid, y antes de trasladarse a Madrid.

Sus publicaciones comprenden un manual de Derecho Natural, que constituye su obra principal, y una serie de trabajos menores y de divulgación.

Entre los documentos que se encuentran en el Archivo General de la Administración, figura un *Programa de Derecho Natural*, precedido de un «razonamiento demostrativo de las ventajas del plan y método que en él se siguen», manuscrito por L. Mendizábal Martín¹⁵. Esta justificación de su programa refleja el modo en que entendió L. Mendizábal Martín la disciplina de Derecho natural: su contenido, el orden de exposición de los temas y el método mixto racional y experimental que consideró propio de la ciencias prácticas.

Cinco años más tarde, siendo Catedrático numerario de la asignatura en Valladolid, publicó la primera edición de sus *Elementos de Derecho Natural*, que se verá ampliada, reformada y enriquecida en sucesivas ediciones posteriores. En estos apuntes, se proclamó «el último de los discípulos de Taparelli, apartándome de él tan sólo en aquello que la opinión común y el propio consejo rectamente informado me

11. Cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, cit., p. 356.

12. Cfr. *Homenaje a los fundadores de las Semanas Sociales*. Madrid, 1960; AZNAR, S., *Las ocho primeras Semanas Sociales de España*. Madrid, 1949. Citados ambos por ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, cit., p. 356, nota 87.

13. Sobre el nacimiento del «Centro de Publicaciones católicas de Zaragoza», cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, cit., p. 373, que remite a *El Noticiero*, 17-10-1906. Sobre los orígenes del grupo en general, cfr. SANCHO IZQUIERDO, M., *Zaragoza...*, cit. Este autor aporta algunos datos sobre la constitución de la «Asociación Católica Nacional de Propagandistas» de Zaragoza, en 1909 y del Centro de Zaragoza, en 1919. «Fueron la base de dicho Centro, de una parte, un grupo procedente de la Juventud Social... y de otra, otro grupo procedente de los «Luisés» (Congregación de San Luis Gonzaga), siendo yo nombrado secretario del Centro... El pequeño grupo inicial que se inscribió desde el primer momento, comenzó enseguida a actuar con gran entusiasmo, ... en la propaganda, especialmente en el campo social agrario, contribuyendo con ello a la fundación de numerosos Sindicatos Agrícolas Católicos... », p. 108-109, también señala la relación que, a partir de una de las conclusiones de la sexta asamblea de la A.C.N. de P., celebrada en 1919, se estableció entre la «Asociación Católica Nacional de Propagandistas» de Zaragoza y el «Grupo de la Democracia Cristiana», p. 109 y ss.

14. Cfr. ANDRÉS-GALLEGO, J., *Pensamiento...*, cit., p. 364.

15. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Programa de Derecho Natural*. 25-5-1885. Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, leg. 7496/1.

impiden admitir» 16. El sistema de citas es muy elemental, apenas menciona el autor de quién procede el dato o la frase que recoge en el texto, sin especificar la obra y el lugar concretos. Lo justifica, en el mismo prólogo, por su carácter de meros apuntes para la docencia.

En 1897, salió a la luz un programa más amplio de la asignatura que contiene, no ya 68, sino 101 lecciones 17, y, en 1900, *La fórmula de la justicia*, discurso en el que intentó «fijar la fórmula de esta proporción, de esta virtud que constituye la esencia del derecho» 18 confrontándola con algunas teorías modernas. Entre 1897 y 1908, se publicaron otras tres ediciones de sus *Elementos de Derecho natural* 19.

Con ocasión de la apertura del curso académico 1908-1909, compuso una lección inaugural sobre la historia de los dos sitios de Zaragoza en la Guerra de la Independencia, en la que elogió, con entusiasmo, el patriotismo de su ciudad natal 20.

16. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos de Derecho Natural. Apuntes publicados para facilitar su estudio*. Valladolid, Imp. de la Viuda de Cuesta, 1890-91, T. I, p. 6 del prólogo. Comprende tres tomos: *Principios de Moral, Teoría general de Derecho, y Biología jurídica*.

17. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Programa de Elementos de Derecho Natural*. Zaragoza, Imp. de Ramón Miedes, 1897, 76 pp.

18. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *La fórmula de la Justicia*. Discurso pronunciado en la solemne sesión celebrada por la Academia jurídico-literaria de la Universidad de Zaragoza en honor de Sto. Tomás de Aquino, el día 7 de marzo de 1900. Zaragoza, Mariano Salas, 1900, p. 5. Al final del discurso, se encuentra una afirmación interesante por el realismo que trasluce. Se refiere a «las fórmulas de los juristas, de los cuales dice L. Hennebicq que su ciencia rutinaria llegó sin embargo a comprender la verdadera naturaleza del Derecho, esta propiedad que le distingue, de hallarse indefectiblemente en la realidad antes de estar en la ley», p. 23. Estas mismas palabras aparecen en la séptima edición de su *Tratado de Derecho natural*. Cfr. ID., *Tratado de Derecho natural*. Tomo I: *Teoría fundamental del Derecho*. Madrid, Imp. Clásica Española, 1928, p. 7.

19. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos de Derecho Natural*. Zaragoza, M. Salas, 1897-99, 2.^a ed.; ID., *Elementos de Derecho Natural*. Zaragoza, Tipografía de Emilio Casañal —el primer tomo— y La Editorial —los otros dos—, 1903-05, 3.^a ed.; ID., *Derecho Natural*. Zaragoza, La Editorial, 1908, 4.^a ed. resumida. En el tomo I de la tercera edición, p. VII, advierte que no difiere de la segunda sino en la corrección de algunos errores y en el examen de obras nuevas publicadas en ese margen de tiempo que las separa, y en la p. 371 recomienda las obras de Liberatore, Prisco, Costa Rossetti, Meyer, Schifini, Veermersch, Fernández Concha, Rothe, Mendive, Marqués de Vadillo y Rodríguez de Cepeda.

20. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Los dos famosos sitios de Zaragoza*. Discurso de apertura del curso académico 1908-1909, en la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, M. Salas, 1908, p. 10; p. 12: «los españoles en masa se condujeron como un hombre de honor, y la unidad católica española rechazaba la turbia oleada de irreligión y cesarismo de la influencia francesa; el ejército... el clero..., los frailes», y el pueblo, sano en su conciencia y firme en su voluntad..., afrontaron la lucha...»; p. 14: «¿Quién ante la Historia podrá gloriarse de haber echado a los franceses de España?... fue el pueblo, las clases sociales todas y principalmente las más pobres por la vocación o el nacimiento...».

En 1910, se dirigió a la *Acción Social Católica de Zaragoza*, con un discurso titulado *Un homenaje a la verdad: Las elecciones del 8-5-1910 en Zaragoza*, en el que explicó las motivaciones que le llevaron a abandonar esa sociedad de la que había sido socio fundador ²¹.

También pronunció un discurso sobre la fe, los vicios y las consecuencias del ateísmo, ante la Academia de la *Real Congregación de S. Luis*, en 1913. En él, afirmó que los hombres del porvenir son los formados en familias ejemplares y en amistades dignas, que siembran ideas, sentimientos y afectos que irán fructificando y floreciendo en su existencia, y exhortó a los jóvenes a atender a una fe viva, seguida de obras sugeridas por la caridad ²².

Quizás resulte de mayor relevancia jurídica su discurso de 1920 ante la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, cuyo curioso título reza como sigue: *Los obreros, los propietarios y los holgazanes ante la justicia social* ²³. En este pequeño trabajo, abordó la problemática situación laboral y ofreció una serie de criterios éticos y de justicia social encaminados a dar solución a los conflictos y las carencias. En él predomina, en general, un enfoque ético de los problemas y de las soluciones ²⁴.

Mucho más relevante, desde el punto de vista filosófico-jurídico, es el *Tratado de Derecho Natural* de L. Mendizábal Martín, cuyo antecedente inmediato son sus *Principios Morales Básicos* y su *Teoría General del Derecho* de 1915 ²⁵. La primera versión del tratado, del año 1921, se compone de un tomo sobre principios jurídicos fundamentales y Derecho privado y otro de Derecho público ²⁶. Cabe observar que, en líneas generales, comparte con otros manuales de los neoescolásticos contemporáneos el tratamiento de las nociones fundamentales de ética, con carácter previo al estudio del Derecho, así como la división del tratado en parte general y especial. Sin embargo, la extensión de la última edición de su *Tratado de Derecho natural* no tiene

21. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Un homenaje...*, cit.

22. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *La fe...*, cit., p. 25-26.

23. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Los obreros, los propietarios y los holgazanes ante la justicia social*. Conferencia del 5-3-1920, ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, Editorial Reus, 1920.

24. Cfr., por ejemplo, MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Los obreros...*, cit., p. 35, 39, 40. Dice en la última página: «seamos justos..., obremos cortés y moderadamente..., cerce-nemos nuestro exclusivismo jurídico de propietarios y demos sin esperar nada a los ne-cesitados..., favorezcamos las obras sociales.... sometámonos a las leyes..., no hablemos del Cielo aferrados a los bienes de la tierra...».

25. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios morales básicos y Teoría General del Derecho*. Zaragoza, La Editorial, 1915.

26. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Tratado de Derecho Natural*. Madrid, Imp. y En-cuadernación Julio Cosano, 1921.

igual. Comprende tres tomos ²⁷, uno de Teoría General del Derecho y dos de Biología jurídica —término de resonancia krausista con el que designa el Derecho en la vida— ²⁸. La parte especial aborda el Derecho privado, al que dedica el segundo tomo, y el Derecho público, estudiado en el tercero. En cuanto a los principios morales básicos, se limita a remitir a la edición de 1915. El examen exhaustivo de algunos temas de Derecho Civil y de Derecho Público —dividido en Constitucional, Administrativo y Penal—, que lleva a cabo en los respectivos volúmenes, no tiene lugar en ningún otro tratado de la época.

En cualquier caso, la peculiaridad específica de su tratado radica sobre todo en el carácter casi enciclopédico de su obra, en una amplia información sobre las corrientes de pensamiento procedentes del debate cultural europeo y en un cierto eclecticismo que frecuentemente asoma en sus páginas. En todo ello debió jugar un papel no secundario la colaboración de su hijo Alfredo Mendizábal Villalba ²⁹. El libro contiene abundantes citas de pensadores contemporáneos, introduce términos importados de otras corrientes —como el de teoría general del

27. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Tratado de Derecho natural*, tomo I: *Teoría fundamental del Derecho*. Madrid, Imp. Clásica Española, 1928; tomo II: *El Derecho en la vida. Sección 1.ª: Derecho Privado*, Madrid, Imp. Clásica Española, 1929; tomo III: *El Derecho en la vida. Sección 2.ª Derecho Público*. Madrid, Nueva Imprenta Radio, 1931.

28. Dice al respecto GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica y Neotomismo*. Barcelona, Ariel, 1969, p. 329-330: «Más moderno nos aparece hoy Luis Mendizábal Martín... Si bien matizados, empleará términos como el de «biología jurídica», emparentado con el positivismo reinante, o el de «teoría general del derecho», relacionado con la dirección formalista de la filosofía del Derecho»; ID., «El pensamiento jurídico en la España de la Restauración». En *Estudios de filosofía del Derecho y Ciencia jurídica, en Memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*. José Iturmendi y Jesús Lima (eds.). Madrid, Facultad de Derecho y Centro de Estudios Constitucionales, 1985, Tomo II, pp. 33-66: «Luis Mendizábal Martín se atreverá a utilizar la expresión «biología jurídica», en sentido, claro está, organicista, debiéndose este uso «ortodoxo» del término quizá a la absorción que el krausismo español hizo del positivismo, desproveyéndole de su médula materialista», p. 41.

29. Cfr. GIL CREMADES, J.J., «Miguel Sancho Izquierdo...», *cit.*, p. 448: «L. Mendizábal... había sido uno de los neoescolásticos más valiosos, junto a Rodríguez de Cepeda... La última edición de su *Tratado de Derecho Natural* había sido corregida por su hijo Alfredo, catedrático de Oviedo, en la línea de un moderno catolicismo representado por Jacques Maritain»; ID., «Filosofía...», *cit.*, p. 572: «Esa colaboración de Alfredo en el *Tratado* es difícil de fijarla en su alcance con seguridad. Si se comparan las ediciones, podría aventurarse esta distribución de trabajo: don Luis discutió más bien sus tesis iusnaturalistas con los positivistas científicos y los positivistas jurídicos de fines de siglo XIX, así como la incipiente sociología científica. Desde otra perspectiva, claro está, eran las mismas fuentes de discrepancia que las del krausista epigonal Adolfo Posada. Sólo un poco conoce y discute el neokantismo de Rudolf Stammler. Las adiciones de Alfredo quizá puedan centrarse en las extensas notas a pie de página que se encuentran en los tres tomos: allí la bibliografía citada incluye casi todo lo publicado en los años veinte de este siglo, tanto en Francia o Italia, como en Alemania y Estados Unidos, incluyendo a Duguit, la teoría de la institución, la teoría pura o el realismo americano. Desde el iusnaturalismo del «refundidor», el diálogo con las distintas corrientes es más abierto, salvo en el caso del formalismo».

Derecho o el de biología jurídica—, adopta planteamientos modernos —como el típicamente idealista de la escisión entre ser y deber ser o la concepción dualista del derecho que admite la existencia de dos órdenes jurídicos, el natural y el positivo, etc.—. Destaca también su concepción del método de las ciencias prácticas, mixto de racional y experimental, y una información notoria de las corrientes sociológicas. Hay que conceder que la obra aporta problemas y elementos nuevos valiosos, que enriquecen el panorama filosófico-jurídico neoescolástico³⁰: por ejemplo, su mayor sentido práctico del Derecho, su insistencia en la necesidad del realismo —aunque no profundice en ello, ni se mantenga fiel a tal postura—, la crítica que hace a la división artificial del derecho en individual y social, etc. Sin embargo, el eclecticismo no siempre es signo de auténtico progreso. Más bien, tiende a permitir la afluencia sutil y disfrazada de errores. Sea como fuere, no deja de ser laudable y fértil su esfuerzo por dialogar con las nuevas direcciones filosóficas de su tiempo.

A lo largo de su obra, es apreciable la huella predominante de L. Taparelli, G. Prisco, V. Cathrein y, también, de T. Meyer, aunque en menor medida³¹. En temas metafísicos y teológicos, es claro el influjo de J. Balmes, J. J. Urraburu y el cardenal Mercier, y, en segundo plano, de los padres J. Mir y J. Mendive³². No se puede olvidar la presencia

30. Ha sido puesta de relieve la mayor actualidad y modernidad de L. Mendizábal Martín, *Cfr.* GIL CREMADES, J.J., *El reformismo.... cit.*, p. 329-330; RECASENS SICHES, L., *Estudios de Filosofía de Derecho*. Barcelona, Bosch, 1936, p. 451; DE CASTRO CID, *La filosofía jurídica de...*, *cit.*, p. 31; PÉREZ LUÑO, A.E., «El Derecho natural en la España del siglo XX». En PUY MUÑOZ, F. (ed.), *Derecho Natural Hispánico*. Madrid, Escelicer, 1973, p. 136-137; ESCALONA MARTÍNEZ, G., *Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española...*, *cit.*, segunda parte, p. 646 y ss.; AGUIRRE OSSA, J.F., *El poder político en la neoescolástica española del siglo XIX.* Pamplona, EUNSA, 1986, p. 430, nota 62; HERVADA, J./SANCHO IZQUIERDO, M., *Compendio de Derecho natural*. Pamplona, EUNSA, 1986, T. III, p. 372: entre los cultivadores del Derecho natural con orientación más o menos aristotélico-tomista en el siglo XX, aparece L. Mendizábal Martín, como «figura clave de España a causa de la influencia que tuvo», junto a los nombres de V. Cathrein, J. Leclercq, G. Renard, L. le Fur, J.T. Delos, G. Graneris, F. Olgiati, L. Lachance, H. Rommen, A. Verdross, etc., muchos de ellos, de hecho, citados en la obra del pensador español.

31. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios morales...*: aparecen continuamente los nombres de Taparelli, Prisco y Meyer; ID., *Teoría fundamental...*: se repiten los cuatro autores mencionados; ID., *Derecho privado...*: sobre todo, se cita a Taparelli, Prisco y Cathrein; y, por último, ID., *Derecho público...*: hay un claro predominio de Taparelli, si bien los otros tres son citados en algunas ocasiones. A diferencia de F.J. González Castejón y R. Rodríguez de Cepeda, conoce, al menos cita, las obras del chileno R. Fernández Concha y del Barón de Lehen —con relativa frecuencia—, y del alemán J. Kleutgen —en algún caso aislado—.

32. Sus nombres se encuentran principalmente en MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios morales...*, y *Teoría fundamental...*, aunque también aparecen los de Urraburu y Mercier en ID., *Derecho privado...* y los de todos ellos, al tratar la importancia del libre arbitrio en el Derecho penal, en ID., *Derecho público...*

de las nuevas direcciones sociológicas: E. Durkheim, L. Duguit, M. Hauriou y F. Geny son citados profusamente por el autor ³³.

Su carácter de figura de transición y de entrada en el siglo XX, así como la colaboración de su hijo en el *Tratado*, hace que sea frecuente encontrar citas de iusnaturalistas más modernos, como G. del Vecchio, G. Radbruch, J. Renard, Burgess, Vareilles-Sommieres, y Le Fur, por un lado, y también, aunque aisladamente, de J. Castán Tobeñas, A. Hernández Gil, G.K. Chesterton, J. Maritain, A. Sertillanges, J.T. Delos, J. Leclercq, etc.

Entre los neoescolásticos españoles de fines del siglo XIX, parece conocer las obras de J.M. Ortí y Lara, C. González, y P. López Sánchez, de un lado, y F.J. González Castejón y Elío, R. Rodríguez de Cepeda, e Hinojosa, de otro ³⁴. Por último, las citas de Krausistas son sensiblemente más abundantes que en otros neoescolásticos ³⁵.

Me propongo ahora acometer el estudio del concepto de derecho y la ciencia del Derecho natural —de trascendencia jurídica notoria—, en el pensamiento del autor.

II. EN TORNO AL CONCEPTO DE DERECHO DE L. MENDIZABAL MARTÍN

El *Tratado de Derecho Natural* del autor ofrece al investigador multitud de temas de indudable interés para la filosofía jurídica, moral y política ³⁶. De todos ellos, quisiera concentrar la atención, en este apartado, en el concepto de derecho. Teniendo en cuenta la urgencia de recuperar el sentido clásico del Derecho, denunciada por insignes

33. Durkheim es nombrado en MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios morales..., Teoría fundamental..., y Derecho público...*; Duguit y Hauriou principalmente, y repetidas veces, en el *Derecho público...*; en cuanto a Geny, se le cita especialmente en la *Teoría fundamental...* Por lo demás, el autor dedica un capítulo de su *Teoría fundamental...* a la relación entre Sociología y Derecho. También cita a Ihering y alguna vez a G. Tarde, Giddings o Toennies.

34. A diferencia de sus dos contemporáneos F.J. González Castejón y R. Rodríguez de Cepeda, cita a P. López Sánchez. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría general...*, cit., p. 18 y 153; ID., *Teoría fundamental...*, cit., p. 373. A partir de ahora, al citar *Teoría...*, me referiré a la séptima edición, mientras que la edición de 1915 será citada como *Teoría general*.

35. Cfr., a modo de ejemplo, MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho público...*, cit., p. 239, 248, 395, 436 —J. Costa—; 320 —Ahrens—; 422, 668 —Dorado Montero—; 563, 582, 583, 584 —Roder—.

36. En su obra, estudia desde la moralidad de las acciones humanas y los distintos factores implicados, hasta la problemática específica de la Administración, del Derecho Penal y del Constitucional, pasando por las diversas instituciones iusprivatistas y múltiples cuestiones de importancia cardinal para la sociedad.

representantes del realismo jurídico contemporáneo ³⁷, no carece de interés el estudio de la posición que mantuvo al respecto uno de los neotomistas españoles más destacados de nuestro pasado próximo.

1. Preliminares: el orden y la ley: la moral y el derecho

Luis Mendizábal Martín no escapó a la costumbre, mayoritariamente seguida por los neotomistas de su tiempo, de preceder el estudio del Derecho de una serie de nociones fundamentales, que constituyen lo que él denominó «principios morales básicos» ³⁸. Estimaba que era conveniente y necesario conocer la conducta humana en general y sus leyes, si se quería comprender adecuadamente la conducta y las leyes relativas al orden jurídico ³⁹.

De acuerdo con las líneas generales de la Neoescolástica jurídica decimonónica, su pensamiento se asienta sobre las bases de una visión teocéntrica y teleológica del universo y un objetivismo ético-jurídico que subraya la importancia central de la ley natural para todo el edificio jurídico. En sus *Principios morales básicos* y parte en su *Teoría fundamental del Derecho*, estudió las nociones de creación y unidad de

37. Cfr., por ejemplo, VILLEY, M., *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Extraído de «La formation de la pensée juridique moderne» —Cours d'histoire de la philosophie du droit, 1961-1966—. Buenos Aires, Ediciones Gherzi, 1981, trad. de Carlos I. Massini, p. 141: «la clave del Derecho natural de Aristóteles y de Santo Tomás residía en una acepción, hoy ya perdida, de la palabra derecho... actualmente, la primera tarea de la filosofía del Derecho nos parecía la de combatir la reducción positivista del Derecho a fórmulas fijas,...»; cfr. VILLEY, M., «Iusnaturalismo-Ensayo de definición», publicado en la *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 17, (1986), y traducido por el Prof. Dr. J.M. Serrano Ruiz-Calderón, en la *Revista de la Facultad de Derecho*. Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho, n.º 77, p. 341-347: con su característico ingenio e ironía, viene a poner de relieve la trascendencia de la perspectiva filosófica desde la que se mira el Derecho y la urgencia actual de una recuperación del sentido clásico del Derecho natural; HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho natural*. Pamplona, EUNSA, 1993, p. 12 y 18; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología jurídica*. Madrid, Civitas, 1988, p. 51-55 y 358-360, y *La encrucijada metodológica jurídica en el renacimiento, la reforma, la contrarreforma*. Discurso leído el día 12-11-1991 ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1991, p. 10; CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, 1993, p. 313-321, y «Nuestros prejuicios acerca del llamado Derecho natural». *Persona y Derecho*, 1988, V. p. 24-25, 188-200.

38. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, cit. Hay quienes, como J. Mendive, hablan de Ética general y Ética especial o Derecho Natural. Cfr. MENDIVE, J., *Elementos de ética general y Derecho Natural*. Valladolid, Imp. Viuda de Cuesta, 1890, y *Elementos de Derecho natural o ética especial*. Valladolid, Imp. Viuda de Cuesta, 1884. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría general...*, cit., p. 452 y nota (1): alude a los escolásticos que con razón, según él, denominan al Derecho Ética especial. En lo que todos coinciden es en sentar unos principios morales previos a la exposición de sus ideas jurídicas, como su fundamento.

39. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos...* cit., 2.ª ed., Tomo I, p. 5; 6, también, *Elementos...*, cit., 3.ª ed., Tomo I, p. VII.

la especie humana, la naturaleza del hombre y su fin, la moralidad, las nociones de orden y ley, el conocimiento del orden moral, la libertad humana, los deberes, etc. 40.

Se comprende que el autor privilegiara el examen de los principios morales básicos, habida cuenta de la estrecha relación entre religión, moral y derecho y la excelencia de la ciencia moral 41, por un lado, y la proclamación unánime de la necesidad urgente de moralizar la sociedad, que hicieron las distintas corrientes de pensamiento español de la pasada centuria.

Entre las nociones estudiadas en esta parte por el autor, sobresalen, por su trascendencia, la de orden y la de ley, a las que parece obligado hacer referencia, con más razón por cuanto los neoescolásticos contemplaron el fenómeno jurídico precisamente desde la perspectiva de la ley y el orden, perdiendo un tanto de vista el sentido clásico del derecho como objeto de la justicia, como la *res* justa, el *quod justum est* de cada caso.

Según L. Mendizábal, el orden implica la existencia de seres ordenados, un principio ordenador y una serie de relaciones entre ellos. En este sentido, el orden moral es «el conjunto de relaciones que deben mantener los seres morales con sujeción a un principio superior de perfección moral que las determina» 42.

40. Sobre los temas citados, cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, cit., p. 26 y ss.; cfr. ID., *Principios...*, cit., p. 38 y ss., p. 261, y ID., *Teoría...*, cit., p. 67-82, p. 128-130; cfr. ID., *Principios...*, cit., p. 158-162; cfr. ID., *Principios...*, cit., p. 65 y ss., e ID., *Teoría...*, cit., p. 173 y ss.; ID., *Principios...*, cit., p. 75 y ss., e ID., *Teoría...*, cit., p. 175-6; ID., *Teoría...*, cit., p. 21; ID., *Principios...*, cit., p. 108 y ss., e ID., *Teoría...*, cit., p. 244 y ss.; ID., *Principios...*, cit., p. 182 y ss., e ID., *Teoría...*, cit., p. 349-350; ID., *Principios...*, cit., p. 255-258.

41. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, cit., p. 15 y ss. Si la ciencia es «el conocimiento de un sistema de verdades sobre un objeto determinado, deducido de principios ciertos y evidentes» —p. 8, nota—, la ciencia moral, en concreto, es la que mediante las luces de la razón, expone y demuestra las normas que coordinan los actos humanos o los ordenan directamente, según principios de perfección moral, encaminándolos a la consecución del bien supremo del hombre —p. 16—.

42. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, cit., p. 65 y ss.; ID., *Teoría...*, cit., p. 173 y ss. Recordemos que, para SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*. Madrid, BAC, 1958, lib. XIX, cap. 13, n. 1, p. 1398, el orden es una disposición de cosas semejantes o dispares, que atribuye a cada una el lugar que le corresponde. El resultado del orden es la paz: tranquilidad del orden. «Pax omnium rerum, tranquillitas ordinis. Ordo est parium disparium que rerum sua cuique loca tribuens dispositio». SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Comentario de la Ética a Nicómaco*. Trad. de A. M.^a Mallea, edic. CIA-FIC, 1983, libro 1, lección 1, n. 1, 2 y 3, p. 3: tras distinguir un doble orden en las cosas —«uno, según se hallan las partes de un todo o de un conjunto entre sí...; otro es el orden de las cosas respecto al fin, y este orden es más principal que el primero. Porque, como dice el Filósofo en la *Metafísica*, en el ejército el orden de sus partes entre sí es por el orden de todo el ejército al jefe» (n. I)—, advierte la existencia de cuatro órdenes: el orden físico y ontológico «ordo rerum naturalium», el orden lógico, el orden de la acción exterior del hombre, objeto del arte y la técnica, y, por fin, el orden moral de la acción humana en sí misma «ordo actionum voluntariarum», objeto de la ciencia moral. Sobre el principio de finalidad, que es muy importante, porque «es propio de la Filosofía Moral considerar las

Este orden moral está regido por el principio que manda hacer el bien y, en la parte referida al orden jurídico, por ese mismo principio en cuanto ordena lo necesario para la armonía social ⁴³. La objetividad del orden moral y, por tanto, del jurídico viene dada por la objetividad de los términos en que la proporción consiste: tanto los seres morales como sus fines son igualmente objetivos ⁴⁴.

Intimamente relacionada con la noción de orden se presenta su teoría de la ley, según la cual la ley, «dirección a fin impuesta a los seres conforme a su naturaleza, por el superior respectivo» ⁴⁵, puede ser divina o humana, según su autor, y la divina, a su vez, se divide en natural y revelada, según su promulgación ⁴⁶.

Entiende por ley moral humana la «ley eterna en cuanto rige las acciones del hombre que lo encaminan al último fin», ley que se caracteriza

operaciones humanas en cuanto están ordenadas entre sí y con respecto al fin» (n. 2), *cfr.* SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*. Tomo IV. Madrid, BAC, 1954, qu. 1 y ss., p. 84 y ss.; *contra Gentes*, libro III, cap. 2 —«Todo agente obra por un fin»—, cap. 16 —«El fin de todas las cosas es el bien»— y cap. 17 —«Todo está ordenado a un solo fin, que es Dios»—, p. 82 y ss., p. 117 y p. 118, respectivamente; *Comentario de la ética a Nicómaco, cit.*, lib. 1, lec. 1, n. 3: «el sujeto de la filosofía moral es la actividad humana ordenada a un fin, o sea el hombre como agente voluntario en vista del fin». En la introducción de la BAC a la ley eterna, *Suma Teológica, I-IIae*, Tomo VI, qu. 93, p. 78, se indica que Santo Tomás recogió las ideas de San Agustín, encajándolas perfectamente «dentro de la magnífica estructura de aquella concepción tomista de la providencia y gobierno divino del mundo». *Cfr.* *Suma Teológica, I*, Tomo I. Madrid, BAC, 1959, qu. 22-23, p. 764 y ss., p. 777 y ss.; y Tomo III Madrid, BAC, 1959, qu. 103, p. 728 y ss. El orden universal del mundo y, dentro de él, el moral, son fruto de la ley eterna, que todo lo rige y gobierna, ordenando las cosas entre sí —bien común intrínseco— y dirigiéndolas al bien común extrínseco —la bondad de Dios, manifiesta objetivamente en ese orden universal—: *cfr.* *Suma Teológica, I*, Tomo I, qu. 15, a. 2, p. 627 y ss.; qu. 21, a. 1, p. 746 y ss., p. 751 y ss.; Tomos II-III. Madrid, BAC, 1959, qu. 47, a. 1 y a. 3, p. 550 y ss., p. 557 y ss.; *I-IIae*, Tomo V. Madrid, BAC, 1954, 71, a. 6, p. 607 y ss.; *I-IIae*, Tomo VI, qu. 93.

43. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, *cit.*, p. 182.

44. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, *cit.*, p. 66-67.

45. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios...*, *cit.*, p. 75. *Cfr.* SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*, Tomo VI, *cit.*, qu. 90, a. 4, resp., p. 42: «La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad»; qu. 90, a. 1, resp., p. 35-36: «la ley es una especie de regla y medida de los actos, ... es algo propio de la razón».

46. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios... cit.*, p. 75 y ss.; ID., *Teoría... cit.*, p. 175-176. La ley dada por Dios es «la Razón o Voluntad de Dios que manda guardar el orden natural y prohíbe perturbarlo», según la definición de San Agustín. La ley eterna, el orden del universo preexistente en la Mente Divina, querido por su voluntad e impuesto a sus criaturas, se llama ley natural en cuanto pueda ser conocida por la sola razón. Por eso, Santo Tomás define ésta como participación de la ley natural en la criatura racional. La ley natural es comprendida «en sus principios —sindéresis— y en sus aplicaciones concretas —conciencia moral— por la inteligencia humana, bien que con la imperfección inherente a nuestras facultades».

por ser divina, eterna, universal, necesaria, inmutable y fundamento de la ley positiva ⁴⁷.

La confusión entre el derecho y la ley, muy habitual en la neoescolástica, aparece continuamente: el derecho natural se identifica con la ley natural y el derecho positivo coincide con las leyes positivas ⁴⁸.

En este orden de cosas, conviene señalar que parece ciertamente difícil lograr una delimitación precisa de los campos moral y jurídico desde los principios que sienta el autor ⁴⁹. De hecho, si bien alaba la doctrina admirable de Santo Tomás al respecto ⁵⁰, a la hora de exponer

47. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Principios... cit.* p. 77. Respecto a la ley positiva, Cfr. ID., *Teoría... cit.*, p. 357, donde la define como «dirección jurídica promulgada e impuesta por el soberano de una sociedad a los que se hallan sometidos a su potestad».

48. Cfr., a modo de muestra, MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 40: «El derecho natural se refiere a la ley impuesta por Dios a la naturaleza humana, en cuanto se refiere a la realización del fin jurídico... Esta ley la conocemos y aplicamos... pero con la imperfección propia de nuestra propia naturaleza...», p. 37: «el Derecho natural es no sólo fuente remota del Derecho positivo, sino su necesario complemento pues... en esos vacíos frecuentísimos que surgen al aplicar la ley a la vida real, nuestra razón acude al Derecho Natural, a lo que debe ser sin que pueda ningún hombre de sano juicio decir: aquí no hay ley positiva, luego no hay Justicia en esta relación de Derecho». La cursiva es mía. A su vez, al sentar los principios de los que parte para aclarar la relación entre Derecho y Moral, habla de ley jurídica —que es el Derecho— y ley moral, de la conducta y las leyes relativas al orden jurídico, etc. Cfr. ID., *Teoría... cit.*, p. 452-453. O también «el derecho es la ley que existe y el positivo la ley que se forma», p. 425. Las mismas afirmaciones aparecen en ID., *Teoría general... cit.*, p. 20-22, 30, 212; en la p. 233, donde resume su Teoría general del Derecho, la equiparación entre Derecho y ley jurídica, entre la pareja Derecho natural-Derecho positivo y ley natural-ley positiva es evidente.

49. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 452-453: a) la ley moral y la ley jurídica comparten un mismo sujeto, el hombre, un mismo fin, la realización de su bien, y un mismo objeto, la ordenación consecuente de la conducta de los hombres, b) los principios fundamentales de la ética general en que se basan todos los deberes, estudiados en la ética especial o derecho natural, son el presupuesto necesario de los derechos; c) la naturaleza humana, como tendencia radical del hombre al bien, exige la subordinación de los distintos bienes al bien propio y adecuado a que su voluntad racional aspira; de ahí que, para comprender la conducta y las leyes relativas al orden jurídico, sea esencial conocer previamente la conducta humana en general y sus leyes. Cfr. ID., *Teoría general... cit.*, p. 150.

50. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 458. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, Tomo VIII, *cit.*, qu. 58, a. 1, resp., p. 271, a. 11, resp., p. 293: «la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a otra persona, a la que somos ordenados por la justicia. Ahora bien, llámase suyo —de cada persona— lo que se le debe según una igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo». En cuanto a la alteridad de la justicia y a las operaciones exteriores como materia suya, cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica II-IIae*, Tomo VIII, *cit.*, qu. 57, a. 1, resp., p. 232: «Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar (o regir) al hombre en las cosas relativas a otro. Implica, en efecto, cierta igualdad... y la igualdad se establece en relación a otro. En cambio, las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que

los criterios de distinción entre moral y derecho, es decir, entre la ley moral y la ley jurídica, con las que los identifica, L. Mendizábal Martín sigue a iusnaturalistas de su tiempo —Le Fur, Costa-Rossetti, etc.— 51. De este modo, derecho y moral vienen a distinguirse por su fin, por los actos que regulan, por su forma de promulgación y por el modo de cumplimiento y sanción 52. En realidad, el punto clave es la referencia del derecho al orden social y sus exigencias 53.

le conciernen en sí mismo... Lo recto en el acto de la justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye en atención a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro», qu. 58, a. 2, resp., p. 273-274: «como el nombre de “justicia” entraña igualdad, es de esencia de la justicia el referirse a otro, porque nada es igual a sí, sino a otro. Y puesto que a la justicia pertenece rectificar los actos humanos, es necesario que esta igualdad que requiere la justicia sea de individuos diversos capaces de obrar. Mas las acciones son de las personas... Luego la justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos. Y, por ende, no existe sino de un hombre a otro»; Vol. 4, p. 274-275: «Las acciones del hombre respecto de sí mismo son rectificadas suficientemente al ser rectificadas sus pasiones por otras virtudes morales; pero las acciones que se refieren a otro necesitan una especial rectificación, no solamente en relación al agente, sino también respecto de aquél a quien se refieren. Y por esto acerca de ellas hay una virtud especial, que es la justicia»; qu. 58, a. 8, resp., p. 287: «como la justicia se ordena a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto, esto es, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro»; qu. 57, a. 1, resp., p. 232: el derecho es lo justo, el objeto de la justicia, lo recto en el acto de justicia que se constituye en atención a otro sujeto, hecha abstracción del agente, lo que según alguna igualdad corresponde a otro.

51. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 457, nota (1): por ejemplo, Costa-Rossetti fundamenta la moralidad intrínseca y natural del Derecho en que si la ley jurídica no fuera moral, no sería inviolable y el único modo de procurar su cumplimiento sería la coacción. «De no incurrir en el positivismo jurídico, ha de reconocerse que, si el Derecho se funda en la ley natural, no es diverso de la Ética...»; p. 460-461, nota (1): Le Fur, por su parte, sostiene que «La moral social sobrepasa al Derecho porque es una, regla de vida general, mientras que el Derecho se refiere sólo a reglas necesarias a la vida social, aquéllas cuyo respeto se impone a los individuos porque si no el funcionamiento normal de la sociedad sería imposible... El Derecho no es en suma sino una parte de la Moral... El amor al bien es el fundamento de ambos, pero en el Derecho se limita al *minimum* necesario para la vida social, que a este título puede ser impuesto». Sobre la posición de Ripert, Joserand, Delos y Le Fur, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno al Derecho natural*. Madrid, Org. Sala Editorial, 1973, p. 161-162.

52. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 459-460: el Derecho persigue el orden social, atiende sólo a los actos indispensables para la existencia y desenvolvimiento armónico del individuo y la sociedad, es promulgado por la autoridad social en la medida que las necesidades y circunstancias lo requieran y permitan, y, en fin, el cumplimiento de los deberes jurídicos es exigible con coacción y su sanción es impuesta por la autoridad social y se refiere directamente al orden externo. En otra edición de su Tratado apunta estos mismos criterios como delimitadores de la ley jurídica y la ley moral. Cfr. ID., *Elementos...*, 2.^a ed., tomo I, p. 7; ID., *Teoría general...*, cit., p. 167.

53. En otro lugar, observa que, si la ciencia moral se divide en tres ramas —individual, social y religiosa—, el Derecho se refiere a la segunda, de la que las leyes jurídicas toman sus preceptos. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos...*, 2.^a ed., Tomo I, p. 5. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*, tomo VI, cit., qu. 99, a. 4, resp., p. 259: distingue entre los preceptos morales, los ceremoniales y los judiciales; qu. 100, acerca de los morales, y qu. 104-105, sobre los judiciales. Sobre la relación entre moral y derecho, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., *En torno...* cit., p. 65-172.

2. El ser del Derecho para L. Mendizábal Martín: caracteres, clases y problemas que plantea

a) *Triple perspectiva desde la que contempla el Derecho. La noción de justicia social y la división del Derecho en objetivo y subjetivo*

L. Mendizábal contempla el **concepto de derecho** desde una triple perspectiva: la de lo justo, en su acepción objetiva —la ley— y en su dimensión subjetiva —como facultad—. Según él, se puede omitir el primer sentido del término, ya que la justicia es esencia y alma del Derecho más que el Derecho mismo, que se manifiesta como regla dada por la autoridad o como medio de las personas para realizar sus fines individuales y sociales ⁵⁴.

La observación de la realidad y, dentro de ella, de la naturaleza humana —de sus facultades, su superioridad, sus fines y su sociabilidad—, le llevan a deducir la necesidad de una regla que mantenga la uniformidad de los comportamientos humanos, regla cuya esencia sea la justicia social que consiste, según el autor, en «la adecuación de la conducta humana a la coexistencia, la coordinación y la cooperación de todos para la consecución armónica de los bienes individuales y colectivos» ⁵⁵. El Derecho consiste, pues, en «la regla y la facultad de obrar socialmente los hombres y las sociedades humanas, según la proporción marcada por la Justicia». Esta definición abarca las tres facetas dichas: la **justicia** social y las categorías de Derecho objetivo —**regla**— y Derecho subjetivo —**facultad**— que, siguiendo la pauta común de la neoescolástica, adopta L. Mendizábal. Es menester, por tanto, dilucidar y captar el significado que el autor da a cada una de estas nociones ⁵⁶.

54. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 17-18. Esta consideración del Derecho como un medio para la consecución del fin o bien jurídico, de la armonía social, aparece reiteradamente, sea refiriéndose al Derecho como ley, sea al Derecho como facultad, se señala que el Derecho se ordena a la realización de los fines individuales y sociales. Cfr. ID., *Teoría.. cit.*, p. 177 —el Derecho objetivo es un conjunto de leyes para la consecución armónica de los fines individuales y colectivos en la vida social—, p. 199 —es muy importante definir el Derecho subjetivo teniendo en cuenta el fin jurídico para el que sirve como medio—, p. 296 —el fin que persigue la relación jurídica consiste en proporcionar los medios necesarios para el logro armónico de los fines individuales y colectivos de la vida social—. La misma posición sostiene en su *Teoría general... cit.*, p. 13 y ss.

55. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 23.

56. Cfr. SCHOUPPE, J.M., *Le réalisme juridique, cit.*, p. 103-104: «Loi, juste, faculté: telles sont les acceptions traditionnelles que Mendizábal reprend à son

Llama la atención desde un principio la distinción que hace entre **la justicia y el bien jurídico**, de modo que el fin del arte del Derecho no resulta ser la justicia, sino la coexistencia de los hombres y el orden social, bien al que se ordena aquélla. En efecto, el autor considera que el dar a cada uno lo suyo tiene un carácter imperativo y requiere en todos los juicios relativos al orden jurídico un principio de presuposición. Se trata del principio moral «haz el bien» que, aplicado al orden ético-jurídico, se convierte en «haz el bien en cuanto es necesario para la armonía social». Consiguientemente, el fin de la justicia en el orden objetivo está en «la coexistencia y coordinación de los hombres y de las actividades individuales en una progresiva síntesis social, en una sociedad lo más amplia y perfecta posible»⁵⁷.

Como se ve, para L. Mendizábal existe un bien jurídico íntimamente ligado al bien moral del hombre: «la coexistencia de todos los hombres, considerados como personas destinadas al mismo fin supremo, y la coordinación y cooperación de los mismos para el conseguimiento de los bienes individuales y colectivos, en las sociedades de que forman parte y con tendencia progresiva a la formación de la sociedad más amplia y perfecta posible, según normas de rectitud moral». En este sentido, la excelencia del Derecho está, precisamente, en su carácter ético, ya que el Derecho es rectitud de la conducta humana y el fin o bien del hombre en la vida presente es la rectitud con que

compte, tout en s'empresant d'ajouter: "on pourrait même éliminer la seconde acception, en distinguant la justice, qui est l'essence et l'âme du droit, des deux formes dans lesquelles celle-ci se manifeste, soit en s'imposant comme règle par le biais de l'autorité, soit en se constituant comme moyen appartenant aux personnes pour la réalisation de leurs fins individuelles et sociales". Cet extrait est significatif du peu d'importance accordée par l'auteur à l'acception du droit comme juste. Le droit est imprégné de justice —c'est son essence—, mais il est loi ou faculté. Cette façon de voir se retrouve dans la formule que propose l'auteur pour synthétiser les trois sens du droit. Celui-ci est défini: "la règle et la faculté permettant aux hommes et aux sociétés humaines d'agir socialement, selon la proportion marquée par la Justice". En réalité, cette définition —à nos yeux—reconnait plutôt ici comme le critère de juridicité de la norme et de la faculté: la norme et la faculté sont expressions du droit dans la mesure où la norme est une formulation de la proportion indiquée par la justice, et dans la mesure où la faculté est exercée selon une juste proportion».

57. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Los obreros...*, cit., p. 15; ID., *Teoría general...*, cit., p. 35 y 77; ID., *Teoría...* cit., p. 181-182. Sobre la justicia como acto segundo, que presupone el Derecho, en un sentido realista, cfr. PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*. Madrid, Rialp, 1990, p. 89; y HERVADA, J., *Introducción...*, cit., p. 23 y ss. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, Tomo VIII, cit., qu. 57, a. 1, resp., p. 232: el Derecho es lo justo, lo que según alguna igualdad es adecuado a otro, el objeto de la justicia; qu. 58, a. 1, resp., p. 271: «justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho», siendo el derecho lo suyo, lo justo concreto en una relación.

avanza hacia su último fin, supremo bien. Por tanto, *el Derecho justo* es parte muy excelente del orden moral, objeto de la justicia y asunto del *estudio filosófico del Derecho natural* 58.

Según Mendizábal, «la justicia se determina por la ley jurídica denominada Derecho objetivo, que confiere, de una parte, facultades llamadas derechos... que forman el Derecho subjetivo, y de otra, la limitación de nuestras facultades por los deberes jurídicos» 59.

Aunque se profundizará en ello más adelante, conviene señalar que el autor estima necesario pasar de lo que considera principios a la práctica, que es lo que interesa al Derecho. Este paso consiste en transformar las normas de justicia pura —que identifica con la ley natural que late en los preceptos jurídicos— en reglas positivas —las de la justicia permitida por las circunstancias históricas—. De esta manera, la justicia natural es el fundamento de la justicia positiva, esencia y razón de la ley positiva 60. Distinguiendo entre lo racional y lo empírico, desde una perspectiva idealista de la justicia y el derecho natural, el autor considera que por un lado está la justicia y por otro los hechos, que no se pueden confundir el Derecho natural y el positivo 61.

Dentro de las coordenadas trazadas, cabe una doble contemplación de la justicia: como justicia social, objetivamente considerada, consiste en la proporción entre dos términos igualmente objetivos, el hombre y su fin jurídico, y «se propone la coexistencia de las actividades individuales y el incremento de las mismas en el seno de una asociación cada vez más perfecta» 62. Desde una perspectiva subjetiva, la justicia es la «virtud del sujeto de derecho de dar a los demás lo que les corresponde,

58. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 135. La cursiva es mía. La confusión entre derecho natural y filosofía del derecho, es una herencia kantiana típica del siglo pasado. El tema se examinará en el apartado sobre la ciencia del Derecho natural.

59. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos...*, 2.^a ed., Tomo II, p. 5.

60. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Los obreros...* cit., p. 16-17.

61. Cfr. MENDIZÁBAL, MARTÍN, L., *Teoría...* cit., p. 140. Sobre lo justo natural y positivo, cfr. CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios...», cit., p. 190-191: «La ley, ciertamente, puede ser “natural” y, en tal caso, suele expresar principios de justicia muy evidentes; pero el Derecho no puede ser dividido tajantemente en “natural” y “positivo”. Efectivamente, el Derecho, lo justo concreto, es crear, en cada caso por varias causas, algunas de las cuales pueden ser principios evidentes de justicia, esto es, constituir “ley natural”; en tal caso, decimos que los principios de justicia “naturales” *concurrén* con otros datos en la resolución de ese problema. “Concurrir” no quiere decir yuxtaponerse... quiere indicar, más bien, que los principios naturales de la justicia son *asumidos* por las otras exigencias que plantea el caso. En consecuencia, “lo justo”, o la solución justa, es en parte “natural” y en parte “positiva” ... Esto quiere decir, entre otras cosas, que lo justo natural (de ordinario es preferible esta expresión a la de “Derecho natural”) viene creado y determinado en muy buena medida por las leyes humanas».

62. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...* cit., p. 137 y ss.; ID., *La fórmula de la justicia*, cit., p. 9.

en cuanto se halla a su cargo facilitárselo y respetarlos en la posesión y disfrute de lo que les pertenece»⁶³.

Por lo que hace a la clasificación tradicional de la justicia en conmutativa, distributiva y legal, en uno de sus primeros trabajos, L. Mendizábal reconoce sólo dos tipos de justicia⁶⁴. Posteriormente, en su última edición del Tratado, aparecen las tres especies de la justicia: «considerada la sociedad como un organismo total, cuyas partes son los individuos, podremos referir la justicia bien a las relaciones que mantengan entre sí las partes (conmutativa), o el todo respecto a las partes (distributiva), o las partes respecto del todo (legal)»⁶⁵. La justicia conmutativa dirige el orden de una persona privada a otra, los cambios que se

63. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, *Teoría... cit.*, p. 153 y ss.; ID., *Los obreros... cit.*, p. 14; ID., *La fórmula de la justicia cit.*, p. 9 y 10; ID., *Teoría general... cit.*, p. 35 y ss. Cfr. ID., *Principios jurídicos fundamentales*, de 1921, *cit.*, p. 63-64: «la justicia social puede tomarse en dos sentidos, en el de relación del acto con el fin jurídico y en el de hábito moral de guardar esta relación; en el primer sentido, podemos definirla según la idea de Dante: “la proporción entre los hombres, relativa a las cosas y a las personas, la cual, observada, conserva la sociedad y, destruida, la destruye”, cuya definición viene a estar conforme con nuestro concepto, bien que no explique cuál sea el objeto de la justicia; y por ello, así como la *moralidad* está en la relación que guardan nuestras acciones con nuestro último fin, la *justicia* estriba en la *proporción de nuestros actos con el fin jurídico*».

64. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *La fórmula de justicia, cit.*, p. 7-8: la particular, generalmente llamada conmutativa, y la pública, que mira al bien común como su objeto y coordina todos los elementos sociales en orden a conservar y perfeccionar la sociedad. Esta comprende la justicia de subordinación, la contributiva, la distributiva y la punitiva. No se entiende bien por qué hace semejante división, ya que en fechas anteriores a la publicación de *La fórmula de la justicia* de 1900, ya distinguía las tres especies de justicia. Cfr. ID., *Programa de Elementos de Derecho Natural*. Zaragoza, Imp. de Ramón Miedes, 1897, p. 21. Cfr. ID., *Elementos... 2.ª ed.*, Tomo II, p. 5. Santo Tomás distingue la justicia general o legal de la particular, que puede tener como materia los cambios o las distribuciones. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, tomo VIII, *cit.*, qu. 58, a. 5, resp., p. 279: hay dos modos de ordenar al hombre con relación a otro, que es lo que hace la justicia, considerándolo individualmente y considerándolo en común en cuanto que el que sirve a la comunidad, sirve a todos los hombres que contiene; qu. 58, a. 7, resp., p. 285: «además de la justicia legal, que ordena al hombre inmediatamente al bien común, debe haber otras virtudes que inmediatamente ordenen al hombre en torno de los bienes particulares, los cuales pueden referirse a sí mismo o a otra persona singular...; es conveniente que haya... una justicia particular que ordene al hombre acerca de las cosas que se refieren a otra persona singular»; Vol. 2, p. 285: «El bien común de la ciudad y el bien singular de una persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según diferencia formal; pues una es la razón del bien común y otra la del bien singular, lo mismo que se distinguen el todo y la especie».

65. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 160-161. Escribe que «según Cathrein, sólo puede llamarse justicia en sentido estricto la particular, no la legal o general, porque sólo aquella tiende a establecer la igualdad, que es la medida de la verdadera justicia» y que «precisamente, ese momento jurídico de la igualdad vamos a verlo representado, con los más firmes trazos, en la conmutativa», p. 61. *La Ética a Nicómaco* aristotélica y la *Suma Teológica, II-IIae* de Santo Tomás son profusamente citadas en estas páginas.

realizan entre dos personas recíprocamente y a ella le corresponde la igualdad aritmética ⁶⁶. La justicia distributiva, por su parte, busca la proporción de las cosas a las personas, según la igualdad geométrica, y se divide en dos ramas: la remuneradora y la punitiva ⁶⁷. Finalmente, mediante la justicia legal o general el hombre cumple la ley que dirige las virtudes al bien común ⁶⁸.

66. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 161, p. 163.

67. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 163, p. 169. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, tomo VIII, cit., qu. 61, a. I, resp., p. 350-351: «la justicia particular se ordena a una persona privada, que respecto de la comunidad es como la parte al todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: uno, en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es regido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes. Por consiguiente, son dos las especies de justicia: la distributiva y la conmutativa»; sol. 2, p. 351: «lo que es del todo es en cierta manera de la parte; por esto mismo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre los individuos, recibe cada cual en cierto modo lo que es suyo»; sol. 3, p. 351: «El acto de distribución que se hace de los bienes comunes pertenece solamente al que tiene a su cargo estos bienes comunes; pero la justicia distributiva reside también en los súbditos a quienes se distribuyen aquéllos, en cuanto están contentos con la justa distribución...». «Además, si se distribuyen los bienes de una familia, podrá hacerla la autoridad de una persona privada»; a quienes dicen que lo justo distributivo pertenece a la justicia legal, responde en la sol. 4, p. 351-352: «Todo movimiento recibe su especie del término y, por lo tanto, a la justicia legal pertenece ordenar al bien común las cosas que son de las personas privadas; al contrario, ordenar al bien común a las personas particulares por medio de la distribución es propio de la justicia particular»; sol. 5, p. 352: «La justicia distributiva y la conmutativa no solamente se distinguen según lo uno y lo múltiple, sino según la diversa razón de débito; pues de un modo se debe a alguien lo que es común, y de otro modo lo que le es propio»; a. 2, resp., p. 353-354: la determinación del medio en la justicia distributiva se hace según la proporción de las cosas a las personas, según la proporcionalidad geométrica, y en la conmutativa, es preciso igualar cosa a cosa, de suerte que cuanto éste tenga de más en lo que le corresponde, otro tanto debe restituir a aquel a quien pertenece, pues de este modo se realiza la igualdad según la media aritmética; a. 3, resp., p. 355-356: «La justicia tiene por objeto ciertas operaciones exteriores, es decir, la distribución y la conmutación, que consisten en el uso de realidades exteriores: cosas, personas y obras... Si tomamos como materia de una y otra justicia las acciones principales por las cuales nos servimos de las personas, de las cosas y de las obras, entonces en una y otra justicia descubrimos diversa materia, porque la distributiva regula las distribuciones y la conmutativa los cambios».

68. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 164-165. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, tomo VIII, cit., qu. 58, a. 5, resp., p. 280. La justicia general es la que ordena los actos de todas las virtudes al bien común y «puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, ... tal justicia denominada “general” en el sentido expresado, es llamada “justicia legal”; qu. 58, a. 6, resp., p. 282-283: la justicia legal se denomina virtud general según su virtud, en cuanto ordena el acto de otras virtudes al bien común, lo que equivale a mover imperativamente todas las otras virtudes, pero “la justicia es virtud especial en su esencia, en cuanto mira al bien común como objeto propio. Y así radica en el príncipe como principal y arquitectónicamente; en cambio, en los súbditos está secundaria y como administrativamente”».

En cualquier caso, el objetivismo moral y jurídico es una constante en el pensamiento del autor, así como la confusión entre derecho natural y ley natural ⁶⁹.

En conexión con su concepto de orden y su teoría de la ley, se presenta la división del derecho en objetivo y subjetivo. El fundamento del orden jurídico —escribe Mendizábal— se sitúa, remotamente, en Dios, y, próximamente, en la verdad de las relaciones que comprende. Sin la ley natural de origen divino, reconocida por griegos y romanos, asevera, no cabe Filosofía del Derecho alguna ⁷⁰. En este sentido entiende que el Derecho natural sirve de fundamento sólido al Derecho positivo.

Derecho objetivo y subjetivo se refieren al bien jurídico, en los términos en que ha sido definido, no al moral en toda su amplitud, es decir, persiguen garantizar el orden social. El derecho objetivo es el «conjunto de leyes prescritas por el derecho al hombre, cognoscibles por la razón y congruentes a su naturaleza, que declaran, regulan y limitan la libre actividad humana, en cuanto es necesaria para la consecución armónica de los fines individuales y colectivos en la vida social» ⁷¹. Piensa que la promulgación, la coacción y la sanción son momentos posteriores a la formación de la ley, por lo que no deben incluirse en la definición ⁷². Una vez más, L. Mendizábal subraya la naturaleza ética de la norma jurídica y la esencial armonía que debe darse entre la moral y el derecho ⁷³.

69. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 224-227, donde explica que hay una Moral y una Justicia objetivas, que conocemos y aplicamos, que equivalen a «la ley escrita en el corazón» de San Pablo. En relación con la identificación entre Derecho y ley natural, VALLET DE GOYTISOLO, J., «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny». *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVIII, n.º 4, p. 816, observa el alejamiento del neotomismo decimonónico respecto de la tradición aristotélico-tomista. Siguiendo a F. Suárez, los neotomistas partieron de un concepto restrictivo del Derecho natural, que comprendía sólo los primeros principios y los inmediatamente dimanantes. Mientras el método clásico combinaba la captación de los primeros principios por medio de la *sindéresis* con la inducción de la experiencia y los juicios prudentiales de la razón práctica, los neoescolásticos utilizaron un método incompleto y parcial. Marginando la experiencia histórica, la realidad en toda su flexibilidad y riqueza, inaprehensible en fórmulas y principios fijos, los representantes del neotomismo proyectaban los principios universales e inmutables de la ley natural a la actividad humana y sus normas.

70. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 181: «Hace notar Cathrein que una Filosofía del Derecho es inconcebible sin un Derecho Natural; y, en efecto, la ley natural, de origen divino, aparece claramente reconocida y acatada entre los filósofos griegos y entre los romanos, culminando en Cicerón». Es patente la confusión entre Derecho y ley y entre Derecho natural y filosofía jurídica.

71. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 177; ID., *Teoría general...*, cit., p. 48-49.

72. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 179. Para Santo Tomás, la promulgación y la fuerza coactiva no son propiedades del Derecho, sino de la ley, y en lo que a ésta concierne, pertenecen a su misma esencia. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica I-IIae*, tomo VI, cit., qu. 90, a. 4, resp., p. 42, sobre la promulgación; qu. 90, a. 3, sol. 2, p. 41; qu. 91, a. 1, sol. 3, p. 52-53, sobre la fuerza coactiva de la ley.

73. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 187.

El derecho subjetivo, por su parte, es «la facultad moral inviolable que tiene la persona jurídica para poseer, obrar, omitir o exigir lo que pueda serle útil para la obtención de su fin y no se encamine, directamente, a impedir el bien o a causar el mal de los demás»⁷⁴ y se caracteriza por ser: espiritual, moral, inviolable, inalienable, irrefragable y exigible⁷⁵.

La correlatividad entre los deberes y los derechos deriva de la relación existente entre derecho objetivo y subjetivo, de modo que, siendo la ley jurídica o derecho objetivo norma de la conducta humana, del derecho norma derivan los deberes por ella impuestos a unos y los derechos correspondientes a otros por la misma ley atribuidos. Por lo demás, frente a la objeción hecha a la correlatividad entre derechos y deberes, que sostiene que no todo deber moral se refiere a un derecho social, se encarga de precisar que ha de tratarse de deberes con las notas propias del orden ético-jurídico, es decir, con los caracteres de la justicia social: la eticidad y la juridicidad, pues de otra forma se trataría de términos dispares. Por ello, concluye afirmando que «resulta probado que así como a todo derecho humano corresponde un deber, así también a todo deber jurídico corresponde un derecho social»⁷⁶.

El origen del derecho como facultad se halla en la preferencia concedida o reconocida a uno, respecto de ciertos medios o cosas, con la limitación correspondiente en los demás. La regla constante y general que determina esa preferencia y limitación es el derecho como regla y el principio activo que formula esa regla, estableciendo el derecho y haciéndolo cumplir, es la Autoridad⁷⁷. Por ello dice que «el derecho, la ley y la autoridad los encontraremos en todas las épocas de la vida de las sociedades» y que «la preferencia constitutiva del derecho, cuando sea conforme a la justicia, es un medio adecuado al conseguimiento del fin humano, y, por lo tanto, ha de ser sancionada por la ley que rige las relaciones de la humana sociedad, y reconocida en favor de los hombres a quienes en cada caso corresponda; dando lugar, en el primer supuesto, a la regla jurídica y en el segundo a la facultad correspondiente, que constituyen los dos aspectos objetivo y subjetivo, a los cuales se aplica concretamente en cada proporción marcada por la

74. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 199-200; ID., *Teoría general... cit.*, p. 53.

75. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 209-210.

76. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 209-210. La objeción es planteada por PRISCO, G., *Filosofía del Derecho fundada en la Ética*. Madrid, Imp. y Lib. Miguel Guijarro, 1879, p. 198. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 207-8 y nota (1): define el deber jurídico como «necesidad moral e inviolable de hacer u omitir, en beneficio de otro, lo que a éste le habilita para conseguir su fin, en la medida que lo exige la justicia social».

77. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 241; ID., *Teoría general... cit.*, p. 55-56.

justicia... La justicia es la esencia y el principio fundamental de la ley jurídica y ésta consagra el derecho como facultad»⁷⁸.

La relación jurídica es el «vínculo que se establece, según alguna regla de derecho, entre dos personas, por virtud de un hecho que ocasiona incremento de las facultades de una a expensas de la limitación de las facultades de la otra; teniendo por objeto determinadas cosas o actos, y por fin, la obtención de alguno relativo al cumplimiento del destino humano»⁷⁹ y su fin consiste en la provisión de medios y procedimientos jurídicos para procurar el logro armónico de los fines individuales y colectivos de la vida social⁸⁰.

En todo derecho concreto hay título y modo, un principio que justifica su posibilidad en el orden jurídico y una determinación concreta de tal posibilidad, por medio de procedimientos de validez reconocida por el derecho⁸¹.

b) *La coacción jurídica y la división del Derecho en individual y social*

Dado que el hombre es libre de hecho para obrar el bien o el mal, para cumplir la ley o desobedecerla, y habida cuenta del carácter indispensable del orden externo para la armonía social⁸² —es decir, para la coexistencia, coordinación y cooperación armónicas del hombre, en las que consiste su bien jurídico—, resulta necesario, en determinados casos, el uso de la coacción psíquica o física sobre el infractor del derecho. En tales supuestos, la coacción jurídica protege el orden social externo regido por el derecho, constituyendo, así, una «reacción del orden contra el desorden, con la que se prodrá mantener el imperio de aquél, por medio de la fuerza puesta al servicio del derecho»⁸³. Sin

78. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 242-243; ID., *Teoría general, cit.*, p. 57-58.

79. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 286.

80. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 296.

81. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría... cit.*, p. 289-290. Admite, también, una acepción de los términos título y modo que se referiría hasta a un orden individual y concreto. Pero, en todo caso, el título tendrá siempre carácter prioritario sobre el modo. Se podría decir que título y modo son dos ideas de las que la primera es subalterna y la segunda subalternada, p. 290.

82. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría..., cit.*, p. 331.

83. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría..., cit.*, p. 330. Sobre la naturaleza de la coacción y el derecho, cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1989, p. 358-374: «lo que es justo —normativo por sí mismo— existe con independencia de que sea reconocido o no como tal por el Poder público», p. 367; «la Ciencia del Derecho o la Justicia, al discernir lo justo, ha terminado su función; que lo justo sea realmente impuesto y lo injusto sea efectivamente impedido, es otra cuestión, propia de policías y alguaciles. Pero que el uso de la fuerza sea una cuestión distinta, no quiere decir que sea irrelevante ante el Derecho... la realización efectiva de la Justicia exige la fuerza... Se trata, por tanto, de dos momentos distintos, pero estrechamente relacionados».

embargo, en la inmensa mayoría de los casos, no se requiere la coacción. De hecho, para L. Mendizábal, que sigue a Prisco, la coacción acompaña a todo derecho *in habitu*, mas no *in actu*; es de razón necesaria y de posición contingente⁸⁴. Por lo demás, insistiendo en sus confusas ideas sobre el derecho y la moral, y siguiendo a Geny, afirma que el derecho se diferencia de las demás normas de la conducta en que sus preceptos son susceptibles de una sanción exterior coercitiva, dimanante de la autoridad social. No es que toda regla perteneciente al orden jurídico deba necesariamente ir acompañada de fuerza coercitiva en acto, pero su naturaleza no debe oponerse a ello, sino tender a hallarse provista de semejante coacción. Precisamente por la solidaridad existente entre los principios y reglas puramente éticas y las ético-jurídicas propias del orden jurídico, que forma parte del moral, éste recibe una especial protección y garantía de la actuación de la justicia social. Es el caso del suicidio o la mutilación, que son actos inmorales e injustos a la vez, por lo que el acto de impedirlos representa un acto de justicia⁸⁵.

El autor distingue una serie de factores diversos en el Derecho objetivo o norma: su contenido esencial —el ser una ordenación jurídica—, su promulgación, la obligación de los súbditos de conformarse a él, la exigibilidad y la coacción que la hace eficaz. De la posterioridad de la coacción respecto a la formación de la ley jurídica y a la concesión de derechos, se deduce que la coacción no constituye una nota esencial al derecho, sino un accidente de la vida jurídica, unido generalmente al derecho, pero de un modo latente en la mayoría de los casos y de muy escasa aplicación concreta y ostensible. Además, la coacción ha de ser jurídica, de manera que no es ella la que caracteriza al derecho, sino que el derecho regula la coacción⁸⁶.

En lo que concierne al segundo tema enunciado, es un punto en el que difiere de otros autores de la neoescolástica decimonónica. L. Mendizábal estima que, siendo el hombre social por naturaleza y viviendo todas las relaciones objetivas del derecho dentro de la sociedad, no cabe admitir un derecho individual, distinto del social. Las relaciones jurídicas son sociales, fuera de la sociedad no hay derecho alguno. La existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana no supone una objeción, pues son inherentes a la naturaleza «social» del hombre. Por ello, y porque incurren en la contradicción de estudiar el contrato

84. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 335; ID., *Teoría general...*, cit., p. 122. Cfr. PRISCO, G., *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 207 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE HENESTROSA y BOZA, F., *Doctrinas jurídicas de Santo Tomás de Aquino*. Madrid, Tip. de los Huérfanos, 1888, p. 66. En cambio, RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos de Derecho natural*. Valencia, Establecimiento Tip. Domenech, 1918, p. 174 y ss., y GONZÁLEZ CASTEJÓN, F.J., *Lecciones de Derecho Natural*. Madrid, Imp. de los hijos de M.G. Hernández, 1898, p. 28, consideran la coacción como una nota esencial y constitutiva de lo jurídico.

85. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...* cit., p. 335-336.

86. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 336-337.

de sociedad en la parte de derecho individual, critica a R. Rodríguez de Cepeda y a F. J. González Castejón⁸⁷.

Desde esta perspectiva entiende, por ejemplo, los derechos naturales, que no son unos individuales y otros sociales, sino que todos ellos tienen simultáneamente la dimensión individual —propia de la persona— y la social —esencial a lo jurídico—⁸⁸.

c) *Dualismo jurídico e idealismo: Derecho natural y Derecho positivo*

El tema de la relación entre Derecho natural y Derecho positivo es uno de los puntos clave para la comprensión adecuada de la teoría jurídica de L. Mendizábal, que compartió en gran medida la mentalidad y el espíritu de comienzos del siglo XX. El esfuerzo por combinar el culto a la razón con la atención a los hechos y a la experiencia era común a los iusnaturalismos del momento.

L. Mendizábal entiende que el Derecho Natural es el fundamento y la fuente originaria de la que procede el Derecho positivo justo, siendo aquél la «ley que existe» y éste «la ley que se forma»⁸⁹. Los hombres formulan normas generales de conducta jurídica y las imponen a las sociedades, basándose en el Derecho Natural, aunque sin transcribirlo en su integridad y perfección, cosa que se explica atendiendo a la realidad de los hombres y la sociedad de cada momento⁹⁰. Parece

87. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 344-346. La réplica que hace a los dos profesores de Derecho Natural está en la p. 345, nota (1), ID., *Teoría general...* cit., 136-137. En cuanto a la posición de estos dos autores, cfr. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R., *Elementos...*, cit., p. 199-200, y GONZÁLEZ CASTEJÓN, F.J., *Lecciones...*, cit., p. 3, 87-88 y 294. En este sentido, LEGAZ LACAMBRA, L., «Las tendencias dominantes en España en la Filosofía jurídica, política y social», adición a la traducción de SAUER, *Filosofía jurídica y social*. Barcelona, Labor, 1933, p. 100, criticó la metódica «harto discutible» que se desprende de la distinción entre derecho individual y derecho social y su estudio por separado.

88. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho Privado*, cit., p. 38.

89. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 425; ID., *Teoría general...*, cit., p. 212. Dejando a un lado la confusión entre el derecho y la ley, la consideración del Derecho natural como algo que existe y debe aplicarse ha merecido el siguiente juicio de Villey: «la primera tarea de la filosofía del Derecho nos parecería ser la de combatir... la falsa creencia kelseniana de que el derecho «existe, el derecho (lo justo) es una búsqueda, el derecho es siempre un problema que se presenta de manera nueva, en ocasión de cada sentencia, o de cada promulgación de ley. Porque el derecho es obra «humana», profana, imperfecta, histórica, es esencialmente impropia para encerrarse en ningún texto». Cfr. VILLEY, M., *El pensamiento jus-filosófico...*, cit., p. 141.

90. Derecho natural y positivo no constituyen dos órdenes distintos, dos mundos separados, sino que, como dice VALLET DE GOYTISOLO, J., *Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino. En Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*. Madrid, 1976, p. 788: «las conclusiones de aquél deben ser escritas en la ley humana e informan las soluciones del Derecho humano. E, inversamente, las determinaciones de éste, una vez efectuadas dentro de los límites correctos, son reconocidas por aquél como obligatorias y dejan de ser indiferentes en el orden de la justicia».

necesario desentrañar estas ideas básicas y aclarar el pensamiento del autor.

Hay que recordar que, para él, el Derecho Natural, cuyos caracteres son la unidad, la inmutabilidad y la universalidad⁹¹, es parte limitada de la ley moral⁹². En cuanto al Derecho positivo, lo define como «el conjunto de las normas dictadas y promulgadas por la autoridad competente, que tiene por objeto dirigir a los asociados a la consecución del bien social, con sujeción a las normas eternas de justicia que es posible y oportuno aplicar»⁹³. Subraya una y otra vez la idea de que las normas positivas del legislador humano se derivan directa o indirectamente de la ley natural, con las que, respectivamente, identifica el Derecho positivo y el natural.

Frente a las críticas modernas que recibe la «concepción dualista del derecho» de la escuela católica, responde que la ley positiva humana no puede identificarse en todo con la justicia absoluta, por lo que el Derecho positivo humano es distinto del natural y *siempre inferior a él*. Por otro lado, el Derecho natural es adaptable a los casos y circunstancias, susceptible de infinitas aplicaciones y en absoluto incompatible con la realidad de la vida, y la abstracción que hace de las circunstancias particulares es la que lleva a cabo toda ciencia, abstracción que no se da en su aplicación, que tiene en cuenta el objeto tal como se presenta en la vida real; concluye afirmando «jamás podremos admitir la confusión de lo real con lo ideal»⁹⁴.

91. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 188 y ss. La confusión entre derecho natural y ley natural lleva al autor a atribuir a aquél caracteres propios de ésta. Sobre la historicidad del derecho natural y sus límites, cfr. HERVADA, J., *Introducción...*, cit., p. 98-104. Sobre el carácter mudable del Derecho natural en Santo Tomás y sobre la diferencia entre las reglas morales y las jurídicas, cfr. VILLEY, M., *El pensamiento filosófico...*, cit., p. 80-82, p. 126-127.

92. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 487; ID., *Principios jurídicos fundamentales*, cit., p. 251.

93. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 355. Las citas de Roder —p. 355-356—, notas (2) y (1) translucen la perspectiva idealista del autor: «La misión de todo Derecho positivo no puede consistir más que en la exacta determinación del modo temporal y localmente posible y necesario de cumplir la idea del derecho, en la elección de medios para llegar a este fin». «En ninguna época puede la idea ni el ideal del Derecho manifestarse con toda fidelidad, si bien no por eso la realidad es contraria al Derecho, pues todo Derecho positivo es un ensayo para aplicar la eterna idea del Derecho a los hechos, tomando siempre en cuenta las circunstancias históricas; y así, todo ensayo prematuro, esto es, no justificado todavía, es una injusticia histórica». Cfr. ID., *Teoría general...*, cit., p. 171.

94. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 429-430, nota (1) donde refuta el positivismo de A. Calderón; puede encontrarse su dualismo jurídico también en ID., *Teoría general...*, cit., p. 212 y ss., y nota (2), y en *Principios jurídicos fundamentales*, cit., p. 214 y ss. Cfr. VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona EUNSA, 1981, t. II, p. 107 y ss.; y BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, Tecnos, 1990, p. 42-51 y p. 84-90, sobre la separación entre el ser y el deber ser, la llamada «falacia naturalista», y los intentos de superación y respuesta actuales; p. 102 y ss., donde contrapone el iusnaturalismo clásico y la Teoría dualista del derecho; HERVADA, J., *Introducción...*, cit., p. 81: sólo hay un arte jurídico, el arte del derecho, que usa criterios naturales y positivos a la vez, y sólo hay un sistema jurídico vigente, en el que lo natural y lo positivo se presentan unidos; p. 176: hay un único sistema jurídico, en parte natural y en parte positivo; p. 181-183: del mismo modo, sólo hay un sistema de garantía de efectividad del Derecho natural, sistema de garantía al servicio del Derecho, natural y positivo.

Manteniéndose en la teoría dualista de las fuentes del Derecho, a la que le llevó su aceptación de la ontología moderna dicotómica, no supo, no podía desde sus premisas, responder adecuadamente a los ataques. Ataques u objeciones que no hubieran cabido frente a la concepción clásica unitaria, práctica y realista, del Derecho —lo justo natural y lo justo positivo son dimensiones del único derecho existente, forman un único sistema de juridicidad— y de la naturaleza.

El problema es que para L. Mendizábal, que en este asunto sigue a Renard y no a Tomás de Aquino, el Derecho Natural es como «el punto matemático al que nunca se llega aun cuando vayan acortándose las distancias progresivamente», si bien toma de él «cuantos principios sean adaptables a las realidades de la vida presente». El conocimiento de tales principios, como en el orden ético, no es infalible ni perfecto, sino limitado y defectuoso, pero suficiente y proporcionado a su condición ⁹⁵. El Derecho natural, lejos de ser auténtico derecho, real y existente, es decir, lo justo natural que forma parte de la solución del caso concreto, parece tener, más bien, un contenido ideal ⁹⁶.

Desde esta, perspectiva, critica a la fenomenología jurídica y a todo positivismo porque niegan la idea de una Ley natural, reduciendo todo al Derecho positivo. El monismo jurídico positivista admite como realmente existente sólo el derecho de un momento dado y deriva su valor de su posición, no de un criterio de justicia ⁹⁷. Y la única forma de salir del positivismo jurídico es, a juicio de L. Mendizábal, defender una dualidad de ordenamientos, el natural y el positivo, de manera que éste debe ajustarse a aquél, como el hecho a su ideal. Se trata de defender un objetivismo jurídico, la existencia de una ley natural y un orden jurídico natural objetivo, que salvaguarde la justicia en las relaciones humanas, librándolas de la arbitrariedad del positivismo ⁹⁸.

95. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría, cit.*, p. 428. Cfr. VILLIEY, M., ... *cit.*, T. II, p. 109: hablando sobre el renacimiento del Derecho natural de la primera mitad del siglo XX, alude a algunos autores que «se refieren a Sto. Tomás: Cathrein, Rommen, a veces Géný, su discípulo Renard... Pero es menester no confundirse con ello, porque la filosofía de Sto. Tomás no fue transmitida más que deformada, contaminada por el suarecismo, por el wolfismo, que tuvo gran éxito en los seminarios, por la filosofía kantiana».

96. Conviene recordar al respecto que, para SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, Tomo VIII, *cit.*, qu. 57, a. 3, p. 237, el Derecho natural o lo justo natural, «lo que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro... puede acontecer de dos modos. Primero, considerando la cosa absolutamente y en sí misma... Segundo, considerando la cosa no absolutamente, en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias...».

97. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, *cit.*, p. 431-432. Cita a G. del Vecchio.

98. Cfr. HERVADA, J., *Historia de la ciencia del Derecho natural*. Pamplona, EUNSA, 1987, p. 23-26, 81, 139, 174, 256-7, 318-9. Insiste en la unidad del ordenamiento jurídico y advierte que el Derecho natural «no es un ideal de justicia, ni un derecho deseable, ni una ética social, ni un derecho ideal... sino lo que hay de orden justo naturalmente existente en las relaciones humanas, esto es, una parte del Derecho real, que el jurista debe saber para aplicar correctamente el Derecho...», p. 26; por otro lado, es verdad que a veces «los neoescolásticos se allanaron a la idea de que el Derecho natural

Es este mismo enfoque desde el que contemplará el Derecho Administrativo: «sólo la conformidad con la norma ideal, con el Derecho natural y por tanto racional, puede, en la etapa suprema del Derecho positivo, dar juridicidad, es decir, validez intrínseca a la norma legal»⁹⁹. Es, por tanto, la conformidad con la «norma creadora preestatal y metempírica, la ley natural», con «un Derecho objetivo existente por sí», lo que garantiza la justicia de las leyes y las libra de la arbitrariedad estatal¹⁰⁰.

En una concepción dualista del derecho, herencia en muchos aspectos del iusnaturalismo moderno, la actividad jurídica tiende a interpretarse como un conocer las normas ideales previamente existentes para luego aplicarlas a las relaciones y casos concretos. De esta manera, el protagonista, el elemento verdaderamente relevante es la norma. La realidad, que ha sido vaciada de valor y normatividad, es perdida de vista, ya no es fuente de juridicidad, de soluciones justas¹⁰¹.

El autor estima que ni la variedad del derecho ni sus violaciones más o menos frecuentes suponen la inexistencia del Derecho natural¹⁰², es más, «cualquier concepción del Derecho Natural que no tenga en cuenta la ley objetiva impuesta por el autor de la naturaleza, resulta inconsistente y efímera»¹⁰³. Frente a la teoría de R. Stammler y de

y el Derecho positivo son dos sistemas de normas, y tuvieron el Derecho natural como un conjunto de principios abstractos, haciendo así válidas para ellos algunas críticas que, con razón, se han dirigido a la Escuela Moderna», p. 318-319. La concepción del Derecho natural del autor se acerca, no tanto al iusnaturalismo clásico, como a una especie de objetivismo jurídico, cuyo punto flaco, según Hervada, radica en que, al no ofrecer un factor jurídico, no impide la prepotencia ni la injusticia, quedando todo al albur de las estimaciones relativas, del consenso o del pacto, p. 326.

99. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho público, cit.*, p. 212-213.

100. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho público, cit.*, p. 215. Estas ideas de la relación entre el Derecho natural y el Derecho administrativo pertenecen a una comunicación suscrita por MENDIZÁBAL VILLALBA, A., presentada al IV Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, en Madrid, 1930: nota (2), p. 215.

101. Cfr. CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios...», *cit.*, p. 182-183. Tras reproducir una cita de Kelsen en la que se advierte su comprensión del Derecho natural y el Derecho positivo como dos órdenes normativos separados, muestra que «la tradición de los juristas nunca ha entendido la justicia como algo que exista al margen de la voluntad de los hombres, «dada por sí misma», etc. Al contrario, la justicia natural o Derecho natural ha sido entendido siempre como el *resultado* de la voluntad humana, pero no de una voluntad «arbitraria»; sucede que Kelsen, que sigue los superficiales carriles kantianos, confunde siempre «voluntario» con «arbitrario».

102. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría..., cit.*, p. 432-433. Sto. Tomás, sigue diciendo, no desplazaba la ley humana de su lugar, sino que, reconociendo la necesidad de ella para ordenar las relaciones sociales, la hacía derivar de la ley natural en la que se funda: «tanto tiene de verdadera ley cuanto se deriva de la ley natural». Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*, tomo VI, *cit.*, qu. 95, a. 2, resp., p. 167-168.

103. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría..., cit.*, p. 437.

P. Bureau de un «Derecho natural de contenido variable», sigue a J. Renard en su doctrina de un «Derecho natural de contenido progresivo», que afirma la inmutabilidad esencial del Derecho natural junto al conocimiento progresivo de él que los hombres conquistamos ¹⁰⁴.

Termina diciendo que «el Derecho positivo no se separa por completo del Derecho natural, ni conviene en todo con él, sino que añade algo y modifica en parte sus principios, adecuándolos al elemento variable del derecho» ¹⁰⁵.

104. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría ...*, cit., p. 439: «No es la ley natural la que cambia: somos nosotros quienes cambiamos». Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, tomo VIII, cit., qu. 57, a. 2, sol. 1, p. 235: «Lo que es natural a un ser dotado de naturaleza inmutable es forzoso que sea inmutable siempre y en todas partes. Pero la naturaleza humana es mudable y, por consiguiente, lo que es natural al hombre puede algunas veces fallar». Por lo que hace a la ley natural, cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*, tomo VI, ch., qu. 94, a. 4, resp., p. 134-135: «la razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas y, por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tantos más defectos encontramos»; qu. 94, a. 5, resp., p. 137-138: «La mutación de la ley natural puede verificarse de dos maneras. La una, por la adición de alguna cosa —nada lo impide—... De otro modo, por vía de substracción, de manera que deje de ser de ley natural algo que antes lo era. Y cuanto a los primeros principios de la ley natural, ésta es absolutamente inmutable; cuanto a los segundos, ciertas conclusiones propias, cercanas a los primeros principios, la ley natural no se muda en general... Puede, sin embargo, mudarse en algún caso particular, y esto en los menos, por algunas causas especiales que impiden la observancia de tales preceptos». En referencia a la mutabilidad de las leyes humanas, que son normalmente expresión del Derecho natural, cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, I-IIae*, tomo VI, cit., qu. 91, a. 3, sol. 3, p. 57-58: «La razón práctica versa acerca de lo operable, que es singular y contingente, pero no acerca de lo necesario, que es objeto propio de la razón especulativa. De aquí que las leyes humanas no puedan gozar de la infalibilidad que tienen las conclusiones demostrativas de las ciencias. Pero no es necesario que toda medida sea completamente cierta e infalible; basta que lo sea en grado posible dentro de su determinado orden de cosas»; qu. 96, a. 1, sol. 3, p. 178-179: «No debemos buscar el mismo grado de certeza en todas las cosas, en materias contingentes —como son las cosas naturales y humanas— basta la certeza de que una cosa es verdadera en la mayoría de los casos, aunque pueda fallar en contadas ocasiones»; qu. 97, a. 1, resp., p. 193: siendo la ley humana un dictado de la razón que dirige los actos humanos, puede cambiarse por parte de la razón, que avanza de lo imperfecto a lo perfecto, y por parte de los hombres, cuyos actos regula, dado que cambian las condiciones y situaciones humanas; a. 2. p. 196: «no debe modificarse la ley humana sino cuando se favorezca al bien común lo que por otra parte se le perjudica».

105. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 442; ID., *Teoría general*, cit., p. 217. Sobre lo justo natural y positivo, cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica, II-IIae*, tomo VIII, cit., qu. 57, a. 2, resp., p. 234-235: «el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa... y esto es Derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto... y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado... o por convención pública... y esto es Derecho positivo», sol. 3, p. 235: «La voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el Derecho positivo. Por eso escribe Aristóteles que «Justo legal es aquello que en principio nada importa que se haga de uno u otro modo, pero que sí importa una vez establecido». Pero si algo en sí mismo se opone al Derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana»; sol. 3, p. 236: «también el Derecho divino puede dividirse en dos, pues en la ley divina hay ciertas cosas mandadas porque son buenas o prohibidas porque son malas y hay, por el contrario, otras que son buenas porque mandadas o malas porque prohibidas».

d) *Teoría fundamental del Derecho y Biología jurídica*

El *Tratado de Derecho natural* de L. Mendizábal está dividido, como se ha dicho, en parte general y especial, partición que el autor juzga necesaria para que el tratado sea completo ¹⁰⁶. Si la teoría fundamental del Derecho abordaba los principios generales de la justicia, los conceptos de ley, derecho y deber, etc., en un segundo momento, estima oportuno y necesario atender a la vida, que ofrece numerosas y distintas relaciones entre los hombres, y observar la aplicación y la adaptación de aquellas normas supremas del orden jurídico a la realidad.

El asunto de esta segunda parte comprende las reglas que determinan fundamentalmente las relaciones jurídicas en sus elementos, en su conjunto y en la combinación de las mismas para realizar el fin jurídico en el orden concreto de la vida. Según el principio *ex facto oritur ius*, la actividad humana es causa eficiente de relaciones jurídicas, de su disolución, desarrollo y modificación ¹⁰⁷.

Según el autor, las leyes a que se somete la realización del derecho, objeto de la Biología jurídica, se pueden resumir en cuatro: el derecho es necesario para la constitución y la vida de la sociedad; el derecho debe adecuarse a las realidades de la vida y éstas al derecho; el desenvolvimiento de los principios jurídicos debe corresponder al de las relaciones jurídicas o sociales a que se aplicarán; y, por último, el derecho debe tender progresivamente al ideal relativo y próximo de la sociedad y al absoluto y remoto de la humanidad ¹⁰⁸.

Se trata de leyes de aplicación del Derecho natural mediante el positivo, explica, en el sentido de la relación existente entre Derecho positivo —como ley que se forma y deriva de otra superior e intenta aplicarla lo más adecuadamente posible a la realidad— y Derecho natural —como ley que existe y punto matemático que nunca se logra, pero siempre se persigue—, tal y como el autor la entiende.

106. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho privado, cit.*, p. 6-7. Menciona multitud de autores que comparten el esquema susodicho: Rosmini, Taparelli, Giner, Ahrens, Costa Rossetti, Meyer, Cathrein, Rodríguez de Cepeda, Binder, etc, ID., *Derecho Privado*, ed. 1921, *cit.*, p. 255 y ss.

107. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho Privado, cit.*, p. 10. Sobre el sentido de este principio, cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, *cit.*, p. 209-251: «ius oritur ex facto». En estas páginas, critica una cierta comprensión moralista de la actividad práctica, según la cual se trata de aplicar a la conducta y a las relaciones humanas las normas morales o jurídicas preexistentes, perdiendo de vista la rica y heterogénea realidad, y opone una visión realista del mundo jurídico, que conecta lo normativo con el ser y extrae de la realidad existente las normas del obrar.

108. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho privado, cit.*, p. 11-14; ID., *Derecho privado*, ed. 1921, *cit.*, p. 259.

La Biología jurídica estudia las instituciones de Derecho Privado y las de Derecho Público, que se distinguen por el modo mediato o inmediato y directo en que se orientan y persiguen el bien común ¹⁰⁹.

El Derecho público se divide en interno —constitucional, administrativo, penal y procesal— y externo —internacional público y privado—. El Derecho civil o privado es definido como un «sistema de normas jurídicas referidas directamente a los individuos, las familias y las personas colectivas de carácter privado, que declaran, regulan y limitan la actividad jurídica de dichos sujetos, en relación directa con su respectivo bien particular: salvando el respeto a los derechos ajenos y a la coordinación y cooperación sociales; aplicando principios de Justicia conmutativa a las relaciones entre personas independientes; y de Justicia distributiva y de Justicia legal, en la posible vida de relación jurídica, en el seno de las familias y de las colectividades de carácter privado» ¹¹⁰.

El autor defiende la **primacía o anterioridad del orden jurídico privado**, por tratarse de un derecho sencillo y elemental y anterior a la constitución política de la sociedad, por encerrar en germen las principales instituciones del orden político y tener las suyas propias mayor aplicación en las relaciones entre sociedades políticas independientes. Pero, sobre todo, indica una razón para defender el Derecho privado: mantener una independencia respecto a la opinión y las instituciones políticas, a las arbitrariedades e invasiones del Estado moderno, que tiende a ser omnicomprensivo. En realidad, no hace sino criticar la concepción panestatista típicamente moderna y llamar a una reacción, en beneficio de la misma sociedad política ¹¹¹.

III. LA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL: DERECHO NATURAL-FILOSOFÍA DEL DERECHO

Para concluir, trataré de poner de relieve, lo más escuetamente posible, la concepción de la ciencia del Derecho natural que tenía L. Mendizábal Martín.

Al comienzo de su Tratado, advierte que utiliza el término Derecho Natural y no otros más modernos porque juzga mejor determinado así el asunto que con el nombre Filosofía del Derecho y por la trascendencia que tiene el «conocer, en su fuente y en sus aplicaciones

109. El interés público incluye «la coexistencia armónica, la coordinación oportuna y la cooperación adecuada a los ciudadanos, para contribuir al imperio y en caso de obstáculos y de lucha al triunfo de la justicia social»: MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho público, cit.*, p. 7 y 8. Bien público, interés público y fin o bien jurídico son la misma cosa, para Mendizábal.

110. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho privado, cit.*, p. 24-25.

111. *Cfr.* MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Derecho privado, cit.*, p. 23-24.

fundamentales, la ley jurídica de su conducta» 112. Ya desde un principio, reconduce el concepto de derecho natural al de ley jurídica de la conducta. La ciencia que lo estudia versa sobre las normas de la actividad moral humana, pero no en toda la extensión de la Ética sino en la parcela especial de la realización del bien personal subordinado al bien de la sociedad 113. En todo caso, es conveniente apuntar desde el principio que, a juicio del autor, el Derecho Natural y la Filosofía jurídica vienen a ser el derecho constituyente y su filosofía 114.

Por lo que se refiere al estado de la asignatura en España, tras exponer los nombres sucesivos que la ciencia del Derecho natural, como disciplina académica, ha ido recibiendo en los planes de estudio 115, observa que, siendo el contenido de las obras publicadas con el nombre de Derecho Natural y con el de Filosofía del Derecho substancialmente el mismo, el plan de estudios vigente las considera como asignaturas diversas. A pesar de su preferencia inicial por el término Derecho natural, considera que sólo hay una diferencia de significado literal entre ambos términos —en cuanto aquél sería la materia u objeto de la ciencia y ésta el estudio filosófico o investigación científica del mismo— pudiéndose afirmar, por consiguiente, que tienen un valor aproximado. De hecho, habla de *Filosofía del Derecho o ciencia del Derecho natural* y de *Filosofía del Derecho natural*, sin advertir distinción alguna entre el conocimiento científico del derecho y el filosófico 116.

112. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 10 del prólogo.

113. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 24.

114. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 30. Sobre la confusión entre ciencia del Derecho natural y filosofía del Derecho, cfr. HERVADA, J., *Historia...*, cit., p. 14-15 —estudia el Derecho natural como algo real y concreto, propio del hombre históricamente existente, no como una teoría o filosofía, herencia de kantianos y neokantianos—, 26, 57-8, 60, 139, 245, 254-5, 306-7 —la transformación del Derecho natural clásico en un conjunto de principios inmutables inspiradores de las leyes positivas y, por tanto, de la jurisprudencia en filosofía del Derecho, tiene su origen en Kant—, 316 —observa que los krausistas, por ejemplo, entendieron la ciencia del Derecho natural como filosofía del Derecho—, etc.

115. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 32-33: Prolegómenos del Derecho, Principios de Derecho Natural, Elementos de Derecho Natural, etc.

116. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 26-27, y 46; ID., *Teoría general...*, cit., pp. 15-17. Sobre la naturaleza de la ciencia y el arte del derecho, a diferencia de la filosofía jurídica, cfr. HERVADA, J., *Introducción...*, cit., p. 189-190. En realidad, se había inaugurado un nuevo tipo de pensar filosófico en España, de raíz ilustrada, y ello no dejó de afectar también a la neoescolástica, que tendió a adoptar en su tratamiento del Derecho natural una perspectiva, un método y un estilo muy similar a los del racionalismo, de manera que, en más de un aspecto, el Derecho natural de los neotomistas y la filosofía jurídica moderna venían a coincidir. Como otros representantes de la corriente, L. Mendizábal cifró la distinción entre el iusnaturalismo racionalista y el que defendía en la sumisión a la Ley Natural dada por Dios. En este sentido, en la reseña histórica de los principios del Derecho que hace el autor en las primeras ediciones de su Tratado, destaca la insistencia en la centralidad de la ley, su

En efecto, para Mendizábal «la Filosofía del Derecho Natural es el conocimiento racional y sistemático de los sumos principios normativos que rigen la conducta moral del hombre y de las colectividades humanas, en cuanto tienden a la realización del bien individual con subordinación al bien social»¹¹⁷. Se trata, por tanto, de una ciencia relativa a las normas reguladoras de la conducta moral humana relativa al orden social¹¹⁸. Resulta claro que la Filosofía del Derecho forma parte de la ciencia moral¹¹⁹. Frente a la insuficiencia de los meros datos positivos, cita las palabras de un filósofo del Derecho Italiano que exige, para que la ciencia ética, de la que la Filosofía del Derecho es parte, sea verdadera, el reconocimiento de la irreductibilidad del deber al ser, de la necesidad ética a la realidad de hecho¹²⁰.

Considera que en toda ciencia debe haber un principio superior común del que dependen y se derivan todas las demás verdades. El de la ciencia del Derecho es «haz el bien en cuanto necesario para la armonía social», principio de presuposición o axioma implícitamente comprendido en toda relación jurídica¹²¹.

Dada la relación existente entre Ética y Derecho Natural, la ciencia que estudia éste posee el mismo carácter práctico y antropológico que aquélla. Por tanto, el método filosófico-jurídico también es mixto de racional y experimental, aunque la razón goce de cierta preeminencia sobre los datos de la observación, sin que ello suponga perder de vista la realidad. En este sentido, juzga insuficientes e inadecuados para el estudio del Derecho el método histórico, el fenomenológico, el científico natural, el geométrico cartesiano y el crítico kantiano¹²².

noción y sus clases, como distintivo de los escolásticos. En la misma línea, refiriéndose el autor a los primeros escritores protestantes que se ocuparon del Derecho natural, señala que la huella de lo aprendido en el seno del catolicismo es aún notoria en ellos, huella que radica en que, «a pesar de sus errores, desenvolvían los preceptos del Decálogo y los principios del Cristianismo». Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Elementos...*, 2.^a ed., tomo 1, p. 326-331.

117. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 28.

118. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 51; *Teoría general...*, cit., p. 16: «el asunto de esta ciencia... es normativa de la actividad moral humana» en lo relativo al bien del conjunto social.

119. Insiste de manera especial en la eticidad que caracteriza al Derecho, frente a todo formalismo que no aporta nada a la justicia y a la paz social: cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 43. De hecho, para él, los adversarios del Derecho natural son precisamente los de la moral: cfr. p. 39.

120. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 29. Es una afirmación de PAGANO, A., *Introduzione alla Filosofia del Diritto*. Roma, 1908, p. 20.

121. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 181-182.

122. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 49-53, 59-62. Sobre el problema del método y el intento ilustrado de independizar las ciencias humanas respecto al tronco común de la filosofía práctica en la que se habían formado (en el ámbito de la experiencia jurídica, el intento consistió en sustituir la jurisprudencia, la *prudentia iuris*, por una nueva ciencia del Derecho, esfuerzo que fue compartido por los dos científismos: el racionalismo y el positivismo), cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido...*, cit., p. 52 y ss.

Según L. Mendizábal Martín, la ciencia del Derecho natural comprende tres elementos: el fenomenológico —que mira las realidades concretas, los hechos—, el deontológico —que es norma del mundo jurídico y constituye el factor más decisivo— y el crítico —que determina el valor de los conocimientos jurídicos— 123.

Frente a quienes critican el apriorismo del Derecho Natural, L. Mendizábal precisa que se trata de acatar la Ley Natural dictada por Dios, no de establecerla, teniendo en cuenta que el conocimiento que tiene de ella la inteligencia es siempre limitado y falible y que el Derecho Natural que propugna se apoya en la razón y en los hechos, dando mayor importancia al trabajo de la razón, pero sin cerrar los ojos a la realidad 124. La posición constante del autor aparece como un eclecticismo intermedio entre las abstracciones del racionalismo moderno y las exageraciones de un empirismo y un sociologismo exacerbados, tendiendo siempre a dar mayor peso y predominio a la razón 125. Su afán mediador, el prurito de salvar la «Razón» y la «Realidad» —conceptos que parece tomar del racionalismo y del empirismo— le impidió captar la naturaleza racional y objetiva, a la vez que tópica e histórica, de la ciencia del Derecho. Como se pudo apreciar en su concepto del Derecho y de la justicia, la separación entre el mundo del ser, de lo real —en el sentido de realidad empírico-fáctica 126— y el mundo del deber ser —lo normativo e ideal—, es una constante en la obra

123. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p 57.

124. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 54-55, 214-219: el problema epistemológico; ID., *Teoría general*, cit., p. 22.

125. Cfr. MENDIZÁBAL MARTÍN, L., *Teoría...*, cit., p. 481-482: sobre la relación de la Sociología con el Derecho Natural, que interpreta desde la perspectiva del ser y el deber ser, entendidos como lo empírico-fáctico y lo axiológico-normativo, respectivamente. Establece que «o la Sociología estudia lo que es o lo que debe ser. Si lo primero, hay entre ellas la relación que media entre la ciencia —Derecho— y los hechos —Sociología—; pero si estudia lo que debe ser, comprende una esfera más extensa que el Derecho, pues abarca todos los fines sociales. La Ética, de la cual el Derecho forma parte, es la regla suprema a la cual se hallan subordinadas todas las demás leyes y, por tanto, las sociológicas que no se hallen comprendidas en ella, pues la ciencia social está subordinada a la moral...», p. 484: por lo que se refiere a la relación entre Política y Derecho, rige el siguiente principio: «la moral y el Derecho natural rigen los actos del hombre, considerándolo ya en sus relaciones puramente individuales, ya en las del orden social... El Estado tiene derechos y obligaciones específicamente distintos de los pertenecientes a los individuos, pero nunca contrarios al orden moral ni al jurídico».

126. La reducción de lo real a lo empírico es un producto de la ontología moderna dicotómica, en la que por un lado está la materia y, por otro, el espíritu, de una parte los hechos y de otra los valores o ideales. Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción...*, cit., p. 222: «una cosa es la *empíria*, que es la actitud con la que estudiamos los fenómenos físico-naturales, y otra cosa muy distinta es la observación de la experiencia humana en la que fundamentamos la *praxis*; en este último caso no observamos o estudiamos hechos, sino acciones humanas, que poseen siempre una finalidad, dado que el hombre, en general, es decir, el género humano, es inteligente...».

del autor. Ser y deber ser, en fin, son dos mundos disgregados. De esta manera, las fuentes del Derecho se deben situar bien en la «Razón», que prescribe un deber-ser, bien en la «Realidad», en los hechos. En caso de combinar ambos principios, uno u otro predominará¹²⁷. No ocurría lo mismo con la idea clásica de la naturaleza, teleológica, en movimiento y valiosa en sí, según las máximas *bonum est in re y ens et bonum convertuntur*. Por tanto, el problema de recuperar la realidad no se resuelve suavizando o complementando el método racionalista con aportaciones del empirismo, sino reintegrando la visión global y realista de la naturaleza, devolviendo a ésta todo su valor.

Cabe afirmar que el influjo del racionalismo, inconsciente pero cierto, sufrido por la neoescolástica en algunos de sus planteamientos, determinó en gran medida la evolución del Derecho Natural como disciplina académica. La polémica sobre el nombre con que designarla, a fin de cuentas, no hacía sino encubrir un problema de fondo, no siempre visto por los neotomistas con claridad y precisión y en todas sus implicaciones. Estaba en juego la concepción del Derecho natural propia de la tradición realista y prudencial que había imperado durante siglos, sobre los cimientos de la filosofía griega, el arte jurídico romano y la visión cristiana del hombre y del mundo¹²⁸.

Antes de dar fin a estas páginas acerca del concepto de Derecho y de la ciencia del Derecho natural de uno de los más destacados neoes-

127. Cfr. VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho, cit.*, T. II, p. 95-96: «La ontología moderna es dicotómica... Descartes... Kant... Kelsen... La educación filosófica que hemos recibido fuerza a situar las fuentes del Derecho en una u otra de esas regiones. O bien el Derecho sale de la Razón, que nos prescribe un deber ser, o la inducimos de los hechos tal como son. No es que sea impensable una mezcla entre esas dos especies de principios. Pero para que la doctrina no claudique, uno u otro predominará».

128. Sobre esta cuestión, me permito remitir a mi tesis doctoral, inédita, *El concepto de Derecho en la Neoescolástica de fines del siglo XIX español (F.J. González Castejón y Elio R. Rodríguez de Cepeda y Marqués I. Mendizábal Martín)*. Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 151-157, 214-220, 287-296 y, especialmente, p. 371-379. «El papel que jugó la Neoescolástica en esta polémica es algo ambiguo pues, si bien sus representantes se esforzaron por frenar y combatir el espíritu racionalista moderno, que era una amenaza para la edificación de la tradición [...], en su pensamiento se insertaron una serie de elementos que favorecieron, más bien, el efecto contrario [...] Parece que el asentamiento del «Derecho Natural y de Gentes» como disciplina académica, introducida en la enseñanza del Derecho en España en el siglo XVIII, así como el proceso que sigue la asignatura, que desembocará finalmente en la sustitución del Derecho Natural por la Filosofía del Derecho en los Planes de Estudios*, fueron favorecidos, no sólo por el Krausismo, sino por la misma Neoescolástica», p. 378.* Cfr. *Resolución de la UAM de 10-12-1992, BOE del 20-1-1993, y Memoria propuesta de Plan de Estudios por el título de Licenciado en Derecho, elevada para su aprobación al Rectorado, según Acta de la Junta de Gobierno de la Facultad de Derecho de la UCM, 5-3-1993.*

colásticos de nuestra pasada centuria que, por lo demás, tuvo el mérito de introducir nuevos problemas y planteamientos, no siempre exentos de error pero que, ciertamente, impulsarían a la doctrina, quisiera expresar mi deseo de contribuir con este trabajo al conocimiento de las ideas jurídicas del siglo XIX español y responder, así, a la llamada que nos hiciera, hace algún tiempo, uno de los pioneros en este campo ¹²⁹.

129. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo...*, cit., p. 1.

El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero

Por JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Uno de los más relevantes juristas españoles de finales del siglo XIX y principios del XX, período fecundo de nuestra cultura, fue sin duda Don Pedro Dorado Montero, catedrático de Derecho penal en la Universidad salmantina y, junto con Don Miguel de Unamuno, máxima figura de la misma en su época. Su obra no ha despertado el extraordinario interés de que sí ha gozado la de éste último, más jugosa y literaria; pero tampoco cabe lamentar que haya quedado olvidada, como ocurre, y no siempre por deméritos propios, con la de tantos de nuestros antiguos maestros ¹.

1. El interés por la vida y obra de Dorado no ha dejado de aumentar. Recientes son los estudios sobre su filosofía jurídica de VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho en Dorado Montero*, Granada, 1971, y de RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, V., *La insumisión en Dorado Montero. El tema iusnaturalista en la encrucijada ideológica de la Restauración*, Salamanca, Hespérides, 1993. También reciente es el estudio que sobre su filosofía social y política ha realizado BLANCO RODRÍGUEZ, J.A., *El pensamiento sociopolítico de Dorado Montero*, Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos (C.S.I.C.), 1982. En cuanto a su obra como penalista, sigue sobresaliendo el libro de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, Univ. de Salamanca, 1951. Hay sin embargo muchos otros trabajos destacables sobre este aspecto de su pensamiento, como los de E. Cuello Calón, C. Bernaldo de Quirós, L. Jiménez de Asúa, M. Rivacoba, M. Barbero Santos, M. López-Rey, G. Sánchez-Granjel, etc. Existen también numerosos estudios o apuntes biográficos («en Dorado el personaje es más interesante que su obra», solían decir con inocente malicia Unamuno y otros).

¿Por qué volver una vez más sobre ella? ¿Qué pretende este trabajo? En mi opinión, que trataré de fundamentar a lo largo de las páginas que siguen, Dorado es uno de los principales representantes, quizá el principal, del positivismo jurídico en España. Sin embargo, hasta ahora no se había intentado determinar el alcance y peculiaridad de su positivismo. Por otra parte, el estudio de su obra enfocado desde esa perspectiva resulta especialmente interesante porque permite desenterrar una cierta versión del positivismo jurídico hoy bastante olvidada: la llamada «filosofía positiva del Derecho», resultante de la aplicación de la filosofía positivista a la reflexión sobre el Derecho. Todo ello nos permitirá, a su vez, aportar algo de luz para la comprensión del intrincado laberinto que forman las diversas corrientes positivistas, tan divergentes y hasta contradictorias unas de otras.

Finalmente, la revisión de la obra de uno de nuestros maestros del pasado contribuye, creo yo, a mantener abierto ese vital espacio de encuentro que constituye una tradición común de pensamiento, sin la cual es difícil contar con la atmósfera adecuada para que prospere de forma autónoma el cultivo de cualquier disciplina científica o filosófica en un país o área cultural determinado ².

I. DORADO MONTERO COMO FILOSOFO DEL DERECHO

Comenzaremos, como es casi preceptivo, situando a nuestro autor en el contexto que le corresponde. Poco cabe contar, en realidad, sobre su vida, iniciada el 19 de mayo de 1861. No fue, ciertamente, novelesca. Muy al contrario. Pero es lo cierto que él parece un personaje de novela. Todo un carácter. Aspero, huraño, solitario, de austeridad más que monacal, entregado en cuerpo y alma al estudio y luchador tenaz e imperturbable contra un destino no menos tenaz en mostrársele adverso. Un terrible accidente sufrido de niño en su Navacarros natal, aldea de la serranía bejarana, le hermanó con Cervantes y con Valle-Inclán. Mutilado, y por tanto inútil para las labores del campo, se vio «proyec-

Cabe destacar entre ellos el también reciente libro de BERDUGO, I. y HERNÁNDEZ, B., *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero. Un episodio de la Restauración salmantina*, Salamanca, Pub. de la Excma. Dip. Prov. de Salamanca, 1984, donde se estudia con amenidad y exquisita ecuanimidad el penoso incidente al que alude el título; o los libros de SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G., *Dorado Montero, un penalista salmantino*, Avila, Pub. de la Junta de Castilla y León, 1990; *Dorado Montero y la «Revista de Derecho y Sociología»*, Salamanca, 1985; etc., que reconstruyen la vida de nuestro autor o aspectos de su trabajo a partir, sobre todo, de su epistolario.

2. El propio Dorado advierte algo parecido en los siguientes términos: «al escritor español le falta, por decirlo así, una atmósfera científica, y su labor puede decirse que es, más que colectiva, individual, aislada, por lo que su obra apenas si encuentra resonancia». Cfr. el Prólogo a su traducción de GUMFLOWICZ, L., *Derecho político filosófico*, Madrid, La España Moderna, s. f., p. 48.

tado» hacia el mundo académico. ¡Cuánto más feliz hubiera sido si mi padre me hubiera dejado apegado al terruño!, se le oyó exclamar más de una vez³.

Estudió en la vieja Universidad salmantina, entonces en el cenit de su decadencia, de la que él, junto con Unamuno, contribuiría más tarde a levantarla. Allí conoció, entre otros, a Mariano Arés, «el único krausista que aún quedaba en el mundo», título que el viejo Catedrático de Metafísica gustaba atribuirse. Cursó los estudios del Doctorado en Madrid, donde pudo beneficiarse del fecundo magisterio de Francisco Giner de los Ríos, hombre «capaz de convertir en krausistas hasta las piedras», según testimonio, no sin cierta admiración, Menéndez y Pelayo, enemigo feroz del krausismo⁴. La reconocida capacidad de fascinación de Giner no fracasó con Dorado, que siempre le fue profundamente devoto; aunque no tanto como para asumir la metafísica krausista, base imprescindible de este movimiento, pero incompatible con los fundamentos positivistas que adquirió en Italia, donde estudió durante dos años. En mi opinión, Dorado se fue dejando penetrar más y más a lo largo de los años por esta corriente de pensamiento, abandonando poco a poco, aunque nunca completamente, los elementos que había aceptado del krausismo. Su honestidad científica e implacable rigor lógico le obligaban a extraer todas las consecuencias de los estrechos dogmas positivistas que había abrazado como conquistas científicas indiscutibles. Consecuencias que fueron el relativismo, el escepticismo y, en fin, un cierto nihilismo bastante descarnado.

Trazada esta escueta semblanza de nuestro autor, podemos centrarnos ya en la obra, que en su caso es la parte central de la vida. Bien puede afirmarse aquí que su bibliografía es su biografía.

Nuestro autor es conocido sobre todo como penalista. Fue, en efecto, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca desde 1892 hasta 1919, año de su muerte, y en ese campo centró gran parte de su amplísima obra. Seguramente la parte que puede considerarse más valiosa o, al menos, que ha logrado mayor eco.

A pesar de todo, creo que puede afirmarse de Dorado que fue esencialmente un filósofo, un temperamento filosófico. Filósofos fueron los maestros que más hondamente le impresionaron en su etapa de formación: Arés, Giner y Ardigò⁵; él mismo, licenciado en Derecho y en

3. Cfr. DE LOS RÍOS URRUTI, F., «D. Pedro Dorado Montero, filósofo del Derecho», en *Bol. de la Inst. Libre de Enseñanza*, vol. 43, 1919, p. 94.

4. Cfr. *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, B.A.C., 1987 (4.ª ed.), p. 1012.

5. R. Ardigò no fue maestro suyo, al menos de forma directa, en Italia, contrariamente a lo que mecánicamente venía repitiéndose hasta que M. BARBERO SANTOS, «Remembranza de P. G.^a-Dorado Montero en el 50 aniversario de su muerte», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, XXVII, 1971 (oct.-dic.), pp. 1613-4, sostuvo lo contrario. He podido leer alguna carta de Ardigò a Dorado de la que parece deducirse que, en efecto, no llegaron a conocerse personalmente. En cualquier caso, como señala ANTÓN ONECA, J., «Apostillas a un libro sobre Dorado Montero», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, loc. cit., p. 1675, es indiscutible que, si no personal o directa sí a través de sus escritos, la influencia de Ardigò sobre Dorado fue muy intensa; lo cual autoriza a considerarle discípulo suyo.

Filosofía y Letras, llegó a impartir docencia en esta Facultad antes que en la de Derecho. En realidad, al campo del Derecho penal arribó de forma casual. Antes había tratado de acceder a cátedras de Derecho Natural (en la Universidad de Santiago y en la de La Habana), de Derecho Romano y de Derecho Político y Administrativo. Cuando finalmente ganó la de Granada de estas últimas disciplinas se apresuró a permutarla con Jerónimo Vida por la Cátedra de Derecho penal de Salamanca, más, a lo que parece, por atracción de la tierra nativa que de la disciplina jurídico-penal.

Pero donde más claramente se evidencia esa irresistible inclinación filosófica es en su obra. Hay en ella escritos de Filosofía general, como el titulado *La Natura i l'Historia* ⁶, pero sobre todo abundan los artículos y libros de Filosofía del Derecho. Entre éstos destacan los titulados *Valor social de leyes y autoridades*, *El Derecho y sus sacerdotes* y *Naturaleza y función del Derecho* ⁷.

Es más, su trabajo como penalista se centra en lo que podríamos denominar filosofía del Derecho penal, que versa sobre cuestiones tales como la naturaleza del delito, la responsabilidad del delincuente, el sentido, fundamento y función de la pena, etc. También se ocupa en este campo de interesantes problemas de Teoría general del Derecho, aunque enfocados desde la perspectiva penal, tales como el de las fuentes del Derecho, la irretroactividad de las leyes, la aplicación judicial e interpretación del Derecho, la ignorancia de la ley, etc. La dogmática penal, la ciencia jurídico-penal en sentido estricto, apenas la cultiva y cuando lo hace, no sin destreza por cierto, es sólo para criticar la filosofía que la inspira y no en orden a preparar el material jurídico-penal para su aplicación, que es la tarea básica de la dogmática jurídica ⁸.

Sentado lo anterior, conviene precisar el sesgo de su filosofía, la filiación de su pensamiento. En este punto no terminan de ponerse de acuerdo los estudiosos. Aunque casi todos reconocen la fuerte influen-

6. *La Natura i l'Historia*, Barcelona, Institut d'Studis Catalans, 1917. Este libro recoge la serie de conferencias que Dorado dictó en el Ateneo barcelonés en 1916. Una parte del libro apareció más tarde traducida a su idioma original: *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, Madrid, Cuadernos de ciencia y de cultura, 1926.

7. *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, Soler, 1903; *El Derecho y sus sacerdotes*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1909; *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid, Reus, 1927, obra publicada póstumamente con amplia introducción de C. Bernaldo de Quirós.

8. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Recordando a D. Pedro Dorado Montero», en *Rev. de Est. Penit.*, loc. cit., pp. 1620-3, para quien Dorado no fue ni quiso ser un jurista técnico. No quiso hacer dogmática penal, aunque le sobraban condiciones para ello, y prefirió desarrollar tenazmente su generosa doctrina reformadora, concentrando a menudo sus producciones en la Filosofía del Derecho. En sentido semejante se pronuncia ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., pp. 8 y 25.

cia que en él ejercieron krausismo y positivismo, unos parecen considerar más determinante la influencia del primero y otros la del segundo. Algunos zanján el problema incluyendo a nuestro autor en el grupo de los krauso-positivistas y, finalmente, hay quienes renuncian a etiquetarlo destacando lo personal de su trabajo, que desborda los límites de cualquier escuela ⁹.

Todos tienen, a mi juicio, parte de razón. Es indudable que el krausismo, entonces casi omnipresente en la atmósfera intelectual española, o quizá mejor, el institucionalismo de Giner y su círculo, dejó una huella profunda en el espíritu y la obra de Dorado. También es cierto que éste no es un pensador de escuela, sino independiente y, en alguna medida, original. Con todo, tras examinar su pensamiento y compararlo con el positivismo de la época (y ese es en realidad el objeto del presente trabajo), me inclino a pensar que Dorado fue un pensador básicamente positivista, aunque, insisto, con matices krausistas. Un pensador que quiso superar las limitaciones y deficiencias que percibía en la filosofía positivista, asumida por él en lo fundamental, tratando de conciliarla con diversas aportaciones del idealismo krausista. Lo cual no le convierte, sin más, en krauso-positivista. Esta categoría corresponde, más bien, a todos aquellos autores que siendo básicamente krausistas fueron haciéndose progresivamente más abiertos y receptivos hacia el positivismo. Cabe mencionar entre ellos a M. Sales y Ferré (que terminó siendo mucho más positivista que krausista ¹⁰) o A.

9. Entre quienes consideran a Dorado positivista cabe citar, p. e., a CASTÁN TOBEÑAS, J., *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, Reus, 1950, p. 75, o a LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Die Hauptrichtungen der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 26, 1932-3, p. 52. PRAT DE LA RIBA, E., «El positivismo en Castilla», en *Revista jurídica de Cataluña*, vol. I, 1895, p. 292, lo considera afiliado a la escuela positivista, pero con un positivismo muy especial: impregnado de idealismo y generalización prematura. DÍAZ, E., *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, Debate, 1989, p. 222, lo incluye entre los krauso-positivistas. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español. Krausismo. Escuela Histórica, Neotomismo*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 267 y 257, lo presenta como la muestra más característica de la simbiosis entre krausismo y positivismo, Pero añadiendo que en él domina la base krausista sobre el positivismo. También lo considera básicamente krausista JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Recordando a D. Pedro Dorado Montero», *op. cit.*, p. 1626. GÓMEZ ARBOLEYA, E., «Sociología en España», en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 674, sostiene que «su personalidad desborda cualquier limitación de escuela». Eso mismo sugiere MARTÍNEZ RUIZ, J. (AZORÍN), *Charivari (crítica discordante)*, Madrid, 1897, pp. 27-29: «Dorado va a donde le llevan sus deducciones».

10. Cfr. NÚÑEZ ENCABO, M., *Manuel Sales y Ferré: los orígenes de la Sociología en España*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1976, p. 56. En la p. 139 equipara la posición doctrinal de Sales a la de Dorado, a quien también considera krauso-positivista. «Existen múltiples razones para pensar que solamente Dorado y Sales dentro del krauso-positivismo llegan a superar el krausismo por el positivismo». En todo caso, añade, ambos conservan siempre un fondo krausista.

Posada, como casos más claros; pero también a J. Costa, L. Alas, G. de Azcárate, U. González Serrano, N. Salmerón, E. Reus, e incluso al mismísimo F. Giner de los Ríos ¹¹. Dorado es, por el contrario, básicamente positivista, aunque receptivo respecto del krausismo. Sería un positivo-krausista, si se me permite el término ¹².

II. EL POSITIVISMO JURIDICO EN ESPAÑA

Una vez encuadrado nuestro autor en el positivismo jurídico o, mejor, en la filosofía positiva aplicada al Derecho, dado que «positivismo jurídico» es expresión actualmente muy extendida pero apenas utilizada en la época que nos ocupa (finales del siglo XIX y principios del XX), podemos añadir que probablemente fue Dorado el más destacado representante de este movimiento en España, al menos en sus primeras manifestaciones. Pero debe reconocerse que esa primacía es un mérito

11. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, op. cit., pp. 64-89, 226-33, y DÍAZ, E., *La filosofía social del krausismo español*, op. cit., pp. 67 ss., señalan el influjo del positivismo en Giner. Ya DE QUIRÓS, B., en su prólogo a *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., p. XX, advertía en 1927 que «no falta un cierto positivismo» en la compleja estratificación del espíritu de Giner. En el mismo sentido se habían manifestado A. Posada, J. Castillejo o S. Valentí Camp (vid. GIL CREMADES, J.J., op. ult. cit., p. 226).

12. Podría pensarse que krauso-positivismo y positivo-krausismo son términos equivalentes. Pero repárese en que no es lo mismo carne con patatas que patatas con carne. En cuanto a la posición de Dorado respecto del krausismo, basta leer atentamente y un poco entre líneas la «Nota Necrológica» que apareció en el *Bol. de la Inst. Libre de Enseñanza*, 1919, pp. 89-90, para advertir la considerable distancia que le separó de aquel movimiento, y de la que los propios krausistas o institucionistas fueron plenamente conscientes. Comienza la nota reconociendo que Dorado «no fue nunca ni discípulo ni maestro de la Institución, ni aun socio de ella». Sugiere a continuación que, a pesar de la divergencia de doctrina, hubo comunión en la actitud vital, en la «idealidad del juramento», aunque los institucionistas jurasen por el espíritu y Dorado por la materia. Lamenta después que siendo al principio «irreductible krausista» (en mi opinión no lo fue nunca, y menos dijo ser «el único krausista que ya quedaba por el mundo»). Esa «flotante ironía» (sic) es de M. Arés y no de P. Dorado a quien con deslizante osadía se la endosa el necrologista) acabara luego «tan lejos, tan lejos del krausismo». Finalmente, alude al estrecho vínculo personal de Dorado y Giner, «aunque, añade, tan lejos estuvieran unos de otros los primeros principios del filósofo de los del penalista». Otro institucionista, DE LOS RÍOS, F., *La Filosofía del Derecho en D. Francisco Giner*, Madrid, Corona, 1916, p. 128 (n.), resume muy bien la principal divergencia entre Dorado y Giner: el primero es empirista y subjetivista, mientras que el segundo metafísico y objetivista.

dudoso o exiguo, pues nos hallamos ante una corriente de pensamiento que ha tenido escaso arraigo en nuestro suelo ¹³.

Prescindiendo de sus defensores contemporáneos, apenas encontramos autores clara y decididamente positivistas en el ámbito del pensamiento jurídico español (no así en otros ámbitos: existe, por ejemplo, un nutrido grupo de científicos de la naturaleza y médicos filósofos que asumieron de inmediato el positivismo ¹⁴). Suele citarse aquí a Pedro Estasén, mercantilista barcelonés, que fue entusiasta defensor y divulgador de la filosofía positiva, e incluso llegó a explorar tímidamente sus repercusiones en el ámbito jurídico, pero que nunca pretendió desarrollar algo parecido a una verdadera filosofía positivista del Derecho ¹⁵.

13. Así lo advierte, p. e., GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...., op. cit.*, pp. 184 ss., para quien el positivismo no contó en el ámbito jurídico con representantes de relieve en nuestro país. Esa misma opinión había apuntado años atrás GONZÁLEZ VICÉN, F. *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des spanischen Geistes*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1937, pp. 24-5. En su opinión, el pensamiento jurídico español apenas resultó afectado por el positivismo. En España, añade, no existe ninguna verdadera Filosofía del Derecho positivista, al menos en la forma clásica de una «Teoría General del Derecho». A continuación, parece pensar en Dorado cuando sostiene que el pensamiento de ciertos penalistas habitualmente considerados como positivistas es sólo materialismo, de procedencia italiana. El propio Dorado era bien consciente de la raquítica presencia del positivismo jurídico en España. Expresamente lo declara cuando, en carta de 1891, contesta a la invitación de G. Fioretti para que fuera algo así como el corresponsal en España de la revista: *La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*. Aunque acepta gustoso el reto, advierte honradamente que pocas noticias podrá enviar a la revista, dado el retraso de nuestro país en cuestión de ciencias sociales y jurídicas según la nueva dirección positivista. Sobre la penetración del positivismo en España vid. también NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, Madrid, Tucur, 1975, y FERNÁNDEZ, E., *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Madrid, C. E. Const., 1981, esp. el capt. II: «El positivismo en España». En este libro se estudia la influencia del positivismo en el pensamiento de los primeros socialistas españoles. Cabe destacar aquí la figura de, entre otros, J. Verdes Montenegro. Por cierto que E. Fernández podría quizá haber estudiado también la figura de Dorado, básicamente positivista y siempre muy cercano al socialismo.

14. Algunos trataron incluso de extenderlo al ámbito jurídico, fundando el Derecho en la ciencia natural. Cfr. R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del XIX», en *Almena*, II, 1963, pp. 72 ss. Mencionan estos autores, entre otros, a R. López Mateos, F. Fabra y Soldevilla, J. Varela, P. Mata, I. Valentí, o J. de Letamendi, que desarrollaron su pensamiento ya en la primera mitad del s. XIX. Son, pues, en expresión de los hermanos Peset, «adelantados del positivismo jurídico» en España. Lo indiscutible es que «en España, como en general en Europa, la aparición del positivismo se halla en conexión muy estrecha con el creciente interés por las ciencias naturales y sus progresos». Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie, op. cit.*, p. 22.

15. Vid. ESTASEN, P., *El positivismo o sistema de las ciencias experimentales*, Barcelona, 1877; «Noción del Derecho según la filosofía positiva», en *Revista Contemporánea*, vol. 7, 1877, pp. 505-520 y vol. 10, pp. 322-347. Un buen resumen de este artículo, que es más bien divulgativo, ofrece GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...., op. cit.*, pp. 221-2. Por cierto, que su apostolado positivista acarrió a Estasén algún que otro sinsabor, como la suspensión de sus conferencias sobre el positivismo en el Ateneo barcelonés (1877). Y eso a pesar de que había procurado captar la benevolencia de las buenas gentes de orden asegurándoles que el positivismo no tenía nada de políticamente revolucionario sino todo lo contrario. El positivismo es una filosofía, aseguraba, «de espíritu antirrevolucionario y esencialmente conservador, en el buen sentido de la palabra» (*El positivismo...., op. cit.*, p. 37).

Se cita también a Luis Hernández Rico, autor de escasa talla, defensor de una doctrina darwinista o belicista del Derecho que lo reducía a pura fuerza, seguramente influido por algunos escritos especialmente radicales del propio Dorado ¹⁶.

Legaz incluye también entre los positivistas a José Segundo Flórez, seguidor de Comte, a Nicolás Salmerón y a Urbano González Serrano, krausistas positivizados éstos últimos; pero, además de que cultivaron la filosofía general más bien que la del Derecho, no está siempre claro, especialmente en el caso de González Serrano, si verdaderamente asumieron las doctrinas positivistas o se limitaron a exponerlas y criticarlas ¹⁷.

Despierta, asimismo, algunas dudas la adscripción al positivismo jurídico de Q. Saldaña. Pérez Luño, que lo incluye junto a Dorado y a González Vicén en dicha corriente de pensamiento, no deja de advertir que el «pragmatismo jurídico» de Saldaña no se reduce a mero realismo positivista de base sociológica, sino que implica además un cierto tipo, aunque empírico, de subjetivismo ¹⁸.

Fuera de estos autores, el positivismo jurídico pudo encontrar alguna otra vía, estrecha e indirecta, de penetración en España, mezclado con otras corrientes de pensamiento más o menos afines ¹⁹. A través, por ejemplo, del utilitarismo benthamita, que encontró un eco importante en algún círculo de la Universidad salmantina; o a través de la recepción, especialmente intensa en Cataluña, de la Escuela Histórica del Derecho, precedente próximo, según los propios positivistas de la época, de su movimiento; o a través del ya mencionado krauso-positi-

16. Vid. HERNÁNDEZ RICO, L., *La lucha en el Derecho*, Madrid, 1917; *Concepción belicista del Derecho*, Madrid, 1925.

17. Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., «Die Hauptrichtungen der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien», *op. cit.*, pp. 51 ss. Otro positivista de inspiración comtiana (a través de Littré) que cabría mencionar aquí es el catalán Pompeyo Gener, que se declara, no sin razón, hiperpositivista, por el radicalismo de alguna de sus tesis.

18. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., «Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien», en *Rechtstheorie*, vol. 18, 1987, p. 324. Resulta curioso advertir que la trayectoria de Q. Saldaña es por muchos aspectos paralela a la de Dorado: fue también penalista con inquietudes filosófico-jurídicas, estudioso del positivismo italiano, e igualmente estudioso de su colega salmantino, que parece haberle servido, en alguna medida, de modelo o punto de referencia, a pesar de la animadversión que, sin embargo, le demuestra a veces. Cfr. SALDAÑA, Q., *Mentalidades españolas. Dorado Montero*, Madrid, Reus, 1920. Sobre el positivismo italiano llegó a publicar al igual que Dorado un libro: *L'ultima fase del positivismo penale in Italia*, Citta di Castello, 1935.

19. En opinión de ZAPATERO, V., *Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974, p. 131, el positivismo consigue un auge considerable en España, pero no adquiere carta de naturaleza autónoma, sino que se desarrolla más bien «como impregnación progresiva de los sistemas vigentes». NÚÑEZ ENCABO, M., *Manuel Sales y Ferré: los orígenes de la Sociología en España*, *op. cit.*, p. 17, concreta algo más señalando que el positivismo español tendrá marca krausista, aunque también existan positivistas vinculados a la Escuela Histórica e incluso algunos pertenecientes al sector tradicional-católico.

vismo, extraña mezcla, por lo profundamente contradictorio de sus dos componentes, que fue posible gracias a la actitud característicamente abierta del krausismo español a las novedades del pensamiento y al progreso de la ciencia; o a través de las aportaciones ocasionales a la filosofía jurídica de importantes pensadores no juristas, como por ejemplo J. Ortega y Gasset, de las que se hicieron eco algunos de sus seguidores, como S. de Lissarrague²⁰. El propio L. Legaz tuvo también una época cercana a determinado positivismo jurídico: el kelseniano. En general, el formalismo jurídico logró cierta penetración en España a través de los becarios de la Junta de Ampliación de Estudios²¹.

Especial mención merece, entre estos últimos, la figura de F. González Vicén; porque si bien su pensamiento atraviesa por diversas etapas y resulta por tanto arriesgado declararle sin más positivista, es en todo caso e indudablemente el más destacado estudioso español del positivismo jurídico²².

Para completar el cuadro anterior, que no pretende, por supuesto, ser exhaustivo, habría que mencionar a diversos cultivadores de las ciencias jurídicas particulares, como Clemente de Diego, entre muchos otros; autores que con frecuencia se aproximaron al positivismo jurídico, normalmente en la línea de la Escuela de la Exégesis o del legalismo alemán; aunque no pocos lo hicieron al modo de aquel personaje de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo.

20. Sobre los matices positivistas del pensamiento de Ortega respecto al Derecho, *cfr.* ELÍAS DE TEJADA, F., «El concepto del Derecho de J. Ortega y Gasset», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1966, pp. 37-52. Le atribuye una concepción del Derecho que lo percibe como mera fuerza, y termina calificando (o mejor, descalificando) su pensamiento como «bárbara vuelta al positivismo más burdamente tosco» (p. 51). Sobre S. de Lissarrague, *cfr.* RIVAYA GARCÍA, B., «Introducción a la filosofía jurídica de Salvador de Lissarrague», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X (n. e.), 1993, pp. 489-508. A lo anterior cabe añadir que, como señala NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España, op. cit.*, pp. 183 y 225, el positivismo «gravita sobre el pensamiento de la mayoría de los componentes de la generación del 98».

21. *Cfr.* GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, *op. cit.*, p. 207; RUBIO CASTRO, A., «Sobre la Filosofía del Derecho en España a principios del siglo XX», en *An. de la Cát. F. Suárez*, vol. 23-4, 1983-4, pp. 187 ss.

22. LORCA NAVARRETE, J.F., «La filosofía jurídica española contemporánea», apéndice a la *Historia de la Filosofía del Derecho* (de G. Fasso), Madrid, Pirámide, 1988, III, p. 342, considera a González Vicén como representante, casi en solitario, del positivismo jurídico en España. También lo consideran positivista PÉREZ LUÑO, A.E., «Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien», *op. cit.*, p. 325, y ATIENZA, M., «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 46. Otros autores aluden a los componentes neohegelianos, marxistas y existencialistas de su filosofía. *Cfr.*, por ejemplo, DÍAZ, E., «F. González Vicén. 1908-1991», en *Doxa*, vol. 9, 1991, pp. 24 ss. y GARCÍA AMADO, J.A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», en *Anuario de F. del D.º*, vol. X (n. e.), 1993, p. 350.

Como se ve, el bagaje es relativamente pobre. ¿A qué se debe esta mortecina presencia del positivismo jurídico en nuestro país? Prescindiendo de las tópicas y autocomplacientes explicaciones idiosincráticas, que se fijan en la incompatibilidad de caracteres entre la fina espiritualidad hispana y la ramplonería positivista, creo que la razón decisiva debe buscarse, más bien, en el profundo arraigo que logró en nuestro suelo la filosofía krausista. Se ha dicho que el krausismo impidió toda posibilidad de hegelianizarnos, por la propia semejanza que existe entre ambos sistemas²³. Con más razón impediría que nos positivizáramos, por la profunda incompatibilidad que media entre positivismo y krausismo. Este último sistema es incontinentemente metafísico, mientras el primero pretende ser, aunque no siempre lo consigue, radicalmente empirista. Es ciertamente impensable que autores embebidos en ensoñaciones poético-filosóficas del tipo del *panenteísmo racionalista*, pudieran asumir sin mayores complicaciones el nuevo espíritu positivo, cientifista, realista o sociológico. Algunos, los krauso-positivistas, lo intentaron, pero su postura, escorzo inverosímil, no podía tener y apenas tuvo continuidad. En suma, el positivismo terminó disolviendo al krausismo en España, pero a su vez, el krausismo, difícilmente desarraigable por lo fuerte de su implantación, impidió el pleno florecimiento del positivismo²⁴.

Tras la Guerra Civil, el positivismo jurídico tropezó con un obstáculo aún mayor: nuestro peculiar y avasallador renacimiento del Derecho Natural. Cuando por fin, ya muy tardíamente, halló franca la entrada, penetró con timidez, quizá porque en esa época atravesaba por una profunda crisis, que no ha dejado de incrementarse desde entonces.

En definitiva, uno de los pocos autores, si no el único, que desarrolló un pensamiento básicamente positivista de cierto fuste en la España de finales del siglo pasado y principios de éste fue, a mi juicio, Dorado Montero. Quizá sea precisamente por lo aislado de su intento por lo que apenas tuvo repercusión alguna. En todo caso, quien pretenda profundizar en la historia del positivismo jurídico en España habrá de recalar inevitablemente en el pensamiento del filósofo y penalista salmantino²⁵.

23. Cfr. ELÍAS DE TEJADA, F., *El hegelismo jurídico español*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1944, p. 28.

24. NÚÑEZ RUIZ, D., *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, op. cit., p. 46, destaca las consecuencias disolventes de la actitud gnoseológica positivista, experimental, sobre la arquitectura teórica de los sistemas metafísicos. También apunta (pp. 16 ss., 114, 118 y 203) otras posibles causas del escaso arraigo logrado por el positivismo en España: el deficiente desarrollo de la ciencia experimental moderna y la frustración de la revolución burguesa en nuestro siglo XIX. Téngase en cuenta que el positivismo corresponde a «una etapa históricamente afirmativa del pensamiento burgués: estamos ya en una situación postrevolucionaria, y de la crítica de las instituciones del viejo régimen es preciso pasar ahora a la consolidación racionalizadora de las del nuevo» (p. 14).

25. También R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del s. XIX», op. cit., pp. 71, 78, 88, consideran a Dorado el «principal cultivador» en España del positivismo jurídico. Una opinión semejante sostiene VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero*, Granada, 1971, p. 15.

Queda así identificado dicho pensamiento como positivista en lo fundamental, aunque enriquecido o matizado por la aceptación de diversos puntos de vista procedentes del krausismo. En realidad, asume sólo aspiraciones y doctrinas concretas, más o menos convergentes o conciliables con el positivismo. Nunca la apabullante metafísica krausista, que rechaza de forma inequívoca; lo cual invalida, a mi juicio, cualquier intento de incluirlo en las filas del krausismo. Salvo que por krausista quiera entenderse «hombre de virtud elevada hasta el puritanismo»²⁶; en cuyo caso Dorado no sólo sería krausista sino quizá el primero de todos.

III. DIVERSAS CORRIENTES DEL POSITIVISMO JURIDICO

Conviene ahora precisar qué tipo de positivismo jurídico fue el de nuestro autor. Es sabido que dicho movimiento es sumamente difuso. Son muchas las corrientes y escuelas que cabe distinguir en él y muchas las doctrinas, a veces incluso contradictorias, que han merecido la calificación de positivistas. La obra de Dorado se inscribe en lo que podría denominarse, en terminología de su época, «filosofía positiva del Derecho»; es decir, constituye una de las diversas doctrinas derivadas de la aplicación al estudio y reflexión sobre el Derecho de la filosofía positivista, fundada por A. Comte y desarrollada por muchos otros autores, como H. Spencer (muy influido por los hallazgos científicos de Ch. Darwin) o R. Ardigò.

Fue este positivismo el que Dorado halló en Italia²⁷. Un positivismo aplicado al Derecho, y por lo tanto, una auténtica versión del positivismo jurídico. Una versión que difiere sustancialmente de la que hoy se considera paradigmática: el positivismo normativista de, entre otros, H. Kelsen o H. L. A. Hart. Las divergencias entre ambas versiones son tan profundas que ha llegado a decirse, no sin razón, que el positivismo jurídico, entendido ahora como equivalente a legalismo o positivismo normativista, nada le debe al filosófico e incluso es anterior a él²⁸.

26. Así parece concebirlo POSADA, A., *Breve historia del krausismo español*, Oviedo, Serv. de Pub. de la Univ. de Oviedo, 1981, p. 126. Pero no se olvide que Posada no fue precisamente un krausista ortodoxo.

27. La profundidad y exhaustividad con que Dorado estudió el positivismo jurídico italiano de la época, que se manifiesta en su voluminosa primera gran obra: *El positivismo en la Ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, Imprenta de la Rev. de Leg., 1891, impresionó vivamente a los propios autores italianos, como puede constatar en la nutrida correspondencia epistolar que nuestro autor mantuvo con muchos de ellos. Estas cartas, junto al resto del epistolario de Dorado, se encuentran a disposición de los estudiosos en el Archivo de la Universidad de Salamanca.

28. Cfr. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 5. Sobre este problema *vid.* también, p. e., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Pub. del R. Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 52 ss.

Es cierto que el positivismo normativista es, en gran medida, independiente del filosófico; pero no debe olvidarse que el filosófico ha tenido una importante plasmación en el campo del Derecho, y que, por ello, también puede reivindicar para sí con toda legitimidad la denominación de positivismo jurídico.

Quizá estemos aquí ante una simple equivocidad del término positivismo. Probablemente ciertas doctrinas, entre ellas la de Dorado, reciben la calificación de positivistas, porque son el resultado de aplicar la filosofía del positivismo a la reflexión sobre el Derecho; mientras que otras se atribuyen esa misma denominación, porque sólo consideran Derecho al conjunto de normas *positum* (impuesto, establecido) por el poder político de la comunidad de que se trate. En definitiva, nos encontraríamos aquí ante dos movimientos distintos sobre los que habría venido a recaer un mismo rótulo por razones diferentes. Con todo, no debe ignorarse que el normativismo, o legalismo, al asumir la denominación de positivismo jurídico, inusual antes de la aparición del positivismo filosófico (aunque la expresión *ius positivum* fuera conocida desde la Edad Media), probablemente quiso incorporarse de forma inconsciente el prestigio de la entonces pujante filosofía positiva²⁹. Aprovecharía para ello ciertas coincidencias doctrinales, como, por ejemplo, el rechazo del Derecho Natural absoluto y la afirmación de que no existe más Derecho que el positivo; aunque frecuentemente ambas corrientes entendieran por «Derecho positivo» cosas distintas: o bien Derecho establecido, al menos en último término, por el Estado, o bien Derecho cuya existencia es empíricamente constatable.

Lo anterior nos da pie para apuntar la tesis, que espero poder fundamentar más sólidamente en un trabajo posterior actualmente en proyecto, de que cabe distinguir en el complejo movimiento del positivismo jurídico dos grandes corrientes, profundamente divergentes entre sí, aun cuando existan algunos puntos de coincidencia que las aproximan un tanto y disimulan algo su recíproca extrañeza, desarrolladas de forma paralela desde los orígenes de dicho movimiento hasta nuestros días. Creo que una de las razones de la confusión que suele acompañar a los intentos de caracterización del positivismo jurídico e identificación de sus puntos de vista básicos, reside en la inadvertencia de la mencionada dualidad de versiones y de la incesante evolución de cada una de ellas³⁰.

29. Según indica OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, p. 50, la expresión «positivismo jurídico» se usaba raras veces todavía a principios del presente siglo, y no había comenzado a utilizarse hasta finales del siglo pasado.

30. Hay que advertir, antes de nada, que la separación de líneas de pensamiento positivista que proponemos es sólo un recurso teórico destinado a facilitar la comprensión del complejo fenómeno del positivismo jurídico. No pretende ser una descripción precisa de la realidad, es decir, una clasificación exacta de las corrientes positivistas efectivamente existentes. En la realidad ambas líneas aparecen muchas veces entremezcladas. Y es que no son del todo inconciliables o incompatibles entre sí. De hecho

La primera versión es la del positivismo normativista. Se caracteriza por concebir el Derecho como un conjunto de normas autónomo; es decir, autocontrolable o autorregulado, en el sentido de que son las propias normas jurídicas las que determinan qué es Derecho en cada caso. Lo cual propicia una nítida separabilidad del orden jurídico respecto de cualesquiera otros órdenes normativos o fenómenos sociales, como la moral o la política, con los que el Derecho suele estar relacionado.

En realidad, la anterior es ya una formulación refinada del positivismo normativista. En su formulación primera, más tosca (legalismo), concebía el Derecho como conjunto de normas impuestas por el poder coactivo del Estado y, por eso mismo, perfectamente delimitado y deslindable de la moral, las convicciones políticas, etc.

Esta concepción, profundamente estatalista, refleja la realidad político-jurídica que comienza a manifestarse en Europa con el advenimiento de las monarquías absolutas. En ellas, la centralización del poder político en manos del soberano se traduce, entre otras cosas, en el intento de monopolizar la potestad de crear Derecho y en la consecuente y casi absoluta primacía de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho, más o menos incontrolables por parte de ese mismo soberano. Un primer eco doctrinal del nuevo estado de cosas, prescindiendo de precedentes más antiguos que siempre cabe hallar, se advierte en la obra de Th. Hobbes. Pero la nueva doctrina sólo se manifiesta en todo su esplendor y franqueza cuando se impone, ya en el siglo XIX, el positivismo legalista. Dentro del positivismo legalista cabe agrupar autores como los alemanes K. Bergbohm o A. Merkel, los integrantes de la Jurisprudencia Analítica inglesa, como J. Bentham y J. Austin, o los franceses de la Escuela de la Exégesis, para quienes no había más Derecho que el contenido en el Código (*La Loi, c'est le droit*).

Quizá la mayor fractura que quepa señalar en la trayectoria de esta primera corriente sea la producida a comienzos de nuestro siglo por virtud de la obra de H. Kelsen. Kelsen, que se declara continuador de la ciencia jurídica positiva del siglo XIX, y más concretamente de la escuela alemana de Derecho público de Gerber, Laband, Jellinek, etc., revoluciona profundamente el positivismo normativista ofreciéndole una sólida fundamentación filosófica basada en el neokantismo, pero no altera sustancialmente la concepción del Derecho como conjunto perfectamente delimitable de normas respaldadas por el poder coactivo del Estado. Con inteligentes matizaciones y refinamientos, la idea de fondo sigue latiendo en la obra de H. L. A. Hart, el último gran ex-

es fácil comprobar que existen autores empiristas, o positivistas en sentido filosófico, que son también legalistas, y otros que no lo son. Pero el hecho de que en la práctica surjan interferencias no invalida la idea de que pueden diferenciarse, al menos teóricamente, dos grandes núcleos o modelos independientes de pensamiento positivista. Si no aparecieran en ocasiones entremezclados, seguramente no se habría producido tanta confusión en este tema.

ponente del movimiento que nos ocupa, quien, por cierto, también se confiesa continuador de la Jurisprudencia Analítica, es decir, del positivismo normativista inglés que ya descollaba en el siglo XIX.

La segunda gran versión del positivismo jurídico, que podríamos denominar positivismo realista, empirista o sociológico, también tiene importantes precedentes. Entre los más próximos destaca la Escuela Histórica del Derecho³¹. Escuela que, como es bien sabido, concibe el fenómeno jurídico, no como un conjunto de leyes impuestas por el Estado, sino como un hecho social, tan natural y espontáneo como el idioma, emanado del espíritu de cada pueblo; una realidad concreta de la vida configurada por la suma de condiciones y fuerzas que conforman cada sociedad. De lo anterior puede inferirse que el positivismo realista va a caracterizarse por concebir el Derecho como un fenómeno natural más, una manifestación más de las fuerzas que agitan el Universo, un simple hecho, el resultado de una compleja combinación de fuerzas sociales.

Esta concepción del Derecho como hecho, que no pretende contemplarlo aislado del resto de la realidad, como hace el normativismo, sino en relación con el todo, recibe su espaldarazo o confirmación teórica decisiva con la aplicación al ámbito de lo jurídico de la filosofía positivista. Es ésta una filosofía monista, es decir, reductora de la esfera espiritual, la esfera de la moral y el Derecho, a la esfera de los hechos naturales, única cuya existencia admite, y cuyas manifestaciones, conectadas entre sí por relaciones de causalidad, considera plenamente cognoscibles a través del método experimental. La aplicación del positivismo filosófico a la reflexión jurídica se efectúa, por así decirlo, en dos oleadas claramente diferenciables: una, la primera, que se produce durante la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del XX (y que será objeto de más detallado estudio en este trabajo), como efecto de la expansión del positivismo de origen comtiano, y otra, la segunda, que se produce ya en pleno siglo XX. Esta segunda oleada, que supone la principal fractura (quizá como réplica a la fractura que en la corriente normativista había supuesto la doctrina de Kelsen) o, más bien, escalón o salto hacia adelante, en el devenir de la corriente positivo-realista, consiste de nuevo en la aplicación al Derecho de una filosofía positivista, pero renovada: la filosofía del neopositivismo o empirismo lógico, aplicación que encuentra su más clara expresión en el pensamiento del realismo jurídico escandinavo.

31. Así lo aseguran, p. e., VANNI, I., «I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva», en *Rivista di filosofia scientifica*, 1885 (Reproducido en sus *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, I, Bologna, 1906, pp. 203-237); BRUGI, B., «I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea», en *Circolo Giuridico*, 1883, pp. 151-167; y el propio DORADO MONTERO, P., *La Natura y L'Història*, op. cit., pp. 129-30. Sobre el tema ha incidido recientemente MARINO, G., *Diritto, principi. giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1990. En general, sobre los orígenes de las principales corrientes del positivismo jurídico, es muy instructivo el trabajo de GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, F. Torres, 1984, pp. 203-29.

Como significativo indicador de la divergencia de ambas corrientes, baste una ojeada a las críticas que recíprocamente se intercambian sus respectivos integrantes. Especialmente iluminadora resulta la contemplación del fuego cruzado entre Kelsen y Ross³². Y no deja de resultar curioso que, mientras en la actualidad el rótulo del positivismo jurídico parecen acapararlo los normativistas en perjuicio de los realistas, a los que no siempre se les otorga, son estos últimos los que, en las discusiones aludidas, acusan a los primeros de falsos positivistas. Así, por ejemplo, Ross descalifica la doctrina de Kelsen como sólo *cuasi-positivista*, por concebir el Derecho como un conjunto de normas que imponen auténticos deberes; es decir, por mantener el metafísico dualismo entre ser y deber. También Dorado, como veremos más adelante, descalificaba en su época al legalismo como residuo del iusnaturalismo. Esta acusación, frente a lo que pueda parecer a primera vista, nada tiene de descabellada si se considera que históricamente el positivismo legalista de, por ejemplo, la Escuela de la Exégesis fue una actitud doctrinal derivada de la convicción de que el Derecho Natural se había conseguido plasmar definitivamente en los códigos positivos, de tal manera que en lo sucesivo a ellos exclusivamente debía atenerse el jurista. En este sentido se puede entender, en efecto, el legalismo como

32. Vid. Ross, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, C. Edit. de A. Latina, 1969, pp. 9 ss., donde excluye del «positivismo verdadero», para él equivalente a empirismo, a todos aquellos autores «comúnmente considerados positivistas», como p. e. Bergbohm, que si bien niegan el Derecho Natural, se aferran a la idea de que el Derecho positivo es obligatorio (p. 24). Más adelante sostiene que ese positivismo, el de *Gesetz ist Gesetz*, es en realidad «una escuela de Derecho Natural» o, mejor, «cuasipositivismo». El propio Ross denuncia páginas después que el cuasipositivismo tiene un objetivo político: sostener incondicionalmente la autoridad del Estado (p. 27).

Aquí tenemos, efectivamente, otra posible diferencia entre positivismo normativista y realista. Los móviles de este último parecen puramente científicos o de conocimiento desinteresado. Los del normativista parecen también en parte políticos: subyace a él una ideología reforzadora de la autoridad del Estado y custodia del orden y la seguridad en el tráfico jurídico (entiéndase mercantil), tan necesaria para la burguesía imperante. Se ha dicho, *cfr.* p. e. BILBAO, A., *El Positivismo y la Sociología*, Madrid, E. Saltés, 1979, pp. 193 ss., 205-9, y 233, que, en general, la filosofía positiva es un intento de racionalización apologética o consolidación pretendidamente científica del orden social burgués. Es decir, sería un intento de legitimar el *statu quo* mostrándolo como producto necesario de la evolución natural. De lo anterior se deduciría que al positivismo jurídico realista subyace en el fondo una ideología similar a la del positivismo legalista.

Vid. también la réplica a Ross de KELSEN, H., «Una teoría realista y la Teoría Pura del Derecho. Observaciones a Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia*», en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, C. Ed. de A. Latina, pp. 9 ss. El enfrentamiento entre HART, H.L.A., «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, vol. 17, 1959, pp. 233-40, y ROSS, A., «Review of Hart's Concept of Law», en *Yale Law Journal*, 1961-2, pp. 1185-90, es menos duro, porque Hart acoge en su obra diversos elementos realistas o empiristas.

una continuación del iusnaturalismo racionalista ³³. En suma, los normativistas no son necesariamente positivistas en sentido filosófico. Son positivistas en el sentido de que rinden culto exclusivo al *ius positivum*.

No está de más, creo, hacer aquí una especie de recapitulación que permita precisar algo más la diferencia existente entre las dos grandes corrientes del positivismo jurídico que hemos distinguido. Dicha diferencia podría formularse como sigue. El positivismo jurídico normativista responde a la pregunta por la validez jurídica de un acto cualquiera, un testamento por ejemplo, apelando a una o varias normas pertenecientes a un sistema o conjunto de normas bien delimitado (por su procedencia, al menos en último término, del Estado); mientras que el positivismo realista responde a esa misma cuestión apelando a los hechos, a lo que efectivamente ocurre en la práctica; es decir, atendiendo al comportamiento usual de la gente, a la opinión de los juristas, a las decisiones de los jueces sobre el tema (siempre que suelen respetarse), etc.

En otras palabras, para el positivismo normativista el alcance y límites del Derecho es algo que determina el propio Derecho. Son las propias normas jurídicas las que deciden qué cuenta como Derecho, qué reglas de Derecho son válidas; mientras que para el positivismo realista todo eso lo determina la realidad social. Reglas de Derecho válidas serán aquí las efectivamente aplicadas o empleadas en la práctica por los ciudadanos y jueces. Así, por ejemplo, si se diera el caso de que ciertas autoridades administrativas o ciertos tribunales rehusaran aplicar determinadas normas, esa situación de hecho sería para el positivismo realista la verdadera situación jurídica, y no la diseñada por las normas mismas ³⁴.

33. Sobre el tránsito del iusnaturalismo al positivismo legalista *cfr.*, entre otros, OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico. op. cit.*, pp. 37-38; GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres, 1984, pp. 205-229.

34. De este modo presenta la diferencia WALINE, M., «Positivisme philosophique, juridique et sociologique», en *Mélanges R. Carré de Malberg*, París, 1933, pp. 522-8, que distingue dos grandes corrientes positivistas en relación con el Derecho: la que denomina *positivismo jurídico* y la que denomina *positivismo sociológico*. En realidad, son varios los autores que han detectado esta bifurcación de sendas positivistas. Así, p. e., CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho Natural*, Madrid, Ed. Nacional, 1974, 5.^a ed., p. 107, diferencia dos corrientes dentro del positivismo jurídico: «a) la que es proyección, en el mundo del Derecho, de una actitud filosófica positiva; b) la que surge en el sector de la Jurisprudencia sin apenas raigambre filosófica». También GONZÁLEZ VICÉN, F., «Del Derecho Natural al positivismo jurídico», *op. cit.*; «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Univ. de La Laguna, 1979, identifica una doble raíz histórica del positivismo jurídico que explica la diversidad de «los positivismos jurídicos» existentes. La primera de las dos líneas de pensamiento positivista es la que concibe el Derecho como orden de normas autónomo y la segunda la que lo concibe como producto histórico y relativo. La primera enraiza con la aparición del Estado absoluto e identifica el

Probablemente la divergencia más profunda que media entre las dos corrientes en cuestión, aparte de las diferencias ya mencionadas, es de enfoque o perspectiva. En efecto, el positivismo realista adopta frente al Derecho un enfoque o punto de vista externo; mientras que el positivismo normativista lo adopta interno. Quiere esto decir que el positivismo realista se limita a describir el hecho del Derecho; es decir, lo que del Derecho se manifiesta en el mundo de los fenómenos naturales o sociales. Elabora, pues, todo lo más, una especie de Sociología del Derecho. De hecho, muchos positivistas realistas, y Dorado entre ellos, no creen que exista diferencia alguna entre la sociología y la filosofía jurídicas. Por su parte, el positivismo normativista trata de dar cuenta de la estructura interna del Derecho y de su funcionamiento. Es decir, pretende dar cuenta adecuada de la práctica jurídica y de la ciencia jurídico-dogmática. Elabora, pues, una verdadera Teoría del Derecho.

IV. LA FILOSOFÍA POSITIVA DEL DERECHO EN ITALIA

Una vez encuadrado el pensamiento de Dorado en el marco de la filosofía positiva del Derecho de finales del siglo XIX y principios del XX, o lo que es lo mismo, en la corriente realista del positivismo jurídico, parece conveniente describir con mayor detalle dicho movimiento. Nos interesa exponer sus doctrinas básicas; a ser posible tal como se presentaron en la Italia finisecular en que el profesor salmantino pudo conocerlas, y tal como él las entendió. Para lograr este enfoque,

Derecho por la fuente de su producción, básicamente el centro de poder político. Es decir, lo reduce a pura vigencia. La segunda enraiza con la aparición en el s. XVIII de la conciencia histórica, y entiende el Derecho como el producto de una comunidad determinada y unas condiciones de existencia determinadas. Es decir, lo reduce a pura historicidad. Curiosamente, a la hora de clasificar las grandes corrientes positivistas, González Vicén no las reduce a dos sino a tres: la del positivismo imperativista o normativista, la del positivismo historicista y la del realismo jurídico. A mi juicio, las dos últimas direcciones mencionadas se pueden reducir a una sola. Representan momentos diferentes en la evolución de una misma idea de fondo. Tampoco comparto con González Vicén la opinión de que, a pesar de todo, el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento unitaria, en cuanto que a través de todas sus variantes defiende siempre la tesis de que el Derecho es una ordenación real y concreta en el tiempo. Esa idea es tan vaga que cualquiera podría aceptarla; incluso, con ciertas matizaciones, un iusnaturalista. Recientemente MARINO, G., *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento, op. cit.*, pp. 124 ss., distingue asimismo entre un positivismo viejo o clásico, cuyos puntos de referencia serían el evolucionismo, el sociologismo y cierto historicismo, y otro positivismo renovado, cuyo punto de referencia sería la elección de un cierto método técnico-jurídico, una especie de *actio finium regundorum*, que permitiría distinguir lo jurídico, básicamente la ley, de lo no jurídico, interrumpiendo así la continuidad entre hecho y Derecho característica del viejo positivismo.

nada mejor que tomar como base de la exposición el amplio y riguroso trabajo en que nuestro autor, ajustándose, según declara, a sus propios gustos y tendencias, da exhaustiva cuenta de los avances del positivismo jurídico en Italia ³⁵.

Como ya he anticipado, es éste un movimiento que intenta aplicar la filosofía del positivismo al estudio y reflexión sobre el Derecho. El origen de dicha filosofía lo sitúa Dorado en el pensamiento de Kant, y más próxima o inmediatamente en la obra de Comte y Spencer, entre otros. En cuanto a los precursores italianos del nuevo estilo de pensar, cita a Galileo y Vico, entre los remotos, así como, más cercanamente, a Goia y Romagnosi (influidos por Condillac). De una manera clara, la filosofía positiva habría comenzado a manifestarse en Italia a partir de 1865, llegando a lograr una fuerte implantación en el campo del Derecho a partir de 1880, por obra de autores tales como Ardigò, Lombroso, Garofalo, Ferri, etc. ³⁶

En una primera aproximación, podemos describir la filosofía que nos ocupa como una concepción mecánico-monista del mundo, que considera operantes en todas las esferas (incluida la social, moral, o jurídica) las mismas fuerzas y leyes que gobiernan el mundo natural. Coherentemente con lo anterior, exige la universal utilización del método experimental, así como el rechazo de toda noción metafísica, es decir, incontrastable empíricamente.

Los primeros frutos que el nuevo modo de pensar produjo en la esfera del pensamiento jurídico fueron especialmente fecundos en el campo del Derecho Penal. Al negarse por metafísica la noción de libertad, las acciones humanas pasaron a reputarse causalmente determinadas por efecto de factores naturales o físicos, y sociales. Al no considerarse el hombre libre, tampoco se le podía responsabilizar de sus delitos. La responsabilidad correspondería, en todo caso, a la sociedad en su conjunto. Por esa razón, la pena, más que una retribución moral por el mal causado, pasaba a concebirse como un mecanismo defensivo del organismo social frente al daño derivado del delito. Se producía así, en definitiva, un vuelco completo en la filosofía penal, que amenazaba con repercutir de forma inmediata y profunda en la ciencia y en la práctica jurídico-penal.

También en otros ámbitos del Derecho examinados por nuestro autor, tales como el Derecho civil, el Derecho político y administrativo, o incluso el Derecho romano, se perciben los efectos de la filosofía positiva, pero en una medida mucho menor que en el penal.

35. Vid. DORADO MONTERO, P., *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, op. cit.

36. Sobre el origen del positivismo jurídico en Italia vid. también PÉREZ LUÑO A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, op. cit., pp. 86 ss. y MARINO, G., *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, op. cit.

En cuanto a la Filosofía del Derecho, Dorado nos informa de que «en la dirección positivista es imposible hoy una Filosofía del Derecho completa, porque apenas si se comienzan a dibujar sus principales líneas»³⁷. El contenido, añade en otro lugar, está todavía virgen. Verdaderamente, la filosofía positiva del Derecho que nuestro autor conoció en su momento de efervescencia inicial, no llegó a conformar una doctrina perfectamente acabada o sistemática. Fue poco más que un firme propósito metódico (experimentalista), una severa crítica a los puntos de vista que, por no aceptar la disolución del Derecho en las ciencias naturales, eran tachados de metafísicos, y algunos esbozos o ensayos de doctrinas, con frecuencia difícilmente conciliables con la visión que intuitivamente se tiene del Derecho y, a veces, incluso difícilmente conciliables entre sí.

Se trata, en definitiva, de un positivismo que, haciendo uso de la conocida clasificación de N. Bobbio, podría calificarse de «metodológico», en cuanto su principal obsesión es la de que el estudio del Derecho debe abordarse desde un determinado punto de vista: el experimental, el inductivo, el positivo. Un punto de vista que pretende atenerse a los hechos tal y como se presentan a la observación; tomar las cosas como son en la realidad y no como entes que se forman abstractamente, especulativamente, y sólo tienen vida en la imaginación³⁸.

Rechaza, pues, todo apriorismo, toda metafísica, todo saber que no proceda de la observación, del experimento, de la interpretación de los hechos. Consecuentemente, rechaza también uno de los productos más característicamente idealistas: el dualismo, que postula la existencia de dos mundos superpuestos, el de las puras ideas y el de los fenómenos sensibles, o, en el ámbito de lo jurídico, el del puro Derecho Natural y el del positivo. Adopta, por el contrario, una concepción unitaria de lo existente, que presenta la totalidad de los fenómenos, sean físicos o espirituales, como emanaciones de una misma fuerza cósmica, como distintas formas del mecanismo del universo. Esta concepción se traduce en una visión también unitaria de la ciencia o del saber (el llamado monismo científico), que propugna la utilización en todos los casos de una metodología idéntica.

Como modelo de la metodología unitaria propugnada se toma, como digo, el saber experimental propio de las ciencias naturales. Se adopta el método de la Física o, mejor aún, el de la Biología, cuyos principios se consideran especialmente aplicables al mundo del Derecho. Y ello porque se supone que los hechos sociales y jurídicos son básicamente idénticos a los hechos físicos; que la sociedad humana no difiere sustancialmente de la sociedad animal; e incluso que la sociedad es un organismo viviente, con los mismos órganos y funciones que presentan los seres vivos. El Derecho, concretamente, no sería sino una función, entre otras, del organismo social, del mismo modo que la nutrición lo sería del organismo animal.

Con estos antecedentes, resulta perfectamente comprensible que las principales categorías conceptuales introducidas por Darwin y sus segui-

37. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El positivismo...*, op. cit., p. 103.

38. *Ibid.*, p. 5.

dores, entonces muy en boga en el campo de las ciencias de la vida, fueran diligentemente trasladadas al ámbito de las ciencias sociales. Nociones como las de adaptación, influencia del ambiente, evolución, lucha por la existencia, con su resultado: la selección natural o supervivencia de los mejores, clave del progreso de la especie, etc., que comienzan a penetrar profusa e indiscriminadamente en diversas esferas del saber, invaden también las relativas al Derecho. Es fácil tropezarse con afirmaciones tales como, por ejemplo, la de que los fenómenos jurídicos, o las instituciones jurídicas, sufren las influencias del ambiente social que los rodea y se adaptan a él mediante la lucha por la supervivencia, de la que se deriva la selección y la adquisición de las condiciones necesarias para la vida. Dorado advierte con toda claridad el fenómeno en los siguientes términos: «como la nueva filosofía es la filosofía del darwinismo y de la evolución, la nueva filosofía del Derecho es también la filosofía del darwinismo y de la evolución aplicados al orden jurídico»³⁹.

Generalizando, puede decirse que la Filosofía del Derecho es, para la corriente positivista que estamos estudiando, una ciencia natural. Lo cual es perfectamente coherente con su idea de que los actos humanos, y por tanto, también los fenómenos jurídicos, no dependen de la voluntad libre del hombre, sino que están determinados por el ambiente físico y social. Son, pues, fenómenos naturales, y en consecuencia, natural habrá de ser también la disciplina que los estudie. Una disciplina que, por esa misma razón, podrá y deberá contar con el auxilio de las restantes ciencias: Física, Geografía, Matemáticas, Estadística, Sociología, Paleontología, Arqueología, Etnología, etc., que, en último término, versan sobre idéntico objeto: el mecanismo universal.

La tarea asignada a la Filosofía del Derecho positivista (o a la Sociología jurídica, que vendría a identificarse con ella) es la de estudiar el fenómeno jurídico tal y como efectivamente se produce en la vida real; es decir, como un hecho social. Habría de atender especialmente al proceso de su evolución desde el origen o primera manifestación del mismo hasta la última; examinando también sus relaciones con los restantes fenómenos del universo, regidos, en último término, por leyes idénticas a las que rigen la vida del Derecho⁴⁰.

39. *Ibid.*, p. 138. Sobre el darwinismo aplicado al orden social *vid.* GONZÁLEZ VICÉN, F., «El darwinismo social. Espectro de una ideología», en *Anuario de F. del D.*, vol. I (n. e.), 1984, pp. 163-76.

40. Por cierto, el reconocimiento de estos autores positivistas de que el Derecho no se presenta jamás aislado y no puede estudiarse aisladamente, les conduce a defender la tesis de que «el hecho jurídico está íntimamente enlazado con el moral, el político, el religioso, el económico, etc.» Evoluciona y se transforma al mismo ritmo de los otros influyéndolos y sufriendo su influencia. *Cfr. El positivismo...*, *op. cit.*, p. 333. La tesis apuntada, formulada por Puglia, pero que puede considerarse característica del positivismo realista, tiene poco que ver con una de las ideas básicas del positivismo normativista o legalista, cuya formulación podría hacerse, siguiendo a HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 230, en los siguientes términos: entiendo por positivismo jurídico la idea de que «en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral».

No se trata, por tanto, de captar mediante especulación abstracta la pretendida esencia de lo jurídico, esencia que se reputa inexistente o, al menos, incognoscible. Se trata más bien de lograr mediante la observación y el experimento un conocimiento preciso del hecho social que representa el Derecho positivo (único cuya existencia se reconoce). Derecho que, así contemplado, se manifiesta como el producto de un complejo entramado de fuerzas sociales.

Aquí tenemos ya el núcleo de la concepción que del Derecho sustenta la filosofía positiva del mismo. Lo concibe como fuerza, como una manifestación, entre otras, de la fuerza, en el fondo única, que agita el universo. Ese mecanismo de fuerza o fuerzas sociales complejamente entrecruzadas en que el Derecho consiste ha seguido la ley de la evolución; evolución marcada por la influencia de múltiples factores que lo han condicionado hasta alcanzar su forma actual.

Los autores positivistas que estudiamos aspiraban a captar y formular las leyes generales de la evolución de todo Derecho; lo cual permitiría prever su desarrollo futuro, y hasta extraer de la previsión de los grados más altos de dicho desarrollo algunas directrices u orientaciones normativas. No es difícil detectar aquí ciertos atisbos de un peculiar iusnaturalismo más o menos implícito, sobre el que abundaré más adelante.

En el intento de formular esa ley o leyes generales de la evolución del Derecho, los citados autores vienen a señalar lo siguiente: el Derecho, como cualquier otro fenómeno social sujeto a evolución, se forma por sucesiva diferenciación y especificación de un todo homogéneo anterior. En el caso del Derecho, el indistinto anterior del que surge es un conjunto de relaciones bioéticas que formarían una verdadera «nebulosa moral» en el seno de la sociedad humana. Se llama nebulosa moral al conjunto de normas sociales que hacen posible la convivencia aun antes de que haga su aparición el Derecho. Este último surge cuando aparece el poder del Estado, el poder político, que impone coactivamente el cumplimiento de las normas y designa jueces para garantizar su aplicación. Así pues, el poder, el poder político-social, que se equipara, tanto por su formación como por su función, con el sistema nervioso central de los animales superiores, es consustancial con el Derecho, y tiene como función hacer posible la armonía social y el progreso. El respeto, muchas veces inconsciente, que tal poder genera y el temor que provoca la coacción de la que puede hacer uso es lo que funda la eficacia del Derecho.⁴¹

Por lo demás, se entiende el Derecho, en cuanto mero producto natural, efecto de causas físicas o mecánicas cambiantes, como algo temporal y mudable. Algo que se transforma a medida que cambian las necesidades y condiciones sociales (económicas, morales, etc.) a las

41. *Cfr. El positivismo.... op. cit.*, pp. 179 ss.

que responde. O, para decirlo en términos de Dorado: «en el Derecho sucede lo propio que en la naturaleza entera: todo se transforma, todo se cambia, nada es seguro ni estable»⁴².

Carece de sentido, en consecuencia, hablar de máximas eternas de justicia, de principios absolutos de Derecho Natural, o de derechos naturales del hombre. Todo eso es pura ilusión; ideales subjetivos de los que hay más versiones que pensadores; abstracciones o generalizaciones sublimadas de las normas actuales, que tienen valor relativo, están condicionadas históricamente, y son fruto de multitud de factores infinitamente mudables.

Aunque la corriente positivo-realista, o naturalista, que estamos examinando niega explícita y radicalmente la existencia de un Derecho Natural absoluto o eterno, contiene en sí, como anticipábamos más atrás, ciertos ingredientes que bien pueden considerarse iusnaturalistas; lo cual resulta especialmente chocante si se tiene en cuenta que el rechazo del Derecho Natural ha sido prácticamente el único rasgo unánimemente considerado por los estudiosos como común a todas las versiones del positivismo jurídico.

En efecto, a pesar de que los autores positivo-realistas conciben el Derecho como un mero producto natural, zarandeado por influencias mecánicas o causales cambiantes, sugieren, sin embargo, que conviene conocer tales influencias «para alentarlas y favorecerlas cuando sean conformes a la vida y a las exigencias actuales». Es decir, suponen que la vida jurídica o el orden de cosas actual tiene sus propias exigencias. Suponen, por otra parte, que existe una especie de ley universal de evolución del Derecho; lo cual es tanto como suponer que la naturaleza tiene sus propios planes de evolución, determinadas leyes físicas o biológicas que conforman una especie de providencia natural, a la que conviene plegarse.

Además de lo anterior, llama poderosamente la atención una peculiar doctrina de R. Ardigò, autor cuyo positivismo, casi una religión, está fuera de toda duda; doctrina que, por cierto, influye profundamente en Dorado, que termina asumiéndola y remodelándola una y otra vez hasta convertirla en una especie de tópico obsesivo de su obra (uno más).

Se trata de una doctrina estrechamente emparentada con el evolucionismo científico. En realidad, viene a ser un desarrollo de los atisbos iusnaturalistas que, como antes apunté, se detectan en diversos autores positivo-realistas. Reconoce, como estos últimos, que la naturaleza, en continua evolución, tiene sus exigencias, igualmente evolutivas; esto es, infinitamente renovables. Tales exigencias son captadas por los individuos de conciencia social más inquieta y sensible, que las adoptan como ideales de transformación del Derecho positivo y tratan de plasmarlas en él. Se presenta así la evolución del Derecho como una lucha incesante entre el Derecho positivo y los nuevos ideales jurídi-

42. *Ibid.*, p. 166.

cos, entre el Derecho «que es» y las nuevas concepciones sobre el Derecho «que debería ser». Estos ideales o aspiraciones, continuamente emergentes, son denominados por Ardigò, y más tarde también por Dorado, Derecho Natural, haciendo quizá un uso algo abusivo de tan ilustre denominación. El parece considerarla aplicable con toda propiedad, porque, aunque se refiere a ideales subjetivos, éstos emergen, en última instancia, de la evolución de la vida; es decir, corresponden al desenvolvimiento progresivo de la naturaleza humana, que se refleja en dichos ideales.

V. LA ACTITUD DE DORADO

Lo primero que debe advertirse es que no fue siempre idéntica su actitud hacia las doctrinas positivistas que acabamos de sintetizar⁴³. A mi juicio, cabe distinguir en el pensamiento de Dorado al menos dos fases o etapas claramente perceptibles. En la primera, adopta una actitud de cierto distanciamiento crítico en relación con el positivismo, aunque aceptando sus presupuestos básicos. En la segunda, se deja penetrar más a fondo por esa corriente de pensamiento hasta extraer, finalmente, las últimas consecuencias de aquellos presupuestos; lo cual le conduce de forma inevitable a una visión del Derecho en extremo radical y descarnada, a una posición verdaderamente «nihilista», como certeramente la califica Gil Cremades⁴⁴.

43. Doctrinas que extrae de las obras de Ardigò, Vanni, Schiattarella, Puglia, Cogliolo, Vadalà-Papale, Bonelli, Molinari, etc. En trabajos sucesivos menciona Dorado a otros positivistas italianos, como Levi o Groppali, y también no italianos, como Gumpłowicz. Téngase en cuenta que su contacto con el positivismo no se limita a la época de estancia en Italia, sino que se prolonga a través de los años. No estuvo ni mucho menos aislado del discurrir de las ideas en su retiro salmantino. Siempre procuró mantenerse al corriente de los progresos del pensamiento y de la ciencia, y pudo lograrlo manteniendo un estrecho contacto epistolar y de intercambio bibliográfico con muchos de los más destacados estudiosos de la época, especialmente italianos. Además era un lector incansable de todo cuanto de relieve iba publicándose en Europa, auxiliado por su buen conocimiento de idiomas, cosa inusual en la época; y su nutrida biblioteca personal estaba perfectamente actualizada.

44. Cfr. GIL CREMADES, J.J., *El reformismo español...*, op. cit., p. 270. Nuestro punto de vista, que distingue dos fases en el pensamiento de Dorado, una de positivismo moderado o positivo-krausismo y otra de positivismo exacerbado, coincide básicamente con el de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., pp. 18: «Dorado volvió de Italia positivista; pero positivista crítico, como correspondía a su formación filosófica anterior, que fue el cedazo para la nueva cosecha. (...) Los trabajos posteriores carecen de la cautela y medida abundantes en los primeros». En otro lugar (pp. 42-3) habla Antón de una etapa «superpositivista» de nuestro autor en la que «rectificando su primera posición, abandonó por completo el término medio y se colocó más allá todavía de la escuela italiana por parecerle que arrastraba demasiados residuos de la ideología tradicional».

La primera y más extensa de las etapas aludidas, que podría denominarse positivo-krausista, utilizando una expresión más arriba propuesta, o también «utópica», recogiendo una calificación muy extendida entre los estudiosos de Dorado ⁴⁵, se perfila claramente ya en la misma obra en la que examina y divulga en España la concepción del Derecho de los positivistas italianos. Adopta allí gran parte de las doctrinas que somete a examen, y cuyo triunfo considera imparable; pero, al mismo tiempo, critica con determinación algunos importantes aspectos de las mismas.

Acepta el decisivo punto de vista metódico, la que denomina «feliz intuición», de fundar el Derecho en la realidad, en las relaciones efectivas de la vida social, y no en abstracciones metafísicas, que serían bellos edificios pero sin cimientos. Llega incluso a criticar la falta de coherencia de algunos autores pretendidamente positivistas que, olvidando su consigna antimetafísica, adoptan un concepto de Derecho que, a su juicio, es básicamente el kantiano ⁴⁶.

Algo divergente es, sin embargo, la tesis de VALLS, J., *La filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, p. 11, para quien Dorado no llega a sintetizar positivismo y krausismo, sino que pasa sucesivamente por una etapa krausista, otra positivista y otra superadora de ambas. En mi opinión, no está suficientemente justificada la atribución a Dorado de una etapa krausista. El hecho de que fuera alumno de M. Arés y de Giner de los Ríos no demuestra nada. Tampoco lo demuestra el hecho de que mantuviera lazos de amistad, aunque casi sólo por correspondencia, con la mayor parte de los krausistas españoles del momento. Las afinidades de pensamiento deben apoyarse en los escritos y no en las biografías. De lo contrario, habría también buenas razones para hablar de una fase católico-integrista de nuestro autor. Se sabe, en efecto, de una conferencia del joven Dorado en cierta academia universitaria salmantina de orientación reaccionaria, cuyo título es inequívoco: «De Covadonga a Granada o el triunfo de la Cruz sobre la Media Luna». Parece ser que por entonces se hallaba próximo al círculo integrista salmantino encabezado por E. Gil-Robles, con quien andando el tiempo se enfrentaría. Creo, sin embargo, que esta etapa de juventud no es significativa, precisamente porque no se tradujo en obras. Tampoco hay escritos puramente krausistas de Dorado; luego no parece acertado atribuirle una etapa krausista. En segundo lugar, no creo que su positivismo sea puro, al menos en un primer momento, sino impregnado de ideas krausistas. El mismo Dorado se presentaba entonces como positivista crítico declarando su intención de conciliar positivismo e idealismo. Finalmente, no creo que su última etapa sea superadora de las dos anteriores, sino una simple profundización en el positivismo que menoscaba cada vez más su veta krausista, aunque sin agotarla del todo.

45. Ya CUELLO CALÓN, E., «La teoría jurídico penal de Pietro Dorado Montero», en *Riv. Int. di F.^a del D.*, vol. 1, 1921, pp. 94 y 99, declaraba que los nobles ideales perseguidos por Dorado le encaminan a veces a la utopía. Terminaba su artículo con estas palabras: «[Dorado]... elevandosi sulle ali di nobili idealismi, si slancia nelle vaghe regioni dell'utopia». ONECA, A., *La utopía penal de Dorado Montero, op. cit.*, retoma la idea, que en realidad ya había surgido en forma de crítica incluso en vida de Dorado, y presenta la noción de utopía como categoría clave para la comprensión de su pensamiento.

46. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El positivismo...*, *op. cit.*, pp. 175-176. En el fondo, ésta viene a ser la crítica de Ross a Kelsen cuando moteja su doctrina sobre el Derecho como «cuasi-positivista» por colocar en un lugar central la noción metafísica del deber; consecuencia de su distinción de raigambre kantiana entre las categorías del ser y del deber ser.

En esta línea antimetafísica rechaza el dualismo idealista, que distingue el Derecho Natural, absoluto y eterno, del positivo, o el Derecho objetivo del subjetivo. Asimismo, niega el carácter absoluto o incondicional de elementos tales como los derechos humanos, que, en su opinión, son puramente históricos y relativos, es decir, «hijos de la presente situación y desarrollo social»⁴⁷ y de ningún modo innatos, intangibles, inalienables, o imprescriptibles.

Curiosamente, esta última crítica la dirige contra Mambelli, uno de los pocos autores italianos influidos por Krause, filósofo idealista alemán, al que en Italia, según constata con sorpresa nuestro autor, «casi ni de nombre se conoce»⁴⁸. Quizá advirtiera entonces lo anómalo de la hipertrófica influencia de aquél en España y decidiera mantenerse un tanto al margen de la simpática secta del krausismo español.

En general, se puede decir que tomó del positivismo, desde el principio y para siempre, la visión del Derecho como un fenómeno real, social, histórico, producto de la actividad humana y no de factores sobrehumanos o sobrenaturales; como un fenómeno relativo, contingente, variable según las circunstancias, y no un atributo de la naturaleza humana, necesario e inmutable en lo esencial; como algo cuyo auténtico sentido sólo puede captarse en las relaciones intersubjetivas de la vida humana, determinando por inducción, a partir del examen experimental de los hechos, las leyes que rigen la aparición y desarrollo de tales relaciones.

A pesar de que Dorado acepta inequívocamente todos esos pilares de la doctrina positivista, no deja de mostrar en esta primera etapa de su pensamiento algunas reticencias significativas. Se trata de objeciones más o menos puntuales, como la que dirige contra el «darwinismo jurídico», juzgando precipitada la aplicación «al organismo social» de las leyes del mundo animal. Un hombre como él, impregnado de ideales correccionalistas o krausistas, no podía acoger sin protestas tesis como por ejemplo la de J. Boccardo, que pedía la desaparición de las instituciones de beneficencia bajo la acusación de obstaculizar la selección biológica y social. En general, Dorado acepta aquí el punto de vista de que la lucha por la existencia se halla atemperada en la sociedad humana por la presencia de ciertos rasgos característicos del hombre, como el altruismo, la simpatía y la cooperación voluntaria. Con todo, no puede desconocerse que en la segunda fase, más radical, de su pensamiento termina por adoptar, más o menos matizadamente, algunos de los principales tópicos darwinistas, concibiendo por ejemplo todas las manifestaciones de la vida social como modos de lucha⁴⁹.

47. *Ibid.*, pp. 118-119.

48. *Ibid.*, p. 112.

49. *Ibid.*, p. 219. Todavía en *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 532, se muestra cauteloso respecto del darwinismo humano y social. Sin embargo, en «Valor

También crítica, con buen criterio, la tesis positivista de que el Derecho, en cuanto relación social impuesta coactivamente por el poder político, puede tener cualquier contenido. En su opinión, coincidente aquí con la de Vanni, la función específica que el Derecho desempeña en la vida social exige, en alguna medida al menos, un contenido determinado y no arbitrario para las normas jurídicas.

Esta objeción, cercana a la tesis de Giner y otros krausistas que reivindican para el Derecho un contenido ético, y que por cierto también parece difuminarse en la última fase del pensamiento de Dorado, y otras objeciones de menor calado, le llevan a concebir su propia postura doctrinal como «positivismo crítico». El positivismo crítico fue un movimiento, promovido, entre otros, por Fouillée, que pretendía limar los excesos positivistas fundiendo los importantes logros de esta escuela con la parte más sana y aprovechable de la idealista. Se trataba de una corriente ecléctica que permitía al profesor salmantino adoptar una postura básicamente positivista sin tener que arrojar por la borda todo su bagaje de ideas krausistas.

La prueba de que su propósito, al menos en una primera época, fue conciliar o armonizar lo mejor del positivismo: la actitud realista y la metodología experimental, con lo mejor del krausismo: ciertas doctrinas e ideales especialmente convincentes y elevados, la ofrece el propio Dorado cuando manifiesta claramente en el Prólogo a sus *Problemas de Derecho penal* lo siguiente: «El sistema penal del porvenir debe ser algo así como la unión de la escuela correccionalista [de fondo krausista] y de la positiva, la infusión del espíritu de la primera en el cúmulo no muy ordenado de datos de la segunda, el ensanchamiento del molde metafísico y cerrado de aquélla con la sangre joven y viva, procedente de la observación experimental que trae ésta: o lo que es lo mismo, la síntesis experimentalista, la conversión de lo que sólo eran, por así decirlo, intuiciones geniales de los grandes poetas de la especulación filosófica abstracta, en construcción firmemente realista, científica, filosófico-experimental, fundada en la certeza que da la observación de los hechos, su comparación y las inducciones que de aquí se sacan»⁵⁰.

Es cierto que el texto citado se refiere sólo a la filosofía jurídico-penal, pero la idea es extensible, aunque de una manera algo más difusa, al resto de su filosofía jurídica. Efectivamente, en la mayor parte de

y función del Estado», *Rev. Gen. de Leg. y J.*, vol. 113, 1908, pp. 6 ss. concibe la lucha por la existencia como una de las leyes más universales de la vida, y contempla el orden social como «un sistema de fuerzas, de agresiones y opresiones mutuas» (p. 12). BLANCO, J.A., *El pensamiento socio-político de Dorado Montero*, *op. cit.*, pp. 31-3, destaca el interés de Dorado por las tesis darwinistas. Interés que se confirma revisando su biblioteca, conservada en la Universidad de Salamanca.

50. *Cfr. Problemas de Derecho Penal*, Madrid, Imp. de la Rev. de Legislación, 1895, I, p. XIV.

sus escritos de la primera época, a la que corresponden sus obras más conocidas ⁵¹, es fácilmente perceptible esa voluntad de suavizar su actitud básica, decididamente positivista, con diversas concepciones e ideales (muchas veces utópicos, como el de un orden social libre de coacción, sin Estado ni leyes), procedentes del krausismo. Así por ejemplo, su constante reformulación de la doctrina del positivista Ardigò sobre el Derecho Natural, concebido como un ideal jurídico subjetivo que pugna por plasmarse en el Derecho positivo hasta que finalmente lo consigue, puede explicarse como un intento de respaldar o aproximarse a la doctrina de Giner que equipara Derecho Natural y Derecho positivo, al tiempo que establece una completa continuidad entre el orden jurídico y el moral.

No era fácil construir un pensamiento consistente tratando de armonizar doctrinas tan profundamente opuestas como las que nos ocupan, y por ello no debe sorprender que nuestro autor termine decantándose por una de ellas, la positivista; lo cual es especialmente perceptible en los escritos de su última época, «sus extremismos postreros», como los ha denominado algún autor. Allí se deja dominar casi completamente por el empirismo, el darwinismo y el relativismo ético, llegando a concebir el Derecho como pura fuerza y negándose a reconocer legitimidad alguna que no sea la derivada de la victoria en la lucha, ley universal de la vida.

VI. PENSAMIENTO FILOSOFICO-JURIDICO DE DORADO

Nos limitaremos a perfilar aquí algunos de sus rasgos más destacados, dado que la índole y el objetivo del presente trabajo no consienten

51. Básicamente, *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, La España Moderna, 1893; *Problemas de Derecho Penal*, op. cit.; *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, Soler, 1902 (hay reedición argentina, Buenos Aires, Depalma, 1973, con estudio introductorio de M. de Rivacoba); *Valor social de leyes y autoridades*, op. cit., e incluso en gran medida *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., por citar sólo los libros más importantes, pertenecerían a esta primera fase. *El Derecho y sus sacerdotes* es una obra de transición en la que se entremezclan puntos de vista a veces contradictorios. Según explica su autor (p. 6), fue escrita en la misma época de los libros antes citados, pero no pudo publicarse hasta 1909. En esa fecha su pensamiento ya había cambiado en muchos puntos; pero, naturalmente, corregir una obra de casi 600 páginas de texto denso y líneas apretadas no podía ser tarea fácil (ya sólo leerla es una hazaña), y no es extraño que el libro resulte una especie de híbrido que contiene partes de un positivismo cada vez más radical junto a otras todavía fuertemente marcadas por la influencia de Giner. Generalizando, puede decirse que el pensamiento de Dorado está marcado por dudas y vacilaciones constantes, cuando no por contradicciones latentes o patentes. La razón hay que buscarla en su intento de conciliar positivismo y krausismo; maridaje que si ya era de por sí *contra naturam*, resultaba especialmente problemático para un temperamento como el de nuestro autor, tan poco favorable al armonismo o eclecticismo (a «las componendas», que tanto despreciaba). Cfr. ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., p. 19. La misma tesis sostienen R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del XIX», op. cit., p. 91.

un estudio más amplio y detallado. Destacaremos especialmente los elementos de dicho pensamiento que tengan más relevancia a efectos de precisar su ubicación en relación con el positivismo jurídico, pues éste es precisamente el propósito central del trabajo. Hay que advertir, por último, que incidiremos muy escasamente en el importante aspecto de la obra doradiana que constituye su filosofía penal, ya bien estudiada por destacados cultivadores de este campo y mejor conocida que su filosofía jurídica general.

A) *Filosofía jurídico-penal*

Baste recordar simplemente que en el ámbito penal se advierte con toda claridad en la obra de Dorado la voluntad de combinar una sólida base positivista con el espíritu e ideales correccionalistas que, como se sabe, derivan del krausismo. Concretamente, acepta del positivismo, además de la actitud metódica experimentalista o antiapriorista que nunca le abandona, la idea de que la libertad es una pura ilusión; la idea de que los actos humanos no son realmente voluntarios sino el producto de la acción silenciosa de múltiples fuerzas naturales. Si los actos humanos no son libres sino que obedecen a causas naturales, fluyen «de los componentes químicos del ser»⁵², carece de lógica, concluye, imputárselos o responsabilizar de ellos a quien los realiza. La responsabilidad correspondería, en todo caso, a la sociedad en su conjunto o a la naturaleza.

Aquí se aparta claramente del correccionalismo o krausismo, movimiento que no es en absoluto determinista y sitúa la causa del delito en la voluntad, libre aunque torcida, del delincuente. Coincide, sin embargo, el pensamiento de Dorado con el correccionalismo en casi todo lo demás: concibe la pena, no como un castigo (carecería de sentido castigar a quienes no se puede considerar culpables), ni como una forma de defensa social, sino como una terapéutica, es decir, como una forma de tutela y corrección del delincuente. Por esa misma razón la entiende no como un mal sino como un bien al que el delincuente tiene derecho para salir de su estado de inferioridad o debilidad; no como un instrumento represivo, sino preventivo de peligros futuros.

Esta concepción de la función penal, cuya parcial analogía con la de Giner no deja de ser ponderada por nuestro autor, que se declara complacido sobremanera y fortificado por ella⁵³, se mantiene básicamente invariable a lo largo de toda su obra.

52. Cfr. DORADO MONTERO, P., «El correccionalismo penal y sus bases doctrinales», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 111, 1907, p. 417.

53. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 393 (n.). La amistad y rendida admiración de Dorado hacia Giner le inducen con frecuencia a buscar y declarar similitudes entre sus respectivos pensamientos que en realidad no son tan claras. ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, op. cit., p. 17, advierte algo parecido: «De Giner (...) tomó Dorado bastante, aunque no tanto como él alardeaba».

Cabe detectar, sin embargo, alguna vacilación en su concepción del delito. El problema podría formularse así: ¿los delitos son acciones malas porque las sanciona el legislador (*mala, quia prohibita*) o el legislador las sanciona porque son malas (*prohibita, quia mala*)? En algunos de sus escritos, concretamente en los que reflejan un mayor influjo de Giner, Dorado parece inclinarse por la segunda posibilidad. Los delitos, afirma, «lo son por su propia naturaleza» y no por voluntad caprichosa del legislador⁵⁴. Por el contrario, en muchos otros lugares, y con especial radicalidad en alguno de los escritos finales, defiende el punto de vista opuesto; lo cual es más coherente con su invariable opinión de que nada hay en el mundo bueno o malo en sí mismo. Así, por ejemplo, en un artículo de 1913 sostiene lo siguiente: los delitos no lo son *per se*. Son artificiales, relativos al punto de vista de los dominadores. «Siempre, siempre, siempre *leges faciunt crimina*»⁵⁵. En otro lugar es aún más radical, si cabe. Viene a decir que matar, robar, difamar, privar de la libertad, pueden ser delitos o penas. Son delitos si se trata de actos realizados por quien carece de fuerza. Son penas si los realiza el titular del poder político⁵⁶.

Con esta doctrina Dorado pone en peligro toda su concepción penal o, al menos, la parte correccionalista de la misma. En efecto, si el delito no es algo malo en sí ¿está justificado tratar de corregir a quienes lo cometen? ¿Tiene algún sentido el correccionalismo? Seguramente no, porque a los delincuentes únicamente se les podría reprochar su imprudencia por contravenir los designios de los poderosos, pero no necesitarían una «cura de almas», una regeneración o moralización interna, dado que su conducta es nociva sólo relativamente a las circunstancias actuales, pero no consustancialmente⁵⁷.

Lo anterior nos permite extraer la conclusión de que Dorado no llegó a inferir las consecuencias que para su concepción penal estaban implícitas en el aspecto o etapa más radicalmente positivista de su pensamiento. De haberlo hecho, tendría que haber renunciado a todo lo que le debía al correccionalismo; cosa que pone de relieve una vez más lo irreconciliable de ambas corrientes de pensamiento, y lo estéril del

54. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., p. 326. Vid. en el mismo sentido las pp. 506 y ss.

55. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 123, 1913, p. 391.

56. *Ibid.*, p. 392.

57. Esta crítica ya aparece agudamente apuntada en el estudio de ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*. Salamanca, Pub. Univ. Sal., 1950, p. 68: Si el delito no es sino lo impuesto por el más fuerte, el delincuente no es más que un vencido y no ofrece nada que moralizar, nada que corregir. Argumento paralelo es el de LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., «Realidad e irrealidad en la teoría penal de Dorado Montero», en *Revista de Est. Penit.*, loc. cit., p. 1659, para quien la noción relativista de justicia que Dorado defiende («justicia es lo que de cinco quieren tres») tendría que haberla hecho extensible a las nociones de corrección y de bien.

esfuerzo de quienes trataron de integrarlas armónicamente, fueran krauso-positivistas o positivo-krausistas, como Dorado.

Tras esta revisión apresurada de la filosofía jurídico-penal de nuestro autor, nos centraremos ahora en su pensamiento general sobre el Derecho. He sostenido que su base es decididamente positivista y ahora conviene explicar en qué sentido.

B) *Presupuestos positivistas de su pensamiento*

Dorado tiene una concepción mecanicista del mundo. Cree en la universalidad del encadenamiento infinito de causas y efectos perceptible en el ámbito de la naturaleza. Es decir, cree que todo cuanto acontece en el mundo, físico o moral, natural o espiritual, está sometido al principio de causalidad, y que cualquier fenómeno es reducible a hechos naturales. La adopción del mecanicismo o causalismo naturalista le obliga a rechazar la metafísica, exceso de la abstracción carente, a su juicio, de todo realismo. En su opinión, los sistemas metafísicos no son sino invenciones míticas de que se vale el espíritu humano para explicar lo inexplicable ⁵⁸.

El hombre debe resignarse a conocer lo que puede conocerse a través de la observación, de la experimentación: las efectividades concretas, las conexiones causales entre los diferentes fenómenos. Y debe además ser consciente de que incluso este conocimiento derivado de la aplicación del método experimental, único aceptable, es limitado y relativo, provisional y subjetivo, en cuanto afectado por los condicionamientos o limitaciones de la conciencia humana ⁵⁹.

Pueden considerarse derivaciones o consecuencias lógicas de todo lo anterior el monismo, el determinismo y el relativismo ético, ideas o concepciones que Dorado no deja de asumir. Ciertamente, si los fenómenos espirituales son efectos de causas naturales, pertenecerán a la misma esfera de los fenómenos naturales. Todo será naturaleza física. Surge así la concepción unitaria de la realidad que se denomina monismo, por oposición al dualismo que pretende diferenciar dos planos: el de la naturaleza y el del espíritu ⁶⁰.

Por la misma razón, si el mundo de lo moral, el ámbito de la conducta humana, está regido, como el natural, por el principio de causa-

58. Cfr. DORADO MONTERO, P., *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, op. cit., pp. 30 ss.

59. *Ibid.* Cfr. también *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., p. 7.

60. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, op. cit., p. 227. En *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, op. cit., p. 138, afirma: «Debemos llegar al monismo (...) considerando que todo es naturaleza física y que lo psíquico o espiritual no es sino un derivado de lo material». DE RIVACOBIA, M., Prólogo a *Bases para un nuevo Derecho penal*, op. cit., p. XV, describe el punto de partida de Dorado como «esquema monista de índole naturalista».

lidad que encadena todos los fenómenos del universo, necesariamente habrá de concluirse que el obrar humano no es libre sino completamente determinado. Todo en el mundo, afirma el profesor salmantino, es resultante de acciones e impulsiones extrañas, «hasta el acto humano en apariencia más voluntarioso»⁶¹. Las acciones son derivados del ser de que provienen; dependen de su estructura y de su composición química, que constituyen su índole, su «natural», su espíritu o disposición interna, la base de sus propensiones. «El hacer es un resultado del querer y el querer, por su parte, es un resultado de una multitud innumerable de operaciones fisiológicas, de acciones físicas y químicas que lo determinan»⁶².

También su declarado relativismo ético es reflejo del mecanicismo naturalista. Obviamente, si todos los actos e instituciones humanas obedecen a causas naturales que los determinan, difícilmente podrán reputarse como buenos o malos objetiva y absolutamente. Los conceptos de bueno y malo afirma Dorado, son relativos. Entre otras cosas porque la conciencia humana, resultado del roce de cada individuo con el mundo, no es igual en todos. Cada individuo tiene «su propia fisonomía moral» y su particular modo de valorar y juzgar las cosas, que además suele cambiar con el tiempo. Todo ello explica que los puntos de vista sobre la moralidad y la justicia sean innumerables y no exista posibilidad alguna de determinar en abstracto cuál es el más acertado⁶³. No es posible, termina declarando, porque en realidad las nociones de justicia o moral son meras creaciones humanas, representaciones mentales que el hombre aplica a la realidad «según sus conveniencias»⁶⁴.

Coherentemente con estos presupuestos rechaza, como conjunto de idealizaciones arbitrarias y fantásticas que nada tienen que ver con la realidad y sus impurezas, el Derecho Natural (entendido como instancia normativa universal e inmutable), todo principio abstracto o absoluto de justicia, los llamados derechos humanos, etc. En general, niega la existencia de instancia alguna que sea justa o legítima en sí

61. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Función de la ley y de la autoridad en la evolución social», en *Rev. Pol. Iberoamericana*, 1897, p. 67 (n. 1). Más concretamente, señala la influencia en los actos humanos de factores tales como el ambiente social, la herencia, el instinto, el temperamento, la raza, la edad, el sexo, etc., que determinan la estructura espiritual y el obrar de cada uno.

62. Cfr. DORADO MONTERO, P., «El correccionalismo penal y sus bases doctrinales», *op. cit.* p. 421. Nuestra voluntad, añade, está encadenada a un «interno torbellino de combates moleculares y celulares que en nosotros se libran cuando queremos y obramos».

63. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 417 ss.; «El Derecho racional y el histórico», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 103, 1903, pp. 475-6; *Bases para un nuevo Derecho penal*, *op. cit.*, p. 17; *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 160.

64. Cfr. DORADO MONTERO, P., *La Naturaleza y la Historia. Metafísica y Psicología*, *op. cit.*, p. 226; *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, p. 160.

misma en el orden de las relaciones humanas. En este orden sólo cabe detectar, sostiene, la concurrencia de diversas fuerzas que pugnan entre sí: la que logra imponerse es la legítima. Se tratará, naturalmente, de una legitimidad puramente histórica y circunstancial, pero no la hay de otro tipo ⁶⁵. Las más intolerables injusticias, afirma, se toman legítimas, indispensables y santas con sólo lograr persistir el tiempo suficiente para consolidarse y connaturalizarse ⁶⁶.

El entramado de ideas anteriormente expuesto conforma el substrato filosófico del pensamiento jurídico de Dorado que, asumido con mayor o menor radicalidad, se mantiene invariable a lo largo de su obra. No hace falta advertir su inequívoco marchamo positivista ni su proximidad a los fundamentos de la filosofía positiva del Derecho que conoció en Italia y esquematizamos más atrás. También resulta bastante evidente que no se alejan demasiado, salvando todas las distancias, de los presupuestos neopositivistas subyacentes a la filosofía jurídica de autores tales como por ejemplo A. Ross que, según apuntamos antes, son adscribibles a la misma línea de pensamiento positivista de nuestro autor (ambos son empiristas, antimetafísicos, monistas, relativistas en relación con la moral, etc.).

C) *Críticas al positivismo legalista*

Conviene insistir en que esa corriente positivista que hemos denominado realista o empirista difiere profundamente de la representada por el positivismo legalista o normativista, que en la actualidad parece querer arrogarse en exclusiva la denominación de positivismo jurídico. De hecho, Dorado critica muchas de las tesis características del positivismo legalista, adoptando por su parte posturas decididamente opuestas. Curiosamente, como ya apuntamos más arriba, descalifica las doctrinas de los legalistas, que por entonces todavía no parecen identificarse claramente como positivistas, considerándolas residuos o derivados del iusnaturalismo.

En efecto, el positivismo legalista representa para nuestro autor una variante de la concepción dualista, pues concibe el Derecho no como un hecho, no como una modalidad de los fenómenos sociales, sino como un orden normativo existente por sí y separado de la vida, del orden de la realidad social, política, moral, etc., y que se impone a este orden desde fuera. Al hilo de lo anterior, Dorado considera un sim-

65. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 8 ss. En esta misma línea afirma, p. e., en relación con los derechos humanos que sólo son verdaderos derechos en tanto cuentan con fuerza suficiente para hacerse respetar. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 25 ss.

66. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 397.

ple prejuicio la idea de que no hay más Derecho que el legislado, «y la consiguiente manía codificadora» que, por otra parte, representa la pretensión de plasmar en normas positivas los preceptos de la justicia absoluta o del Derecho Natural. Es decir, está vinculada a la creencia de que el Derecho es algo inmutable, absoluto y eterno, y no un mero hecho que fluye de la vida y de las relaciones sociales ⁶⁷.

Por lo demás, observa con perspicacia que las concepciones legalistas se explican en parte por el empeño en realizar cierto valor especialmente anhelado en la época moderna: la seguridad jurídica. Pero apunta seguidamente la objeción de que en el afán por librar al ciudadano de la inseguridad derivada del arbitrio judicial, no se tenga empacho en entregarlo al no menos azaroso arbitrio del legislador. Por otra parte, es sabido que en el legalismo, en las triquiñuelas y argucias que permite, se escudan los tramposos y malhechores; lo cual menoscaba también la ambicionada seguridad jurídica. La menor seguridad, concluye, se logra cuando el Derecho es aplicado en relación con la conciencia nacional o, para decirlo en terminología de hoy, en conexión con la moral social ⁶⁸.

Además de declarar esa oposición genérica al legalismo, Dorado va a sostener doctrinas concretas decididamente contrarias al mismo. Las principales afectan a cuestiones tan relevantes para el positivismo normativista como la de las fuentes del Derecho, la discrecionalidad judicial, la relación entre el Derecho y la moral, etc. Aludiremos brevemente a cada una de ellas.

Respecto a las fuentes del Derecho, problema central del positivismo legalista, pues en último término este movimiento tiende a reducirse a una doctrina más o menos restrictiva y formalizada sobre las fuentes del Derecho, Dorado se muestra por su parte extremadamente abierto y receptivo. En su opinión, el Derecho tiene muchas otras formas de manifestarse, aparte de las reconocidas por el legalismo, que vienen a limitarse a la voluntad del Estado. En realidad, el Derecho es una emanación de las relaciones sociales, una modalidad del hecho social, y puede manifestarse de múltiples maneras: a través de las costumbres, cuyo valor tiende a resaltar coincidiendo aquí con autores

67. Cfr. DORADO MONTERO, P., «La sociología y el Derecho penal», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 86, 1895, p. 33; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 16, 56, 57, 58 y 102. En las pp. 162-3 profundiza en la crítica a las doctrinas dualistas (iusnaturalismo y legalismo) utilizando ideas de Ardigò. Sostiene que dichas doctrinas reflejan la filosofía dualista según la cual los fenómenos del universo se rigen por leyes previas a ellos. Pero en realidad esas leyes, y también las del Derecho, son simples abstracciones de esos mismos fenómenos repetidos. Sobre la identificación del legalismo y el iusnaturalismo *vid.* también *Valor social de leyes y autoridades. op. cit.*, pp. 142 ss., y «El Derecho racional y el histórico», *op. cit.*, pp. 305-7.

68. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 28 y 32; *Valor social de leyes y autoridades. op. cit.*, p. 171.

krausistas o krauso-positivistas como Joaquín Costa, Adolfo Posada o el mismo Giner, y también con autores positivistas como Ardigò⁶⁹, a través de la jurisprudencia o de la doctrina científica, de la equidad, de los principios jurídicos y, en general, a través de cuantos medios sugiera la ilustración y prudencia del juez que ha de aplicar el Derecho para resolver adecuadamente los problemas jurídicos concretos que se le plantean. En definitiva, la verdadera fuente del Derecho es la sociedad; las fuentes primeras del Derecho son las exigencias reales de la vida social, expresadas en la conciencia jurídica del pueblo, en la moralidad político-social⁷⁰.

Obviamente, aquí está implícito el reconocimiento de una importante conexión entre el Derecho y la moral social o, más en general, entre el Derecho y los restantes elementos de la vida social (ideales políticos, condicionamientos económicos, aspiraciones sociales, etc.). También está implícita la necesidad de que los jueces gocen de una amplia discrecionalidad o libertad de juicio para captar las exigencias sociales y hallarles la solución adecuada. Ambas ideas o doctrinas son también explícitamente defendidas por nuestro autor, y con especial énfasis la del reconocimiento de la discrecionalidad judicial.

Por lo que a esta última se refiere, defiende, frente a la visión del positivismo legalista, que concibe al juez como una especie de autó-mata o aplicador mecánico de la ley, la necesidad de que los jueces no sean esclavos del Derecho legislado sino que puedan resolver los conflictos jurídicos, «curar bien el mal social», haciéndose eco de las aspiraciones y tendencias de la opinión pública o conciencia nacional. No se trata, pues, de una discrecionalidad caprichosa sino orientada por ciertos criterios normativos de carácter social. Además, quiere Dorado que la discrecionalidad judicial sea prudente, responsable, y fruto de madura reflexión y sólida preparación científica.

No le preocupa la posibilidad de que tal discrecionalidad se traduzca en decisiones desiguales para casos iguales, porque opina que en la vida real no hay dos hechos idénticos. A su juicio, el Derecho no consiste en someter a todos a la misma pauta, sino en «amoldar a cada individuo la pauta que le convenga»⁷¹.

69. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas jurídicos contemporáneos. op. cit.*, p. 74; «Problemas de sociología política», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 81, 1892, p. 347; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 76 ss.

70. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, pp. 32 y 128 ss. Sobre este tema he hallado una curiosa carta de I. Vanni a Dorado en la que refiriéndose al libro antes citado critica su doctrina sobre las fuentes del Derecho. Tras reconocer que es ingeniosa y coherente, le reprocha su desviación respecto del positivismo. Una concepción realista y positiva del Derecho, afirma, no consiente considerar como normas jurídicas válidas sino las que proceden directamente del Estado o las que su autoridad hace valer. Obviamente, Vanni se instala aquí en el campo del positivismo legalista.

71. *Ibid.*, p. 141. Cfr. también las pp. 119, 156, 182, 188, 239, etc.

Defender la tesis de la pluralidad no formalizada de las fuentes del Derecho, la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de la conexión del Derecho con los restantes elementos del orden social y en especial con las convicciones ético-políticas, parece muy poco positivista. Pero sólo lo parece porque hoy se tiende a identificar lo positivista con la doctrina del positivismo normativista y no con la del positivismo sociológico, empirista o realista que, como señalamos en su momento, no duda en reconocer que el Derecho es un hecho social íntimamente enlazado con los otros: con el moral, el político, el religioso, el económico, etc., y difícilmente aislable de ellos.

El propio A. Ross, autor que estamos tomando como punto de referencia destacado del positivismo realista actual, acepta también la tesis de la pluralidad no delimitada de las fuentes del Derecho. Para él fuente de Derecho es todo factor que influye en la formulación de las normas en que los jueces apoyan sus resoluciones, sea éste la ley, el precedente judicial, la doctrina científica, los principios jurídicos, o incluso la razón o la moral ⁷². Lo anterior supone que Ross no tiene inconveniente en reconocer una estrecha conexión entre Derecho y moral u otros elementos del orden social, siempre que pueda demostrarse que efectivamente influyen en la formulación de las normas en que los jueces basan sus decisiones. Y en cuanto al arbitrio judicial, baste recordar que el Derecho viene a ser para Ross, dicho toscamente y sin las necesarias matizaciones, precisamente lo que deciden los jueces.

Es importante por lo demás, llamar la atención sobre el hecho de que las tesis a que nos estamos refiriendo, sin dejar de ser perfectamente conciliables con el positivismo realista, fueron también característicamente defendidas por los krausistas o krauso-positivistas españoles, con Giner a la cabeza; cosa que Dorado no deja de resaltar muy complacido.

D) *El peculiar iusnaturalismo de Dorado*

Otro punto en el que el pensamiento de Dorado difiere del positivismo normativista, y en parte también del realista, es el de su peculiar iusnaturalismo. En su momento pudimos ya detectar ciertos atisbos o residuos de iusnaturalismo más o menos implícitos en la obra de los positivistas italianos comentados por Dorado. Vimos también que el más destacado positivista italiano de la época, R. Ardigò, había ido aún más lejos explicitando y desarrollando dicho iusnaturalismo. Pues

⁷². Cfr. Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 75.

bien, la concepción de nuestro autor en este tema, que es por cierto un tanto vacilante y ambigua, se inspira muy de cerca en la de Ardigò, al que no deja de citar expresa y reiteradamente ⁷³.

Al igual que el filósofo italiano, Dorado denomina Derecho Natural, o en ocasiones «racional», al «conjunto de criterios, normas y apreciaciones sobre lo bueno y lo justo que ofrece a cada individuo su conciencia» ⁷⁴, al plan ideal de ordenación de las normas e instituciones jurídicas que cada individuo tenga en mente. Se trata, por tanto, de una suma de aspiraciones o visiones más o menos utópicas y puramente subjetivas que pretenden llegar a constituir algún día auténtico Derecho positivo. Se trata, en otras palabras, de un Derecho en formación o legislable que pretende convertirse en legislado. Tal pretensión asegura una oposición irreductible, una pugna eterna, entre el Derecho Natural, concebido como conjunto de ideales jurídicos infinitamente renovables, y el Derecho positivo, que aparece así entendido como orden provisto de sanción que fue un día Derecho Natural hasta que logró imponerse por la fuerza. Quiere esto decir que el Derecho Natural de hoy es el Derecho positivo de mañana y que el Derecho positivo vigente es también Derecho Natural en la mente de quien lo formula y sustenta (el legislador o el grupo social dominante).

Esta parcial coincidencia entre el Derecho Natural y el positivo es aprovechada por Dorado para conectar su concepción con la conocida tesis de Giner que, como se sabe, también identifica o funde, aunque en otro sentido, ambos órdenes normativos ⁷⁵.

Para completar la caracterización del Derecho Natural tal y como lo concibe nuestro autor, conviene advertir que si bien aparece como ideal jurídico radicado en la mente de los ciudadanos, como representación mental subjetiva sobre lo que debería ser Derecho, no es por

73. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 147, 163, 189 y 196. Cita asimismo a otros positivistas que habían asumido también la tesis de Ardigò, como A. Levi y A. Groppali. Vid., también sobre el tema MANDULFO, S., *I positivisti italiani (Angiulli - Gabelli - Ardigò)*. Padova, CEDAM, 1966, p. 151; GROPPALI, A., *Filosofía del diritto*. Milano, 1906, pp. 130-1, 139-44; LEVI, A., «Il diritto natural nella filosofia di R. Ardigò», en *Scritti minori di filosofia del diritto*. Padova, CEDAM, 1957. VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, pp. 64 ss., también atribuye correctamente a Ardigò la paternidad del extraño iusnaturalismo de Dorado. Sin embargo, RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, V., *La in-sumisión en Dorado Montero, op. cit.*, p. 54, se la atribuye a Giner. En general se percibe en este libro una clara tendencia a resaltar los elementos del pensamiento doradiano más próximos al krausismo o krauso-anarquismo, especialmente en su primera etapa; mientras que nosotros enfocamos aquí su obra desde el positivismo, que nos parece el componente básico de la misma a través de toda su evolución.

74. *Ibid.*, p. 133. Cfr. también «El Derecho racional y el histórico», *op. cit.*, pp. 478 ss.; «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 12 ss.

75. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 180.

ello una creación arbitraria o caprichosa, sino «un trasunto del orden social real», un derivado del orden inmanente en la disposición natural de las cosas, un reflejo inconsciente de las exigencias y necesidades objetivas de la vida, aunque cada individuo pueda interpretarlas de forma distinta ⁷⁶.

Aquí late todavía la visión de la naturaleza como organismo desarrollado conforme a leyes evolutivas perfectamente cognoscibles, que configuran un orden natural de las cosas al que conviene acomodarse ⁷⁷. Esta concepción, influida por el evolucionismo imperante en la época y, ciertamente, henchida de metafísica, se fue poco a poco abandonando, y seguramente por esa misma razón el peculiar iusnaturalismo positivista a que nos referimos no tiene continuidad en los representantes posteriores del positivismo empirista o realista.

El propio Dorado llega a intuir en uno de sus últimos escritos: que «la naturaleza es un hecho. Nada más» ⁷⁸, y que no puede haber, por tanto, orden jurídico alguno fundado en sus supuestas exigencias. Ese descubrimiento no le induce a abandonar su doctrina del Derecho Natural, aunque sí a reconocer lo impropio de esta terminología. En adelante concibe el Derecho Natural o, mejor dicho, racional, ideal o aspiracional, no como la representación subjetiva de las exigencias de un orden natural, que en realidad no existe, sino como un producto de la razón, de la rebeldía humana que pretende someter la naturaleza misma a su voluntad ⁷⁹.

En otro artículo, también de la última época de su pensamiento, va aún más lejos afirmando que el *ius constituendum* «en realidad no es tal *ius* sino arbitrio, juego indisciplinado de fuerzas anárquicas que pugnan por vencer a sus contrarias, sabiendo que la victoria da las riendas del poder y la conversión en Derecho objetivo o constituido» ⁸⁰. Es decir, llega incluso a negar al Derecho racional o ideal carácter de verdadero Derecho.

76. *Ibid.*, pp. 139, 162-6. En todo caso, el contenido del Derecho Natural tal y como Dorado lo concibe no estaría integrado por principios absolutos de justicia sino por consideraciones utilitarias de conveniencia (a su juicio, utilidad, racionalidad y justicia son términos equivalentes), interés o bienestar social.

77. Dorado refuerza en ocasiones la idea citando aquella célebre tesis de Hegel según la cual «todo lo real es racional». Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, *op. cit.*, pp. 454-5.

78. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Naturaleza y función del Derecho*, *op. cit.*, p. 77.

79. *Ibid.*, pp. 41 ss.

80. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 390.

E) *Concepto y función del Derecho*

En ambos temas se advierte de nuevo la fractura del pensamiento del profesor salmantino en dos etapas que ya constatamos en muchos otros puntos y que, un tanto literariamente, hemos descrito como el paso de la utopía al nihilismo. En realidad, se trata sólo de un proceso de radicalización progresiva de los elementos positivistas de su obra.

En cuanto al concepto de Derecho, comienza discrepando con el positivismo legalista desde posiciones que a veces recuerdan las de la Escuela Histórica, precedente, como ya sabemos, de la filosofía positiva del Derecho o positivismo realista. Está dispuesto a reconocer que sólo es verdadero Derecho el positivo, pero entiende por positivo no sólo el establecido por el poder político, normalmente en forma de leyes, sino todo el orden de relaciones que hace posible la vida social. El Derecho es, a su juicio, un hecho, la realidad social misma o, dicho más precisamente, una modalidad de los fenómenos sociales, un producto social elaborado poco a poco por cada pueblo y que evoluciona continuamente al compás de las necesidades sociales cambiantes. Es, pues, la respuesta más o menos espontánea del todo social a las exigencias de la vida real, y por eso mismo es inútil tratar de condensarlo en fórmulas legales, que sólo son Derecho en apariencia ⁸¹.

En alguna de las obras correspondientes a la primera etapa de su pensamiento llega a mostrar una perspectiva del Derecho bastante idealizada, presentándolo como una relación de adecuación entre necesidades y medios no necesariamente coactiva y presidida por la razón; como una especie de medicina o higiene social que ofrece el tratamiento adecuado a cada exigencia, necesidad o problema de la vida social; o incluso como un orden de cooperación y solidaridad que representa el *minimum* ético de las relaciones interhumanas de convivencia. Este enfoque se aproxima mucho a la visión krausista del Derecho como relación fundamentalmente ética emanada de la conciencia y razón de los individuos ⁸².

81. Cfr. DORADO MONTERO, P., *Problemas jurídicos contemporáneos. op. cit.*, p. 111; *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 308 ss.; *Problemas de Derecho penal. op. cit.*, p. 132: «El Derecho no es nada de por sí; es el hecho o, mejor, los hechos mismos; es la realidad misma, fuera de la cual el Derecho no existe». No hace falta destacar el paralelismo de esta tesis con la concepción del Derecho como hecho, característica del realismo escandinavo. Por cierto, que la visión del Derecho que defiende Dorado en este primer momento fue ya certeramente criticada por PRAT DE LA RIBA, E., «El positivismo en Castilla», *op. cit.*, pp. 293-4, para quien decir que el Derecho es la misma realidad social «es penetrar muy poco en la naturaleza especial del Derecho».

82. El propio Dorado así lo hace notar, p. e. en *El Derecho y sus sacerdotes, op. cit.*, p. 578, atribuyéndosela a Giner, Costa, Posada, Buylla, Calderón, Sela, Soler, Altamira, Vida, etc.

Sin embargo, a partir de un cierto momento aflora en los escritos de Dorado un nuevo punto de vista ⁸³. Deja de presentar al Derecho como la respuesta social a las necesidades de la vida, y pasa a concebirlo como un orden de opresión y violencia impuesto como consecuencia de la lucha por el dominio de unos hombres sobre otros. En otras palabras, el orden jurídico sería, al igual que los restantes órdenes de la naturaleza, una manifestación o modalidad de la fuerza. «No hay otro Derecho sino la fuerza, ya revista una forma ya otra, ora se halle organizada y como quintaesenciada por influjo del tiempo, habiéndose convertido en hábito y en costumbre, ora esté todavía en los comienzos de su sistematización, adoptando por consiguiente actitudes toscas y agresivas» ⁸⁴.

A esta misma conclusión: «lo que se denomina Derecho creo yo que no es, si bien se mira, nada más que fuerza disciplinada, sistematizada y como cristalizada» ⁸⁵, le conducen sus reflexiones sobre la primera guerra mundial que entonces se iniciaba. En la guerra, observa, no hay leyes que valgan. Las conductas no son entonces lícitas ni ilícitas, justas ni injustas, jurídicas ni antijurídicas. Sencillamente «son». Finalizada la guerra, todo lo que hayan hecho y hagan los vencedores será lícito, y lo que dispongan contará como Derecho para lo sucesivo, hasta que otra fuerza más potente lo derogue. En definitiva, «la fuerza victoriosa en las luchas humanas es fuerza legítima, o sea, Derecho» ⁸⁶.

83. En su artículo «Valor y función del Estado», *op. cit.*, de 1908, ya se apunta claramente la nueva concepción. En *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, publicado en 1909, refleja también, en parte, el nuevo punto de vista. Pero ocurre que este libro lo había escrito varios años antes de que pudiera ver la luz y, a pesar de que intentó actualizarlo, gran parte del mismo corresponde todavía a la primera etapa de su pensamiento. En todo caso, no conviene delimitar las etapas demasiado rígidamente, porque hay escritos posteriores a los citados en los que reaparece parcialmente el primer concepto, y también hay escritos anteriores en los que ocasionalmente aparecen atisbos del segundo.

84. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 13. En el mismo sentido cfr. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 14-5, 228; «El orden jurídico», *op. cit.*, p. 387; *Naturaleza y función del Derecho. op. cit.*, pp. 86, 150, 161. En nuestra línea de comparar el pensamiento de Dorado con el de Ross, no, por supuesto, por el prurito patriótico de hallar «un precursor español del realismo jurídico escandinavo», sino sólo a efectos ilustrativos de la línea de continuidad que hemos apuntado entre la vieja filosofía positiva del Derecho y el nuevo realismo jurídico, resulta fácil recordar aquí que Ross también presentará el Derecho como organización del uso de la fuerza. Hay que advertir, por otra parte, que mis menciones de Ross se refieren, por lo general, a la etapa más realista de su pensamiento, la que se refleja en el libro *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961 (el original es de 1946), y no tanto a su evolución posterior que le conduce a un normativismo cada vez más claro.

85. Cfr. DORADO MONTERO, P., «La guerra y el Derecho», en *Rev. de los Trib. y de Leg. Universal*. vol. XLVIII, 1914, p. 585. Idéntica afirmación hace en «La nueva era del Derecho», en *Rev. G. de Leg. y J.*, vol. 128, 1916, p. 242.

86. *Ibid.* Por cierto que termina reconociendo a la guerra, además de ese carácter de modelo o laboratorio precioso para conocer la verdadera naturaleza del Derecho, ciertos efectos beneficiosos y hasta civilizadores: «Si para todo el mundo y siempre fuera mala ¿se concibe que la hiciera nadie?».

Poco tiene en común este punto de vista con el que había defendido anteriormente. Hasta hace poco, declara honradamente en la parte actualizada o corregida de *El Derecho y sus sacerdotes*, Derecho y fuerza me parecían «realidades incompatibles»⁸⁷. Añade ahora que el Derecho es coacción y sin coacción no hay Derecho. «La característica más indivisible que del Derecho se predica es la de ser coactivo»⁸⁸. Se aleja aquí clara y definitivamente del punto de vista de Giner y sus seguidores, para quienes la coacción no era un rasgo esencial del Derecho.

Otro tema favorito, casi obsesivo, de Dorado es el de la función del Derecho y del Estado. También en él media una clara fractura, aunque no tan profunda como en otras cuestiones, que delimitan dos grandes etapas en su pensamiento. En la primera, concibe el Estado y el Derecho, o mejor dicho, el Derecho legislado, la ley, que sería sólo un aspecto parcial de aquél, como instrumentos coactivos con una doble función: negativa o de opresión y positiva o de aglutinante social. La negativa consiste en mantener el dominio y la explotación de unos hombres por otros, y la positiva en civilizar, socializar; es decir, en asegurar la cohesión del grupo y la paz social.

Por lo demás, la existencia del Estado y de las leyes tendría otro importante efecto nocivo: la restricción de la libertad humana, la limitación de la autonomía. Como Dorado confía amplia e ingenuamente en las cualidades transformadoras del hábito, supone que cuando se haya creado compulsivamente, gracias a la acción educadora, domesticadora, tutelar, del Derecho y del Estado, el hábito del obrar debido (la solidaridad y cooperación forzosa), en lo sucesivo se obraría correctamente de forma espontánea.

Entonces podría llegar a prescindirse de aquellos «aparatos ortopédicos», puramente transitorios y esclavizadores: el Derecho legislado y el Estado autoritario. Podría realizarse así su ideal, de inspiración en parte krausista y en parte anarquista, de una conducta humana libre y responsable guiada sólo por la conciencia o la moral, y de una vida social solidaria o fraternal basada en la cooperación voluntaria y donde reine la igualdad, la paz, la justicia, el progreso y el bienestar.

Resulta, por cierto, incomprensible que no advierta lo profundamente contradictorio que resulta todo esto con su determinismo. ¿Cómo se puede afirmar que la conducta humana no es ni puede ser en absoluto libre sino completamente determinada, y abrigar al mismo tiempo el ideal de una sociedad regida sólo por la conciencia? Parece que de nuevo le juega aquí una mala pasada su intento de conciliar positivismo y krausismo.

87. *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 16.

88. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Del orden jurídico», *op. cit.*, p. 388.

Más tarde, Dorado cambia de actitud. El mismo reconoce expresamente que en un tiempo abominó del Derecho legislado y del Estado deseando su desaparición, pero que posteriormente se reconcilió con ellos considerándolos «elementos inexcusables de nuestra vida»⁸⁹. Con todo, declara en otro lugar que continúa considerando al Derecho y al Estado como instancias restrictivas de la libertad humana absoluta y elementos de fuerza, aunque organizada o sistematizada. Pero su función le parece ahora necesaria e insustituible. Sin ellos no puede haber coexistencia social pacífica o armónica ni progreso o bienestar colectivo. Ellos imponen la cooperación solidaria, la organización cooperativa y fraternal de los hombres, que sería imposible si faltaran. La beneficencia pública, afirma complacido, se ha extendido tanto que hoy el Estado es un inmenso hospicio⁹⁰.

La idea de que Derecho y Estado son instrumentos destinados a defender los intereses de una clase o grupo social frente a otros ya no le parece aceptable, porque el constreñimiento que implican se ejerce sobre todos y en provecho de todos. De hecho, tienen por objeto facilitar y promover la tutela mutua buscando el bien colectivo. Además, gracias a ellos es posible capitalizar o canalizar en beneficio de todos las sucesivas conquistas de la civilización. No son, en definitiva, meras superestructuras sino partes fundamentales de la estructura social.

En suma, el Derecho y el Estado terminan pareciéndole no sólo imprescindibles sino también sumamente valiosos, casi venerables. Cierro que no son más que fuerza, pero es que, paradójicamente, en la coacción y esclavización de todos se halla el bienestar y la dicha, la justicia y la libertad⁹¹. Sin ellos no sería posible la obra humana de

89. Cfr. DORADO MONTERO, P., «Valor y función del Estado», *op. cit.*, pp. 5-6. Una confesión parecida se repite en *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, pp. 6 ss. El cambio de actitud a que nos referimos supone, por cierto, un nuevo acercamiento a la doctrina positivista de Ardigò, autor que valoraba también de forma muy positiva el Estado y las leyes, en cuanto proporcionan orden moral a la vida en sociedad. Cfr. MANDOLFO, S., *I positivisti italiani...*, *op. cit.*, pp. 56 y 149 ss. VALLS, F.J., *La Filosofía del Derecho de Dorado Montero, op. cit.*, p. 36, explica el cambio de pensamiento de Dorado en este punto por su mayor simpatía hacia las doctrinas socialistas.

90. «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 33.

91. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho y sus sacerdotes. op. cit.*, p. 35. También en «Valor y función del Estado», *op. cit.*, p. 34, hace una apología semejante de la fuerza: «La imposición, la fuerza, la renuncia al criterio propio para seguir el ajeno, nos vuelve creyentes, nos da calor, entusiasmo e ingenuidad». Resulta inevitable conectar todo esto, y en especial la visión idealizada del Estado que apunta Dorado en la última fase de su pensamiento, con la filosofía política de los totalitarismos que irrumpirían con fuerza en Europa pocos años después. También es inevitable traer aquí a colación el discutido problema de la implicación del positivismo jurídico en el advenimiento del fascismo. Sobre el tema cfr., p. e., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna, op. cit.*, pp. 111 ss. Recientemente

civilización, espiritualización, racionalización, moralización y socialización⁹².

De lo anterior se deduce que tenemos aquí una clara manifestación de lo que podríamos llamar, con Norberto Bobbio, «positivismo jurídico como ideología». Es decir, una actitud que no se limita a reducir el Derecho a hecho, a pura fuerza, sino que además, y a pesar de todo, lo valora positivamente declarándolo respetable y justo.

F) *Los ideales de Dorado*

Como se ve, la visión del Derecho y del Estado como pura fuerza, que mantiene nuestro autor en la última etapa de su pensamiento, no se traduce en el pesimismo absoluto que suele atribuírsele, y no le induce a abandonar por completo sus elevados ideales de inspiración básicamente krausista. A decir verdad, son demasiados ideales para quien se declara relativista en relación con la moral (y con casi todo), y duda hasta de su propia existencia⁹³.

Cabe recordar, por ejemplo, su ideal filantrópico de la sociedad, incluso de la humanidad, como una gran familia regida por el espíritu de cooperación, solidaridad, fraternidad, tutela, auxilio mutuo y, en definitiva, amor, especialmente hacia los desgraciados. Una sociedad, dice en una de sus obras principales, «en la que la paz, la justicia y el bienestar colectivos deriven del nuevo estado de cosas, engendrado por el amor recíproco de los hombres»⁹⁴. Una sociedad gobernada por el mismo principio que rige en la familia (y que ya Marx había proclamado): de cada uno, lo que pueda aportar; a cada uno, cuanto necesite.

NESE, M., *Soziologie und Positivismus im präfaschistischen Italien 1870-1922*, Basel, Soc. Strategies Pub. Coop. S., 1993, defiende la tesis de la existencia de un parentesco muy estrecho entre las doctrinas del positivismo sociológico y las del fascismo en Italia.

92. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., pp. 250 ss.; *La Natura i L'Historia*, op. cit., pp. 147 ss. En su misión pedagógica o educadora (otro eco de Giner, aunque también de Ardigò), el Derecho y el Estado, según reconoce Dorado en la obra últimamente citada, p. 153, podrán servirse de leyes premiales o promocionales, basadas en el ofrecimiento de subvenciones y premios. En una obra anterior: *Naturaleza y función del Derecho*, op. cit., capt. XVIII: «Del Derecho premial», había estudiado más ampliamente la función promocional del Derecho, el futuro del Derecho premial, mostrándose muy escéptico sobre sus posibilidades.

93. Cfr. *El Derecho y sus sacerdotes*, op. cit., p. 188. DE LOS RÍOS, F., «D. Pedro Dorado Montero, filósofo del Derecho», op. cit., pp. 93-4, destaca el «criticismo acerbo» de Dorado, su pesimismo vital, «la duda total, la duda trágica que no halla asidero».

94. Cfr. *Valor social de leyes y autoridades*, op. cit., p. 28. Todos esos ideales fraternales, tutelares y benéficos considera legítimo imponerlos incluso por la fuerza: «A los inferiores hay que hacerles el bien, aun por la fuerza y contra su voluntad» (*Ibid.*, p. 109). Incurre así en ese paternalismo del que hoy tanto se desconfía.

Advierte, por otra parte, que la realización de su buena nueva social exige previamente una profunda transformación moral del ser humano, una «revolución en el alma» paralela a las revoluciones científico-industriales, que podría lograrse mediante la educación.

En ocasiones, trata de justificar todos esos ideales humanitarios alegando que son racionales o, lo que para él sería equivalente, que son útiles, y por ello científicos y justos, porque redundan en beneficio del grupo y, por tanto, en beneficio de todos. Abraza, pues, un vago utilitarismo de fondo, pero no parece preocuparse por justificarlo o fundamentarlo.

En general puede apuntarse aquí la objeción de que los ideales mencionados, que empapan toda la obra de Dorado, implican juicios de valor incompatibles con su radical relativismo o agnosticismo ético. No nos extenderemos en las críticas. No parece que tenga mucho sentido hacerlo cuando se explican doctrinas del ayer⁹⁵. Parece más adecuada aquí la neutralidad característica del historiador. Sólo apuntaremos, por ello y para terminar, una objeción muy genérica en relación con el pensamiento de nuestro autor. Nos valdremos de un juicio vertido por D. Miguel de Unamuno, que le conoció bien⁹⁶. Decía éste, en carta dirigida a L. Alas «Clarín», que Dorado era «un perfecto castellano, ciego para el matiz y el nimbo y sordo a lo inefable»⁹⁷.

Esta afirmación parece algo injusta, especialmente con los castellanos. Castellanos fueron Fray Luis de León, Santa Teresa de Jesús o San Juan de la Cruz, y sin embargo pocos tuvieron como ellos una percepción tan afinada de lo sublime. Creo que la idea de Unamuno resultaría más precisa formulada en los términos siguientes: Dorado fue un positivista típico, ciego y sordo para el nimbo y lo inefable. Lo digo porque es notorio defecto de la mencionada escuela especialmente en su versión realista la ceguera para todo lo que trascienda la simple materialidad; la miope visión de los fenómenos espirituales o morales,

95. Únicamente comentaré una objeción que me parece desacertada de R. y M. PESET REIG, «Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas de XIX», *op. cit.*, pp. 89 ss. Tras reconocer que Dorado es «el hombre clave para conocer el impacto del positivismo jurídico del ochocientos» en España, le reprochan «la falsedad de su positivismo», porque no es experimental. En mi opinión, al formular esta crítica olvidan que incluso el positivismo es una filosofía, y la función de la filosofía no puede consistir en elaborar estadísticas o medir cráneos. Esa será, en todo caso, función de la ciencia, cuyos resultados corresponde coordinar a la filosofía (tal y como la concibe el positivismo) desde una perspectiva superior, que le permita sorprender los nexos que vinculan a las cosas. Dorado fue un filósofo del Derecho, especialmente del Derecho penal, e hizo, y bastante bien, lo que corresponde hacer a los filósofos: filosofar.

96. Unamuno y Dorado fueron amigos durante cierto tiempo, pero lo completamente opuesto de sus temperamentos impidió que la amistad arraigara. Paradójicamente, parece ser que les alejó definitivamente una de las pocas cosas que tuvieron en común (aparte de ser los dos únicos suscriptores de «El socialista» en la capital charra): la simultánea aspiración al Rectorado de la Universidad de Salamanca.

97. *Cfr. el Epistolario a Clarín*. Madrid, Editora Nacional, 1941, p. 83.

como el Derecho, deformada por una concepción fiscalista o facticista de la realidad, incapaz de captar el verdadero sentido de las creaciones humanas. Por cierto, que la ceguera también afecta, aunque en distinto sentido, al positivismo normativista, entre otras cosas porque se niega a reconocer los vínculos connaturales del Derecho con otros elementos de la vida humana, como la moral o la política.

Sería también injusto, por otra parte, dejar de reconocer que la obra de Dorado, a pesar de sus innegables limitaciones y ambigüedades, merece una valoración decididamente positiva; aunque sólo fuera por el coraje con que acoge, en un desesperado esfuerzo por renovar la atmósfera del pensamiento jurídico en la España del último tránsito de siglos, las nuevas corrientes de pensamiento que pugnaban por imponerse entonces en Europa.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de Investigación subvencionado por la DGICYT: «La crisis del positivismo jurídico y la fundamentación normativa del Estado y el Derecho moderno».

Derecho, poder, estructura y función

(La evolución de un tema kelseniano en la
filosofía jurídica de Bobbio)

Por ANDREA GREPPI

Madrid

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el problema clásico de las relaciones entre Derecho y poder ya ha sido exhaustivamente estudiado en la obra de Norberto Bobbio¹, en este trabajo querría volver una vez más sobre él haciendo especial referencia a un conjunto de ensayos que Bobbio publicó a comienzos de los años ochenta. En ellos la relación entre Derecho y poder es el problema de fondo que acucia al filósofo turinés; Bobbio retoma entonces una materia que parecía, ya bastantes años antes, o bien resuelta, o bien abandonada².

1. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, par. 20: «El criterio último de la juridicidad: poder y fuerza», p. 274 a 306. CRACOGNA, D., «Poder y norma en el pensamiento de Bobbio»; en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, número monográfico de la *Revista de ciencias sociales*, dirigido por A. Squella, Universidad de Valparaíso (Chile), n. 30, 1987. PRIETO SANCHÍS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho» y CALSAMIGLIA, A., «Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio», ambos incluidos en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, A. Llamas Cascón (ed.); Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

2. Serán tomados en consideración los siguientes artículos: «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981); «Kelsen e il problema del potere» (1981); «Kelsen e il potere giuridico» (1982);

La razón para abordar de nuevo esta cuestión es poner de manifiesto que, en mi opinión, algunos elementos que aparecen en estos trabajos más recientes son nuevos con respecto a otros estudios kelsenianos de nuestro autor de los años '60, y sugerir que existen incluso diferencias sustanciales con respecto a la solución ofrecida en sus lecciones tan conocidas de los años '50.

Para poder interpretar estas diferencias (¿acaso demasiado pequeñas?; el lector juzgará) será necesario ampliar el análisis a otros aspectos y otras influencias que se han ido incorporando en este tiempo a la obra de Bobbio. En concreto, me refiero al giro en su concepción de la ciencia jurídica que va madurando entre mediados de los años '60 y los años '70. Este nuevo rumbo, quizá sólo esbozado más que plenamente desarrollado, se manifiesta en dos momentos particularmente señalados: la mesa redonda sobre el positivismo jurídico del año '66³ junto con el artículo «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967) y la publicación, en el año '77, de un conjunto de ensayos de teoría del Derecho con un título, *Dalla struttura alla funzione*⁴, que abría una nueva perspectiva (complementaria o alternativa a la tradicional⁵) en la ciencia jurídica.

De este nuevo curso en la meta-jurisprudencia de Bobbio podemos extraer dos elementos que resultan muy significativos y que van a poner de manifiesto esos elementos nuevos que aparecen en sus ensayos kelsenianos de los años '80, a los que antes aludía. El primero de ellos es que Bobbio, rompiendo con Kelsen y con un aspecto relevante del positivismo jurídico tradicional, llega a afirmar que es imposible elaborar una teoría «pura» del Derecho⁶. La ciencia del

«Dal potere al diritto e viceversa» (1981) incluidos en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, ed. Scientifiche italiane, Napoli, 1992; y además «Il potere e il diritto», en *Nuova Antologia*, a. 117, fasc. 2142, apr.-giu., 1982. [En adelante, a fin de remarcar los distintos pasos de la evolución del pensamiento de nuestro autor, se indicará entre paréntesis el año en que apareció por vez primera cada uno de los trabajos citados].

3. A propósito de esta mesa redonda véase: RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio y el positivismo jurídico italiano», estudio preliminar a Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y traducción de A. Ruiz Miguel, 2.^a ed., Debate, Madrid, 1990; BARRERE UNZUETA, M.C., *La escuela de Bobbio*, ed. Tecnos, Madrid, 1990 (cfr. p. 64 a 68); BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1991 (cfr. cap. 2.^o, p. 97 y ss).

4. Ed. di Comunità, Milano, 1977.

5. Cfr. PATRIZIA BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 235 y 238; con respecto al problema de si el análisis funcional del Derecho supone una superación definitiva de la concepción positivista del Derecho como ordenamiento coactivo, ver p. 230-231.

6. «(...) si può proporre una [...] lettura che, da un lato, attribuisce adeguato rilievo alla permanenza in Bobbio dei sopraccennati assunti normativistici, dall'altro, pone l'accento sul fatto che l'autore ha, negli anni sessanta, dato evidenza soprattutto alla scelta ideologica imprescindibilmente connessa a qualsivoglia modello metagiurisprudenziale, a qualsivoglia accostamento teorico al diritto». Cfr. BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 188.

Derecho (como, en general, cualquier otra ciencia social) debe admitir que es imposible alcanzar un conocimiento del fenómeno jurídico, que no sea conocimiento referido a valores. En los términos que Bobbio utilizó en 1967 eso suponía afirmar que una jurisprudencia «puramente descriptiva» sólo era posible a condición de presuponer una «meta-jurisprudencia» que tuviese carácter «prescriptivo», es decir, una meta-jurisprudencia que *prescribiera describir* el Derecho positivo ⁷. A partir de entonces sería necesario poner en discusión una vez más la posibilidad de elaborar una «ciencia» jurídica revisando en profundidad los fundamentos epistemológicos del positivismo jurídico defendido por nuestro autor. Es decir, Bobbio podía constatar al final de la década de los '60 que la aproximación científica al positivismo jurídico había entrado en crisis ⁸.

El otro elemento que va a ser útil para situar los escritos a los que me refería más arriba, es introducido por Bobbio en su obra como reflejo de algunas transformaciones del Estado ignoradas por las doctrinas iuspositivistas clásicas, y conduce a la elaboración de una teoría funcional del Derecho. En este trabajo se tendrá en cuenta esta nueva perspectiva funcional no sólo porque pone en evidencia determinados aspectos que quedaban ocultos a las teorías estructurales del Derecho y del Estado, sino también porque en este nuevo enfoque el poder pasa a desempeñar un papel central: el Derecho viene a ser analizado, precisamente *en función del poder*, como instrumento que éste emplea para realizar determinados fines y, por lo tanto, como instrumento para dirigir, condicionar y controlar el sistema social. No es casual por ello que el estudio del concepto de sanción (es decir, de la principal expresión del poder del Estado) se convirtiera en uno de los principales temas del análisis funcional del Derecho en Bobbio.

7. Cfr. «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), incluido en versión castellana en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado.

RICARDO GUASTINI señala que Bobbio en 1967 «ribalta in radice le sue convinzioni degli anni cinquanta, impiegando con maggior rigore e spregiudicatezza gli strumenti dell'analisi linguistica, e approdando a una concezione della giurisprudenza assai vicina a quella propria del realismo giuridico» [cfr. «Norberto Bobbio teorico del diritto. (III) 1966-1980», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, n. 2, 1980, p. 483. Los anteriores capítulos de este estudio fueron publicados en los números 1/1978 y 2/1979 de esa misma revista].

Los presupuestos meta-teóricos de la ciencia jurídica de Bobbio en los años '50 han sido sintetizados anteriormente en la p. 88 de la obra citada por Patrizia Borsellino. Como puede observarse, la opinión de Guastini contrasta parcialmente con la de esta autora.

8. Sólo unos pocos años antes, en *Il positivismo giuridico* (1961), trad. castellana de R. de Asís y A. Greppi, ed. Debate, Madrid, 1994; p. 241, al establecer una diferencia entre *ideología, teoría, y método* de las doctrinas iuspositivistas, afirmaba Bobbio que «puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por lo tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho (...)».

Pero también debemos tener en cuenta un tercer elemento que puede ayudar a interpretar los que son (por el momento) los últimos escritos jurídicos de Bobbio: a partir de los años '70 nuestro autor se ha orientado principalmente al estudio de la filosofía política, y la política es, según una de sus definiciones clásicas (quizá la que el mismo Bobbio preferiría), la esfera de la actividad humana relativa a la lucha por el poder. Incluso antes del giro «funcionalista» en su teoría del Derecho, ya desde 1966 (precisamente el año de la mesa redonda antes citada), había dedicado un curso universitario monográfico a la definición del concepto de poder⁹.

Me parece pues que en el estudio de los ensayos recogidos en *Diritto e potere* no se puede prescindir de estos nuevos elementos que se han incorporado al pensamiento de Bobbio seguramente *después* de sus primeros análisis de la relación Derecho/poder. Por lo demás, la vinculación entre teoría jurídica y teoría política, saberes que tienen como objeto común el poder, ha sido expresamente señalada por el propio Bobbio en diversas ocasiones¹⁰. En definitiva, son muchos y muy diferentes los campos de estudio que se entrecruzan en los últimos escritos kelsenianos de Bobbio: el agotamiento de una teoría exclusivamente estructural del Derecho, la necesidad de una aproximación descriptiva al fenómeno jurídico, una reflexión nueva a propósito del concepto de poder y, naturalmente, puesto que Bobbio es un autor kelseniano, la doctrina de la norma fundamental en la que Derecho y realidad social se entrecruzan. Por último veremos cómo, a diferencia de los trabajos anteriores y siguiendo también los pasos del último Kelsen, adquiere una importancia fundamental la noción de «poder jurídico», como elemento central en una definición iuspositivista del sistema jurídico.

Entre las diversas posibilidades que se presentan, este trabajo se desarrolla a partir de una diferenciación entre diversos conceptos de poder y analiza su relación con diversos puntos de vista sobre el fenómeno jurídico, todo ello, por supuesto, a través de los escritos de Bobbio. Me parece que el tratamiento de esa relación se encuentra a menudo

9. *Cfr. Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica.* CLUT - Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1966. Me parece interesante destacar esta coincidencia cronológica entre los principales escritos citados a partir de los años '65 ó '66.

10. Derecho y poder —ha afirmado Norberto Bobbio en diferentes ocasiones— son dos caras de una misma moneda. Esta idea que a primera vista parece bastante evidente, ante un análisis un poco más detallado, como se pretende explicar más adelante, suscita numerosas dudas. Entonces ya no resulta fácil encontrar —tal como dice también Bobbio— «los nexos entre la teoría general de la política y la teoría general del Derecho, y más específicamente entre la teoría del poder, objeto principal de la primera, y la teoría de la norma, objeto principal de la segunda». *Cfr. BOBBIO, N., «Sobre el principio de legitimidad» (1964), en Contribución a la Teoría del Derecho, citado, p. 298.*

viciado por una notable ambigüedad que deriva, a su vez, de la dificultad de definir (tanto desde una perspectiva sociológica, como política o jurídica) el fenómeno del poder¹¹. En primer lugar, se estudiará la relación entre Derecho y poder desde el punto de vista de la norma y, a continuación, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; en uno y otro caso, se hará referencia a dos ámbitos diferentes, como son la sanción y el poder político eficaz, que generalmente suelen quedar incluidos indistintamente dentro del término «poder». La tercera parte, en cambio, gira en torno a la noción kelseniana de poder jurídico: el objeto principal de los estudios de Bobbio en los años '80 será precisamente el análisis de la nomodinámica kelseniana.

II. NORMA Y PODER COERCITIVO

El carácter coactivo del Derecho es, según Bobbio, uno de los elementos constantes de las doctrinas del positivismo jurídico¹², hasta el punto de que la coactividad es tradicionalmente considerada (incluso antes de la consolidación de las doctrinas iuspositivistas) como el elemento definitorio último del Derecho frente a los demás sistemas normativos.

Limitaremos por el momento nuestro estudio a la relación entre normas y poder coercitivo, es decir, a la relación entre normas y sanciones. Al abordar este problema Bobbio se encuentra ante dos modelos diferentes elaborados previamente por la teoría jurídica tradicional: uno seguido por la mayoría de las doctrinas iuspositivistas y otro, que él denomina «moderno», cuya formulación corresponde a Kelsen, Olivecrona y Ross¹³.

La primera doctrina describe el Derecho como un conjunto de normas, respaldado por sanciones (las cuales tienen la finalidad de garantizar su eficacia) establecidas por el poder soberano; es decir, describe el Derecho como un conjunto de normas respaldado por el poder coercitivo del Estado. La segunda, en cambio, describe el Derecho como un sistema de normas cuyo contenido específico no es la regulación de conductas, sino la regulación del uso de la fuerza por parte del Estado que es quien detenta su uso. Esta última concepción había llevado a

11. RUIZ MIGUEL, A., al referirse a la conexión de Derecho y fuerza con el poder político, indica la necesidad de diferenciar a este último de las restantes formas de poder (cfr. *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y también p. 292). Dentro de la amplísima bibliografía que estudia, desde una perspectiva empírica, el problema del poder, véase LUKES, S., *El poder. Un enfoque radical*, trad. J. Deike, ed. Siglo XXI, Madrid, 1985.

12. Cfr. *Il positivismo giuridico* (1961), citado, p. 141 y cap. II de la segunda parte («La definición del Derecho en función de la coacción», p. 157 y ss.).

13. Cfr. «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la Teoría del Derecho*, citado, y «Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LIV, núm. 2, 1977.

Kelsen a cambiar la convención clásica sobre la denominación de las normas primarias y secundarias de forma que, según el jurista vienés, pasaban a ser denominadas primarias precisamente las normas que instituyen sanciones: ese era el reflejo lógico, dentro de la «estática» kelseniana, de una determinada concepción que hace de la fuerza el objeto y contenido específico del Derecho (y, también, del Estado) ¹⁴.

En sus escritos de los años '50 y '60 Bobbio parecía seguir en unas ocasiones la primera teoría, mientras que otras veces parecía preferir las doctrinas más recientes. Podría pensarse por lo tanto que, según aquellos escritos del autor turinés, no nos encontramos ante dos teorías absolutamente incompatibles entre sí ¹⁵. En cualquier caso, y dejando al margen el problema de la definición de las normas primarias y secundarias, nuestro autor indicaba la necesidad de que el teórico del Derecho se situara en la perspectiva del ordenamiento para buscar una solución satisfactoria al problema de la relación entre Derecho y fuerza, que aquí nos ocupa. Es decir, Bobbio recurría a la noción de ordenamiento jurídico que le permitía alcanzar una solución teórica al problema de la relación entre normas y fuerza. Superada en el ordenamiento la incompatibilidad entre normas que contienen sanciones y normas que carecen de sanción, el sistema jurídico podía ser concebido, siguiendo la expresión de las doctrinas modernas, como «regulación del uso de la fuerza» y también, a un mismo tiempo, como «conjunto de normas respaldado en última instancia por el recurso a la fuerza».

Detrás de estas oscilaciones de Bobbio entre teorías instrumentalistas y objetualistas de la coacción había además, en mi opinión, un concepto impreciso de «fuerza» y de «poder»: un concepto que podía ser utilizado indistintamente como contenido del Derecho, como instrumento que respalda su eficacia y como fundamento fáctico de la existencia del ordenamiento. Me parece, por tanto, que se puede poner ya de manifiesto cierta indefinición que afecta al concepto de poder y que ahora me interesa destacar; ¿el «poder coactivo» del Estado que se ejerce por medio del Derecho, es acaso idéntico al «poder» que respalda la eficacia de un sistema jurídico? Creo oportuno señalar que la noción de «poder» que se encuentra detrás de la eficacia de un ordenamiento jurídico no

14. A propósito de la concepción del Derecho como regulación del uso de la fuerza escribe Bobbio: «Una de las paradojas que la teoría examinada pone en claro es también ésta: la teoría que habitualmente se considera como una de las cimas del formalismo jurídico es en realidad la única que da una definición del Derecho, entendido como ordenamiento jurídico en su conjunto, partiendo exclusivamente del contenido de sus reglas» [cfr. «Derecho y fuerza» (1965), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 338].

15. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), en *Teoría general del Derecho*, trad. E. Roza Acuña, 2.^a ed., ed. Debate, Madrid, 1991; p. 186 y 187. Estas dos perspectivas aparecen también en la exposición de RUIZ MIGUEL, A., en *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y 275.

debe ser identificada sin más con el poder coactivo que se manifiesta típicamente en las sanciones jurídicas. O dicho de otra forma, hemos visto como Bobbio desplaza la relación entre Derecho y fuerza desde el contenido de las normas (o de una clase de ellas) al contenido del ordenamiento jurídico en su conjunto; sin embargo, creo que no es posible pasar del ámbito de la norma al del ordenamiento sin tener en cuenta que en el segundo caso se va a utilizar un concepto diferente y más amplio de poder que el de fuerza física ejercida por medio de los órganos del Estado (poder coercitivo): la nueva relación entre Derecho y fuerza deberá tener como base un nuevo concepto de poder que, aunque engloba al anterior (la delimitación empírica entre estas diversas formas de poder escapa a nuestro estudio y al de Bobbio también), se aproxima a la noción weberiana de «dominación»¹⁶.

Por otro lado, además, este nuevo planteamiento nos debería obligar a reconsiderar el concepto de poder coercitivo del Derecho, esto es, la noción de «sanción jurídica». Esta nueva perspectiva ahora ya no puede seguir siendo exclusivamente estructural, porque la sanción puede ser considerada como *medio* para la realización de los *finés* del Derecho¹⁷. El efectivo cumplimiento de las normas y la realización de los fines que esas normas protegen, una vez rechazada la conexión inmediata entre norma y sanción, puede ser obtenido por medio de otras «técnicas» diferentes que no son sólo la aplicación del poder coactivo estatal, como el propio Bobbio comprobará en escritos muy posteriores.

16. Sobre la «dominación como un caso especial de poder» véase, naturalmente, *Economía y sociedad* de MAX WEBER, edición castellana de J. Winckelmann, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 695 y ss.; también POGGI, G., «Sulla tipologia weberiana del dominio», en *Mondoperaio*, n. 7, 1987.

17. BOBBIO en «Derecho y fuerza» (1965) p. 336 (nota 13) y en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 337, se detiene a analizar las relaciones entre el uso de fuerza y la sanción jurídica. Su conclusión es que «el ordenamiento jurídico establece las condiciones (normas materiales) en base a las cuales la intervención pasa a ser lícita y las formalidades (normas procesales) con las que esta intervención debe ejercerse. (...) Licitud e invalidez (...) regulan el uso de la fuerza que se encuentra a disposición del poder dominante para hacer eficaces las normas pertenecientes al sistema en su conjunto». La sanción es considerada por Bobbio como *medio* para la realización de los *finés* del Derecho; nulidad y pena, como formas de sanción jurídica, son dos clases de «la misma categoría generalísima, es decir de la categoría de los expedientes con los que el ordenamiento jurídico trata de obtener el máximo respeto a las normas establecidas creando una situación desfavorable al violador». Esta categoría general de los medios para condicionar el comportamiento de terceros pertenece, una vez más, a una teoría general del poder.

En un momento anterior (en su *Teoría de la norma jurídica* del año 1958, cuya traducción está incluida en *Teoría general del derecho*, anteriormente citada) apuntaba ya nuestro autor el carácter problemático del concepto de sanción. Por un lado definía la *sanción* como «la acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para anular sus consecuencias dañosas» (p. 119); si llevamos hasta sus últimas consecuencias esta definición, no resultará extraño que más adelante Bobbio afirmara que «el punto de vista formal es insuficiente para explicar y para caracterizar el fenómeno jurídico precisamente porque no logra dar cuenta de la sanción» (p. 139).

Por último, utilizando la terminología del Bobbio de los años '70, se podría decir que en los ensayos que hemos considerado por el momento (anteriores al año 1965), nuestro autor, además de presuponer que la labor del científico del Derecho es meramente «descriptiva», sigue aceptando implícitamente una imagen del Derecho centrada principalmente en su función protectora/represiva, propia de la tradición del estado liberal. En esta concepción encontraban acomodo tanto la perspectiva instrumentalista del positivismo tradicional, como las concepciones «modernas» de la relación entre Derecho y fuerza a las que antes hacíamos referencia. Veremos a continuación los desarrollos posteriores y los nuevos elementos que se fueron incorporando al planteamiento de Bobbio.

III. PODER Y NORMA FUNDAMENTAL

En el apartado anterior se ha señalado la dificultad de establecer una relación entre norma jurídica y poder o, más concretamente, entre las normas jurídicas y el elemento del poder coercitivo que, según las doctrinas positivistas, es característica esencial del Derecho. La conclusión a la que llegábamos siguiendo a Bobbio era que la coerción no podía situarse exclusivamente en una categoría determinada de normas y que, por el contrario, la relación entre Derecho y poder sólo se podía establecer a partir de una definición del Derecho como sistema complejo de normas.

Se puede decir que desde esa nueva perspectiva la relación entre Derecho y poder se había convertido en una relación compleja. Compleja, en primer lugar, porque ya no consiste *sólo* en una relación directa entre una clase homogénea de normas y un hecho social determinado como es la aplicación de la fuerza física por parte de los órganos del Estado. Compleja también porque supone incluir en el análisis de esta relación aquellas normas e instituciones que son «condición para la aplicación» de las normas sancionatorias ¹⁸.

18. En ese sentido las normas sancionatorias presuponen la existencia de otras normas *que se refieren* a ellas y que son, por tanto, *normas sobre normas*. Según Bobbio «lo que caracteriza a la distinción entre normas primarias y normas secundarias en todas sus acepciones es la individualización del fenómeno, que algunos incluso consideran específico del ordenamiento jurídico, de la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que *se refieren a otras normas*» [cfr. «Normas primarias y normas secundarias» (1968), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 313]. Esta diferenciación estructural justifica la distinción entre sistemas normativos simples y complejos.

Y compleja, por último, porque supone tomar en consideración también los fines que el poder estatal persigue por medio del establecimiento de sanciones coercitivas, de manera que irrumpen en una definición que pretende ser puramente formal del concepto de Derecho aquellos hechos sociales que son «condición» para la eficacia de las sanciones. Como consecuencia de ello, el estudio de la relación entre Derecho y poder va a derivar también hacia el análisis de otras circunstancias que se encuentran «detrás» de la efectividad del sistema jurídico y de la eficacia de cada norma jurídica en concreto.

«Poder efectivo —afirma Bobbio— es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces»¹⁹. Es cierto, en efecto, que la efectividad del poder depende, en parte, de la eficacia de las normas: sin embargo —añadimos nosotros— quizá no depende solamente de eso. Considerar la efectividad del poder en relación con el Derecho supone también dar cabida en el análisis del fenómeno jurídico a esos otros fenómenos sociales que acompañan a la noción de «poder» y que permiten establecer la distinción entre la mera fuerza física y el poder respaldado por el consenso²⁰. Supone admitir (tal como explica Bobbio en 1966) que el poder que respalda la eficacia del Derecho no es sólo reflejo de determinadas características subjetivas de quien manda, o reflejo de la posesión de determinados medios objetivos y materiales que otorgan poder; por el contrario, la delimitación entre los términos fuerza y consenso (aquí en relación con el Derecho) sólo puede ser definida dentro de un sistema complejo de relaciones sociales²¹.

Nos encontramos creo ante un problema que es determinante porque en él se puede comprobar si es posible o no realizar el proyecto de una teoría «pura» del derecho positivo. Ante todo será preciso definir el significado del principio kelseniano de efectividad, para ver en qué medida puede ser considerado como «fundamento» del orden jurídico. La respuesta que se ofrezca a esta cuestión previa nos permitirá valorar la oportunidad de seguir manteniendo la hipótesis de una «norma fundamental» como fundamento de la validez del sistema jurídico. Precisamente esta cuestión será planteada por Bobbio en escritos posteriores en los que estudia el «fundamento del fundamento» del sistema jurídico, esto es, el «fundamento de la norma fundamental». Desde nuestra perspectiva, en cambio, y volviendo al tema principal de este trabajo, se podría preguntar qué aporta la doctrina de la norma fundamental a la hora de esclarecer los fenómenos de la efectividad y validez, es decir, la relación entre poder y Derecho.

19. Cfr. «Sobre el principio de legitimidad» (1964), incluido en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 304.

20. A este problema ya había hecho una breve alusión en su *Teoría de la norma* (1958), citado, p. 137, aunque sin llegar a ninguna conclusión firme.

21. Estos intentos de definir el «contenido», o la «sustancia» del poder están tomados del cap. I de *Il problema del potere* (1966), anteriormente citado, dedicado a «La natura del potere».

No creo necesario describir en detalle cómo construye Kelsen el principio de efectividad, ni mucho menos recoger por extenso las críticas de que ha sido objeto. La idea básica de Kelsen, es que «la eficacia [de un orden jurídico] es una condición de la validez, pero no se identifica con ella»²². Para Kelsen será necesario admitir que el principio de efectividad es un requisito de la validez a fin de evitar que el concepto jurídico-formal de Derecho caiga en un idealismo absoluto: «todo orden jurídico tiene que perder necesariamente su validez si en algún momento cesa de ser eficaz»²³.

El problema surge al contrastar las nociones de eficacia empírica y de norma hipotética que parecen ser, o bien incompatibles, o bien términos que se implican circularmente entre sí. Kelsen mismo, en la segunda edición de su teoría pura, es consciente de las dificultades que su doctrina suscita y por eso intenta responder tanto a la crítica metodológica que Ross le dirige, como a la crítica según la cual el poder, no es «condición», sino «fundamento» de la norma básica²⁴.

Estas fueron en efecto, si no me equivoco, las dos objeciones principales de que ha sido objeto la doctrina kelseniana de la efectividad: la primera pone de manifiesto una inconsistencia metodológica al hacer referencia a un hecho empírico —la eficacia— como condición del deber-ser jurídico²⁵; la segunda (que en el

22. Cfr. *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, ed. Porrúa, México 1991, p. 224.

23. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 220-1. Según A. CALSAMIGLIA «si Kelsen hubiera seguido fielmente su metodología, la teoría pura del Derecho desembocaría en el más desenfadado idealismo» (cfr. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1978, p. 147).

24. La respuesta a la crítica de Ross se encuentra en la nota 125 de p. 220 a 223 de la *Teoría pura del Derecho* (edición citada). Con respecto a la segunda de las críticas, Kelsen hace referencia a los argumentos de E. Patterson para quien, en resumen, «suponer que la constitución es válida (...) depende a la postre de la autoridad política». La defensa de Kelsen consiste en preguntar por el fundamento de la autoridad del constituyente, la suprema autoridad jurídica: «el supuesto de que la constitución y las normas producidas conforme a ella valen, no depende en forma alguna de la autoridad del poder constituyente. Puesto que suponer que la constitución vale, es idéntico a suponer que el constituyente es una autoridad. La norma básica —continúa Kelsen— responde a la pregunta de cuál sea el *fundamento de esa autoridad* (...). Pero ¿quiénes son aquéllos que mantienen la constitución? Los individuos que la han promulgado y los individuos que la aplican (...). En ello reside la eficacia de la constitución y del orden jurídico producido conforme a ella. A esa eficacia se refiere evidentemente Patterson. La norma fundante básica hace de esa eficacia condición de validez» (Cfr. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 212-213). Así, unas páginas antes, dice también Kelsen: «la norma fundante básica es la instauración del *hecho fundante* de la producción del Derecho» (Cfr. p. 206).

El propio Kelsen consideraba que «la solución intentada [en la teoría pura] no es más que la *formulación científica exacta* de la vieja verdad: el Derecho no puede darse sin poder pero, con todo, no es idéntico al poder» [cfr. *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 225; las cursivas, naturalmente, son mías].

25. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, citado, p. 147: «La efectividad como condición de la validez implica la inconsistencia metodológica. (...) La efectividad es un *ser* que se introduce en el *deber ser* y de ahí surge la antítesis entre el formalismo (estudio del deber ser) y el positivismo».

fondo es sólo consecuencia de la anterior) afirma que el recurso a la eficacia convierte en inútil o superflua la construcción de la norma hipotética porque no logra fundar sobre sí misma la validez objetiva de las normas jurídicas. Esto último equivale a decir que *en realidad* no hay diferencia entre «condición» y «fundamento» de la validez misma.

En numerosas ocasiones Bobbio ha tomado en consideración estas críticas de la teoría kelseniana pero, como se intentará mostrar más adelante, no ha llegado a cerrar definitivamente la cuestión de la norma fundamental y el fundamento del Derecho. Así por ejemplo en *Il positivismo jurídico* (1961), a propósito de la primera crítica al principio de efectividad, escribe: «se puede poner en duda que [la norma fundamental] logre resolver el problema para el cual había sido formulada; [si se admite que] dicha norma existe jurídicamente en la medida en que de hecho es obedecida, volvemos a caer en la solución que se pretendía evitar con la teoría de la norma fundamental, es decir, hacemos depender el Derecho del hecho» 26.

El segundo argumento, en cambio, fue desarrollado por Bobbio, algún tiempo después, en «Sobre el principio de legitimidad» (1964). Si se acepta la eficacia como fundamento de la norma hipotética 27 —escribe— «la norma fundamental ha terminado siendo perfectamente superflua: la tarea que le es asignada es la de legitimar un poder, el cual encuentra su legitimidad no en el hecho de estar autorizado por una norma superior, sino en el hecho de ser efectivamente obedecido» 28.

La segunda crítica a la que me referiré seguidamente, también ha sido recogida por Albert Calsamiglia cuando sostiene que «la teoría kelseniana (...) no puede prescindir absolutamente del poder e implícitamente introduce el poder político *en abstracto* a través de la norma fundamental» [cfr. *Kelsen y la crítica de la ciencia jurídica*, citado, p. 136]. Para superar esta inconsistencia metodológica, este mismo autor propone hacer explícito el límite lógico de la doctrina kelseniana, situando en la base del sistema jurídico una no menos contradictoria *proposición factual de carácter hipotético* [cfr., *ibidem*, p. 146].

26. Cfr. *Il positivismo giuridico* (1961), citado, p. 237.

27. «En rigor no hay otra respuesta posible», comenta Bobbio; cfr. *ibidem*, p. 303.

28. Siguiendo precisamente la opinión de Bobbio, el poder (*hecho fundante básico*) debería ocupar el lugar de la norma fundamental según el profesor PECES-BARBA; para este autor «la norma fundante básica es expresión de la realidad del poder» [cfr. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Debate, Madrid 1983, p. 441]. Como consecuencia de ello, en su opinión, «el fundamento último de validez de un sistema jurídico está en el poder» [cfr. «Reflexiones sobre Derecho y poder», en *Libertad, poder, socialismo*, ed. Civitas, Madrid 1978, p. 231]. En otros términos, «el poder es el que hace eficaz el ordenamiento y, por lo tanto, el que lo hace válido», tal como se expresa Rafael de Asís Roig, al exponer la posición de PECES-BARBA [cfr. «Notas sobre poder y ordenamiento», en *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 36, septiembre/diciembre 1992, p. 117].

Según RUIZ MIGUEL «Derecho y fuerza —en la concepción de Bobbio— se conectan con el poder político en cuanto que éste tiende a caracterizarse por su especial organización y perentoriedad a diferencia de otras formas de poder». Y, más en concreto, desarrollando el sentido de esa «conexión», el mismo autor escribe: «el fundamento de esa norma fundamental está fuera del ordenamiento jurídico, en último término en el poder coactivo efectivo» [cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, citado, p. 274 y 276].

En ese caso, «si el poder último es un poder de hecho, ¿qué necesidad hay de una norma que lo autorice?». La única conclusión posible para nuestro autor era que «la norma fundamental se invoca para legitimar un poder del que después tiene necesidad ella misma para ser fundada».

Decíamos antes que la crítica de Bobbio a la norma fundamental en sus escritos de los años '60 no había llegado a agotar todos los posibles aspectos de la relación entre Derecho y poder. Veamos a continuación dos vías a través de las cuales su análisis toma un nuevo rumbo; para ello, utilizaremos, de momento, alguna cita de los mismos textos que hemos venido considerando hasta ahora, y que parecen anunciar estudios posteriores.

«La teoría normativa del Derecho —afirma Bobbio—, en su versión más divulgada, que es la kelseniana, deja en sombra la otra cara de la moneda, la del poder»²⁹. Si esto fuera cierto, podría preguntarse ¿qué otro aspecto del poder, del poder que es fundamento empírico del Derecho, queda oculto y debería ser puesto en evidencia por una teoría del Derecho? ¿Cómo definir y delimitar ese poder al que alude Bobbio? «Cuando la norma fundamental dice que se debe obedecer al poder originario —había escrito pocos años antes—, esto no se debe interpretar de ningún modo en el sentido de sometimiento a la violencia, sino en el sentido de sometimiento a quien detiene el poder coercitivo. Pero ese poder coercitivo muy bien puede adquirirse por consenso general. Los detentadores del poder son quienes tienen la fuerza necesaria para hacer respetar la norma que han prescrito. En este sentido la fuerza es un instrumento necesario del poder, mas no su fundamento. La fuerza es necesaria para ejercer el poder mas no para justificarlo»³⁰.

Pero entonces, ¿no deberá Bobbio estudiar también las condiciones para la posesión de ese poder coercitivo? ¿Quién detenta ese poder coercitivo? ¿El poder coercitivo es un «hecho social», pero no será también un «hecho normativo»³¹ puesto que sólo alguna clase de «norma» permite definir qué es «poder»? ¿Es posible delimitar sin recurrir a algún elemento normativo ese hecho social que rompe la circularidad entre norma última y poder último del sistema jurídico?

En opinión de DANTE CRACOGNA, para Bobbio «es indistinto sostener la supremacía del poder o de la norma»; Bobbio, además, «descalifica la norma fundamental (*perfectamente superflua*), [lo cual significa] que sólo queda en pie la supremacía de la *Summa potestas*» [cfr. «Poder y norma en el pensamiento de Bobbio», en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, anteriormente citado, p. 259.

29. Cfr. «Sobre el principio de legitimidad» (1964), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 301.

30. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), en *Teoría general del Derecho*, citada, p. 185.

31. Se puede entender aquí el término «normativo» tanto en el sentido de «obligatorio», como en el sentido de «referido a normas» (sobre esta distinción ver «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), anteriormente citado).

La segunda cuestión que, en mi opinión, apuntaba Bobbio en aquellos años, consiste en destacar la función que la teoría de la norma fundamental desempeña en una teoría positivista del Derecho. No la función de la norma misma, sino la función de esa teoría: con ello Bobbio indica la posibilidad de abordar una crítica ideológica de una doctrina y de la concepción kelseniana del Derecho. «Toda la polémica sobre la norma básica —escribe— proviene de no haber entendido su función³²».

¿Cuál es entonces la *función* de una doctrina que pretende legitimar jurídicamente el poder efectivo? ¿Es necesaria esa doctrina, es útil y, por tanto, es preferible seguir manteniéndola? ¿Tiene esa doctrina, desde un punto de vista descriptivo, alguna capacidad explicativa de ese fenómeno social que es la legitimación de un orden jurídico?

La respuesta que años después ofrecerá Bobbio a estas cuestiones surgirá a partir de una sustancial revisión del modelo de ciencia jurídica del positivismo jurídico y, en concreto, a partir de la constatación del carácter ideológico de la relación entre Derecho y poder en el modelo estructural kelseniano. «Probablemente —escribe Bobbio en 1981—, además de satisfacer una exigencia de corrección formal, la norma fundamental es el reflejo de una *preferencia práctica*. Por cuanto Kelsen haya afirmado insistentemente el carácter científico de la teoría pura y rechazado toda interpretación ideológica, no se puede renunciar por completo a captar el sentido de su construcción y a entender el porqué de ciertas tesis a través de sus posiciones políticas. (...) Detrás de la tesis de la primacía del Derecho sobre el poder, primacía que se manifiesta en la suposición de la norma fundamental, está presente, de forma inconsciente, incluso a pesar de desmentidas expresas, el ideal del Estado de Derecho»³³.

IV. PODER JURÍDICO Y SISTEMA JURÍDICO

A mediados de los años '60, decíamos en el apartado anterior, Bobbio ofrecía un modelo de relación Derecho/poder que, aunque contenía una crítica al modelo de la Teoría pura, no se apartaba en lo sustancial de la argumentación kelseniana. Decíamos también que algunos

32. Cfr. *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), citado, p. 180.

33. Cfr. «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 121.

elementos que aparecían en aquellos escritos apuntaban a un planteamiento bastante diferente de este problema; un planteamiento que, sin embargo, seguirá teniendo como base a Kelsen, aunque ahora al Kelsen de su obra póstuma, la *Allgemeine Theorie der Normen*³⁴, y dentro de ella, especialmente, las nociones de «poder jurídico» y de «sistema dinámico».

Es cierto que puede ser algo forzado haber dado demasiado relieve a las dificultades que surgían al contrastar los artículos «Sul principio di legittimità» y «Essere e dover essere nella scienza giuridica», situándonos a veces una perspectiva ajena al momento en el que estos trabajos fueron escritos, y afirmando además que esas contradicciones anunciaban otros estudios de casi quince años más tarde. Me parece sin embargo un hecho de notable interés que Bobbio, ya en la década de los '80, volviera a afrontar el estudio de un problema filosófico-jurídico, y que volviera sobre él para aportar un visión que hasta entonces había encontrado escaso desarrollo en su obra, después de llevar bastantes años apartado de su cátedra en la Facultad de Jurisprudencia y dedicado a sus estudios de filosofía política.

A partir del giro en su concepción de la ciencia jurídica anunciado en la ponencia de 1967 los temas estudiados por Bobbio con mayor amplitud habían sido la conveniencia de elaborar un análisis funcional tanto del Derecho como del propio discurso de los juristas³⁵. El problema del poder y su relación con el Derecho, al menos según el planteamiento de sus escritos anteriores, parecía haber quedado olvidado y únicamente parecía estar presente, en un segundo plano, detrás del concepto de sanción jurídica y detrás de la noción de *función represiva-protectora* del Derecho. Pero, sobre todo, creo que se puede afirmar que en esta nueva fase de la filosofía jurídica de Bobbio, y a diferencia de momentos anteriores, el poder (el poder político y el poder coercitivo, en particular) ya no es considerado como un elemento más en la estructura del sistema jurídico, sino como un fenómeno que debe ser estudiado también desde una perspectiva empírica y

34. Sobre las diferencias entre esta obra (editada en 1979) y la 2.^a edición de la Teoría Pura, véase GIANFORMAGGIO, L., «Cosa resta nella *Allgemeine Theorie der Normen* dei sistemi normativi statici e dinamici» (en Gianformaggio, L. (ed.) *Sistemi normativi statici e dinamici*, Giappichelli, Torino, 1991). Cfr. también PAULSON, S.L., «Per un'interpretazione soddisfacente di "statico" e "dinamico" nella Teoría Pura di Kelsen», así como otras aportaciones a esa obra colectiva.

35. La conexión entre diferentes aspectos de la obra de Norberto Bobbio permanece a menudo en un segundo plano y no suele ser destacada convenientemente. Así por ejemplo, y en relación con los problemas filosófico-jurídicos que estamos tratando aquí, me parece interesante recoger la siguiente opinión de A. MANCARELLA: según este autor, la tesis de fondo de los *Saggi sulla scienza politica in Italia* (1969) sería la doble distinción (debida a Pareto y a Mosca) entre valor científico y utilidad social, y entre valor científico y uso ideológico de una teoría. No es difícil en este caso ver la relación entre los estudios sobre ciencia y filosofía política o jurídica. (cfr. MANCARELLA, A., «Bobbio e la scienza politica in Italia», en *Il Protagonista*, n. 13-16, genn. 1988 / dic. 1989, p. 65).

no sólo jurídico-formal o estructural. En esta ocasión también puede pensarse que —como dijo el propio Bobbio— «la sociología está llamando a la puerta»: la insuficiencia de una teoría del Derecho estructural determina «el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?)»³⁶.

A este propósito me parece conveniente recoger dos afirmaciones de Bobbio relativas a este período, que pueden servir para justificar los ensayos de 1981 y 1982 y para conectarlos con su obra anterior.

La primera se refiere a Kelsen y en concreto al valor de su doctrina del ordenamiento jurídico como sistema dinámico de normas. Escribe el autor turinés: «junto a la nomoestática, que es la teoría de la norma jurídica, aparece en el sistema kelseniano la nomodinámica, que es la teoría del ordenamiento jurídico. Aunque la primera sea, por costumbre inveterada, quizá más conocida, la segunda es ciertamente más importante»³⁷.

La segunda es el reconocimiento, por el propio Bobbio (en 1984), de que hasta aquellos últimos años no había tenido en cuenta convenientemente la perspectiva de la ciencia política al analizar el fenómeno de la sanción jurídica y también, podríamos pensar, las relaciones entre Derecho y poder. La ciencia política que además ofrece una visión complementaria a la jurídica en este problema, pues «considera el problema del Estado no desde el punto de vista del sistema normativo, sino desde el punto de vista del sistema de poder»³⁸.

Hemos llegado así al momento en el que nos vamos a referir a esos últimos escritos de Bobbio de los que venimos hablando; y, como ya se ha dicho, si algún rasgo puede ser destacado en ellos es el protagonismo que Bobbio otorga, en los años 1981 y 1982, a la nomodinámica kelseniana-

36. Cfr. «Premessa» a *Dalla struttura alla funzione* (1977), citado, p. 8-9; véase también PATTARO, E., «Per una mappa del sapere giuridico», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, U. Scarpelli (ed.), Ed. di Comunità, Milano, 1983, p. 276.

37. Cfr. «Struttura e funzione nella teoria del diritto di Hans Kelsen» (1973), en *Dalla struttura alla funzione*, citado, p. 202. En la «Prefazione» a *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen* (1992) Bobbio traza una breve historia de sus estudios sobre el autor de la teoría pura: esa historia comenzó incluso antes de que, en sus lecciones del curso 1940/1941, dedicara un apartado a la construcción escalonada del ordenamiento.

38. Cfr. «La funzione promozionale del diritto rivisitata», en *Sociologia del diritto*, n. 3, 1984, p. 14. Continúa Bobbio: «Solo in questi ultimi anni sono riuscito a stabilire con una certa chiarezza che il difficile incontro tra teorici del diritto pubblico e teorici della politica, i quali studiano lo stesso oggetto, lo stato, ma s'ignorano l'un l'altro, dipende dal fatto che questo stesso oggetto lo vedono da due punti di vista opposti». A continuación en este estudio cita Bobbio tanto a Parsons como a Luhmann.

Sobre la noción de poder en relación con el análisis funcional del Derecho, puede verse TOMEIO, V., «Il diritto come segno del potere»; y BOELLA, L., «Il gioco delle possibilità regolate. Potere e comunicazione in Niklas Luhmann», ambos en *Sociologia del diritto*, 1980, n. 1.

na. El problema de la concepción dinámica del ordenamiento jurídico es introducido por Bobbio a partir de la constatación de que todo Derecho positivo es Derecho producido, creado por quien tiene el poder para hacerlo. La noción del poder para crear Derecho es analizado por Bobbio recordando el ejemplo, que San Agustín hizo clásico, de la diferencia entre el mandato de una banda de ladrones y el mandato de una autoridad legítima.

La solución que ofrece Bobbio, siguiendo a Kelsen, consiste en diferenciar el sentido subjetivo y objetivo del acto de producción normativa. Norma jurídica es sólo el sentido objetivo del acto mediante el cual ha sido formulada; ese acto de producción normativa, a su vez, posee un sentido objetivo sólo si puede ser cualificado como tal por otra norma jurídica, es decir, sólo si es expresión de la voluntad de un poder autorizado. A este respecto recoge Bobbio la siguiente cita de Kelsen: «Sólo puede ser considerado como norma, el sentido de un mandato cualificado en un determinado sentido, es decir de un mandato *autorizado* por la norma de un ordenamiento positivo ...»³⁹.

Bobbio puede decir entonces, una vez más con Kelsen, que «la validez objetiva de un mandato y del poder del cual deriva éste (no existe mandato sin poder), a diferencia del mandato del bandido, está asegurada en última instancia por la presuposición (porque de una presuposición se trata) de una norma última que cierra el sistema»⁴⁰. El sentido objetivo del mandato será fruto de una cadena de normas y de poderes autorizados que apoyan, en último término, en una instancia presupuesta.

Toda una nueva visión sobre la «realidad» del fenómeno jurídico⁴¹ parece estar implícita en estas últimas citas de Bobbio. Si nos limitamos a considerar la relación Derecho/poder, cabría preguntarse si esta «nueva» concepción del Derecho aporta argumentos nuevos para establecer la relación entre ambos términos. ¿Permite además

39. Cita de la *Teoria Generale delle Norme*, recogida en «Kelsen e il problema del potere» (1981), citado, p. 118.

Sobre la «objetividad» aplicada a las normas, es decir, sobre la cuestión de si es posible describir normas, escribe Joseph Raz: «Puesto que Kelsen estudia el concepto de normatividad justificada como el único concepto de normatividad, él considera el Derecho como una ideología. (...) Habrá que diferenciar atentamente entre dos puntos de vista desde los cuales las normas son consideradas objetivas por Kelsen. En un primer sentido pueden ser objetivas porque reflejan una realidad social, por ejemplo porque son consideradas como normas en la perspectiva de la normatividad social. En el segundo sentido, ellas pueden ser normativas en el sentido de una normatividad justificada; ellas son pues una ideología» (cfr. RAZ, J., *The Authority of the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 136); en castellano, *La autoridad del derecho*, trad. de R. Tamayo; U.N.A.M., México, 1982).

40. Ambas citas se encuentran en «Dal potere al diritto e viceversa» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 147; existe traducción castellana en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado.

41. Sobre este tema es interesante consultar E. DI ROBILANT, «Realtà e figure nella scienza giuridica», en *La teoria generale del diritto*, anteriormente citado.

delimitar con mayor claridad en qué consiste ese poder que es relevante para la elaboración de una teoría del Derecho?

Escribe Bobbio: «Una teoría jurídica rigurosamente positivista no puede prescindir del concepto de producción jurídica, y el concepto de producción jurídica no puede prescindir del concepto de poder. Para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico es necesario concebirlo como un sistema de normas *producidas* por la voluntad humana; y para que las normas puedan ser producidas es necesario que alguien tenga el *poder* para hacerlo. En este sentido para una teoría positivista del Derecho la noción de norma no puede ser dissociada de la noción de poder» 42.

Esta opción dentro del positivismo jurídico en favor de la primacía del principio de la nomodinámica no está exenta de dificultades, algunas de las cuales tocan de cerca el argumento de este artículo. Es evidente, en efecto, que las normas que autorizan la producción de nuevas normas (normas de competencia) son normas que confieren, de una forma u otra «poder». En ese proceso de delegación y autorización, sin embargo, es fundamental determinar en qué medida la atribución formal de competencia (*poder jurídico*) queda vinculada por el contenido material o sustantivo de la norma que confiere poder. Se podría decir, por ello, que la noción de «poder jurídico» se encuentra a caballo entre la concepción estática y dinámica del sistema jurídico. Por eso será necesario antes de concluir este trabajo, abrir un paréntesis sobre esta distinción kelseniana, teniendo en cuenta que, en el límite, la opción por una concepción dinámica del sistema jurídico, no implica necesariamente caer en un escepticismo normativo radical. Así, al final, volveremos sobre nuestro argumento central pero entonces, y frente al modelo que considera el poder como origen y fundamento del Derecho positivo, se podrá decir que el Derecho no es sólo el resultado de la voluntad del poder, sino que es también un elemento esencial para definir qué poder es relevante en el ámbito jurídico-político (*Poder soberano*). En ese sentido, quizá, pueda volver a decirse que el «Derecho es regulación de uso de la fuerza», o también, que el Derecho es también uno de los elementos que establecen el límite (normativo) entre *poder político* y *fuerza*.

Son sistemas estáticos aquéllos en los que, según la definición kelseniana, el contenido de una norma y su validez no dependen de un acto de voluntad: por el contrario, en dichos sistemas toda norma particular deriva necesariamente de una norma general (y ésta, a su vez de una

42. Cfr. «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 114. En ese mismo artículo escribe también: «el concepto de poder jurídico, entendido como poder de producir normas jurídicas, es un concepto esencial para la representación de un ordenamiento jurídico, y por lo tanto una teoría general del ordenamiento no sólo no puede prescindir de él, sino que debe situarlo en el centro del sistema al igual que el concepto de norma» (p. 113).

norma última inmediatamente evidente), mediante un proceso de inferencia lógica. Para que esto sea posible habrá que presuponer que el contenido de toda norma particular está implícito en alguna norma superior del sistema ⁴³.

En los sistemas normativos dinámicos, en cambio, la existencia de una norma válida es exclusivamente el resultado de determinados procedimientos de producción normativa ⁴⁴. Las normas de un sistema dinámico, se dice, podrán ser consideradas como pertenecientes al sistema sólo si el acto mediante el cual han sido producidas responde a determinadas condiciones formales. Eso supone admitir que, en una aproximación dinámica al sistema jurídico, no todo acto de voluntad «subjetiva» es capaz de producir normas jurídicas y, en definitiva, que no todo acto de poder es poder jurídico: no todo acto de voluntad podrá ser interpretado, desde un punto de vista «objetivo», es decir, «normativo», como poder jurídico ⁴⁵.

Aceptar una definición exclusivamente dinámica del ordenamiento jurídico puede plantear numerosas dificultades. En primer lugar, una concepción estrictamente dinámica encuentra dificultades para satisfacer la condición de coherencia del sistema jurídico porque no ofrece criterios materiales para resolver los casos de antinomia entre normas correctamente producidas. Con rigor, podría llegar a afirmarse, como hace Weinberger, que ningún «sistema de delegaciones

43. En ese sentido dice Bobbio: «un sistema normativo morale o di diritto naturale è [un sistema] dedotto» (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 92). También en «Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen» (1973), en *Dalla struttura alla funzione*, citado, p. 206.

Como es sabido, parece que la inferencia entre normas presupone la existencia de alguna forma de razón práctica; en cambio, un relativismo moral coherente guía a Kelsen en su polémica anti-iusnaturalista, en la cual los sistemas estáticos acaban siendo concebidos incluso como sistemas de normas ficticias (ver OPALEK, K., «Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 27). Una opinión parcialmente contraria, referida precisamente a la concepción de la norma de Bobbio, se encuentra en BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, citado, p. 132 y ss.

44. «La especificidad de este orden [jurídico] es la de regular por sí mismo su propia creación. (...) De esta forma se encuentra asegurada, por medio de la auto-determinación del derecho (...) la unidad lógica del orden jurídico» (cfr. GOYARD-FABRE, S., «L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n. 9, 1986, p. 33). Sobre la relación entre *dominio e imputación* en Kelsen, véase GOYARD-FABRE, S., «L'Etat du droit et la démocratie selon Kelsen», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n. 17, 1990, p. 150 y ss.

En ese sentido, define HERMANN HELLER al Estado como «unidad de imputación»; sobre los titulares del poder escribe: «El gobernante tiene poder *en el* Estado, pero nunca posee el poder *del* Estado» [Cfr. *Teoría del Estado*, ed. F.C.E., México, 1987, p. 258].

45. Aquí se emplean los términos subjetivo y objetivo en el sentido kelseniano de «jurídicamente cualificado».

es de por sí suficiente para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del cual es fundamento» 46.

El segundo ámbito de problemas que una teoría dinámica del ordenamiento plantea podría ser definido de esta forma: un sistema de normas que responda exclusivamente al principio dinámico nunca puede cumplir la función de regular la conducta de quienes están sometidos a él. Por ello y desde la perspectiva del poder, el acto mediante el cual es producida la norma queda vacío de elementos jurídicos a la vez que la decisión jurídica queda reducida a mera voluntad en sentido «subjetivo» 47.

Así pues, si se desea evitar cualquiera de estos dos males extremos (el cognoscitivismo implícito en el sistema estático y el decisionismo implícito una concepción dinámica extrema), habrá que admitir que los sistemas jurídicos sólo pueden ser sistemas mixtos 48. Pero, ¿cómo hacer compatibles entre sí estos dos criterios de derivación entre normas válidas, estos dos tipos de sistema?

Una posibilidad sería considerar que ambos principios «dan lugar no a dos tipos diferentes de ordenamiento, sino a dos tipos diferentes de normas (o de fragmentos de normas): las de derecho formal y las de derecho sustancial. Las primeras regulan la organización y el procedimiento. Las segundas [determinan] en medida mayor o menor el contenido de las decisiones de las autoridades subordinadas» 49.

Otra posibilidad sería la sugerida por Weinberger: «es incorrecto — escribe este autor— hablar de sistemas normativos estáticos y dinámicos como si todas las relaciones fueran estáticas y el elemento dinámico fuera exclusivamente la delegación. Los sistemas dinámicos siempre tienen un contenido, establecen reglas de comportamiento,

46. Cfr. WEINBERGER, O., «Nuove considerazioni sulla teoria della nomodinamica», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 57. Una interpretación prevalentemente estática de la teoría kelseniana se encuentra en RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico* (trad. castellana de R. Tamayo, ed. UNAM, México, 1986), especialmente en el párrafo denominado «La primacía del principio estático», p. 141 y ss.

47. Escribe OPALEK: «Un sistema costituito solo da norme che conferiscono poteri può sì essere considerato teoreticamente possibile, ma non può svolgere la funzione di dirigere la condotta dei destinatari delle norme (condotta che non consista nel produrre norme). Per svolgere tale funzione sono necessarie norme "sostanziali"». Más abajo concluye: «In ogni modo l'elemento statico fa parte di ogni sistema normativo. E' lo stesso termine "sistema" ad indicarlo, poiché il concetto di "sistema" presuppone le relazioni sopra menzionate tra le norme, o —secondo alcuni autori— tra gli asserti normativi». (Cfr. «Riesame della distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici», anteriormente citado, p. 33 y 35).

48. En una primera etapa de la obra de Kelsen (hasta la segunda edición de la teoría pura), el principio dinámico no es radicalmente incompatible con el estático (Cfr. OPALEK, p. 32 del artículo citado en la nota anterior).

49. Cfr. LUZZATI, C., «Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen», en *Sistemi normativi statici e dinamici*, citado, p. 180. Sobre este tema véase CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, en especial, la tercera parte.

pero la validez de estas reglas está justificada por la autorización y no por criterios de contenido» 50.

Esta última opción, a pesar de que quizás sea más exigente desde una perspectiva metodológica (por ejemplo porque suscita la cuestión del «significado» de la validez, es decir, de la justificación de las normas jurídicas como algo diferenciado de la argumentación sobre su contenido material), me parece que está más cercana a la posición de Bobbio en sus últimos escritos. Aceptar esta posición pone de manifiesto que el conjunto de normas procesales funcionan como condiciones para la atribución de sentido jurídico (validez) a los actos de un poder que en ese momento se convierte en «poder autorizado». Por ello (y limitando nuestro análisis a la relación Derecho/poder) habrá que aceptar que la distinción entre poder jurídico y poder de hecho es ante todo una cuestión de *imputación*, que será posible resolver sólo cuando el ordenamiento mismo ofrece criterios normativos para la interpretación y definición del poder en sentido jurídico. Por tanto las normas que atribuyen poderes no serán *causa* de las normas producidas ni del poder necesario para producirlas (poder de hecho), pero serán enunciados en virtud de los cuales es posible *imputar* un acto de poder (y su producto normativo) a un orden jurídico. Sólo entonces, una vez efectuado ese *proceso* de atribución de significado 51, será posible diferenciar poder jurídico y poder de hecho.

La importancia de este cambio de perspectiva no es, si atendemos al propio Bobbio, pequeña: «aproximarse a una teoría normativa del derecho desde el punto de vista (...) del poder de producir normas, no sólo ofrece una visión más acabada del sistema kelseniano, sino que conduce a una más correcta comprensión de la función de la propia norma fundamental, el punto de mayor polémica entre los intérpretes de la teoría pura» 52.

Pero además, desde esta misma perspectiva, la norma fundamental no sólo no sería supérflua, como se decía antes, sino que cumpliría perfectamente la función racionalizadora del sistema para la que había sido formulada. Sólo gracias a la presuposición de una norma fundamental, el sistema jurídico puede ser concebido como un proceso de atribución de sentido al hecho del poder, y como un proceso de imputación de nor-

50. Cfr. WEINBERGER, O., «Nuove considerazioni sulla nomodinamica», citado, p. 59-60.

51. La teoría kelseniana —según Bobbio— tendría la virtud de haber permitido «considerar el ordenamiento jurídico como proceso»: «Il criterio in base al quale è possibile distinguere ciò che è diritto da ciò che non è diritto è puramente e semplicemente il modo della sua produzione: non fa alcun riferimento al contenuto delle norme, ma tiene conto esclusivamente delle procedure attraverso cui le norme nascono e muoiono». Por eso, «l'aver preso coscienza del fenomeno della normazione della normazione, come fenomeno caratteristico degli ordinamenti giuridici, ha aperto la strada a una riflessione più approfondita sulla struttura del diritto» (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 93 y 100).

52. Cfr. «Prefazione» (1992) a *Diritto e potere*, citado, p. 11.

mas al sistema. Podría llegar a decirse que la cuestión de la validez de las normas jurídicas y de la definición del acto de voluntad en el que son producidas ha llegado a convertirse en un problema de interpretación, de atribución de sentido, de forma análoga a cuanto que sucede en cualquier otra clase de acción social ⁵³.

De esta forma, creo que ahora será posible ya valorar los textos en los que Bobbio afirma que el sistema jurídico es un sistema que se auto-produce. Así, por ejemplo, el siguiente: «la norma fundamental (...) desde el punto de vista de un positivismo riguroso, es el único fundamento posible del Derecho: el único fundamento posible de un ordenamiento que, regulando su propia producción, se *autoproduce*» ⁵⁴.

Apoyándose en la existencia de este proceso de atribución de sentido Bobbio podrá afirmar que la expresión de Kelsen «el derecho no tiene más fundamento que el derecho mismo» es sólo «aparentemente tautológica» ⁵⁵. Y ello porque las normas son producidas mediante «acciones» humanas, según la terminología weberiana: son en efecto comportamientos dotados de sentido, «que no pueden ser solamente entendidos como un hecho natural, sino que deben ser comprendidos (en el sentido del *verstehen* weberiano)» ⁵⁶. Detrás de los actos de producción normativa existiría pues «una multitud de comportamientos orientados hacia la obediencia o la aceptación de las normas emanadas por aquellas autoridades a las que la constitución atribuye el poder para producir normas vinculantes, que deben ser interpretadas, entendidas (*verstehen*), según el sentido que ellas otorgan a estos comportamientos, los cuales a su vez pueden tener también las más diversas motivaciones».

Finalmente, y una vez que se ha llegado a un concepto «comprensivo» de poder para producir normas, quizás sea posible volver a la distinción entre poder jurídico y poder de hecho, entre «poder» y «fuerza». En primer lugar, como ya se ha dicho antes, hay que afirmar con Bobbio que el poder para producir normas jurídicas no depende sólo de la autorización sino también de la existencia de un poder eficaz (*Macht*) para promulgarlas y para hacerlas cumplir ⁵⁷.

Pero en un segundo momento, siempre siguiendo a Bobbio, se debe mantener que la efectividad del Derecho como organización de la fuerza, es decir del Derecho como poder efectivo regulado por normas, que se

53. Cfr. «Il potere e il diritto» (1982), citado, p. 78.

54. Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 100.

55. Cfr. *ibidem*, p. 99.

56. Esta cita y la siguiente se encuentran en la misma obra citada en las notas anteriores, p. 74.

57. «... Si è in condizione di produrre diritto nella misura in cui si ha il potere, o la forza, di farlo. Il che significa che la produzione di norme giuridiche è l'effetto dell'esercizio di un potere (...) che non a caso Kelsen designa con il termine *Macht*». (Cfr. «Le fonti del diritto in Kelsen» (1981), citado, p. 102).

manifiesta como poder coercitivo, y la definición del poder que respalda al Derecho, son problemas diferentes o, mejor dicho, son problemas metodológicamente diferenciados: diferenciados hasta el punto de que el primero es un problema empírico, mientras que el segundo es un problema de imputación que por tanto sólo puede ser resuelto haciendo referencia a la existencia de «normas»⁵⁸. Sólo la solución de Kelsen al problema del poder jurídico permitirá a Bobbio en sus últimos escritos de los años '80 «observar el ordenamiento jurídico no sólo desde el punto de vista del *Sollen*, sino también desde el punto de vista del *Sein*». Por eso puede Bobbio afirmar que «en cierto sentido (...) Weber y Kelsen llegan a una misma conclusión, a la conclusión de que el poder legítimo se distingue del poder de hecho en cuanto es un poder regulado por normas»⁵⁹.

En definitiva, sólo el expediente hermenéutico de la norma fundamental permite a Bobbio (siguiendo a Kelsen), «transformar el poder en Derecho»⁶⁰, mientras, entre líneas, parece surgir la idea de que la necesidad de transformar el poder en Derecho, esto es, la necesidad de racionalizar y limitar el Poder, no es más que un presupuesto ideológico aunque, a un mismo tiempo, necesario del Estado moderno.

58. Escribe Bobbio: «Per quel che riguarda lo scopo che mi sono prefisso con questa nuova immersione nella teoria kelseniana del diritto, premetto che intendo occuparmi particolarmente del “potere giuridico” (...) per connotare una “situazione giuridica soggettiva” (...); e non del problema della “forza” quale carattere dell’ordinamento giuridico, che compare nella ben nota definizione del diritto come “organizzazione della forza” (dove il termine usato è ancora *Macht*). Se vi sia una relazione, e quale sia, fra il diritto come organizzazione della forza è l’attribuzione di un potere giuridico ad alcuni soggetti per svolgere certe funzioni è un problema che non mi pongo. Si tratta ad ogni modo di due problemi diversi» (Cfr., «Kelsen e il problema del potere» (1981), en *Diritto e potere*, citado, p. 104).

59. Cfr. «Il potere e il diritto» (1982), citado, p. 71. También en «Dal potere al diritto e viceversa», p. 143 de la edición anteriormente citada.

60. Cfr. «Kelsen e il potere giuridico» (1982), en *Diritto e potere*, citado, p. 127.

Un comunitarismo para R. Dworkin

Por M.^a LEONOR SUAREZ LLANOS

Oviedo

Continuar debatiendo sobre el par Moral-Derecho es una necesidad para la Filosofía del Derecho que corre, quizá no tanto por la que corrió («agua pasada no mueve...») —aunque sin duda también—, cuanto por la que pudiera llegar a correr. Sin conclusiones, sólo con pretensiones, a partir de la teoría de R. Dworkin, planteo dos cuestiones interdependientes, a saber; de una parte, cuáles son y/o en qué consisten los «derechos morales» de/para Dworkin; de otra parte, en qué medida su contenido y su propia existencia dependen del contenido normativo que *impone* la estructura política de cada comunidad en particular. Lo que en realidad se pretende es, saber hasta qué punto es cierta la proposición de la que en este momento se parte: que *la teoría de Dworkin no es sino un instrumento de justificación, y no de fundamentación, de una teoría política y de los derechos concreta, la de su propia comunidad, que se legitima (fundamenta) en la Constitución de ésta en tanto que cumpliría ciertos requisitos de justicia que, en realidad y coherentemente, son los propios e inmanentes a esta misma teoría y a ese sistema*. Con ello se estaría afirmando que la teoría de Dworkin representa una forma de *comunitarismo estructural*¹ que

1. Utilizo la terminología de «*comunitarismo orgánico*», para definir/aludir a la corriente de autores comunitaristas que, además de caracterizar el modelo de comunidad y de establecer su íntima vinculación con la tradición de la que participarían, realizan una evaluación de la bondad de esas tradiciones —pudiendo considerar, así, como paradigmáticas la comunidad de la eticidad griega, la comunidad medieval o el republicanismo civil americano del s. XVIII—. Desde esta perspectiva, diferenciaré este comunitarismo orgánico de un «*comunitarismo estructural*», que aceptaría

justifica y pretende actuar por la mejora de los resortes de la organización político-jurídica de la comunidad norteamericana, pero **en ningún caso vendría a ofrecer una fundamentación de carácter universal de los «derechos morales», ni tampoco una explicitación universalista de su contenido.** Justificar sobre estas premisas su propio sistema supondría, de una parte, la desatención hacia, y la inmunidad del, resto de organizaciones políticas comunitarias y, de otra parte, en tanto que se partiría de la legitimidad del sistema americano a partir de un criterio autorreferencial que apuntaría a determinados contenidos de justicia —como criterio de validez y filtro de aplicación dados por él mismo—, la legitimación del resto de las comunidades políticas que cuentan con «un Derecho».

A estos fines se presentan los cuatro siguientes apartados:

I. CONCRECIÓN Y ARTICULACIÓN DE LOS «DERECHOS MORALES»

Los «derechos morales» son el elemento esencial de una teoría que pretende incorporar la *moralidad* en el *derecho* y que se articula, fundamentalmente, a partir de una particular «teoría de la integración».

Su noción está vinculada con la exposición de los argumentos relevantes para solucionar los «casos difíciles» que salen a la luz a partir de la demanda ante el juez para que adopte una determinada *opción* sobre algún derecho —del que el particular se considera titular— en su decisión jurídica.

R. Dworkin diferenciará, a este respecto, los «argumentos políticos», que «argumentan que una particular decisión servirá para promover alguna concepción del bienestar general o del interés público» (Dworkin/1985, p. 11) y que «justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo» (Dworkin/1984, p. 184), de los «argumentos de principio», que «apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales» (Dworkin/1985, p. 11) y «justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo» (Dworkin/1984, p. 184). Pues bien, la tesis central de Dworkin es que «las decisiones judiciales, en los casos civiles, aún en casos difíciles..., son y deben ser, de manera característica, generados por principio, no por directrices políticas» (Dworkin/1984, p. 150).

las tradiciones por «su mero darse» espacio-temporalmente y que, por ello, podrán hablar de la *tradicón liberal*, a la que habrá de atenderse, por ser la propia de cada comunidad (avanzada, que participe de ella) pudiéndose tan sólo incidir sobre tal tradición, con el correctivo comunitario, para perfeccionarla y mejorarla de la forma más eficaz en el menor tiempo posible (en la línea de M. Walzer).

Será la aplicación de argumentos de principio por el juez la que posibilite que éste pueda hallar una única respuesta correcta, aún faltando o siendo vaga la norma adecuada, por ser: acorde con el derecho de la comunidad, reflejado a partir de la trayectoria histórico-institucional y del precedente y, a la par, respetuosa con el modelo justificatorio de la ley ideal para Dworkin, esto es, el «modelo de los derechos», «que asume que los ciudadanos tienen derechos morales y obligaciones uno respecto a otro, y derechos políticos contra el Estado como un conjunto» (Dworkin/1985, pp. 11-12). Se rechaza, así, la utilización judicial de argumentos políticos que convertirían al Juez en algo que no es, en un delegado del legislador, que *legisla ilegítimamente* con carácter retroactivo. Porque lo que el juez ha de hacer es descubrir los «derechos morales» de las partes. Esto será posible en tanto que Dworkin parte de la premisa fundamental de que los ciudadanos tienen unos derechos políticos contra el Estado considerado como un todo: «los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente² que se les imponga alguna pérdida o perjuicio» (Dworkin/1984, p. 37). Pues bien, entiendo que esta afirmación es útil, no tanto como caracterización de la obligación del individuo frente al Estado (al Gobierno) o a la ley, cuanto como la «admisión de que los individuos tienen algunos derechos distintos de sus derechos legales y anteriores a éstos» (Dworkin/1984, p. 38); es decir, Dworkin proclama «la existencia de derechos individuales que pueden ser anteriores a los creados por la legislación política» (Porras/1989, p. 123). La existencia de los «derechos morales» previos a la legislación, desvirtuaría una *teoría utilitarista* en virtud de la cual se dijera que «la comunidad estaría marginalmente mejor en el caso de una estricta imposición de la ley» (Dworkin/1984, p. 291), con lo cual Dworkin estaría tomando partido por la *tolerancia*. Ahora bien, al final del camino que ha sido propuesto, podría cuestionarse si lo que se pretende es proclamar la tolerancia o si, solamente, se llega a la institucionalización de la *injusticia* dulcificada en determinados sistemas por la aceptación teórica de la «desobediencia civil».

Dirá Dworkin que aquél que pretenda declarar que se toma los derechos en serio, es decir, que tiene en cuenta los «derechos morales» y que elogia a su Gobierno por respetarlos, debe aceptar las ideas de la dignidad humana y de la igualdad política. Así, el «*derecho moral*» *fundamental* para Dworkin es el de la **igualdad** —es decir, que todas las personas tienen un derecho a igual consideración y respeto—, sobre él se articularán los **derechos a las concretas libertades**.

2. Pero, ¿cuándo se justifica suficientemente?, esto es, ¿dónde empieza el utilitarismo de Dworkin? Sobre este punto se volverá posteriormente.

La **igualdad**, como «derecho moral» es un derecho abstracto (Dworkin/1984, p. 389), integrado de forma compleja al abarcar dos derechos (de igualdad) distintos: el **derecho a igual tratamiento**, como el derecho a «la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada» (Dworkin/1984, p. 389) y el **derecho a ser tratado como igual**, que es el derecho a la misma consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades» (Dworkin/1984, p. 389).

En relación con la **libertad**, y con reminiscencias de la distinción de Berlin entre libertad positiva y libertad negativa, Dworkin diferenciará entre: **la libertad como licencia**, que es un «concepto indiscriminado porque no distingue entre las formas de comportamiento», y que revela «el grado en que una persona está libre de restricción social o jurídica para hacer lo que pueda desear», y **la libertad como independencia**, esto es, el *status* de una persona como independiente e igual, más bien que como subordinada» (Dworkin/1984, pp. 376-377), optando por la segunda y estableciendo, de forma original, la vinculación entre ésta y el «derecho a ser tratado como igual» a la que éste sirve de fundamento, con lo cual se supera la confrontación habitual entre la igualdad de los unos y la libertad de los otros consecutiva al entendimiento de la libertad en el «sentido neutral y omnímodo de la libertad como licencia» que él explícitamente rechaza (Dworkin/1984, pp. 382-381).

De lo que en este punto se tratará es de saber «¿cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un Estado tal y por qué?» (Dworkin/1984, p. 389) pues, la respuesta marcará los *límites infranqueables de la igualdad de bienes, oportunidades y libertades*. Pues bien, para Dworkin, las restricciones hacia ciertas libertades tan sólo podrán justificarse a partir de «argumentos de principio» y de «argumentos políticos utilitaristas», siempre que sobre estos últimos se haya aplicado el correctivo que impide utilizar el criterio de las preferencias externas como guía de la restricción. Los «argumentos políticos idealistas», tendentes a hacer progresar a la comunidad hacia un modelo ideal, no se podrán utilizar mientras supongan la restricción de una libertad cuya idea es aún controvertida en esa comunidad³ (Dworkin/1984, pp. 390-393).

3. El problema será que, a *sensu* contrario, cuando la idea no sea controvertida, sí podrán restringirse las libertades personales. Y, como no será controvertida cuando se de acuerdo sobre ella, en el mejor de los casos aceptados por Dworkin, el del consenso democrático, la mayoría (ideológica) estaría *legitimada* para restringir la libertad personal de los individuos, ideológicamente minoritarios, en pro de la consecución de una «comunidad ideal». Con esto se agrava el problema de la no concreción de lo que haya de entenderse por preferencias externas, ya que parece que el acuerdo democrático puede otorgarles plena validez para fundamentar las restricciones a la libertad.

II. FUNDAMENTACION DE LOS «DERECHOS MORALES»

Cómo y por qué se afirma que los «derechos morales» son válidos, plenos de eficacia y vigencia en una comunidad dada teniendo en cuenta que, de una parte, la comunidad particular a la que el individuo pertenece, como se verá, ostentará, para R. Dworkin, una especial *supremacía ética* sobre éste ⁴ y, por otra parte, que es evidente, para Dworkin, que él, miembro de la comunidad norteamericana, escribe desde y sobre el modelo de comunidad que ésta representa ⁵.

Expondré dos perspectivas deseablemente integrables:

1.—*Perspectiva individual.* La fundamentación de los «derechos morales» para R. Dworkin se situaría en la propia naturaleza humana, es decir, sería una fundamentación antropológica la que le hace considerar a un ser humano universal a la hora de establecer el respeto a los derechos individuales. Ahora bien, la fundamentación antropológica lo será de *un derecho formal a los «derechos morales»*, de tal forma que, el contenido sustantivo de los mismos vendrá determinado por las directrices asentadas política, legislativa y judicialmente. Por tanto, al hablar de fundamentación antropológica en Dworkin, me estoy refiriendo al individuo en cuanto tal, y no en su interacción con la comunidad a la que pertenece que, como se verá, es una relación fundamental en la teoría de Dworkin.

2.—*Perspectiva institucional.* Lo que no justifica, para Dworkin, los «derechos morales» es «...ninguna legislación, convención o contrato hipotético» (Dworkin/1984, p. 267) pues, para R. Dworkin, los «derechos morales» y políticos son los que «están reconocidos en la ley positiva, así como aquéllos que pueden ser puestos en vigor a partir de las demandas de los ciudadanos políticos a través de los tribunales o de otras instituciones judiciales del mismo o similar estilo» (Dworkin/1985, pp. 11 y 12) ⁶. Sabemos, así, cómo conocerlos, en tanto que parte integrante de la teoría política de una concreta comunidad ⁷. Lo que no sabemos es por qué han de ser esos, precisamente, los «derechos morales».

4. «el ciudadano se identifica con la propia comunidad política...la comunidad tiene una vida común...el éxito o fracaso de la propia vida depende, en sentido ético, del éxito o fracaso de aquella vida comunal» (DWORKIN/1992-a, p. 221).

5. «Estamos en presencia de un autor que pertenece a una determinada tradición jurídica como es la anglosajona que,...., mantiene una concepción del Derecho diferente de la europeo-continental» (DE ASÍS ROIG, R./1993, p. 168).

6. Los «derechos morales» se asentarán sobre principios cuyo origen reside «...en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo» (DWORKIN/1984, p. 95).

7. Se preguntará Prieto Sanchís «¿en qué condiciones un operador jurídico puede considerar que un determinado principio forma parte del Derecho y, en consecuencia, debe ser aplicado?...» (PRIETO SANCHÍS/1992, p. 77).

Para Dworkin el contrato hipotético de Rawls es mera hipótesis y no contrato (Dworkin/1984, p. 235). Del mismo modo, «la regla de reconocimiento» de H.L.A. Hart se inutilizaría a la luz de sus críticas, fundamentalmente, porque «existen determinados principios cuyo origen no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la comunidad, se desarrolla con el tiempo» (Dworkin/1984, pp. 94-95) ⁸. La *solución dworkiniana* es ponderar el conjunto de *standards* (que, en sí mismos, son más bien principios que normas) de: la responsabilidad institucional, la interpretación de la ley, la fuerza persuasiva de determinado tipo de precedentes, la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros *standards* semejantes; pero todo ello no puede unificarse, para Dworkin, en una única «regla maestra» y, si se pudiera, no se parecería a la de Hart. Y, esto es así, en tanto que Dworkin asienta el reconocimiento institucional de los derechos en un argumento enunciativo de «*postulados de moral política*» que, tomados en su conjunto, enuncian, para Dworkin, «*la concepción liberal de la igualdad*» (Dworkin/1984, p. 389): «el Gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración,..., y con respeto, o sea, como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas...» (Dworkin/1984, pp. 388-389).

Pero, **qué y cuáles son esos principios** que fundamentan los «derechos morales» del individuo desde una perspectiva normativa y de los derechos, y **cuál es el grado de universalidad de tales principios —y derechos—** (IV), para buscar las respuestas se relacionará la teoría de los principios de Dworkin (I-II) con su teoría de la integridad comunitaria y del republicanismo cívico liberal (III).

Con este propósito se abordarán dos ámbitos:

A.—El de la vinculación de los principios con la Constitución; intentado averiguar el grado de necesidad y dependencia que presentan con ésta: *¿han de estar los principios de R. Dworkin necesariamente contenidos en la Constitución?*

Pues bien, en tanto que aquí se mantiene la respuesta afirmativa estamos diciendo sólo, y tanto como que, los principios del Derecho son los señalados por la Constitución, sean éstos cuales sean, con lo cual ya se habrá determinado su fundamento. A partir de esto lo que se cuestiona es cuáles son y qué papel juegan los principios de Dworkin;

8. Hart responde ante el error de Dworkin acerca de *lo que la «regla de reconocimiento» efectivamente es*: «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas o criterios últimos o test últimos de validez jurídica» (HART/1980, p. 5).

quién/quienes los interpretarán y en qué forma; cuál es su eficacia y cuál es su valor, rango o relación respecto de las normas positivas —en sentido formal—. Paralelamente a este estudio se intentará mostrar, primero, cómo R. Dworkin yerra al atacar el positivismo⁹ al acusarle del desconocimiento de todo género de principios como parte integrante del Derecho y, segundo, cómo el planteamiento dworkiniano de los principios está abocado al relativismo propio de la delimitación de la validez, explicación y justificación de éstos a partir de la configuración del ordenamiento político-jurídico propio de una comunidad en concreto.

Pues bien, **los principios son** «un orden de normas extrajurídicas» (Dworkin/1980, p. 85). Así, diferenciará entre «principios en sentido genérico y normas jurídicas» (Dworkin/1980, p. 86); los principios genéricos —a los que denomina «principios legales»— (Dworkin/1980, p. 89), son los que fundamentan los derechos de los individuos y son **los principios constitucionales**: «el pueblo, en tanto conjunto de individuos, posee ciertos derechos fundamentales *descritos*¹⁰ en la Declaración de Derechos de la Constitución» (Dworkin/1994, p. 158). Su contenido *dependerá* tanto de los contenidos materiales que resulten de la propia asignación constitucional estadounidense, cuanto del criterio interpretativo que se les impute cara a su aplicación judicial.

La asignación constitucional es la puesta de manifiesto en las Cláusulas y Enmiendas Constitucionales que se contienen en las diez primeras enmiendas y en las incorporadas después de la guerra civil en la Carta Magna (Dworkin/1994, p. 158).

El encargado de interpretar los principios es el juez que, «irresponsablemente» abocado a «una» solución moral y justa entabla relación directa con el *background* histórico-institucional dentro del marco constitucional por *pronunciarse* sobre los derechos a los que los particulares aspiran.

El criterio interpretativo a seguir, será el de la «integridad constitucional» vinculado a la teoría interpretativa norteamericana «reaccionaria», que toma las cláusulas de la Declaración como «órdenes abstractas dirigidas al Gobierno norteamericano que le exigen respetar los principios fundamentales de libertad y de decencia política y tratar a todos los ciudadanos con la misma consideración e igual respeto» (Dworkin/1994, p. 158). Se estará pues, creando una «**Constitución de principios**» que contiene unos criterios morales, generales y comprensivos que el Gobierno ha de respetar, esto es, unos *postulados de moral política*. Se niega así, la virtualidad de su teoría interpretativa

9. En el mismo sentido Nino, C.S., «la reciente ofensiva antipositivista lanzada por R. Dworkin yerra el blanco» (NINO/1985, p. 145); igualmente Atienza y Ruiz Manero «...en una buena medida el ataque de R. Dworkin yerra en el blanco,...» (ATIENZA-R. MANERO/1991, p. 101).

10. La cursiva es mía.

«originalista» que trataría a «...la Declaración... como un conjunto de reglas muy detalladas, cada una de las cuales registrase la comprensión específica que prevaleció en determinados momentos históricos en el pasado» (Dworkin/1994, p. 161).

La perspectiva adoptada será más problemática en cuanto que busca determinar *qué es lo que han de significar en la actualidad «las finas abstracciones de las cláusulas-constitucionales»*¹¹ (Dworkin/1994, p. 159); cómo acceder, unánimemente, al contenido de los principios constitucionales. El problema que se le presenta a R. Dworkin es uno bien conocido, especialmente en los tiempos de liberalismo —afortunadamente—, el *relativismo*, la imposibilidad de demostrar que la verdad a la que accedamos sea *más racional* que cualquier otra verdad. Y, el problema se agrava al centrarse en un sistema de *common law*, al que Dworkin viene a fortalecer, en el que se siente la mayor fuerza decisoria y de dirección social de un personal no representativo —la judicatura— a partir de la interpretación de unos principios que fundamentarán la posible proclamación de derechos¹². Efectivamente, en un sistema de *common law* se ha diferido en mayor grado la concreción del contenido de unas normas que en un sistema de no *common law*¹³; «...el resto debemos aceptar el pronunciamiento de la mayoría de los jueces —...— a menos que seamos numerosos y estemos suficientemente dispuestos a enmendar la Constitución, o lo que es más probable, hasta que la edad, la muerte o los cambios produzcan una Corte Suprema con convicciones diferentes» (Dworkin/1994, p. 159).

Cuál es el papel que juegan y la eficacia de esas normas «extra-jurídicas» y «peculiares», «diferentes de las normas jurídicas». En este punto diferenciaremos cuatro ámbitos.

El principio en presencia de la norma. Pues bien, «los principios, ...no establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas» (Dworkin/1980, p. 90).

A la luz de la resolución judicial norteamericana de algunos casos difíciles —que serán en los que, para nuestro autor, los derechos «parecen funcionar de modo más enérgico, revestir más importancia» (Dworkin/1980, p. 97)—, señalará que, en estos casos difíciles, los principios actúan «en la *justificación de la adopción y aplicación de*

11. La cursiva es mía.

12. «Las normas, para Dworkin, son a lo sumo meros *indicios* o *síntomas* del Derecho, de un más vasto sistema de derecho...El significado de una singular porción de Derecho, producida a través de actos humanos,..., puede ser indefinidamente recreada a la luz del sistema de principios dworkiniano..» (PINTORE, A./1990, p. 161).

13. Y esto es así, porque la norma final, expresada en el fallo, viene a sustituir a una amplia normatividad que, en los sistemas de no *common law* es abarcada por la legislación.

una norma nueva»; bien como una «*regla previa*» (Dworkin/1980, p. 97) con arreglo a la cual ha de entenderse una disposición legal, bien actuando diversos principios y directrices de forma entrelazada «en apoyo de una norma de nueva creación» (Dworkin/1980, p. 97). Para Dworkin, los principios actuarán ante la ausencia u oscuridad de leyes, de otras normas jurídicas aceptadas y del contrato —así ordenados jerárquicamente— (Dworkin/1980, pp. 87-88), manifestándose, pues, su relación de inferioridad jerárquica respecto de las «normas legales».

No parece, así, haber confrontación, cuando menos formal, entre principios y normas ¹⁴; son cosas distintas que se ordenarán conforme a un criterio jerárquico de validez.

El *principio en relación con otros principios*. En este caso «cabe la posibilidad de que nuestro principio no prospere; pero, eso no quiere decir que éste no sea un principio propio de nuestro sistema jurídico porque, en el caso siguiente,..., el principio puede ser decisivo» (Dworkin/1980, p. 92); lo que se quiere decir cuando se dice que un principio determinado es un principio de nuestro derecho, es que los funcionarios judiciales han de tenerlo en cuenta, **si es pertinente** ¹⁵, como argumento que le puede inclinar en un sentido o en otro» (Dworkin/1980, p. 92).

El *principio en sí mismo considerado*. Para Dworkin «los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: la de su *peso específico o importancia* pues, aunque no sean aplicables en ese caso «la pregunta sobre su peso específico o importancia no carece de sentido» (Dworkin/1980, pp. 93-94) ¹⁶. Pero, fuera del principialismo fuerte de Dworkin, también hay autores positivistas que siguen, abundan y perfilan el modelo hartiano, como Genaro Carrió o Manuel Atienza y R. Manero, subrayando, estos últimos, la función principal que juegan en la explicación del Derecho gracias a su capacidad de síntesis y de sistematización (Atienza-R. Manero/1991, p. 114), que sería la función principal a realizar por la ciencia jurídica, así como en la función de justificación (Atienza-R. Manero/1991, p. 116).

14. En tanto que la operatividad del principio depende de la evaluación de éste respecto de otro principio, entrando ya en el campo propio de los contenidos sustantivos y de la interpretación.

15. En la consideración del análisis judicial de esta «pertinencia» se apoyará, posteriormente, la afirmación de la discrecionalidad de la actuación del juez Hércules.

16. En el caso de las normas, si dos o más fuesen aplicables al caso, no se ponderará su importancia, «una de éstas no es válida. La decisión...ha de tomarse atendiendo a consideraciones ajenas a ellas» (DWORKIN/1980, p. 94).

«...puede considerarse cierto que la aplicación de un principio no conlleva necesariamente la pérdida de validez del otro,... Pero que no ocurra así necesariamente no significa que no pueda ocurrir nunca, pues parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios... Por otra parte...sostener otra cosa equivaldría a excluir un control lógico del sistema, dejando en total indeterminación los modos de que se vale la argumentación jurídica para conjugar principios en conflicto y para elaborar los metacriterios de construcción del sistema... (PRIETO/1992, p. 41).

Quizá los principios, —también *los de Dworkin*— no se diferencien de las normas desde una perspectiva estructural, sino funcional¹⁷, es decir, será el operador jurídico quien, en el proceso hermenéutico, *manufacture* distintamente reglas y principios. Con esto se está afirmando que el juicio moral viene de la mano del juez y no del legislador, por cuanto éste lo único que puede *positivizar* es la *regulación* de los principios¹⁸, pero no se podrá ir más allá porque sería tanto como decir que el legislador acepta, y objetiva, unos parámetros de moralidad que llevarán a un moralismo legal con virtualidad adoctrinadora sobre los miembros de la sociedad¹⁹. Pero tampoco se está apuntando a un sistema, al modo de Dworkin, cuya bondad es exclusivamente judicial. Lo dicho en nada afectaría a la afirmación de la existencia de unos límites de justicia para el moderno positivismo²⁰ que se cifrarían en el respeto de los derechos humanos, pues ambas cuestiones pertenecerán a ámbitos separados por más que Dworkin establezca una vinculación necesaria entre ellos²¹.

El principio en ausencia de norma.— Este es un ámbito propicio para el análisis de los tres postulados presentados por Dworkin —en un sentido específico— como fundamentales; a saber, la **obligación legal**, la **discrecionalidad judicial** y la **norma de reconocimiento**.

Pues bien, dentro del campo de la **obligación legal** entenderá Dworkin que, aunque los principios no son ley, han de ser medidos con «el mismo rasero que las normas jurídicas» (Dworkin/1980, p. 98) considerándolos «...como normas vinculantes para los Jueces» (Dworkin/1980, p. 100), de tal forma que el Derecho abarcará tanto principios como normas pues, si se negara que los principios obliguen como normas —lo que él atribuye al positivismo—, el Juez habría de buscar «más allá del derecho positivo... principios extrajurídicos que es libre de observar si le parece oportuno» (Dworkin/1980, p. 98) a partir de su

17. «El planteamiento de Alexy, y de modo explícito el de Gianformaggio, responden a esta concepción funcional; para ellos bajo el nombre de principios, no se esconde una clase de normas, sino un tipo de argumentación» (PRIETO/1992, p. 133).

En contra, Nino, para quien sí se puede hablar de «una diferencia lógica radical entre los principios que él tiene en cuenta y las reglas» (NINO/1985, p. 154). Para Nino el error de Dworkin será la formulación que realiza de los principios que es la que le lleva a *aparentar* la defensa de una diferencia funcional.

18. Otorgándoles, pues, el valor de puestos, de ser, y no de buenos o de deber ser.

19. En una teoría fuerte de los principios, éstos «sirven para endosar a otro aquellos modelos de comportamiento que se imponen (por el legislador y, sobre todo, por el juez) pese a carecer de respaldo en una regla de reconocimiento, en suma en una práctica social verificable...» (PRIETO/1992, p. 73).

20. Con lo que se podrá decir, desde el positivismo actual, que un Derecho válido, reconocido como tal, es un Derecho injusto.

21. De hecho lo que en este trabajo se mantiene es que tal vinculatoriedad convierte en contingente el respeto a los derechos humanos.

arbitrio judicial ²², con lo que el fallo sería el resultado de «un acto de arbitrio judicial con carácter retroactivo» (Dworkin/1980, p. 100). Así, desde la construcción positivista, los derechos y obligaciones resultantes de la resolución judicial, entiende Dworkin que carecen de fundamento o, hasta el momento, no se ha aportado ninguna justificación.

A este respecto cabe decir que, como ya se ha apuntado, Dworkin se ha construido un enemigo adaptado a las necesidades de su lucha; sin embargo, el positivismo es, hoy especialmente, la tendencia que se caracteriza por la variedad de formas y características que adopta, doctrinalmente, en los distintos autores y, «positivamente», en los distintos contextos. Así, la crítica de Dworkin actuará su mejor papel como técnica depuradora, frente a concepciones cuya regla de reconocimiento impide el funcionamiento de los principios dentro del ordenamiento jurídico ²³.

Sin embargo, al enfrentarse con los positivismos contemporáneos más depurados que reconocen de forma explícita, implícita e incluso extrasistemáticamente ²⁴ la presencia, eficacia y operatividad de los principios dentro del sistema jurídico, se le plantea a Dworkin un problema de difícil solución, a saber: tal modelo de positivismo hará uso de la *discrecionalidad* como método de argumentación jurídica para el *descubrimiento*, interpretación, articulación y aplicación de tales principios para la *creación* de Derecho ²⁵, porque «no hay,..., razón alguna por la que tal **regla de reconocimiento** no pudiera identificar directamente ciertos principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica» (Hart/1980, p. 8) ²⁶. Pero, no se ve de qué forma puede Dworkin eludir esa tarea creativa del juez ²⁷, porque si no ha de descubrir, interpretar y articular los

22. Ahora bien, una cosa es lo extrajurídico y otra lo extranormativo; «Dworkin ignora el hecho de que muchos principios legales deben su *status*,...a lo que él llama su *pedigree*; esa es la forma de su creación o adopción por una fuente de autoridad reconocida» (HART/1994, p. 264).

Respecto del *arbitrio* judicial que Dworkin atribuye al positivismo decir que «el juez para decidir el caso debe ejercer su poder de creación de derecho aunque no debe hacerlo arbitrariamente» (HART/1980, p. 9).

23. Por tanto, las apreciaciones de R. Dworkin sobre la regla de reconocimiento han de ser tomadas con atención por cuanto de crítica depuradora puedan tener.

24. Sigo aquí la clasificación de P. Sanchís de los principios en «implícitos», «explícitos» y «extrasistemáticos» (PRIETO/1992, p. 135 ss).

25. Al no estar explícita y/o concretamente formulado.

26. «...en algunos sistemas legales, como el de los Estados Unidos, los criterios últimos de validez legal podrían incorporar explícitamente además del *pedigree*, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos pueden formar el contenido de las limitaciones legales constitucionales» (HART/1994, p. 247). (Vid. también HART/1980, p. 8).

27. «...aunque este procedimiento ciertamente retrase, no elimina, el momento de la creación judicial del derecho, puesto que, en cualquier *caso difícil* pueden

principios para su aplicación, su teoría se vacía de contenido y, si ha de hacerlo, como él mismo reconoce, no puede sino dejar de hablar de arbitrio y empezar a hablar de discrecionalidad para que los distintos jueces Hércules pertenecientes a distintas subculturas puedan alcanzar la respuesta correcta del caso concreto que aporte soluciones distintas frente a los mismos supuestos.

Lo único, pues, que quedaría por criticar es lo relativo y contingente de la moralidad que acompaña a la proclamación de principios consustancial al positivismo. Pues bien, lo que pudiera parecer un posible *defecto* viene en realidad a transformarse en cualidad meritoria frente a la moralidad objetiva proclamada por Dworkin, que viene a ser igual de relativa pero, esta vez, herida por la lanza totalitarista, *integrista*: esto es, que tal moralidad comunitaria es por definición Moral buena, benéfica.

Siguiendo con la respuesta a los dos interrogantes planteados inicialmente —qué y cuáles son, y qué grado de universalidad tienen los principios—:

B.—El segundo de los anunciados ámbitos a observar será el de la revitalización del principialismo de Dworkin a partir de **la defensa que Dyzenhaus promueve de la teoría dworkiniana como reacción frente a los sistemas moralmente injustos.**

Se intentará mostrar, primero, cómo Dyzenhaus incurre en el mismo error de partida de Dworkin, a saber, enfrentarse a un positivismo inexistente y, segundo, que la formulación que propone se adorna de la misma contingencia de la de Dworkin —tal como ha ido siendo apuntada—, con lo cual podría venir, en realidad, a legitimar sistemas jurídicos *injustos*. Ahora bien, el objeto de estudio de Dyzenhaus no es su propia comunidad²⁸; ello parece, al menos inicialmente, dotar a su teoría de unos visos universalísticos que retarían las consideraciones concernientes al relativismo dworkiniano.

En *Hard Cases in a Legal Wicked System*, Dyzenhaus ofrece una revisión crítica del positivismo a partir del análisis del Derecho *injusto* que consagra el sistema del «apartheid» en Sudáfrica. Para Dyzenhaus un estudio de las decisiones judiciales surafricanas establece la **superioridad** de la posición de Dworkin frente al positivismo legal.

A este fin presenta tres perspectivas y sus correspondientes conexiones: teoría jurisprudencial del positivismo-teoría de la deferencia-colaboracionismo con el sistema; de otra parte: teoría jurisprudencial antipositivista de Dworkin -teoría del *common law*- resistencia del juez a

presentarse diferentes principios..., y el juez tendrá a menudo que escoger..., confiando, como un legislador consciente, en un sentido de lo que sea mejor y no en cualquier orden ya establecido de prioridades prescrito por él por el derecho» (HART/1980, p. 10); lo que queda avalado a partir del criterio dworkiniano de interpretación de los principios constitucionales norteamericanos, esto es, de sus principios.

28. A diferencia de lo que, como se ha venido diciendo, ocurre con Dworkin.

colaborar con el sistema. Y, valorará positivamente sólo la teoría anti-positivista de Dworkin. Así, *la verdadera teoría jurisprudencial es la del antipositivismo de Dworkin* 29.

El núcleo de la argumentación de Dyzenhaus es que «el elemento de la adjudicación es un elemento central de la legalidad» (Dyzenhaus/1994, pp. 92-93), y que «tal adjudicación no es meramente formal», sino que «es adjudicación en términos de unos valores morales sustantivos que son además valores legales» (Dyzenhaus/1994, p. 93). La objeción central es el *fundamento comunitario de esos valores morales sustantivos*.

Contra la teoría de Dyzenhaus reaccionarán algunos autores que se autoconsideran positivistas. Así, M. Hartney señalará que Dyzenhaus está errado en sus premisas, en sus argumentos y en sus pretensiones.

La crítica de Hartney recorre, fundamentalmente, dos ámbitos.

Primero, el del oscurantismo al que conduce la vaguedad terminológica de Dyzenhaus —a diferencia de Hart o Raz— que se transmitirá a sus propias formulaciones. Así, diferenciar —y defender— una *concepción «moralmente cargada de la ley»* frente a la *concepción «plain fact»* 30 (Hartney/1994, pp. 53-54), que él atribuye a los positivistas, es ambiguo pues, una concepción de la ley «moralmente cargada» podría ser tanto «una concepción de acuerdo a la cual deba servir a fines morales», cuanto «aquella de acuerdo a la cual los principios morales son ley *incluso* en ausencia de cualquier fuente social» (Hartney/1994, p. 54). Ambas serían aceptadas por Dyzenhaus; sin embargo, a diferencia de lo que éste señala, los positivistas —como Hart o Raz— rechazarían únicamente la segunda posibilidad. Y, respecto de la concepción «*plain fact*» que Dyzenhaus atribuye a los jueces positivistas, ésta podría significar tanto que exclusivamente las reglas que se conocen con un test de hecho son ley, cuanto que la ley es un conjunto de hechos de valor neutral sin propósito moral. Sin embargo, el positivismo, aunque Dyzenhaus lo pretenda, no suscribe ambas visiones, sino que, «de hecho está de acuerdo únicamente con la primera» (Hartney/1994, p. 54).

Segundo ámbito de la crítica. Para Hartney el positivismo no está vinculado a la teoría de la deferencia en relación a la obligación judicial —tal como Dyzenhaus apunta—, pues ello vendría a ser tanto como identificar al positivismo con un positivismo ideológico y, esto es así en tanto que el positivismo —en general—, según Hartney, vendrá

29. Para Dyzenhaus, señala Hartney, porque el positivismo «...requeriría de los jueces de Sudáfrica el no resistir, no oponerse al apartheid, el positivismo tiene consecuencias morales desastrosas, y por ello tiene que ser falso» (HARTNEY/1994, pp. 44-45).

30. La cursiva es mía.

a responder únicamente a «¿qué cuenta como ley? (criterio de validez legal)»³¹, pero la respuesta no determinará la respuesta a «¿qué cuenta como buena ley? (La evaluación de la ley); ¿cuándo debe uno obedecer *black-letter law*? (Obligación política); ¿cuándo deben los jueces obedecer *black-letter law*? (Obligación judicial)» (Hartney/1994, pp. 54-55), pues para estas tres últimas cuestiones *no* se formula una respuesta *específicamente* positivista³².

La respuesta de Dyzenhaus³³ gira reiteradamente en torno a las ya expuestas formulaciones de Dworkin relativas a la «regla de reconocimiento» —a la que reconduce a las teorías— de Hobbes y Austin de la soberanía y así a la idea de *pedigree*³⁴; a una visión de la obligación judicial positivista que intima con el positivismo ideológico³⁵; a una discreción arbitraria del juez positivista frente a los casos difíciles y, en fin, a la traslación de una *moralidad objetiva* derivada de lo que él y Dworkin entienden es la buena moralidad en su comunidad, que se justificaría en algún género de visionismo iluminado de lo que fue, y es aún vigente, derecho histórico-institucional de una comunidad distinta como es la sudafricana. Por lo tanto, cuanto de esperanzador presentaba el apunte hecho anteriormente acerca de los parámetros universalísticos en los que podía desenvolverse la formulación de Dyzenhaus, se desvanece al hacer depender la justicia moral de un sistema jurídico en lo que éste haya sido y continúe siendo. Desde esta perspectiva, parece que se está diciendo que cualquier sistema *injusto* que no tuviera la *suerte* de pertenecer a la tradición del *common law* (o bien que esta tradición hubiera sido superada, olvidada..., como podría ser el caso) es un sistema que se legitima en *su* propia justicia universal.

En fin, si lo que Dyzenhaus supone es que elaborada una *plantilla* que represente la articulación y respeto a los derechos individuales y, aplicada ésta al sistema de *common law* se da una correspondencia

31. «El criterio de validez legal es factual» (HARTNEY/1994, p. 55).

32. Mientras que, para Hartney, para Dyzenhaus la respuesta a cuál es la buena ley determina qué cuenta como ley y, así, la obligación política y judicial hacia la ley.

33. Con «Legitimacy of Law: A Response to Critics» (DYZENHAUS/1994, pp. 80-94) Dyzenhaus pretende poner en claro y concretar los argumentos expuestos en su libro.

34. Se entiende así, que Dyzenhaus arremeta —un poco a lo Radbruch— contra las expectativas positivistas en pro del respeto a los «derechos humanos»: retrotrae al positivismo a posiciones hobbesianas, desde las que «garantizar los derechos individuales contra el Estado, podría ser empezar a caer en el estado de naturaleza» (DYZENHAUS/1994, pp. 89-90), hasta llegar al «sinsentido en zancos» que para Bentham representaba la idea de los derechos individuales. Pero ésta no es sino otra consecuencia de entender únicamente el positivismo de una forma que ni los positivistas aceptan.

35. Sobre estas ideas se asienta el fundamento de la «**contradicción pragmática**» que él identifica en Austin y que atribuye al positivismo. (Vid. DYZENHAUS/1991, pp. 239-240 para una síntesis de su concreción).

perfecta, favorecido ello por su peculiaridad judicial, se habrá tan sólo realizado un chequeo de legitimidad sobre un sistema legal y optado por una concreta instrumentalización, a saber, la del normar del *common law*. Pero, si lo que Dyzenhaus, siguiendo a Dworkin, quiere decir es que, observado el sistema de la comunidad de *common law* ha llegado a la conclusión de que *su* legalidad es justa, modélica y por ello paradigma de sistema a aplicar a cualquier comunidad que se defina como tal, el fracaso viene dado porque en la aceptación de ese ordenamiento para la traslación, habrá perdido un elemento fundamental de validez en la tradición político-jurídica occidental, esto es, su legitimación³⁶. Pero, no parece ser éste el sentido que han querido ofrecer Dworkin y Dyzenhaus, más bien al contrario: de legitimidad gozará toda aquella comunidad de principio que acredite estar dotada de un contenido —sustantivo— propio, con lo cual la «legitimidad» de una comunidad dependerá del vigor interno de sus principios comunitarios.

III. LA COMUNIDAD PARA R. DWORKIN: EL COMUNITARISMO DE DWORKIN

Consciente Dworkin de la facilidad con que surge la polémica comunitarista, a partir de la visión de su teoría, explicitará la delimitación de *su liberalismo*³⁷.

Presenta, para Dworkin, el comunitarismo —como corriente doctrinal de naturaleza política, jurídica y moral— un aspecto positivo, que él procurará mantener en su «teoría de la integración» y en su doctrina sobre el «republicanismo cívico liberal», como es el destacar la vinculación y la influencia de la comunidad sobre el individuo. Ahora bien, ese mismo comunitarismo también presentará, a los ojos de Dworkin, un aspecto negativo —«su error fundamental»—, esto es, el sentido determinista con que caracterizarían, los comunitaristas, al individuo integrado en la comunidad (Dworkin/1993, pp. 57-58)³⁸. De

36. Se está manejando *una noción de legitimación un tanto intuitiva* y abstracta que viene a relacionarse, y no a contraponerse, con las clasificaciones teóricas de *legalidad* y *legitimidad*.

Se opta por esta *noción intuitiva* por ser conforme a la idea de *legitimidad* utilizada por Dworkin. Para él, «un Estado es legítimo si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos» (DWORKIN/1992-b, p. 142).

37. *Su liberalismo* en contraste con un comunitarismo *fuerte* se ofrece en «liberal community», en «obligations of community» y en *Ética Privada e Igualitarismo Político*.

38. Ante el riesgo de un estricto comunitarismo señala que «la rendición general de la personalidad y la autonomía que ello contempla, podría dejar a las personas demasiado poco espacio para liderar sus propias vidas..., ello destruiría las grandes emociones que celebran» (DWORKIN/1990, p. 237).

este modo, pretenderá resaltar la relación de reciprocidad y de afectación conjunta con la que habrá de presentarnos (lo que él considera) la verdadera **integración liberal** del sujeto, considerado como tal, en la comunidad. A partir de su «teoría de la integración», pretende resolver la *antítesis individuo-comunidad* con un criterio superador de lo que sea mera elección entre uno de los dos polos.

De lo que se trata es de saber si, finalmente, se ve obligado a optar por uno de ambos extremos, si otorga prioridad a una de las dos opciones.

Pues bien, de las tres estructuras comunitarias a considerar, a saber, como «asociación de *facto* que resulta de un accidente de la historia y de la geografía» (Dworkin/1990, p. 232), el «modelo *rule-book* de comunidad» (p. 233) y el «modelo de principio» (p. 234), será este último el que, si bien con un cierto paralelismo con el modelo *rule-book*, considera Dworkin como apropiado para una teoría fundada en los derechos. En la comunidad que sigue el modelo de principio «sus miembros aceptan que están gobernados por principios comunes sacados a la luz en el compromiso político...(que sus)...obligaciones surgen del hecho histórico de que la comunidad ha adaptado tal esquema, siendo así especial por ella...Una comunidad de principio acepta la integridad» (Dworkin/1990, pp. 234-236). «Nuestras vidas son ricas porque son complejas en los estratos y en el carácter de las comunidades en las que habitamos». (Dworkin/1992-b, p. 157).

Pero Dworkin no pasa por alto que una comunidad de principio no es automáticamente una comunidad justa (Dworkin/1990, p. 229). Efectivamente *su* realidad comunitaria acarrea —graves— riesgos, fundamentalmente dos: de una parte, que «las obligaciones comunales genuinas pueden ser injustas para los miembros del grupo...» (Dworkin/1990, pp. 227 y 229-230); de otra parte, que «la práctica social puede requerir de sus miembros el discriminar a los no miembros de la sociedad...» (Dworkin/1990, p. 227 y 229-230).

Entonces, «...¿tenemos que conceder que los lazos de dominación injusta que se encuentran en el corazón de alguna práctica familiar propia de la cultura,...están en el corazón de sus prácticas de cohesión?... La mejor interpretación puede ser una profundamente escéptica: que no hay argumento competente de la institución que puede dejar de mostrarla como absoluta y perversamente injusta, y por ello debería así ser abandonada. Alguien que alcance esa conclusión negará que la práctica pueda imponer obligaciones genuinas después de todo» (Dworkin/1990, p. 228). Así, si tanto la estructura político-jurídica en su conjunto, cuanto los aspectos parciales de ésta, pueden ser profundamente injustos porque «la mejor interpretación posible puede mostrar que ámbitos injustos son compatibles con el resto de la estructura. Entonces, aunque las obligaciones que impone son, *prima facie*, genuinas, emerge la cuestión de si la injusticia es tan severa y profunda que esas prácticas son canceladas. Esa es una posibilidad...Sin embargo, algunas veces la injusticia no será tal enormidad; los dilemas son enton-

ces establecidos porque las obligaciones injustas que la práctica crea no son enteramente borradas» Dworkin/1990, pp. 228-229). Por tanto queda, como mayor bondad de un sistema, cara a su propia depuración, algo así como un reto en pro de la proliferación y enormidad de las prácticas injustas o aberrantes.

El problema del comunitarismo, en sentido fuerte, como señala el mismo Dworkin, es que ni siquiera ve el carácter *injusto* de instituciones o de comunidades. Aunque, finalmente, él mismo se vea obligado a aceptarlas.

Apunta Dworkin ³⁹ que, para el comunitarismo, «el liberalismo en cuanto teoría política es hostil o, cuando menos, *no aprecia suficientemente la importancia de la comunidad* y que, **la tolerancia liberal**, con el argumento de que no es justo que el gobierno use su poder de coacción para imponer una **homogeneidad ética**, *mina la base de la comunidad*» ⁴⁰ (Dworkin/1992-a, p.195). Para atacar la tolerancia liberal utilizan los comunitaristas distintos argumentos (Dworkin/1992-a, pp. 195-205), de entre los cuales cabe destacar el argumento de la integración, que sostiene que «la tolerancia liberal depende de una distinción ilegítima entre la vida de los individuos en el interior de la comunidad y la vida de la comunidad en su plenitud. Afirma este argumento que la vida del individuo es, sólo en su plenitud, reflejo y función del valor de la vida de la comunidad en la cual vive el individuo» (Dworkin/1992-a, pp. 210-211). Es útil retener este argumento de la integración pues, a partir de él Dworkin elaborará su propia «*teoría de la integración*», eje de su «*republicanismo cívico liberal*».

El republicanismo cívico comunitarista pretende un giro en la distinción entre el bienestar personal y el bienestar común. *La integración comunitarista* supone, dice Dworkin, que el ciudadano integrado debe interesarse por la salud completa, global de la comunidad y no solamente de un aspecto sectorial de ésta. Es precisamente esta globalidad la que, en principio, le parece inaceptable a Dworkin.

Sin embargo, la integración, dirá Dworkin, «puede ser fuerte en forma distinta, como algo que depende, no de la prioridad ontológica de la comunidad, sino del hecho familiar y ordinario del respeto a la práctica social establecida por los seres humanos» (Dworkin/1992-a, p. 214).

Para Dworkin tiene, pues, la comunidad, entendida en un determinado sentido, una especial relevancia. Por ello determinará una vinculación especial. Y, sobre esta base, asentará Dworkin una forma de **comunitarismo de naturaleza liberal**, articulado a través de lo que denomina «el republicanismo cívico liberal», donde los valores mora-

39. A partir del estudio crítico que en «*Liberal community*» realiza de la sentencia «*Bowers vs. Hardwick*», que proclama la constitucionalidad de la norma que castiga penalmente la conducta homosexual.

40. La cursiva es mía.

les son parte del derecho y los derechos se adscriben atendiendo tanto a la consideración del significado institucional de la historia de la comunidad política organizada, cuanto a los juicios morales de los funcionarios encargados de descubrir cuáles son los derechos de la persona en esa concreta comunidad.

Se presenta, así, el **republicanismo civil liberal de R. Dworkin** abarcando la importancia y «justicia de la promesa implícita en el argumento de la integración» (Dworkin/1992-a, p. 221). Por alimentar esta integración liberal asumirá que «el ciudadano se identifica con la propia comunidad política cuando reconoce que la comunidad tiene una vida común y que el éxito o fracaso de la propia vida depende, en sentido ético, del éxito o fracaso de aquella vida comunal» (Dworkin/1992-a, p. 221). He aquí el comunitarismo dworkiniano que intenta atemperar el alcance ético de la comunidad política señalando que «la concepción liberal de la integración ...tiene una visión limitada de la dimensión de la vida común de una comunidad política; llama la integración a una teoría de la vida política de la comunidad que se integraría a su vez (o lo intentaría) en la teoría liberal» (Dworkin/1992-a, p. 221). Ahora bien, de lo que entonces se trata es de determinar qué es para Dworkin «una visión limitada de la dimensión de la vida común de una comunidad política», es decir, «¿qué abarca la vida común de una comunidad política?» (Dworkin/1992-a, p. 221). Señala Dworkin que, sin duda, ésta abarca la legislación, la adjudicación (de los derechos), actuaciones del legislador y las otras actuaciones ejecutivas del gobierno; así, «un ciudadano integrado considera el éxito o fracaso de su comunidad en este ámbito político formal como aquello que tiene una resonancia en su vida, que la mejora o la empeora» (Dworkin/1992-a, pp. 221-222).

Para Dworkin, la misma idea de que «la vida de una persona deba ser vista como integrada en la vida de su propia comunidad sugiere, a primera vista, una excitante exposición de la teoría política pues, parece prometer una política dedicada tanto al secundamiento del bien colectivo, cuanto a la protección del derecho individual» (Dworkin/1992-a, p. 221). Señala, así, C. Thibaut, que las relaciones entre el individuo y la comunidad quedan de la siguiente forma: «por una parte, el individuo reconoce el grado y la importancia que tiene la vida ética de su comunidad sobre su propia vida... Pero, por otra parte, sabe que no todas las dimensiones éticas de su vida se agotan en los acuerdos políticos de su comunidad. Si ésta es injusta (porque efectúe discriminaciones raciales,..., etc.) sabrá que su vida es una vida disminuida y peor de lo que hubiera sido en otra comunidad» (Thibaut/1992, p. 158).

Para Dworkin «esta fusión de moralidad política y de auto-interés crítico es *la auténtica médula del republicanismo cívico*, la forma importante en que los ciudadanos deberían fusionar sus intereses y sus personalidades en una comunidad política» (R. Dworkin/1992-a, p. 234).

A partir del *especial* comunitarismo de R. Dworkin nos planteamos cuál es el carácter de la relación entre los derechos individuales y la idea dworkiniana de comunidad.

Pues bien, para Dworkin, no todos los ámbitos de la comunidad, entre los que se encuentra la esfera personal, se incardinan en la esfera política. El *problema* reside en que Dworkin no especifica, ni cuál es el contenido de la vida personal individual, ni tampoco establece un criterio fidedigno para diferenciar esta vida personal de lo que sea vida política, vida de la comunidad. Pero, en cualquier caso, la moralidad personal, y *lo* que de esta forma se designe, depende de los dictados de la realidad histórico institucional de una comunidad que es justa; esta justicia vendrá dada por la tolerancia, consecuente con la libertad y la igualdad, y por la integración, con lo que la justicia y la legitimidad de los derechos de los que se disfruta en una determinada comunidad, será el resultado de la moralidad de ésta ya que, los conceptos abstractos se llenan de contenido a partir de los dictados del devenir de la organización política comunitaria. Consciente de esto, Dworkin establecerá unos límites de justicia mínimos con los que filtrar las decisiones clara y profundamente dañinas para un mínimo respeto a los derechos personales. El problema es que tales cortapisas son las propias del sistema americano, con lo que, o se mantiene un intuicionismo dworkiniano carente de fundamento, o bien se les reconoce la legitimidad que les otorga su asiento constitucional, en cuyo caso podría admitirse su valor ejemplificativo, pero no una legitimidad que en este punto es relevante, en tanto que el propio Dworkin la acata, para imponerse como correctivo a cualquier orden político y jurídico.

IV. REFLEXION SOBRE EL CARACTER UNIVERSAL DE LOS «DERECHOS MORALES» FUNDAMENTALES

Al señalar que la teoría de Dworkin, es una teoría de la justificación y no de la fundamentación, no se quiso significar que él no haya *probado* que la idea de la libertad, la dignidad y el respeto hacia el individuo es algo de lo que se adorna el ser humano en cuanto tal, pues, es posible que, desde esa idea intuitiva no exista paso a una mejor demostración teórica y, posiblemente, tampoco ello es necesario para quienes firmemente profesamos tales ideas. Lo único que se quería decir es que, los esfuerzos de Dworkin tienden a justificar una concreta forma de respeto hacia el individuo en el momento en que siente invadidos sus «derechos morales»; como estos «derechos morales» se asientan sobre los fondos histórico-institucionales de una comunidad en particular en un momento dado, los «derechos morales» sufren la contingencia de su —o falta de— contenido; por tanto, los propios «derechos morales» se convierten en *anulables*. Así, lo que Dworkin

acaba dejando, es de profundizar en la formulación sustantiva de esos derechos morales —que el particular puede decir/querer tener—, por elaborar un *criterio formal* a partir del cual se *descubrirá* si, efectivamente, esos derechos existen; con lo que la teoría elaborada como propicia para tal descubrimiento, viene a justificar los derechos resultantes —cualquiera que sea la forma que adopten—, en tanto que han sido obtenidos a partir del reflejo que proyecta la trayectoria *vital* de una comunidad determinada.

Afirmar que Dworkin promueve un *criterio utilitarista* al delimitar en su teoría la necesaria interrelación individuo-comunidad, puede no parecer forzado⁴¹ si consideramos: primero, que manejando un criterio vacío de contenido sustantivo para la diferenciación entre las preferencias internas y externas, éstas serán intercambiables en cada comunidad; y, segundo, que los criterios de decisión comunitariamente propicios, pueden sesgar e incluso anular *legítimamente* la libertad individual en tanto que se recoge esta posibilidad respecto de las «simples libertades» pero, al no delimitarlas materialmente frente a las «libertades preferentes», éstas que son así consideradas en una concreta comunidad, pueden convertirse en aquéllas en una comunidad distinta que adopte la decisión de que tales libertades no pueden ser restringidas, dejando pues de ser «derechos morales», «y pueden, por tanto, ser anuladas si entran en conflicto con el bienestar general» (P. Gómez Barboza/1993, p. 191)⁴².

Los «derechos en serio», los «derechos morales» de Dworkin, en coherencia con lo expuesto, son **derechos relativos y contingentes**; porque los «derechos morales» de los particulares dependen de la configuración que ofrezca una comunidad concreta en un momento dado; porque deja en manos de la comunidad, en el nombre de un liberalismo integrador, la delimitación, que viene a ser el reconocimiento, de los derechos individuales⁴³. Puede que, a Dworkin, ya no sólo su criterio, sino también y sobre todo, su sistema le parezca lo suficientemente justo y que, así, en aras de esa justicia y del mejor desarrollo de los «derechos morales», exponga criterios para el mejor funcionamiento

41. A pesar de las proclamas antiutilitaristas y antibenthamianas del propio Dworkin.

42. El problema es que, si convencidos del comunitarismo de Dworkin extraemos sus *justas* consecuencias, llegamos a la *legitimación* de todo criterio decisorio que comunitariamente se adopte como apropiado y, será éste, unipersonal, autárquico o minoritario, el que determine cuándo las libertades pueden sacrificarse en nombre del «bienestar general» (pues ese mismo criterio decidirá qué ha de entenderse por *bienestar general*).

43. «La teoría de Dworkin...está dirigida a explicar una cultura jurídica en particular: la anglo-americana» (PÉREZ LUÑO/1993, p. 53).

«Por ello, la teoría de Dworkin como integridad es una teoría del Derecho particular, sólo predicable de aquellas comunidades que comparten un determinado sistema de valores» (PRIETO SANCHÍS/1992, p. 91).

institucional dado. Pero, su justificación del sistema que toma por modelo, no puede ser llevado hasta la *fundamentación* de derechos que sí vulnerarán **derechos humanos** en un sentido fuerte y sustantivo ⁴⁴.

Lo cierto es que, la contingencia de la teoría de Dworkin se eliminaría con tan sólo radicalizar su propio relativismo. Así, si lo que está en su mente es que la Constitución Americana enumera explícita —aunque vagamente— algunos «derechos morales» que la gente tiene, entonces, *su teoría* no es ni adecuada ni inadecuada de cara a la fundamentación de los derechos, *será inoperante* porque su contrato hipotético, su propia convención o su «regla maestra» de reconocimiento, se concreta, precisamente, en la Constitución Americana, en virtud y provecho de la cual elabora su teoría interpretativa principialista; «...a menos que sea verdad que los jueces en algún sentido *deben* emplear este método de decisión en los casos difíciles, continúa siendo meramente un rasgo contingente del derecho que se da en aquellas jurisdicciones en las que la Regla de Reconocimiento establecida en la práctica judicial prevé su uso» (Hart/1980, p. 15).

Como conclusión, tan sólo apuntar:

— que afirmar que existen algunos derechos previos a la legislación, no supone, necesariamente, como se demuestra con Dworkin, que a los ciudadanos les sean inherentes algunos derechos que, efectivamente, sean reales pues, será preciso el reconocimiento público de tales derechos para poder pensar en hablar propiamente de su existencia *plena* ⁴⁵. Y, esto es así en tanto que el hecho de que el sujeto se crea titular de un «derecho moral» no hace que esto sea efectivamente cierto pues, para *descubrir* su existencia, se precisa la proclamación del juez (o similar) o del legislador. Y, para *fundamentar* tal existencia lo que cuenta, no es la creencia en el «derecho moral» reclamado sino el fondo histórico-público de la comunidad a la que el individuo pertenece. Dworkin maneja confusamente la terminología *derecho moral-derecho jurídico* dependiendo del contexto pero, en cualquier caso, lo que parece significar es que para poder hablar efectivamente de derechos, éstos han de estar en cierta forma positivados con lo que, a la vista de lo expuesto, la Constitución de los EE.UU. es la que determina —*crea de facto*— tales derechos constituyendo la moral en la que han de insertarse los portavoces últimos de esos derechos, esto es, los jueces ⁴⁶.

44. «Esos derechos pertenecen...a la moralidad política de una determinada comunidad» (LAPORTA/1993, p. 41); «...en tanto que derechos dependientes de la moralidad positiva...no se ofrece una fundamentación universalista —...— de los derechos humanos...Así, todo vuelve a depender del tipo de sociedad en la que acertemos a nacer y vivir» (GÓMEZ BARBOZA, P./1993, p. 192).

45. «Dije que en los Estados Unidos se supone que los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos» (DWORKIN/1984, p. 284).

46. Así, por ejemplo, el «principio constitucional» de la equidad, para Dworkin «requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en

— que, cuando una Constitución se autolegitima en la aceptación que le profesa su comunidad, y esa Constitución fundamenta una teoría de los derechos, dada la interacción entre la comunidad y sus miembros, tal teoría elaborará criterios que justifiquen los derechos constitucionales y perfeccionará los cauces por los que tal Constitución ha optado al articular esos derechos: así, el contenido o las directrices de tal Constitución ni legitima, ni deslegitima a cualquier otro sistema constitucional o político, simplemente le es ajeno.

— que, cuando la teoría jurídico-política de una determinada comunidad es traspasada (ideal y teóricamente) a una segunda comunidad distinta, puede pensarse que esto significa bien un intento de promocionar la labor de erudición de los teóricos jurídico-políticos de la segunda, o bien, un intento tan legítimo como podría serlo el inverso, de proyectar su teoría político-jurídica y de los derechos humanos sobre una comunidad a la que es ajena. Si éste es el interés de Dworkin hay que decir, primero, que parece contrario a su proclamado «canon del liberalismo» y, segundo, que, en cualquier caso, supone la contraposición de sistemas que son, individualmente considerados, plenamente legítimos a la luz de la teoría dworkiniana.

El relativismo de tal formulación cobra toda su vigencia en cuanto tiene de justificación (por la transposición señalada) de los ordenamientos injustos (para quien comparta esta opinión) como el de Sudáfrica o el de la Alemania nazi, que Dworkin se ve obligado a reconocer explícitamente, ya Hart lo apuntaba, aunque el derecho establecido sea malvado, como Dworkin admite que puede serlo ⁴⁷. Para él, los «derechos

principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y en la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional» (DWORKIN/1992-b, p. 265). Ahora bien, «si la historia de la nación aprueba la idea de la independencia moral, pero niega dicha independencia para los homosexuales, a pesar de que dicha distinción no pueda ser justificada en principio, no se ofende a la equidad al insistir en un cumplimiento coherente de dicha idea» (DWORKIN/1992-b, pp. 265-266). Pero Dworkin criticó frente a los comunitaristas la injusticia moral derivada de la stc. «*Bowers versus Hardwick*» por no respetar la distinción preferencias externas/internas; parece entonces claro que la diferenciación sustantiva entre ambas es, sin límites, propia y exclusiva de cada comunidad. Y el problema se acentúa si «la historia de la nación» no aprueba la idea de independencia moral o que la segregación racial no ofende los principios de igualdad aceptados.

47. «...Dworkin aceptó que el Derecho claramente establecido y los principios a él subyacentes identificados por el método Hércules (...) pueden ser demasiado perversos para justificar su aplicación... Si el Derecho establecido es malvado (Dworkin admite que pueda serlo), los principios a él subyacentes serán también malvados y no estaría claro, desde luego, qué podría significar al hablar de tales principios como “justificadores” al tiempo que explicativos del Derecho. En tales casos, la moral seguramente exige que la oportunidad de que se presente un caso no regulado debería ser aprovechada no para extender el mal sino para evitarlo...» (HART, H.L.A./1980, p. 173. Sin embargo, para Dworkin, «si Hércules hubiera decidido ignorar la supremacía legislativa y el precedente estricto cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas le permita mejorar la integridad del derecho, juzgado sólo como una cuestión de sustancia, habría violado la integridad en general.» (DWORKIN/1992-b, p. 282).

morales» básicos —que han de ser reconocidos jurídicamente— «intervienen,..., en el cálculo de qué derechos tiene la gente cuando los materiales *standard* no son una guía segura» (Dworkin/1984, pp. 450-451) mas, lo cierto es que, finalmente, cuestiones de eficacia e «integridad» —adecuación— son las que obligarán al juez, que encuentra un conflicto moral con respecto al derecho institucional claramente establecido y los principios a él subyacentes (identificados por el método de la interpretación —del juez ideal Hércules—), a «mentir» sobre su propia moralidad. Desde esta perspectiva, parece resquebrajarse aquella pretendida moralidad objetiva ⁴⁸, a no ser que tal moralidad objetiva sea *relativa* a la comunidad en concreto y, desde luego, como se confirma con la crítica dworkiniana a la discreción como —posibilidad abierta a la creación judicial del derecho—, una moralidad superpuesta a la de cualquier juzgador y, consecuentemente, a la de cualquier juzgado; moralidad comunitaria suprema bajo la excusa —o la razón— de ser portadora del espíritu de la comunidad del que se sabe, aunque no de qué manera, que ha de ser justa.

BIBLIOGRAFIA

- ASÍS ROIG, Rafael d. 1993. «Dworkin y los derechos como triunfos» en *R. Dworkin. Estudios en su Homenaje*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso.
- ATIENZA, Manuel-RUIZ MANERO, Juan. 1991. «Sobre principios y reglas». *Doxa*-10.
- BOBBIO, Norberto. 1990. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Debate.
- DWORKIN, Ronald. 1980. *Filosofía del Derecho de R. Dworkin*. Breviarios. Fondo de Cultura Económica.
- 1984. *Los Derechos en Serio*. Ariel.
- 1985. *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- 1989. *Law's Empire*. Cambridge. H. Univ. Press.
- 1990. «Obligations of community» en *Authority*. Edit. Josepn Raz.
- 1992-a. «La comunità liberale» en *Comunitarismo e Liberalismo*. Edit Riuniti. Versión inglesa «liberal community» en *Communitarianism and individualis*. 1992. Edit. Avineri-Shalit.
- 1992-b. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa.
- 1993. *Ética Privada e Igualitarismo Político*. Pensamiento Contemporáneo.
- 1994. *El Dominio de la Vida*. Ariel.

48. «...Todo lo que queda de su teoría original es que los principios identificados por Hércules como subyacentes al Derecho, deben ser, según Dworkin, los menos odiosos (de acuerdo con la moralidad objetiva) de los varios inaceptables que pudiera incorporar el Derecho inicuo. Esto simplemente excluye la idea de que esos principios justifican el Derecho». (HART/1980, p. 18).

- DYZENHAUS, David. 1991. *Hard Cases in Wicked Legal Systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*. Oxford. Clarendon.
- 1994. «The legitimacy of law: a response to critics». *Ratio Juris*, Vol. 7, number 1.
- GÓMEZ BARBOZA, Paulina. 1993. «La concepción dworkiniana de los derechos individuales frente a la exigencia de una concepción fuerte de los Derechos Humanos» en *R. Dworkin. Estudios en su Homenaje*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso.
- HART, H.L.A., 1980. «El nuevo desafío al positivismo jurídico». Sistema 36.
- 1994. *The Concept of Law (Second Edition)*. Clarendon. Oxford.
- HARTNEY, Michael. 1994. «Dyzenhaus on Positivism and judicial obligation». *Ratio Juris*, Vol. 7, number 1.
- LAPORTA, Francisco. 1993. *Entre el Derecho y la Moral*. Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política.
- NINO, Carlos S. 1985. *La Validez del Derecho*. Astrea. Colección Mayor. Filosofía y Derecho.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. 1993. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- PINTORE, Ann. 1990. *La Teoría Analítica dei concetti Giuridici*. Università di Cagliari.
- PORRAS DEL CORRAL, Manuel. 1989. *Derecho, Igualdad y Dignidad*. Universidad de Córdoba.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. 1992. *Sobre Principios y Normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- THIBAUT, Carlos. 1992. *Los Límites de la Comunidad*. Centro de Estudios Constitucionales.

La justicia como decisión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman ¹

Por SALVADOR RUS RUFINO

León

I. INTRODUCCION

La discusión sobre los aspectos teóricos de la justicia adquirió una gran importancia y se constituyó en un tema básico, si no el más importante, de investigación entre los filósofos y los economistas anglosajones en la década de los años setenta. Durante este tiempo en el mundo de habla inglesa se produjo un incremento muy notable de los estudios sobre la justicia ². Los autores que se dedicaron al desarrollo de la cuestión fueron casi exclusivamente, como se ha dicho, moralistas, filósofos de la política y economistas. Son suficientemente conocidos los autores de distintas tendencias ³ que han dado lugar a un

1. El autor del trabajo quiere agradecer a la DGICYT la concesión de una ayuda de estancia en el extranjero para estudiar en la University of California Berkeley y en la New York School of Law. Asimismo tengo una deuda de gratitud con los profesores J. GORDLEY, de la University of California Berkeley, por su ayuda, sus valiosos consejos y su constante ánimo para trabajar en esta línea de investigación y con B.A. ACKERMAN por haberme facilitado parte del material con el que he elaborado este estudio, realizado dentro del Proyecto PS 94-0150.

2. Como han dicho algunos críticos, parecía que durante este período de tiempo todo el mundo tenía una teoría de la justicia en su mente o, dicho más jocosamente, «encerrada en su armario» en expresión de J. WALDRON.

3. Entre las tendencias que los críticos distinguen en el mundo angloamericano pueden destacarse los liberales, los conservadores, los comunitaristas, los marxistas, los que abogan por un restablecimiento del mérito, los utilitaristas, los «libertarios», contractualistas, etc.

desarrollo de la teoría de la justicia, por ejemplo, J. Rawls ⁴, R. Nozick ⁵, F. Hayek ⁶, K. Arrow ⁷, B. Barry ⁸, D. Rae ⁹, J.R. Lucas ¹⁰ ó D.D. Raphael ¹¹, quienes participaron activamente en el debate sobre la justicia en este período de tiempo ¹².

Esto fue así, entre otras muchas razones que pueden alegarse, porque en los primeros años de la citada década, el progreso económico ininterrumpido del mundo occidental iniciado en 1945 —tras la II Guerra Mundial—, se ve truncado. El sueño de la prosperidad incesante e ilimitada se derrumba y se llega a lo que los economistas denominan la suma cero en la sociedad: lo que uno gana otro lo pierde. En esta situación el discurso sobre la justicia distributiva interesa a todos ya que afecta a la convivencia desde el punto de vista político, económico, jurídico y, en definitiva, social.

La sociedad capitalista ¹³, tras el éxito reflejado en el fuerte crecimiento económico, se vio sorprendida por una escasez material (no se producían todos los bienes que se demandaban). Los economistas anglosajones la denominaron *escasez social*, esto es, existe un límite de oferta para algunos bienes, debido sobre todo a factores sociales más

4. *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

5. *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book, 1974.

6. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. II, *The Mirage of Social Justice*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1976. Véase VELARDE QUEIPO DE LLANO, C., *Hayek. Una teoría de la Justicia, la Moral y el Derecho*, Madrid, Civitas, 1994; NUEZ, P. DE LA, *Estudio del pensamiento político de Hayek*, Madrid, Unión Editorial, 1994.

7. *Social Choice and Justice*, Oxford, Blackwell, 1975.

8. *The Liberal Theory of Justice. A Critical Examination of the Principal Doctrines in «A Theory of Justice» by John Rawls*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

9. *Equalities*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1981.

10. *On Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

11. *Justice and Liberty*, London, The Athlone Press, 1980.

12. Cfr. los trabajos de WEINREB, L.L., «The Complete Idea of Justice», *The University of Chicago Law Review*, 51, 1984, pp. 752-809; VALLESPÍN OÑA, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Editorial, 1985; RODILLA, M.A., «Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el Estado de Naturaleza», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1985, pp. 229-284; CAMPBELL, T., *Justice*, Atlantic Highlands, Humanities Press International, 1988; BARRY, B., *A Treatise on Social Justice, Volume I: Theories of Justice*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1989; REIMAN, J., *Justice and Modern Moral Philosophy*, New Haven-London, Yale University Press, 1990; MORAWETZ, T. (ed.), *Justice*, Aldershot, Dartmouth, 1991, en el que recopila una serie de trabajos ya publicados que abarcan la amplia temática que los anglosajones atribuyen a la teoría de la justicia; STERBA, J., «Conceptions of Justice a Practical Reconciliation», en KARLSSON, M.-JONSSON, O.P.-BRYNJANDOTTIR, E.M., *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 223-235; ELOSEGUI ITXASO, M., «Comunitarismo versus Liberalismo. Estado de la cuestión», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, pp. 618-622.

13. Cfr. para estas ideas ROMANI, F. «Introduzione all'edizione italiana», en ACKERMAN, B.A., *La giustizia sociale nello stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 13-16.

que físicos. De este modo, los autores adscritos al capitalismo liberal sin abandonar el individualismo y basándose, desde una perspectiva económica, en la propiedad y en la libre disposición de bienes, buscaron posiciones más solidarias y se replantearon el problema de la justa distribución social de los bienes y recursos con el fin de crear una sociedad más justa.

Sin embargo es sólo a partir de los comienzos de la década de los ochenta, cuando intervienen de lleno en la polémica los juristas que se habían mantenido tradicionalmente al margen ¹⁴ —a excepción de R. Dworkin ¹⁵— de las grandes discusiones o investigaciones teóricas sobre la justicia. Desde esta fecha la actitud fue cambiando de forma radical. Y, en la actualidad, las elaboraciones teóricas que los juristas desarrollan desde la óptica específica de los problemas que plantea la vida jurídica diaria, no sólo son considerablemente abundantes, sino que constituyen una aportación decisiva ¹⁶, ya que ellos, admitiendo la primacía de la justicia como valor social y político, intentan desarrollar otra vía de investigación mediante la explicación de cuáles son los fundamentos sobre los que se construye un ordenamiento jurídico justo y, desde ahí, explicitan los principios que deben servir de fundamento en una sociedad para que ésta sea justa. Por otra parte, los juristas aportan a la discusión de cuestiones sobre filosofía práctica el abandono, al menos metodológicamente en el inicio, de los discursos abstractos que no tengan presente el fin de los mismos, para colocar en primer plano el problema práctico, e ir poco a poco desgranando las

14. Cfr. TAMMELO, I., *Justice and Doubt. An Essay on the Fundamentals of Justice*, Wien, Spring Verlag, pp. 318-322 (es un reprint de la publicación *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rechts*, IX, 3). Sobre la teoría de la justicia en este autor, véase GARCÍA AMADO, J.A., «Teoría de la justicia y argumentación en Umar Tammelo», en *Estudios in Memoriam del Profesor Manuel Iglesias Cubria*, Tomo I, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1994, pp. 359-375.

15. Ya en su obra *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth, 1978, 2.^a ed., intenta construir, desde la perspectiva de un jurista, una teoría de la justicia basada en la afirmación de la existencia de derechos naturales, morales o humanos, como suelen denominar a este tipo de derechos en el mundo anglosajón. Cfr. CAMPBELL, T., *Justice*, cit., pp. 38-55 y 85-95, también la obra de GUEST, S., *Roland Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992, pp. 37-41, 157-158, 297-298 y 304-305.

16. Esta importancia también ha sido vista por los iusfilósofos españoles, véase a modo de ejemplo los siguientes trabajos: PÉREZ LLEDO, J.A., «La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos», *Doxa*, 12, 1992, pp. 41-93; MORESO, J.J., *La teoría del Derecho en Bentham*, Barcelona, PPU, 1992; CALSAMIGLIA, A., «Ensayo sobre Dworkin», en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 7-27, «Dworkin and the Focus on Integrity», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 80, 1994, pp. 52-65, «El concepto de integridad en Dworkin», *Doxa*, 12, 1992, pp. 155-176, reeditado con algunos añadidos bajo el título «Justicia, Eficiencia y Derecho» en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, pp. 305-355; PRIETO SANCHÍS, L., «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, 1985, pp. 353-378 y las frecuentes traducciones de las obras de los pensadores angloamericanos.

cuestiones teóricas que plantea y darles solución. De esta manera, no pierden de vista el objetivo de la investigación, no se corre el riesgo de quedarse en la pura abstracción, incapacitada para acoplarse a la realidad concreta y específica.

Este cambio de perspectiva justifica suficientemente que se dedique un trabajo al análisis de las ideas de uno de los autores más destacados en este intento de construir una teoría de la justicia, me refiero a B.A. Ackerman, quien, dicho en pocas palabras, ha propuesto un análisis de la justicia desde presupuestos y con mentalidad jurídicos a fin de llegar a formular una teoría de la misma y, en concreto, de la distribución de los bienes y recursos después de las tesis mantenidas por J. Rawls¹⁷.

Parece oportuno aclarar que dentro de esta tendencia manifestada recientemente entre los juristas, cabría destacar la existencia de un punto de partida común de todas las tendencias, y de todos los autores, éste no es otro que el intento de explicar y justificar el hecho de la distribución social de bienes, recursos, cargos, castigos, etc.¹⁸. Desde esta exigencia proponen el establecimiento de criterios y normas que deben justificar y fundamentar la distribución o cómo se deben repartir los bienes y por qué se les asignan a esas personas. Por tanto, ante el hecho de la distribución existen dos niveles complementarios. De un lado, el nivel argumentativo teórico que responde a la pregunta por qué y cómo distribuir. De otro, el nivel práctico que se cuestiona sobre la asignación a tal o cual individuo. En este segundo nivel los juristas suelen caracterizar a la justicia como una exigencia individual irrenunciable, fundada en el modo de ser del hombre; o bien, como una exigencia social que debe armonizar las distintas tendencias de los individuos en la sociedad, atribuyéndole a cada uno aquello que le corresponde¹⁹.

17. A pesar de que B.A. ACKERMAN critica con frecuencia aspectos fundamentales de la teoría rawlsiana, existe un gran paralelismo entre ambos autores, véase FISHKIN, J.S., «Can There Be a Neutral Theory of Justice?», *Ethics*, 93/2, 1983, pp. 348-350.

18. En muchas obras que tratan sobre el problema o cuestión de la justicia nos encontramos que se titulan *Social Justice*. La traducción literal de esta expresión por «justicia social» podría inducir a numerosos errores en nuestro ámbito cultural, ya que dicho término está cargado de un sentido casi religioso, puesto que se usa frecuentemente en los escritos que se engloban dentro de la Doctrina Social de la Iglesia. Por esta razón me parece interesante aclarar que entre los anglosajones la expresión hace referencia a la distribución social de bienes, a lo que podría traducirse con la perífrasis «realización social de la justicia». Cfr. RECASENS SICHES, L., «Justicia Social», en *Gran Enciclopedia Rialp*, Tomo XIII, Rialp, Madrid, 1987, pp. 686-688, 5.ª edición. Una visión independiente de la Doctrina Social de la Iglesia en MARÍAS, J., *La justicia social y otras justicias*, Madrid, Espasa Calpe, 1979, 9.ª edición ampliada, especialmente páginas 11-27; GIL CREMADES, J.J., «Justicia Social», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1978, Tomo XIV, pp. 648-660 incluye una amplia bibliografía.

19. En este sentido me parece interesante el artículo de WEINREB, L. LL., «The Complete Idea of Justice», *cit.*, pp. 754-770.

En suma, el problema central ha sido y, en gran medida es, justificar la distribución inicial de los bienes, recursos, propiedades, cargos, etc., que afecta también directamente al Derecho. De este modo, los juristas se preocupan de la influencia e importancia de la justicia en la organización social. Metodológicamente la estudian tanto desde el punto de vista de una teoría de la argumentación y de la adjudicación, como un elemento distribuidor y ordenador de la sociedad. En este aspecto aparece también un punto de coincidencia: la asignación se realiza después de una decisión razonada de quien puede y debe decidir, el juez o quien tenga esa atribución. B.A. Ackerman ha participado y participa muy activamente en esta discusión que dura ya más de una década. En sus trabajos se aprecia un interés constante por responder a estas cuestiones y por poner los fundamentos para desarrollar una teoría de la justicia.

II. PERFIL BIOGRAFICO

Bruce Arnold Ackerman ²⁰ es en la actualidad profesor de Derecho y Ciencia Política en la prestigiosa Yale Law School, a la que se incorporó en 1987. Pero como la mayoría de los docentes norteamericanos ha enseñado en diversas universidades. Conviene aclarar que un profesor de Derecho en los Estados Unidos suele comenzar su actividad profesional como abogado uniéndose a un prestigioso bufete o trabajando como ayudante de un juez. B.A. Ackerman no fue una excepción, tras obtener el título en la Yale Law School, trabajó durante dos años 1967-1969 como asistente de la United State Court of Appeals y después para el Juez del United State Supreme Court John H. Harlan.

En el curso 1969 se incorporó como ayudante (Assistant Professor) de Derecho en la University of Pennsylvania. En el año 1973 fue nombrado Profesor de Derecho y «Public Policy Analysis» de la misma Universidad. Un año más tarde es nombrado Profesor de Derecho en la Yale University ²¹ donde permanecerá hasta el año 1982 en que es distinguido con el título de Beekman Professor de Derecho y Filosofía en Columbia University. Volvió a Yale en 1987 con el nombramiento de Sterling Professor de Derecho y Ciencia Política.

Un profesor de Derecho en los Estados Unidos «muestra simultáneamente no uno, sino varios (a veces tres o cuatro) centros de interés en su actividad docente e investigadora» ²² y esto es así porque no existe una rígida división entre lo que aquí denominamos «áreas de

20. Los datos biográficos han sido facilitados por él mismo.

21. Durante el curso 1972-73 fue visitante en Yale Law School.

22. PÉREZ LLEDO, J.A., «La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos», *Doxa*, 12, 1992, pp. 55-56.

conocimiento» y Departamento. Existen especialistas, no cabe duda, pero un profesor de Derecho siempre incluye en un apartado del *curriculum vitae* que denomina *fields*, los ámbitos de docencia e investigación que desarrolla profesionalmente. En el caso de B.A. Ackerman él relaciona los siguientes: Filosofía Política ²³, Derecho Constitucional Americano ²⁴, Derecho y Política Comparados ²⁵, Derecho del Medio Ambiente ²⁶, Derecho y Economía ²⁷

23. *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980; *We the People Vol. 1: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992; «Law and the Modern Mind», *Daedalus*, 1974, pp. 119-131; «Four Questions for Legal Theory», *Nomos*, 22, 1980, pp. 436-446; «Beyond the New Deal: Reply», *Yale Law Journal*, 90, 1981, pp. 1412-1434; «What is Neutral about Neutrality?», *Ethics*, 93, 1983, pp. 372-390; «On Getting What We Don't Deserve», *Social Philosophy and Policy*, 1, 1983, pp. 60-70; «Foreword: Talking and Trading», *Columbia Law Review*, 85, 1985, pp. 899-903; «Why Dialogue?», *Journal of Philosophy*, 86, 1989, pp. 5-22; «Neutralities», en DOUGLASS, R.B., MARA, G.M. y RICHARDSON, H.S., *Liberalism and the Good*, New York-London, Routledge, 1990, pp. 29-43; «Die Zukunft der Liberalen Revolution», *Die Neue Gesellschaft/Frankfurter*, 3913, 1992, pp. 221-231; «Liberating Abstraction», *University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 317-348; «Von der Revolution zur Verfassung», *Transit: Europäische Revue*, 4, 1992, pp. 46-61; «Rooted Cosmopolitanism», *Ethics*, 104, 1994, pp. 516-535; «Political Liberalisms», *Journal of Philosophy*, 91, 1994, pp. 364-386; «La démocratie dualiste, 1789 et l'invention de la Constitution», *LGDJ-Bruylant*, 1994, pp. 191-204.

24. *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977; *Reconstructing American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984; *Is NAFTA Constitutional?*, Cambridge, Harvard University Press, 1995; «The Structure of Subchapter C: An Anthropological Comment», *Yale Law Journal*, 87, 1977, pp. 436-446; «Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *Yale Law Journal*, 93, 1984, 1013-1072; «Transformative Appointments», *Harvard Law Review*, 101, 1988, pp. 1164-1184; «Constitutional Politics/Constitutional Law», *Yale Law Journal*, 99, 1989, pp. 453-546; «Robert Bork's Grand Inquisition», *Yale Law Journal*, 92, 1990, pp. 1419-1439.

25. «Foreword: Law in an Activist State», *Yale Law Journal*, 92, 1983, pp. 1-45; «Canada and the Constitutional Crossroads», *University of Toronto Law Journal*, 34, 1984, pp. 117-135 (con la colaboración de R. CHARNEY); «Neo-Federalism», en J. Elster-R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; «The Common Law Constitution of John Marshall Harlan», *New York Law School Review*, 36, 1991, pp. 5-32.

26. *The Uncertain Search for Environmental Quality*, New York, Free Press, 1974; *Clean Coal/Dirty Air*, New Haven, Yale University Press, 1981; «The Uncertain Search for Environmental Policy», I y II, *University of Pennsylvania Law Review*, 120, 1972, pp. 419-503 y 121, 1973, pp. 1125-1308; «Beyond the New Deal: Coal and the Clean Air Act», *Yale Law Journal*, 89, 1980, pp. 1466-1571; «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law», *Journal of Law, Economics, Organization*, I, 1985, pp. 313-340; «Reforming Environmental Law», *Stanford Law Review*, 37, 1985, pp. 1333-1365; «Reforming Environmental Law: The Democratic Case for Market Incentives», *Columbia Journal of Environmental Law*, 13, 1988, pp. 171-199.

27. *Economic Foundations of Property Law*, New York, Little Brown, 1975 (fue el editor del libro); «The Jurisprudence of Just Compensation», *Environmental Law*, 7, 1977, pp. 509-519; «The Marketplace of Ideas», *Yale Law Journal*, 89, 1981, pp. 1131-1148; «Cost Benefit and the Constitution», en NOLL, R. (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, 1985, pp. 351-357; «Deux Sortes de Recherches en Droit et Economie», *Revue de la Recherche Juridique: Droit Prospectif*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986; «Law, Economics and the Problem of Legal Culture», *Duke Law Journal*, 6, 1986, pp. 929-947.

y Propiedad Inmobiliaria²⁸ que son los ámbitos en los que él ha investigado o impartido clases²⁹.

Durante los últimos años en sus publicaciones se muestra un interés por el estudio y el análisis de las cuestiones relacionadas con la teoría de la justicia, su fundamentación y su justificación dentro de estado liberal-democrático. Mi intención en este trabajo es poner de relieve cuál ha sido y es la aportación de B.A. Ackerman al actual debate sobre la teoría de la justicia en el ámbito cultural angloamericano.

III. CONTEXTO INTELECTUAL

Como se ha dicho en los años setenta los estudios sobre la justicia experimentaron en los países de habla inglesa, especialmente en los Estados Unidos, un extraordinario desarrollo. El impulso inicial lo dio, como es sabido, la obra de J. Rawls en el comienzo de la década cuando publicó su conocida *A Theory of Justice*³⁰, obra que tuvo un gran

28. «Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor», *Yale Law Journal*, 80, 1971, pp. 1093-1197; «More on Slum Housing and Redistribution Policy» *Yale Law Journal*, 82, 1973, pp. 1194-1207.

29. Su obra ha suscitado el interés de los críticos, así, por ejemplo, sus trabajos han sido criticados en todas las revistas de Derecho más importantes de los Estados Unidos y los congresos organizados por la revista *Ethics* con destacados especialistas para estudiar dos de sus obras *Social Justice in the Liberal State*, *Ethics* 93/2, pp. 329-390 y *We the People*, *Ethics* 104/3, pp. 446-535.

30. No me parece oportuno volver a exponer, aunque sea en líneas generales, las tesis de este autor. Para esto puede consultarse la siguiente bibliografía que sin ser exhaustiva, sí es orientativa. BARRY, B.M., *The Liberal Theory of Justice. A Critical Examination of the Principal Doctrines in a Theory of Justice by John Rawls*, Oxford, Clarendon Press, 1973; WETTSTEIN, R.H., *Über die Ausbaufähigkeit von Rawls' Theorie der Gerechtigkeit: Vorüberlegungen zu einer möglichen Rekonstruktion*, Basel, Social Strategies Publishers Cooperative Society, 1979; WELLBANK, J., *John Rawls and his Critics. A Annotated Bibliography*, New York, Garland Pub., 1982; INTROVIGNE, M., *I due principi di giustizia nella teoria di Rawls*, Milano, Giuffrè, 1983; PAPA, E.A., *The Philosophical Interest of Rawls' Theory of Justice*, Ann Arbor, University Microfilms International, 1983; REX, M., *Rawls and Rights*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 1985; DANNIELS, N. (ed), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, New York, Basic Books, 1974; POGGE, TH. W.M., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989; KUKLATHAS, CH., *Rawls: A Theory of Justice and Its Critics*, Stanford, Stanford University Press, 1990; MURPHY, C.F., *Descent into Subjectivity: Studies of Rawls, Dworkin, and Unger in the Context of Modern Thought*, Wakefield, N.H., Longwood Academic, 1990; MARTÍNEZ GARCÍA/J.I., *La Teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, CEC, 1985; VALLESPÍN OÑA, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, cit.; WOLFF, R.P., *Understanding Rawls*, New Jersey, Princeton University Press, 1977; RUBIO CARRACEDO, J. *La utopía ética del Estado justo: De Platón a Rawls*, Valencia, Ed. Rubio Esteban, 1982; JIMÉNEZ REDONDO, M., *Constructivismo. Rawls, Nozick*, Valencia, Facultad de Filosofía y CC.EE., 1983; GONZÁLEZ SOLER, M.D., *Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Madrid, UCM, 1985;

eco tanto en el ámbito cultural anglosajón, como en todo el mundo ³¹. Algunos dijeron que era la obra más importante escrita en lengua inglesa desde los trabajos de J.S. Mill o H. Sidgwick. Las tesis expuestas por J. Rawls en su trabajo, en general, obtuvieron el reconocimiento de todo el mundo intelectual ³².

Unos años más tarde, como es sabido, R. Nozick criticó las tesis de J. Rawls. A partir de ese momento la discusión sobre la justicia se vio enriquecida con los aportes de los citados F. Hayek, D. Rae, R. Dworkin, etc. que fueron poco a poco configurando, tanto el debate como el objeto de estudio y sentaron las bases para construir una teoría de la justicia para «una sociedad en crisis», en acertada expresión de M.A. Rodilla.

En los primeros años de la década de los ochenta el debate sobre la justicia adquiere carta de naturaleza académica y es un *tópico*, en el sentido anglosajón del término ³³. Coincidiendo con los diez años de la publicación de la famosa obra de J. Rawls, B.A. Ackerman, siguiendo un planteamiento liberal, publicó su libro *Social Justice in the Liberal State* ³⁴. En este trabajo entra de lleno en el problema o el conjunto de problemas que tenía planteado el debate sobre la justicia. El focaliza su atención en un punto importante: la justa distribución de los escasos bienes que existen en el mundo ³⁵, tal como se ha dicho, es la intención de todos los autores.

AGRA ROMERO, M.J., *J. Rawls: El sentido de Justicia en una sociedad democrática*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1985; COMMANDUCCI, P., *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Torino, G. Giappichelli, 1984; BREHMER, K., *Rawls 'Original Position' oder Kants 'Ursprünglicher Kontrakt'*, Meisenheim, Forum Academicum Verlag, 1980; INTROVIGNE, M., *I due principi di Giustizia nella Teoria di Rawls*, Milano, Giuffrè, 1983; GONZÁLEZ ALTABE, M.A., *John Rawls. Una concepción política y liberal de la justicia*, Iria Flavia-Padrón, Novo Século, 1993.

31. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *La Teoría de la Justicia en John Rawls*, cit., pp. 7-8.

32. Como ejemplo puede verse la bibliografía que sólo un lustro más tarde publicó la revista *Political Theory* en la que contenía más de doscientos títulos escogidos sobre la obra de J. RAWLS. En la actualidad debe haber miles de trabajos sobre su pensamiento. Véase también RODILLA, M.A., «Presentación», en RAWLS, J., *Justicia como equidad Materiales para una teoría de justicia*, Madrid. Tecnos. 1986, p. IX.

33. Cfr. HYDE, A., «Is Liberalism Possible?», *New York University Law Review*, 57, 1982, pp. 1031-1032; CORTINA, A., «Ética al cabo de la calle», *ABC Cultural* n.º 153, 7 de octubre de 1994, p. 59. En un tono divulgador, no exento de rigor, expone las líneas maestras de por dónde ha discurrido la discusión sobre la justicia en el mundo anglosajón tras las tesis formuladas por J. RAWLS.

34. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven-London, Yale University Press, 1980. Existe una reciente traducción al castellano hecha en el Centro de Estudios Constitucionales.

35. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 3.

Pero esta reflexión es fruto de una tendencia general que se produce en el mundo anglosajón. Ya he citado algunos actores del drama, pero conviene explicar algo más del contexto en el que germina el pensamiento de B.A. Ackerman. El sueño de la existencia y mantenimiento de un progreso económico ininterrumpido en el mundo occidental, se derrumbó como un castillo de naipes. En consecuencia, a mediados de los años setenta se habla de la crisis del sistema capitalista, de la auto-destrucción del mismo porque no existen unas bases morales sólidas que lo sustenten y justifiquen ³⁶.

Fruto de esta crisis es la escasez material a la que se ha aludido, que tuvo (se puede afirmar que sigue teniendo) unos efectos sociales importantes ³⁷. Algunos autores se dieron cuenta de que había que rectificar el rumbo y proponer soluciones que se desarrollen dentro de una corriente de pensamiento, que se ha denominado por algunos críticos, como «liberalismo solidarista» ³⁸, cuya pretensión es replantear el problema de una más justa distribución de los bienes en la sociedad.

B.A. Ackerman va a intervenir de lleno en esta amplia polémica asumiendo de un lado, que esto sólo se puede conseguir en un estado liberal-democrático y, de otro, admitiendo la preeminencia de la justicia sobre cualquier otro valor social y moral ³⁹. La postura liberal de B.A. Ackerman está próxima a los planteamientos contractualistas que han tenido diversos desarrollos en el mundo anglosajón ⁴⁰. Pero se diferencia de estos autores en que él intenta, desde la perspectiva y con la metodología de un jurista, una defensa de la sociedad liberal y democrática. No concibe otra forma de organización social que no sea esa, esto es, una sociedad que limita la acción del Estado, propugna la defensa de los derechos individuales y consagra la participación —en condiciones de libertad e igualdad— de los ciudadanos en el gobierno de la comunidad política ⁴¹. ¿Cuál es el método que se debe utilizar para

36. Cfr. HIRSCH, F., *Social Limits to Growth*, London, Routledge & Kegan Paul, 1977, pp. 20 y 41-42; PATRICK HUBBARD, F., «Justice, Limits to Growth and an Equilibrium State», *Philosophy and Public Affairs*, 7/4, 1978, pp. 326-345.

37. Cfr. HIRSCH, F., *Social Limits to Growth*, cit., pp. 20-23 y HIRSCHMAN, A.O., «Rival Interpretation of Market Society. Civilizing Destructure or Feeble?», *Journal of Economic Literature*, 1982, pp. 1468-1471.

38. Cfr. PARIJS, P. VAN, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona. Ariel. 1993, pp. 200-202.

39. Estos aspectos han sido puestos de relieve por C. ROSENKRANTZ, el estudio preliminar a la edición española de la obra de ACKERMAN, B.A., *Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid, CEC, 1993, pp. 11-32, citado «Introducción . . . ».

40. Cfr. además de la conocida obra de R. RAWLS, los trabajos de GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986 y HARSANYI, J.C., *Essays on Ethics, Social Behavior and Scientific Explanation*, Dordrecht, Reidel, 1976 y *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.

41. Cfr. ROSENKRANTZ, C., «Introducción . . . » cit., pp. 17-18.

llegar a conseguir el ideal de B.A. Ackerman? No ve otra forma que el diálogo que es el medio más adecuado para llegar a una justa distribución de los escasos recursos y que haga realidad las ideas básicas del liberalismo político. Diálogo como se verá que debe ajustarse a tres condiciones: racionalidad, coherencia y neutralidad. De esta forma B.A. Ackerman cree que puede ofrecer una alternativa a las posturas utilitaristas, pragmáticas⁴² y contractualistas que han dominado y dominan el pensamiento anglosajón y puede llegar a justificar su posición liberal.

IV. LA FORMULACION DE UNA TEORIA DE LA JUSTICIA

Desde mi punto de vista, el eje central sobre el que giran las reflexiones de B.A. Ackerman es el intento de llegar a construir una teoría de la justicia que tenga una dimensión social, un valor específico que pue-

42. La bibliografía sobre el utilitarismo y el pragmatismo anglosajón es muy amplia, cito sólo algunas de las obras más conocidas REGAN, D., *Utilitarianism and Cooperation*, Oxford, Clarendon Press, 1980; HODSON, D.H., *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, Clarendon Press, 1967; MORESO, J.J., *La teoría del Derecho en Bentham*, Barcelona, PPU, 1992 en las páginas 389-432; BRINT, M., *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Westview Press, 1991; FREY, R.G. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Blackwell, 1985; GUEST, S., «Utilitarianism, Economics and the Common Law», *Otago Law Review*, 67, 1983, pp. 645-597; LYONS, D., *Form and Limits of Utilitarianism*, Oxford, Clarendon Press, 1965, «Legal Formalism and Instrumentalism. A Pathological Study», *Cornell Law Review*, 66, 1981, pp. 379-393; QUEVEDO, S.M., «Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory», *California Law Review*, 73, 1985, pp. 119-157; QUINTON, A., *Utilitarian Ethics*, London, MacMillan, 1973; RICHARDS, D.A.J., «Instrumentalism and American Legal Theory», *Journal of Legal Education*, 34, 1984, pp. 549-551; SMART, J.J.L.-WILLIAMS, B., *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973; SMITH, S.D., «The Pursuit of Pragmatism», *The Yale Law Journal*, 100, 1990, pp. 409-449; SUMMERS, R.S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, «On Identifying and Reconstructing a General Legal Theory», *Cornell Law Review*, 69, 1984, pp. 1014-1046; SEN, A.-WILLIAMS, B., *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Harvard University Press, 1979; PRENDES GARCÍA, B., *Jeremy Bentham: política y Derecho los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid, CEC, 1988; VV.AA., *Bentham et l'utilitarisme moderne*, Wetteren, Universa, 1982; HOFFE, D., *Einführung in die utilitarische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte*, München, C.H. Beck, 1975; GERARD, P.-OST, F.-KERCOVE, M. VAN DER (eds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles. Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987; SHENG, C.L., *A New Approach to Utilitarianism. An Unified Utilitarian Theory and Its Application to Distribute Justice*, Dordrecht, Kluwer, 1991; SCHWARTZ, B., *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985; DUGUIT, L., *El pragmatismo jurídico*, Madrid, Francisco Beltrán, 1924; ATIYAH, P.S., *Pragmatism and Theory in English Law*, London, Stevens & Sons, 1987; LOFFELHOLZ, T., *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus. Eine Kritische Studie*, Meisenheim am Glan, Anton Hain KG, 1961; BRINT, M., *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Westview Press, 1991; MILLS, C.W., *Sociology and Pragmatism. The Higher Learning in America*, New York, Oxford University Press, 1966; BRANDT, R.B., *Morality, Utilitarianism, and Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, especialmente pp. 111-212 y 315-387.

da y deba estar en tensión con otros valores que actúan y configuran la sociedad. Por otra parte, intenta rescatarla de la abstracción, de la formalidad y del puro procedimiento. Pero a la vez no limita el estudio de la justicia a la consideración analítica y afirma que más que un concepto objeto de análisis —esto lo había puesto de relieve J. Rawls— la justicia está implicada con la legitimación del poder⁴³, las desigualdades sociales y con la distribución y asignación de bienes, recursos, cargos, etc. que son limitados y, al mismo tiempo, deseados por muchos, por tanto, materialmente existe una incapacidad para satisfacer toda la demanda.

Dentro de la amplísima tradición liberal de la justicia, si nos atenemos sólo al contenido, se pueden distinguir dos grandes tendencias⁴⁴. La que considera la justicia como beneficio mutuo, cuyo representante más destacado es el filósofo D. Gauthier⁴⁵. En esta corriente una regla justa se concibe como una regla por la que cada uno puede someterse en nombre de su interés personal, aunque sea a largo plazo. Esta tendencia se opone a aquella otra que concibe la justicia como imparcialidad y que considera una regla justa aquélla que es compatible con tener en cuenta de manera igual los intereses de todas las partes. Metodológicamente ambas son constructivistas porque recurren a la introducción de modelos o situaciones hipotéticas razonadas en las que las elecciones o decisiones de todos los autores son necesariamente justas. Sin embargo, en la primera, aquélla que propugna el beneficio mutuo, el enfoque constructivista consiste en elaborar un proceso adecuado de negociación. Esta toma la forma de una teoría en dos etapas. En primer lugar, se trata de especificar la base de comparación no cooperativa considerada pertinente, el estado de naturaleza, o cualquier otra situación. En segundo lugar, se intenta determinar el excedente debido a la cooperación, por ejemplo, los términos del contrato. Por su parte, la segunda que defiende la tradición de la imparcialidad, el enfoque constructivista consiste en construir una situación que incorpore una condición de universalidad⁴⁶.

43. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 1-2.

44. Cfr. Las ideas han sido tomadas, con alguna rectificación, de la obra de PARIJS, P. VAN, *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., p. 209.

45. Su obra más conocida es *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

46. Cfr. las interesantes precisiones de GIL CREMADES, J.J., «Razón práctica y razón jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17, 1977, pp. 23-24, referido a J. HABERMAS; DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 30-33; VALLESPÍN OÑA, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, cit., p. 89; CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 165-178.

Esta última vía de interpretación entre los juristas, hasta donde lleguen mis noticias, ha sido asumida por B.A. Ackerman, para quien la condición citada se manifiesta por medio del diálogo intersubjetivo, en el que cada uno expresa sus puntos de vista personales, y los somete al contraste con otros, en un diálogo libre de dominio. De esta forma cree haber llegado a descubrir el método capaz de generar principios generales de justicia que le permite ofrecer un camino para solucionar —o llegar a solucionar— los problemas de la distribución en el estado liberal democrático, mediante la presentación, como él dice, de la tradición liberal de una forma más genuina de lo que lo hicieron los partidarios de la utilidad y el contrato social ⁴⁷.

Es conveniente detenerse un poco en cómo B.A. Ackerman considera la relación entre justicia y liberalismo ⁴⁸. Ya se ha dicho que B.A. Ackerman lleva a cabo una revisión de los principios del liberalismo. Él trata de desarrollar el liberalismo no sólo como ideología política, sino también como un auténtico motor de la revolución social ⁴⁹. Tal pretensión parte de un análisis de la situación política y social en la que vivimos. Se observa que se está haciendo un esfuerzo grande, por distintos caminos, para corregir y superar las injusticias y poder llegar a construir, en primer lugar, un ordenamiento jurídico basado en los principios de justicia, igualdad y libertad que, como es sabido, propugnó el liberalismo y, en segundo término, que dicho orden jurídico sea firme y estable. De esta forma se logrará llevar a término la revolución liberal que llevará a cabo esta tarea mediante la reelaboración de la noción de justicia distributiva, combinada con la promoción de las condiciones materiales y culturales que favorezcan y garanticen el ejercicio de la libertad y de la igualdad ⁵⁰.

Por tanto la primera condición que B.A. Ackerman exige para que se realice la revolución liberal es precisamente la corrección de los defectos de una mala distribución de las riquezas, si no se llega a rectificar esta situación el ideal político basado en la participación se convertirá en una broma, en un hazmerreir que no podrá vertebrar la sociedad ⁵¹.

47. Cfr. CAMPBELL, T., *Justice*, cit., pp. 98-99.

48. Un desarrollo exhaustivo de lo que ha supuesto el liberalismo en la filosofía moral, política y jurídica no es pertinente. A modo de ejemplo pueden consultarse las obras de SANDEL, M.J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; SHWARTZ, P., *Bases filosóficas del liberalismo*, Madrid, Instituto de España, 1984; RAWLS, J. *Política Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 y FARRELL, M.D., *La filosofía del liberalismo*, Madrid, CEC, 1992; ROSENKRANTZ, C., «Introducción...», cit., pp. 11-32 y la bibliografía citada.

49. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 1.

50. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., pp. 3-4 y 9-10.

51. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 11.

El autor ve que la única forma de llevar a buen término este proyecto es mediante «la realización social de la justicia» (*social justice*) y ésta se concreta en primer término, en una justa y equilibrada distribución de los bienes y recursos, con el fin de obtener de forma individual un crecimiento y un desarrollo adecuado a las aspiraciones de cada uno ⁵². Precisamente éste constituye uno de los retos actuales más importantes para llegar a combinar la gran diversidad de las aspiraciones de los hombres sin suprimir, ni prescindir de ninguna de ellas.

La visión de la justicia que propone está basada en unas reglas del Derecho que consigan para todos los ciudadanos de forma efectiva una garantía de ser igualmente diferentes y mantener el ejercicio de su libertad, por ejemplo, para formalizar contratos y crear asociaciones. Esto es lo que pretende garantizar el orden jurídico, social y político liberal a los ciudadanos, y además, que ellos mismos puedan aportar su colaboración mutua con otros, dentro de una organización social justa ⁵³. Con esta declaración de principio B.A. Ackerman pretende, como tarea prioritaria, sentar las bases para establecer la justicia y la igualdad social en la sociedad y de esta forma, llegar a superar los problemas que las sociedades han sufrido históricamente ⁵⁴.

En la coyuntura histórica actual, el liberalismo debe tomar la iniciativa de los cambios que se están produciendo, de las transformaciones sociopolíticas y económicas para reorganizar la sociedad en la que se pueda encontrar una participación auténtica de todos sus miembros ⁵⁵, el ejercicio real de la libertad y la efectiva realización social de la justicia ⁵⁶.

52. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 12. En las páginas 19 y 20 acusa a sus compatriotas de no estar convencidos de las posibilidades de este planteamiento y critica la postura que mantiene M.J. SANDEL en su obra *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

53. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 24.

54. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., pp. 26-27 y *We the People. Vol. I, Foundations*, cit., capítulos 9-11 en los que hace una crítica a la mala distribución de la riqueza en los Estados Unidos de América, a la postura de los neoconservadores y liberales y propone un cambio social y político en nombre de la justicia.

55. Por ejemplo, se está refiriendo a todos los fenómenos acaecidos en la llamada Europa Oriental después de la caída del Muro de Berlín.

56. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., pp. 32 y 44. La libertad se manifiesta sobre todo, de un lado, en la tolerancia religiosa y, de otro, en el rechazo al nacionalismo xenófobo que excluye la participación de algunos individuos en la vida social. La justicia se concreta en la justa distribución de la riqueza tanto en el ámbito nacional como en el internacional, véanse las páginas 64-66 de la citada obra. En otra obra suya *We the People Vol. I, Foundations*, cit., p. 319, propone que se realice una transformación de la sociedad en sus aspectos sociales, económicos, culturales y políticos poniendo como fundamento a la justicia. Se puede hacer una sociedad más justa, más integrada, en la que las distintas situaciones, tendencias, aspiraciones de los individuos se vean realizados.

En la búsqueda de una forma política que garantice la justicia hay que llegar al convencimiento o reconocimiento de que «la búsqueda de la justicia perfecta está más allá de las capacidades humanas»⁵⁷. A lo más que se puede aspirar es a la realización social de la justicia —una distribución de bienes— y a una cierta igualdad para todos, que será la forma que tendrá un sistema político liberal para mostrar a los ciudadanos que puede hacerse justicia y no llenarse la boca con promesas difíciles de cumplir, cuando no utópicas⁵⁸. Por tanto, «el reto está en hacer justicia a las víctimas de las grandes injusticias, sin sacrificar la maravillosa oportunidad de construir un sistema constitucional capaz de ofrecer un futuro mejor, en el que los miedos del pasado seguirán siendo crueles, pero muy lejanos en la memoria»⁵⁹.

Así, B.A. Ackerman, sin abandonar el propósito de llegar a conseguir el mínimo de justicia en la sociedad que se propone, intenta llevar a cabo su proyecto mediante «un diálogo neutro sometido a reglas que imponen no sólo un respeto igual hacia las diferentes concepciones de la vida buena, sino también a las exigencias de no considerar que alguien valga menos que otro»⁶⁰. La originalidad de B.A. Ackerman consiste en creer que el diálogo —una disputa sobre la justicia de lo bienes que tienen que ser repartidos y adjudicados a una persona— puede generar una serie de principios de justicia. El éxito de este método consistirá en sentar los principios en los que se basará la justa distribución. En esencia, estos principios mantienen que toda la riqueza, bienes y recursos podrían distribuirse de forma igual mediante la apelación a una situación originaria que se resume en un diálogo constreñido o mediatizado por el principio de neutralidad.

V. EL METODO: EL DIALOGO

Este punto es esencial para entender todo el pensamiento de B.A. Ackerman. El ha vuelto una y otra vez a plantearse qué significa el diálogo y su capacidad para establecer criterios de actuación justa dentro de la sociedad. O dicho con otras palabras, para él es la forma de superar al contractualismo y construir una sociedad justa⁶¹.

57. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 88. Esta afirmación recuerda la que hizo H. KELSEN en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1957, p. 3.

58. Cfr. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., pp. 91-95.

59. ACKERMAN, B.A., *The Future of Liberal Revolution*, cit., p. 98.

60. PARIJS, P. VAN, *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., p. 210.

61. B.A. ACKERMAN critica con los postulados de J. RAWLS a lo largo de su obra, por ejemplo, «Foreword: Law in an Activist State», cit., pp. 1122-1124, «Foreword: Talkind and Trading», cit., pp. 902-903.

Metodológicamente, como propuesta para llegar a una justa distribución de los bienes, su innovación reside en la fe en que el diálogo, como método para asignar y tener en posesión bienes, puede por sí mismo generar principios perdurables y operativos de justicia ⁶². Las fases de evolución de su concepción del diálogo son, desde mi punto de vista, tres. La primera, que data de los primeros años de la década de los ochenta, es su propuesta más amplia y sistemática desarrollada a lo largo de su obra *Social Justice in the Liberal State* ⁶³. La segunda es una versión de 1989, más breve en la que incluye la revisión, la corrección y la ampliación del sentido y la funcionalidad del diálogo ⁶⁴. Y la tercera, un año más tarde, en la que precisa aspectos relacionados con la Neutralidad ⁶⁵.

El diálogo es el método adecuado para llegar a una distribución de los bienes materiales escasos y limitados de que dispone la sociedad ⁶⁶ en la que, como se ha dicho, participan todos los individuos en pie de igualdad, con la única condición de que observen algunas reglas esenciales que hacen posible la convivencia. Por tanto, B.A. Ackerman desplaza el punto de atención o consideración de su teoría de la justicia. No se trata de justificar la igualdad de todos los componentes de la comunidad, sino de determinar las reglas básicas para dirigir el diálogo entre ellos, cuando se han puesto los cimientos para asentar los principios que deben conducir a que la distribución sea lo más adecuada a la igualdad y a la justicia, mediante lo que denomina *una perfecta tecnología de la justicia*.

Esta forma de entender la aplicación de la justicia puede llevarse a cabo en una comunidad de dimensiones reducidas y construida partiendo de cero, de nueva planta, porque pueden implementarse las conclusiones alcanzadas en el diálogo neutral ya que todos han participado activamente en su elaboración ⁶⁷.

La sociedad que propone no es otra que una nave espacial en la que los astronautas forman una comunidad de reducidas dimensiones, en la que todos se conocen y *tienen* que convivir. Podría verse en este experimento mental una continuidad, en clave dialógica, del contractualismo rawlsiano o de otros modelos que propugnan la existencia de un estado de naturaleza. Pero el mismo B.A. Ackerman no admite, de forma reiterada a lo largo de su obra, esta posibilidad. El autor prefiere

62. Cfr. FLETCHER, G.P., «The Wachtog of Neutrality», *Columbia Law Review*, 83, 1983, p. 2099.

63. Véase las aclaraciones que hace en el artículo citado «What is Neutral about Neutrality?».

64. Me estoy refiriendo al artículo citado «Why Dialogue?».

65. Véase el trabajo citado «Neutralities».

66. Cfr. los comentarios de HARMAN, G., «Liberalism without Foundations?», *The Yale Law Journal*, 91, 1981, pp. 397-403 y HYDE, A., «Is Liberalism Possible?», *New York University Law Review*, pp. 1032-1043.

67. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal, State*, cit., p. 21.

utilizar el diálogo, que metodológicamente es superior al contrato, como medio para determinar los valores sociales. Además el diálogo es más realista ya que admite la diversidad de cualquier clase de los individuos que viven en una comunidad político-social ⁶⁸. Por otra parte, excluye los derechos innatos o preexistentes, afirmando que «los derechos no son la clase de cosas que crecen en los árboles para ser arrancadas cuando maduran por una mano invisible» ⁶⁹, sino que son estructuras hechas por los hombres, destinadas a servir exclusivamente a los propósitos humanos. De este modo, cree haber llegado a definir un método que se puede hacer valer en la sociedad actual para solventar las disputas entre los individuos ⁷⁰.

A la luz de estas ideas generales se puede entender que el mito de la nave espacial no agote su virtualidad en el simple relato. En él se trata de fijar un paradigma de funcionamiento de la sociedad basado en el diálogo intersubjetivo para llegar a acuerdos pactados para obtener un reparto de bienes más equitativo y justo y, en consecuencia, conseguir que la sociedad funcione armónicamente. El modelo final de B.A. Ackerman es el estado de bienestar liberal democrático ⁷¹, que ha superado la ineficacia del paternalismo en el proceso de debate político ⁷². Por tanto, ante la mirada del autor aparece con claridad que los ideales del liberalismo y su encarnación o puesta en práctica en el estado liberal, pueden solventar los desacuerdos políticos que existen, lo que trata el autor es de buscar un método para poder llegar a resolver los problemas y éste no es otro que el diálogo ⁷³. El autor sentencia: dialogar es la «primera obligación del ciudadano» ⁷⁴.

68. Cfr. RAWLS, J., *Political Liberalism*, cit., pp. 10-12 y pp. 36-37; véase también, ACKERMAN, B.A., «Political Liberalisms», cit., pp. 364-367.

69. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 5.

70. Esta idea la desarrolla de una forma más extensa, desde un punto de vista estrictamente jurídico, afirmando que el diálogo puede ser semejante al que se usa en algunas formas de argumentación legal, véase ACKERMAN, B.A., *Reconstructing American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, pp. 96-100. Véase CAMPBELL, T., *Justice*, cit., p. 101.

71. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 30.

72. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 10. Véase a modo de ejemplo los trabajos dedicados al paternalismo publicados en *Doxa* 5, 1988, pp. 155-249 de los siguientes autores: E. GARZÓN VALES, P. DIETERLEN, V. CAMPS, M. ATIENZA, E. RESTA, J. LUCAS.

73. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 10: «...espero convencerle de que la idea de una conversación limitada nos proporciona un instrumento más que satisfactorio para llevar a término la empresa liberal».

74. ACKERMAN, B.A. «Why Dialogue», cit., p. 6.

Notas del diálogo

El diálogo involucra a personas en un auténtico debate sobre la distribución de bienes y, también, trata de establecer un criterio efectivo y aplicable de justicia sin tener que fundamentarlo en los derechos preexistentes, en los valores metapositivos, etc.⁷⁵. De esta forma, puede constituirse en un método útil para resolver las controversias sociales.

El diálogo debe tener una serie de notas características. La primera es **Racionalidad** que muestra el fin que persigue la construcción de B.A. Ackerman: la justificación del poder sometido a la legimitidad. Esto es, quien ostenta el poder debe justificar por qué tiene «derecho» a conseguir los medios necesarios para alcanzar el poder, frente a cualquier otro sujeto, que en principio le asiste un derecho semejante⁷⁶ y, el autor añade, que aquel que detenta el poder no puede evitar el hecho de ofrecer las razones que justifican o fundamentan esa prelación personal⁷⁷.

La segunda, **Coherencia**, se define con estas palabras: «la razón esgrimida, por el poseedor del poder, en una ocasión, no debe ser incoherente con las razones que esgrime para justificar sus otras demandas de poder»⁷⁸. Ambos principios expresan una exigencia que puede darse de forma efectiva entre las distintas posiciones que pueden enfrentarse en la Asamblea. B.A. Ackerman considera que un argumento, por extravagante que sea, puede mantenerse de forma coherente e incluso cabe la posibilidad de que se ponga en práctica⁷⁹.

Por esta razón, se podría pensar que todos los planteamientos entran dentro de la discusión. Esto no es así, porque del debate quedan excluidas algunas posiciones que se podrían considerar racionales y coherentes, pero que no están de acuerdo con el tercer principio que llama **Neutralidad** y consiste en que «ninguna razón es buena si requiere defensor de una concepción del bien que afirma ser mejor que la expresada por cualquier otro conciudadano y, por tanto, es indiferente, pues se considera intrínsecamente superior a uno o a la mayoría de

75. Aquí B.A. ACKERMAN mantiene una actitud abiertamente crítica con los planteamientos de R. DWORKIN, véase de este autor *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 131-149 y *Law's Empire*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1986, pp. 355-399.

76. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit. p. 67. Sobre el poder afirma que debe servir para la construcción de una sociedad justa y que se constituye, por lo tanto, en la capacidad para hacer cosas, véase «Neutralities», cit., p. 31.

77. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 10.

78. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 10, la traducción la he tomado de la edición de C. ROSENKRANTZ, «Introducción...», cit., p. 39.

79. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 11.

sus conciudadanos»⁸⁰. Esto implica la exclusión de cualquier juicio de superioridad moral que suponga un acceso a privilegios por parte de alguien.

Esta forma de tratar el problema muestra que el autor, de un lado, rechaza algunas exigencias previas a la relación intersubjetiva dialógica, como son los derechos superiores existentes. Por otra parte, admitir que una concepción de bien es mejor y más valiosa que la expresada por otro, quiere decir que se concibe el bien como si fueran intenciones y objetivos o fines de una persona en la vida; por tanto, debe admitirse en la relación dialógica.

Por otra parte, la independencia sobre la concepción del bien, B.A. Ackerman lo denomina «superioridad incondicionada»⁸¹, implica el rechazo de cualquier exclusión personal desde un punto de vista moral o, dicho de otra forma, exige moralmente el respeto a los individuos y, al mismo tiempo, el respeto entre ellos⁸².

Esta formulación del principio de **Neutralidad** parece implicar la exclusión de cualquier argumento que defienda un punto de vista ético o una opinión personal, que se afirme como superior *a priori* a otro. Lo que desde mi punto de vista se está proponiendo, es que la Asamblea de los ciudadanos debe asumir colectivamente un relativismo moral. Puede suceder que esto no sea posible ya que la Asamblea puede adoptar una posición moral desde el principio, pero en todo caso el relativismo debería admitirse aunque fuera solamente en las resoluciones encaminadas a dirigir la sociedad⁸³.

La consecuencia directa de este principio en la distribución es la siguiente. En primer lugar, se niega la posibilidad de alcanzar un conocimiento o certeza moral, por tanto, se puede decir que se sitúa en una postura agnóstica, que supone, en segundo lugar, la imposibilidad de justificar la distribución del *manná* basándonos en que unos juicios son mejores o superiores a otros, o bien que los bienes, las acciones, las elecciones vitales, etc. de alguien son más valiosas que otras. Lo cual implica, en tercer lugar, que no se podrá apelar a juicios de utilidad o a los derechos morales (o cualquier otro calificativo que se le

80. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 11.

81. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 44.

82. Quizás en este planteamiento se deja sentir la influencia de R. DWORKIN quien afirma que las personas tienen como derecho básico y fundamental el ser tratadas con igual respeto, véase, por ejemplo, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 275.

83. Esta exigencia tiene un alcance mayor que una simple descalificación de los requisitos impuestos mediante unas ideas morales privilegiadas. Todos estos argumentos de prioridades presuponen un elitismo epistemológico. Dicho con otras palabras, no se hacen juicios morales sobre la superioridad o la inferioridad, en todo caso, quien realice juicios morales debe intentar que los suyos sean los mejores entre todos los que se esgriman. La única alternativa para llegar a una exactitud moral es un completo agnosticismo moral. Desde esta perspectiva, la interpretación del principio de **Neutralidad** de B.A. ACKERMAN impide que los ciudadanos puedan afirmar que una concepción del bien debe ser intrínsecamente superior a otras.

ponga) prioritarios y superiores, para intentar justificar las reglas por las que se rige el diálogo y también las resoluciones alcanzadas en el mismo.

Por otra parte, el principio de **Neutralidad** no ahoga la libertad individual, incluso B.A. Ackerman afirma que cada uno es libre de cometer sus errores. Lo cual significa que cada cual se propone y elige su propia concepción de lo bueno incluso como él dice, si eso significa «ir al infierno siguiendo su propio camino»⁸⁴. La comunidad realiza una valoración dependiendo de cómo estén garantizados los derechos individuales, con indiferencia de lo que los demás puedan pensar de él⁸⁵. Pero el autor se pregunta si las personas están suficientemente formadas, informadas y preparadas para llevar a cabo un plan de vida que sea coherente y racional⁸⁶.

La **Neutralidad** sobre la que vuelve una y otra vez, en su obra *Social Justice in the Liberal State* mediante diálogos simulados, se reduce en muchas ocasiones a que yo soy tan bueno como tú, frase ambigua pero que se refiere tanto a las cualidades e ideas morales del individuo, como a su mérito como autor de un plan de vida racional. Esto supone el rechazo del «mérito moral superior»⁸⁷, o la superioridad moral⁸⁸ como un bien «especialmente debido»⁸⁹, o para ser considerada como «una persona mejor»⁹⁰, con el fin de trazar e imponer un plan de vida personal.

VI. LOS BIENES DISTRIBUIBLES Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Este último aspecto de la teoría de B.A. Ackerman tiene una gran importancia. En este apartado se expondrá la forma de llegar a acuerdos entre los individuos con el fin de construir una sociedad justa, que es tanto como decir la más adecuada a las aspiraciones de libertad e igualdad de las personas.

El primer aspecto, aquello que es objeto de distribución, lógicamente, tienen que ser todos los bienes y los recursos, ambos muy limitados y sometidos a una gran demanda. Este fue un problema que abordó en sus primeros trabajos sobre la forma de regular el mercado de la vivienda para llegar a conseguir una distribución de las casas entre las personas más desfavorecidas económica y socialmente⁹¹. De

84. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 377.

85. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 366.

86. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 11-12 y 368.

87. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 374.

88. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 91.

89. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 55.

90. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 57.

91. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor» y «More on Slum Housing and Redistribution Policy».

este modo, B.A. Ackerman muestra su interés en conseguir una cierta igualdad en un tipo de bien que todos apetecen y cuya consecución es difícil.

Una vez que B.A. Ackerman madura su teoría, va a desarrollar un paradigma que pretende ser una respuesta válida a la situación social y económica de un estado liberal actual. Este no es otro que su mito de la nave espacial utilizado como método para explicar en qué consiste su consideración de la justicia y, a la vez, supone una crítica al planteamiento contractualista.

Imagina una situación ideal de unos colonos que viajan en una nave espacial con el fin de colonizar otro planeta. En el vehículo sólo llevan una sustancia muy valiosa y totalmente adaptable a las necesidades de cada individuo, que el autor denomina como *manná*⁹². Los viajeros tienen —se da por supuesto— el propósito de distribuir este recurso entre ellos para vivir.

Con el ejemplo, B.A. Ackerman muestra que sólo una comunidad organizada debe distribuir los bienes y que éstos pueden y deben adaptarse a las necesidades de los individuos. Entre los bienes distribuibles se encuentran también las capacidades genéticas, la educación⁹³ e incluso el derecho a usar uno su propio cuerpo⁹⁴.

Todos estos medios de subsistencia deben ser distribuidos de forma igual. En el discurso, el *manná* es un elemento que sirve para ilustrar la correcta distribución a la que se puede llegar entre los individuos. Pero entre ellos, incluso en una comunidad política de reducidas dimensiones, existen distintos criterios sobre qué es o qué se entiende sobre una distribución igual y la forma de hacerla. B.A. Ackerman se muestra partidario de alcanzar una distribución igual desde el punto de vista material⁹⁵.

Con esto se llega al punto nuclear de la teoría: la justificación de la igualdad en la distribución de bienes materiales⁹⁶. El problema estriba en justificar dentro de la sociedad que se atiendan las demandas

92. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 24-31.

93. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit. p. 4.

94. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 15.

95. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 49-59. Cuando se plantea el problema de las personas con incapacidades físicas importantes, ésta debe ser compensada mediante la asignación de una parte mayor de los recursos y los bienes disponibles, p. 130. Véase PERRY, M.J., «A Critique to the Liberal Political-Philosophical Project», *William and Mary Law Review*, 28/2, 1987, pp. 221-223.

96. Según el planteamiento de B.A. ACKERMAN en *Social Justice in the Liberal State*, cit., cada uno comienza su vida bajo iguales condiciones materiales (pp. 221-222) e incluso tiene la misma educación que lo prepara para el desarrollo de la vida en la sociedad dentro del libre intercambio de bienes, propiedad, recursos, etc. (pp. 139-200). Lo que sucede es que a lo largo de la vida, a causa de las decisiones personales que cada uno libremente toma, unos perderán todo y otros serán muy ricos (p. 201).

de una persona o todas las demandas de todos los individuos. B.A. Ackerman evita las formas de resolver este problema que en la filosofía política contemporánea están más en boga: el contractualismo rawlsiano⁹⁷, la teoría de libertaria defendida por R. Nozick⁹⁸, el consecuencialismo⁹⁹, el análisis económico del derecho, la teoría de la eficiencia y el constructivismo¹⁰⁰. Metodológicamente, B.A. Ackerman mantiene que el diálogo es suficiente por sí mismo para legitimar o deslegitimar cualquier forma de distribución y de posesión de bienes. El diálogo puede llevar a la verdad. La gran ventaja que tiene este procedimiento es que se enraiza en el proceso vital, sin necesidad de acudir a los observadores imparciales, ni a la maximización de la utilidad o bien a contratos hipotéticos basados en una situación original¹⁰¹ y sirve para resolver los problemas de distribución de bienes y alcanzar la armonía social¹⁰².

Desde el punto de vista histórico, el autor ve reforzada su tesis al afirmar que las personas han dialogado entre ellas desde el principio, pero lo lamentable es que no han llegado a un acuerdo, a un mínimo consenso, sobre la legitimidad de los bienes que poseen o que les han sido asignados¹⁰³. De esta forma el autor pretende establecer unos principios útiles para realizar un reparto de los bienes justo, mediante lo que él mismo denomina «una perfecta tecnología de la justicia»¹⁰⁴. Incluso ha llegado a plantear que se imponía un esfuerzo por hacer justicia de una forma diferente ya que la actual ha provocado no pocos recelos y, con frecuencia, ha sido calificada de inmoral. Por tanto, se trata de construir un nuevo lenguaje del Derecho con el fin de que se adapte a las aspiraciones de los ciudadanos. La forma de lograrlo es mediante la discusión, la puesta en común de los puntos sobre los que se asientan nuestras ideas¹⁰⁵.

97. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., entre otros lugares, pp. 135-136, 222-225, 266-272, 322-324, 336-342 y 352-354; «Foreword: Talking and Trading», cit., p. 902-903 y «Foreword: Law in Activist State», cit., pp. 1122-1124.

98. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 185-187, 202, 221-223 y «Why Dialogue», cit., p. 11.

99. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 351-354, que pretende llegar a una solución basada en la igualdad.

100. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 181-183 y 197-199; «Law, Economics and the Problem of Legal Culture», cit. pp. 930-939 y «Foreword: Law in an Activist State», cit., pp. 194-1120.

101. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 327.

102. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Foreword: Taking and Trading», cit., pp. 902-903.

103. Cfr. GUARIGLIA, O., «El concepto normativo de "persona" y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática», *Doxa*, 13, 1993, especialmente, pp. 116-121.

104. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 22 y pp. 174-177, en las que expone la necesidad de llegar a alcanzar una comunicación perfecta para que las partes estén informadas en el momento de la toma de decisiones.

105. ACKERMAN, B.A., «Foreword: Law in an Activist State», cit., pp. 1084-1086.

En la sociedad no se dan las condiciones necesarias para que sea justa o llegue a una adecuada y equilibrada distribución de bienes ¹⁰⁶, por esa razón, ante la imposibilidad ya citada de llegar a una efectiva realización social de la justicia, se crea un paradigma que muestre una forma de construir esa sociedad.

En el modelo teórico uno de los problemas más complicados de resolver, como se ha dicho a lo largo del trabajo, es la distribución de bienes y recursos ¹⁰⁷. La opción por un mundo ideal es relativamente fácil y cómoda puesto que la aplicación de las normas y de los procedimientos establecidos para el caso concreto no encuentran ninguna oposición, o si existe el problema se solventa llegando a un acuerdo entre los miembros de la sociedad ¹⁰⁸. De ahí que el modelo sirva como paradigma, pero de él no se puede pasar a la vida real sin solución de continuidad ¹⁰⁹.

Una vez más ha de volverse al problema central: la implantación de unos criterios de distribución que sean justos. Para ello el primer requisito es la igualdad que exige que se respeten estos aspectos: a) los individuos son moralmente autónomos; b) que nadie puede decir que los valores de unos son menos importantes o de «mejor calidad» que los de cualquier otro y c) que todos tienen los mismos derechos a reclamar la posesión de los bienes escasos ¹¹⁰.

106. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 28, entre las condiciones que cita cabe destacar: la falta de dominación genética, recibir una educación liberal que le capacite para el ejercicio de sus derechos y la asunción de sus obligaciones, la igualdad natural en el comienzo de la vida, el libre intercambio de bienes, títulos de propiedad, etc. realizados en una red de transacciones flexibles, la transmisión de generación en generación del poder o de la organización del mismo basada en una filosofía liberal, etc.

107. Sobre los cargos, para B.A. ACKERMAN no es un problema muy importante, de hecho en el diálogo la comandante «es la teatralización de la idea de Estado como un mero *umpire* opuesto tanto a la idea del Estado como realizador de empresas colectivas, como a la idea del Estado como expresión de una identidad supraindividual», ROSENKRANTZ, C., «Introducción...», cit., p. 17.

108. La bibliografía sobre la utopía es muy amplia, a modo de ejemplo puede consultarse el libro *Utopía y las utopías*, El Escorial, Asociación Cultural Hispano-Norteamericana, 1975; MARAVALL, J.A., «El pensamiento utópico y el dinamismo de historia europea», pp. 5-37; TORNOS, A., «Estructura antropológica de lo utópico», pp. 39-61; RIBAS PIERA, M., «La ciudad imposible», pp. 89-115 y MANUEL, F.E., *Utopías y Pensamiento Utópico*, Madrid, Espasa Calpe, 1982, en el que recoge colaboraciones de destacados especialistas abarcando distintos campos del saber en los que se ha puesto de manifiesto la necesidad o el rechazo de la utopía.

109. Este problema ha sido visto, entre otros, por CAMPBELL, T., *Justice*, cit., al señalar los límites del diálogo pp. 113-116 y el intento de trasladar los principios expuestos en el paradigma al contrato pp. 117-121 y por FLETCHER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», cit., pp. 2110-2113.

110. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 58-62.

Con estos criterios se puede llegar a una distribución equitativa de los bienes, a pesar de las grandes diferencias que separan a una persona de otra, puesto que se llegará a alcanzar acuerdos sobre lo que se desea sin caer en el uso ilegítimo del poder o la imposición por la fuerza. Esto es fundamental para que el proceso dialógico tenga éxito ¹¹¹.

La igualdad en la distribución se fundamenta en la Neutralidad, por tanto, cualquier desigualdad es incompatible con ella ¹¹². La cuestión que queda sin resolver cómo se justifica o en qué se fundamenta la asignación de un bien concreto a una persona, o dicho con otras palabras, cómo se llega a tener un título de propiedad sobre algo. Parece que la única respuesta posible es que tal adjudicación está basada en los méritos intrínsecos iguales de cada persona, por tanto los bienes y recursos se tendrían que distribuir en partes proporcionales al mérito de los demandantes ¹¹³, pero esta solución quiebra el principio de Neutralidad. La argumentación que da B.A. Ackerman para salvar este escollo es que la distribución debe ser igual entre los demandantes, porque una persona «A» es tan buena como otra «B», la concepción de bien de «A» es tan buena como la de «B» ¹¹⁴. Según han visto algunos autores, esta solución no es congruente con los postulados básicos sobre los que se asienta la teoría de B.A. Ackerman ¹¹⁵.

La solución a este problema en la obra de B.A. Ackerman es la siguiente: toma la decisión la Asamblea de los ciudadanos y para ellos lo que pesa será la calidad de los argumentos que una u otra parte puedan dar, de esta forma prevalecerá quien mejor use el lenguaje persuasivo-impresivo para convencer al auditorio de que sus razones son más racionales, coherentes y neutrales y, por consiguiente, las mejores para proceder a la asignación de un bien o un recurso con el que mejorar la calidad de vida, de este modo, aunque todos tengan igual derecho, sólo uno puede recibirlo ¹¹⁶.

111. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 182.

112. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 55-58.

113. Cfr. FLECHTER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», cit., p. 2108.

114. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 57-58.

115. Cfr. HARMAN, G., «Liberalism without Foundations?», cit., pp. 397-398 y PERRY, M.J., «A Critique to the Liberal Political-Philosophical Project», cit., pp. 222-223.

116. La pregunta sobre si el lenguaje es una técnica, en el sentido clásico del término, o un instrumento para la dominación e imposición de la voluntad de un sujeto sobre otros, es antigua. El lenguaje es el medio que usan los hombres para dar a conocer las cosas, los conceptos, los sentimientos, los deseos, etc., en suma, sirve para establecer la comunicación entre ellos. De esta forma el lenguaje se define como un medio para alcanzar fines. Pero el lenguaje corre el riesgo de desviarse de estos fines, es decir, desconectarse de la realidad y de la verdad. En este caso el uso correcto del lenguaje se hace imposible y la comunicación se desvirtúa y se descontrola. El lenguaje pasa a ser un arma ofensiva en la lucha de unos hombres contra otros. Los efectos del lenguaje desvirtuado son monstruosos. El interés se centra en agrandar y complacer los instintos del hombre mediante un plan de actuación calculado, que se aplica con toda su fuerza en el momento oportuno. El dominio de lenguaje lleva a los hombres a inclinarse ante los que manejan el arma de la retórica. La voluntad humana queda anulada ante el tremendo poder del lenguaje. Es la claudicación absoluta de la voluntad ante una razón apetecible e insuficientemente justificada.

Pero así no está resuelto el problema, se trata, desde mi punto de vista, de una finta inútil en la que se pone de relieve que la igualdad en la distribución no puede darse basándose sólo en la Neutralidad ¹¹⁷.

De esta forma la justicia en la distribución de los bienes y la igualdad material no se pueden alcanzar, de ahí que la justicia, como dice el autor, está más allá de la capacidad humana. Por esta razón B.A. Ackerman recurre a la *second best solution*, la segunda solución óptima, como respuesta adecuada a las imperfecciones que se dan en el mundo real y en un intento de justificar unos valores, incuestionables en el modelo teórico, pero que son dudosos en el mundo en el que los hombres desarrollan su existencia ¹¹⁸, un ejemplo es la institución de compensaciones económicas a cargo del Estado, para las personas menos favorecidas genéticamente, con el fin de mantener la igualdad de riqueza inicial entre todos los miembros de la sociedad ¹¹⁹.

En trabajos posteriores ha vuelto a plantearse el problema de la justicia distributiva. De este modo, argumenta que para conseguir un bien o un recurso existen dos posibilidades: usar la fuerza, esto es arrebatar dicho bien a alguien contra su voluntad, o llegar al convencimiento personal mediante la persuasión de que no tengo derecho a algo o que sí lo tengo. En suma, depende de la existencia de los derechos de propiedad en la distribución ¹²⁰. Es evidente que el liberalismo ha intentado reiteradamente un modelo de relación dialógica que permita, a las partes implicadas en el debate político, participar de una forma neutral ¹²¹ y, de este modo, se pretende llegar a superar la falta de acuerdo sobre los valores en los que debe asentarse la vida en la sociedad ¹²². El método para llegar a esta situación es el diálogo, que debe servir para aproximar los diferentes valores de los individuos para llegar a un acuerdo realizable y que no afecte a las convicciones de cada uno ¹²³.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de toda su obra B.A. Ackerman trata de desarrollar una

117. Cfr. FLECHTER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», *cit.*, p. 2109 y PERRY, M.J., «A Critique to the Liberal Political-Philosophical Project», *cit.*, pp. 223-224.

118. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, *cit.*, pp. 21-29, 133, 186, 222-223, 233-257, 262-262, 362-364, entre otros lugares. Véase también FLECHTER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», *cit.*, p. 2104-2106, HYDE, A., «Is Liberalism Possible?», *New York University Law Review*, 57, 1982, pp. 1043-1044.

119. Cfr. ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, *cit.*, pp. 235-237.

120. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Why Dialogue?», *cit.*, p. 11.

121. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Why Dialogue?», *cit.*, p. 12.

122. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Why Dialogue?», *cit.*, pp. 13-14.

123. Cfr. ACKERMAN, B.A., «Why Dialogue?», *cit.*, pp. 16-20, el autor concluye que el diálogo no es un sueño utópico e irrealizable, se puede gobernar el mundo mediante el diálogo, éste forma parte esencial de la filosofía política pp. 19-20.

ambiciosa tesis sobre el liberalismo y la justicia, ofreciendo una definición, no analítica, de esta última, intento que ya había sido ensayado por J. Rawls. Para B.A. Ackerman la justicia está relacionada directamente con la legitimación del poder en situaciones de escasez. Poder que sirve para adjudicar los bienes y recursos a las personas. En otras palabras, la justicia debe realizarse con la justificación de la desigualdad en relación con los bienes deseados y limitados ¹²⁴.

Lo que no queda claro es en qué se basa quien (o quienes) detenta el poder legítimamente en cada situación concreta, para dar a uno y quitar a otro un bien al que tienen derecho. B.A. Ackerman no recurre al mérito individual para justificar la adjudicación y posterior posesión de bienes ¹²⁵, prefiere apelar al juicio o a la sentencia de un juez sabio, justo, imparcial y prudente, por tanto, la justicia se basará en un estilo o modo de juzgar, más que en la formulación de principios o criterios generales de justicia. Por esta razón, se inclina a pensar que la justicia surgirá de las decisiones que se adopten en la Asamblea —en el modelo teórico— o de entre los participantes en el diálogo dentro de una comunidad política ¹²⁶, por ello el único derecho real que tiene el hombre es su capacidad para participar en el diálogo neutral ¹²⁷.

Finalmente, B.A. Ackerman ha llevado a cabo un intento de fundamentar y de construir una teoría de la justicia sobre un modelo estatal liberal democrático, ya que sólo en él considera que están suficientemente garantizadas la libertad y la igualdad de los individuos. Pero, en mi opinión, más que llegar a ofrecer una teoría de la justicia completa, ha abierto un camino para desarrollar la noción de justicia como una decisión negociada en un tipo de sociedad política de tamaño reducido. Faltan por tanto muchos elementos para llegar a construir una auténtica

124. Cfr. CAMPBELL, T., *Justice, cit.*, pp. 99-100.

125. Actualmente en el ámbito cultural de habla inglesa se está desarrollando una teoría de la justicia basada en el mérito de las personas, véase el intento de SADURSKI, W., *Giving Desert its Due: Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, Reidel, 1985 y las críticas a B.A. ACKERMAN por parte de CAMPBELL, T., *Justice, cit.*, p. 122 y FLECHTER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», *cit.*, pp. 2111-2114.

126. Puede pensarse que existen semejanzas con el modelo de «una situación ideal de diálogo» propuesta por J. HABERMAS. A lo largo del trabajo no he citado a este autor porque pienso que existe una coincidencia tangencial y no esencial, por ejemplo, en *Social Justice in the Liberal State* sólo lo cita en una ocasión p. 10, n. 7, véase HYDE, A., «Is Liberalism Possible?», *cit.*, pp. 1034-1035. También se podrían encontrar concomitancias con «el foro de la razón» de I. TAMMELO o «el auditorio universal» de CH. PERELMAN. Véase FERRATER MORA, J., «Diálogo», *Diccionario de filosofía*, Vol. 1, Madrid, Alianza Editorial, 1981, 3.^a ed., pp. 806-808, y CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica, cit.*, pp. 169-175.

127. Cfr. HYDE, A., «Is Liberalism Possible?», *cit.*, p. 1050.

teoría de la justicia ¹²⁸, que sea aceptada por todos (sin que se considere un ideal alcanzable, sólo posible en una sociedad utópica), que sea operativa dentro de una sociedad real, concretándose en una justa, equilibrada, eficaz y ordenada distribución de los bienes y recursos entre todos los que participan en ella ¹²⁹.

128. Cfr. la crítica de FLETCHER, G.P., «The Watchdog of Neutrality», *cit.* pp. 2113-2116, en la que pone de relieve cómo en el ámbito del Derecho la teoría de B.A. ACKERMAN adolece de fallos importantes. En el mismo sentido, pero desde la filosofía moral SCANLON, T.H., «Comments on Ackerman's Private Property and the Constitution», en PENNOCK, J.R. y CHAPMAN, J.W., *Property*, de la colección *Nomos XXII*, New York, New York University Press, 1980, pp. 341-350.

129. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *La Teoría de la justicia en John Rawls*, *cit.*, pp. 12-21.

La actitud marxista ante el Estado social *

Por JOSE MARTINEZ DE PISON

Logroño

I. TRAYECTORIA DEL MARXISMO DESPUES DE MARX

El marxismo después de Marx constituye uno de los fenómenos intelectuales más interesantes y fascinantes del siglo XX y que ha tenido una incidencia más que relevante en la vida social y política de muchas naciones del planeta. Pocas corrientes de pensamiento han sido tan fecundas en sus aportaciones a un análisis profundo de la sociedad y de su dinámica como la de los herederos de Marx y, al mismo tiempo, paradójicamente ha permanecido tan esclerotizada en sus presupuestos y su formulación iniciales, salvadas contadas e insignes personalidades, como para constituir un código ideológico cerrado y críptico, impermeable, a veces, al contacto con otras reflexiones e, incluso, a los cambios sociales. Tras la muerte de Marx, «en conjunto, el marxismo como teoría filosófica general se convirtió en letra muerta o adoptó una forma ecléctica, a pesar de la gran cantidad de literatura interpretativa de las premisas principales del materialismo histórico»¹. De hecho, aún hoy, el marxismo forma toda una escolástica sólo comprensible para quien es un iniciado. Ciertamente, muchas de las apor-

* Este artículo se enmarca en un proyecto más amplio de estudio del actual panorama de la reflexión sobre el Estado; muchas de las presunciones o, por qué no decirlo, de las ambigüedades tienen en ello su causa. Por otra parte, ha sido posible gracias a una ayuda a la investigación concedida en el marco del convenio entre la Universidad de La Rioja y Caja Rioja.

1. KOLAKOWSKI, L., *La edad de oro*, en *Las principales corrientes del marxismo*, vol. 2, 2.^a edic., versión española de J. Vigil, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 11.

taciones de Marx forman ya parte del acervo cultural occidental, aunque pocos sean los que lo reconozcan. Pero, esta vulgarización vanal, por lo que tiene de simplificación y desviación del pensamiento original, no hace más que complicar una reflexión cabal sobre el marxismo. En efecto, sus instrumentos de análisis, sus conceptos e hipótesis tienen una conformación que cada vez es más independiente de las bases de la economía política. El interés por las teorías marxistas, lo que justifica este artículo, deriva de que la estructura de la sociedad, y de forma derivada también el Estado, ha sido y es uno de los objetivos primordiales de sus análisis y en verdad que no es una pérdida de tiempo dedicarse a investigar sus propuestas y sus conclusiones.

Tras la muerte de Marx, su legado teórico y el monopolio de la acción de los partidos socialistas pasó íntegramente a la II Internacional (1889-1914) que a duras penas pudo sobrevivir a los avatares de la época hasta que el inicio de la I Guerra Mundial y los debates entre partidarios de la defensa de cada país, y, por tanto, la lucha de los obreros de los países contendientes entre sí, supuso su acta de defunción. En el ínterin y durante el período de su existencia, vivió momentos estelares del movimiento socialista y, probablemente, la época dorada del pensamiento socialista con los debates con el anarquismo y, además, la depuración de alguno de sus presupuestos teóricos en la polémica con los revisionistas. Al final, esta federación de sindicatos y partidos socialistas que parecía encarnar el sueño de Marx se desmigajaría ante al impulso de la revolución rusa y la comprobación de que las fórmulas de compromiso pergeñadas entre la ortodoxia y los revisionistas se desmoronaban en cuanto se confrontaban con la realidad. Luego, la teoría de Marx quedó escindida en dos, entre la escuela marxista ligada a la nomenclatura rusa doctrina firmemente anquilosada tras la revisión de Lenin y Stalin, y el marxismo occidental que, frente al monolitismo soviético, ha reelaborado sin tapujos y de la forma más variopinta el pensamiento de Marx, circunscribiéndose, primeramente, a los países latinos de Europa, sobre todo, Francia e Italia y, en menor medida, España, y que, en la actualidad, tiene su ámbito de expansión en los países anglosajones.

Pero, desde el inicio y auge de la II Internacional hasta su posterior declinar, el pensamiento socialista y las lecturas de Marx no fueron las mismas. Para comprender bien estas etapas y la evolución doctrinal del marxismo en general, siguen siendo de inestimable ayuda los tres volúmenes del libro *Las principales corrientes del marxismo*, de L. Kolakowski. Aunque, como dice J. Elster, su desarrollo no deja de ser deprimente ².

2. Escribe ELSTER: «Aunque el movimiento marxista haya producido algunos grandes líderes políticos, no ha habido pensadores sobresalientes después de Marx. Más aún, la propensión de algunos líderes políticos a creerse grandes pensadores y su habilidad para imponer esta opinión sobre otros ha tenido un efecto de permanente

En efecto, un marxista en los inicios de la II Internacional se identificaba plenamente con las ideas de que el socialismo era una cosmovisión que daba sentido una comprensión de la realidad y que ésta se basaba en análisis científicos y no en falsas mistificaciones o espiritualismos. Precisamente, el análisis científico de la realidad le permitía predecir que el socialismo es la consecuencia inevitable y etapa histórica final de la tendencia de la sociedad capitalista a autodestruirse debido a los procesos iniciados de concentración de capital y, por tanto, a la acuciante exigencia de perpetuar la acumulación de beneficios. Asimismo, para el socialista de primeros del siglo XX, el futuro implicaba la abolición de la propiedad privada y de la explotación capitalista, y de cualquier privilegio y desigualdad derivado de la riqueza. La sociedad socialista detendrá la propiedad pública de los medios de producción, removerá las desigualdades y las diferentes discriminaciones, y hará posible un bienestar general. Para ello, se exige la lucha del proletariado contra el sistema capitalista, y no las meras reformas, y, a la postre, la necesidad de un golpe revolucionario que derrumbe al capitalismo. Desde luego, en el batiburrillo de doctrinas y de los socialismos marxistas y no marxistas que poblaban la II Internacional, existía mucha disparidad de pareceres, lo que ocasionaba debates y discusiones, pero puede decirse que lo enunciado antes son unas líneas maestras de lo que ahí se propugnaba.

Pero, lo cierto es que, como efecto de esos debates y de la situación interna de los partidos que lideraban la II Internacional y de las realidades nacionales, hubo en el transcurso de los primeros años del siglo XX y hasta la I Guerra Mundial algún cambio sustancial en el ideario socialista. La polémica revisionista de E. Bernstein frente al ortodoxo K. Kautsky en el SPD alemán, uno de los más influyentes partidos socialistas en la II Internacional, no dejó de tener su influencia más general. El programa de Erfurt del SPD, fruto del compromiso entre los dos socialistas, ya contempla la vía de la lucha por las reformas dentro de la sociedad capitalista como antesala a una revolución que instaurase un sistema socialista y liberase al proletariado de la explotación. Incluía, además, un conjunto de objetivos prácticos a conseguir en la lucha que reflejan a las claras la tendencia revisionista: desde el sufragio universal, la reforma del ejército, la defensa de la libertad de expresión y reunión, sobre la educación y asimismo recogía derechos de las mujeres y de la infancia. Bernstein defendía a las claras que el derrumbe del capitalismo no estaba tan cercano y que podía reformarse desde dentro utilizando medios no violentos.

estulticia sobre la vida intelectual en los países comunistas. Los marxistas de Europa occidental, por el otro lado, se han destacado por el oscurantismo, el utopismo y la irresponsabilidad. Existen matices y excepciones, pero en su conjunto es difícil no suscribir la valoración negativa de Kolakowski sobre el desarrollo de la doctrina marxista». Vid. J. ELSTER *Una introducción a Karl Marx*, trad. M. García Aldonante, Madrid, Siglo XXI, 1991, p. 13.

También el movimiento socialista austriaco vivió un momento de eclosión y de gran brillantez teórica de la mano de M. Adler, O. Bauer y K. Renner, que les llevó a no respetar siempre la ortodoxia marxista y que, especialmente tras la caída del Imperio Austro-Húngaro y, por consiguiente, el ascenso al poder del partido socialista y, por tanto, de la clase trabajadora, les hizo plantearse la tesis de la extinción del Estado, entrando en clara contradicción con la matriz marxista, como se percató otro ilustre de la época, H. Kelsen³.

Como afirma Kolakowski, la fuerza del revisionismo en líneas generales no residía en los argumentos de sus defensores, sino en la inoperancia de los postulados teóricos defendidos por la ortodoxia marxista: «Los activistas del partido que apoyaban a Bernstein no se interesaban por su crítica de la dialéctica, o incluso por la teoría del valor o la concentración de capital, sino más bien expresaban la forma de pensar de los líderes de los trabajadores que veían un abismo entre las austeras fórmulas revolucionarias del programa del partido y su política real, y no podían ya adscribir un significado práctico a los dogmas marxistas tradicionales»⁴.

El pensamiento marxista durante la II Internacional y en el período de entreguerras tuvo también sus críticos izquierdistas como lo fue el propio Lenin y Rosa Luxemburgo quienes, en sus disputas y al margen de posturas revisionistas, se planteaban cuál era la forma de conducir el movimiento socialista hacia el éxito. El primero a través de una organización de trabajadores con una estructura cerrada y jerárquica, mientras que la segunda confiaba más en un impulso espontáneo y revolucionario del proletariado. El devenir posterior le dio a cada uno la razón a su manera: el uno lideró el partido bolchevique que tomó el poder durante la revolución de Octubre instaurando así el sistema soviético ya conocido; la otra lideró ese movimiento anárquico que fue la Liga Spartakus, que, ocupando fábricas y contando con el apoyo de unos soldados que abandonaban en masa las armas, trajo en jaque al gobierno alemán tras la I Guerra Mundial, para acabar finalmente asesinada en plena acción revolucionaria.

Desde la II Guerra Mundial, los autores que se adscriben a la corriente marxista y que utilizan sus instrumentos conceptuales constituyen legión y sus propuestas son de lo más variado. La verdad es que no es fácil realizar una clasificación que ayude a su análisis, pero, si hubiese que optar por algún tipo de división, sin duda, P. Anderson parece dar en el clavo cuando afirma que puede hacerse una línea divisoria entre los marxistas que escriben antes de los 70s y los que escriben después. Y ello porque los temas y los problemas son distintos —la bondad del Estado social se pone en tela de juicio—, sus inquietudes

3. KELSEN, H., *Socialismo y Estado*. trad. A. García Ruiz, Siglo XXI, 1982.

4. KOLAKOWSKI, L., *La edad de oro*, en *Las principales corrientes del marxismo*, vol. 2, *op. cit.*, p. 31.

también y porque se produce una traslación de la cultura marxista de unas zonas a otras del planeta ⁵. O, como afirma M.^a Josefa Rubio Lara, no es lo mismo lo que defienden los marxistas de los años 60s que lo de los 70s y siguientes, ni en su contenido ni en sus presupuestos ni en sus conclusiones ⁶. ¿Qué es lo que distingue a unos y a otros? Según Anderson, al menos dos puntos: por un lado, el abandono de cuestiones de índole epistemológico o estético en favor de «un repentino entusiasmo por lo concreto» paralelo a «la tremenda densidad de la investigación económica, política, sociológica y cultural en marcha»; y, por otro lado, un cambio en su localización, pues el auge del nuevo marxismo se produce en Gran Bretaña y Norteamérica, mientras que entra en crisis «un cierto marxismo, geográficamente confinado a la Europa latina: Francia, Italia y España, esencialmente» ⁷.

Pues bien, el marxismo de la primera hornada, si seguimos el esquema de Anderson, sería cultivado por autores formados con anterioridad a la II Guerra Mundial y, por tanto, directamente impresionados por los acontecimientos que la rodean. En líneas generales, si algo caracteriza a todos ellos, es su intento por reelaborar el pensamiento marxista en síntesis con alguna otra corriente filosófica de moda como el estructuralismo, la fenomenología, el existencialismo, etcétera. Entre ellos, destaca, por ejemplo, G. Luckács o E. Bloch. Mención especial merece la Escuela de Frankfurt con personajes tan destacados como Th. Adorno y M. Horkheimer, quienes desmontaron la razón instrumental y las bases ilustradas del capitalismo contemporáneo. Igualmente otro miembro de esta escuela, sin duda, de amplia influencia en la intelectualidad europea hasta los años 70s fue H. Marcuse cuyo libro *Razón y revolución* sigue siendo de inestimable ayuda para comprender las raíces hegelianas del pensamiento marxista. Por último, reseñar que aún hoy esta corriente tiene su continuación en J. Habermas, crítico acerado del capitalismo y que ha encontrado en la acción comunicativa un punto de partida para una fundamentación ética de la sociedad. El pensamiento marxista francés también ha dado considerables frutos aunque ha derivado hacia síntesis con el estructuralismo lo que, a la postre, le ha llevado a una pérdida de sus hipótesis originales. En este panorama, cabe mencionar a J. P. Sartre y a otros dedicados a disciplinas no filosóficas como E. Morin, F. Chatelet y H. Lefebvre.

5. ANDERSON, P., *Tras las huellas del Materialismo histórico*, Trad. de Terrén, Madrid, Siglo XXI 1986, p. 19 y ss. De hecho, escribe el siguiente epitafio: «La imponente tradición del marxismo occidental —con sus tonalidades epistemológicas o estéticas, sombrías o esotéricas— ha llegado realmente a su fin, y en su lugar ha nacido con una rapidez y una confianza notables otro tipo de cultura marxista, orientada primordialmente hacia esas cuestiones de orden económico, político o social que faltaban en su predecesora».

6. RUBIO LARA, M.^a J., *La formación del Estado social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 386.

7. ANDERSON, P., *Tras las huellas del materialismo histórico*, op. cit., p. 24 y 30.

Sin olvidar a L. Althusser quien ha dado al marxismo francés muchas de sus páginas más fecundas. Lo cierto es que hasta mediados de los años 70s, especialmente, una vez se empezaron a notar las consecuencias de una cierta bonanza económica, el ambiente cultural y social en los países occidentales fue un caldo de cultivo para la propagación de la teoría marxista entre la burguesía y clases medias-altas cuya materialización más conocida fueron los sucesos de mayo del 68. Y que, en resumidas cuentas, se ha concretado en movimientos más o menos fundados que se autoproclaman «Nueva Izquierda» y cuya mezcla ideológica, del marxismo con otras escuelas, es bastante clara pues, en palabras de Kolakowski, constituye «un complejo de fenómenos que testimonian, por una parte, la universalización de la fraseología marxista y, por otra, la desintegración de la doctrina y su insuficiencia para resolver los modernos problemas sociales»⁸. Pese a todo, han contribuido y contribuyen a impulsar y a reanimar la discusión ideológica y la crítica a la sociedad capitalista y el Estado social.

Fruto de esta reanimación ha sido la aparición de obras de corte marxista a partir de mediados de los 70s. Entre otros, destacan R. Miliband con su polémica con N. Poulantzas, y P. Baran y P. Sweezy, que siguen las pautas marxistas clásicas al considerar al Estado como instrumento de la clase dominante. Y, desde otra orientación, los J. O'Connor, A. Wolfe, C. Offe, quienes centran su interés en las contradicciones del Estado moderno. Un dato a destacar es que los autores no se circunscriben a un país o a una única línea de pensamiento. Y, por otra parte, no es desdeñable, como ya apunté antes, la importancia creciente que tiene el marxismo americano y, en general, del anglosajón que se está expandiendo a disciplinas como la economía, sociología y la historia.

II. POR UNA TEORÍA MARXISTA SOBRE EL ESTADO EN LA SOCIEDAD CAPITALISTA

R. Miliband realiza en *El Estado en la sociedad capitalista* un análisis del Estado en el sentido más clásico del pensamiento marxista. Su descripción de la estructura de la sociedad, de las élites y su imbricación en los mecanismos estatales es, con todo, un intento de superar alguna de las muchas carencias que tenía el propio pensamiento de Marx. Precisamente en este extremo radica buena parte de su interés por cuanto la tradición marxista, en su obsesión por analizar la estruc-

8. KOLAKOWSKI, L., *La crisis*, en *Las principales corrientes marxistas*, vol. 3, *op. cit.*, p. 468. Kolakowski, en consonancia con su opinión negativa de la evolución del marxismo tras la II Guerra Mundial, no es precisamente muy benevolente con el movimiento de la Nueva Izquierda del que dice que «sus fantasías ideológicas, que alcanzaron su climax hacia 1968-69, no eran más que la expresión absurda de los caprichos de niños inquietos de clase media» (p. 471).

tura de la sociedad y las leyes de su dinámica, no se había preocupado por realizar una reflexión seria sobre el Estado bajo el capitalismo, al margen de que puedan encontrarse muchas referencias al mismo en la obra de Marx. Esta falta de referente hizo que las incursiones de algunos marxistas fuesen bastante dispares. El mismo autor que menciono es consciente de esta laguna y de esta problemática: «Vale la pena recordar que el propio Marx nunca intentó realizar un estudio sistemático del Estado. Era ésta una de las tareas que confiaba emprender como parte de un vasto programa de trabajo proyectado en la década de 1850 y cuya única parte plenamente terminada es el tomo I del *Capital*. Sin embargo, en casi todos los escritos aparecen constantemente referencias al Estado en los diferentes tipos de sociedad; y en lo referente a las sociedades capitalistas, su concepción fundamental resumida en la famosa expresión del Manifiesto comunista: el ejecutivo del Estado moderno no es sino un comité para arreglar los asuntos comunes a toda la burguesía»⁹. A las opiniones de Marx y Engels, derivadas de esta visión y que, a la postre, definía al Estado como instrumento de coerción de la clase dominante que, a su vez, era caracterizada en función de sus propiedades y el control de los medios de producción, se suma la aportación de Lenin con el libro *El Estado y la revolución*, en el cual reafirma y desarrolla la tradición marxista. Y también la teoría sobre el Estado de A. Gramsci. Por lo demás, continúa el mismo autor, los marxistas han dado una visión excesivamente simple de las relaciones entre la sociedad civil y del Estado sin referencia a su realidad socioeconómica, política y cultural concreta. Pues bien, el conjunto de la obra de Miliband viene a completar este vacío con la elaboración de una teoría sobre el Estado de corte marxista.

En líneas generales, su análisis, por tanto, desarrolla las ideas maestras del pensamiento de Marx, aunque adaptándolas a la realidad de la sociedad del capitalismo avanzado. En efecto, «las ideas de Miliband son representativas de la interpretación instrumentalista, según la cual las políticas de reformas ni han supuesto ni pueden suponer una modificación de las estructuras, debido en parte a que el Estado de las sociedades avanzadas ha perpetuado su carácter clasista»¹⁰. Su intención metodológica es simplemente describir cómo en el Estado moderno perviven los mismos errores que predijo Marx del Estado capitalista liberal, que ha habido transformaciones, pero que éstas no han cambiado sustancialmente las viejas estructuras de dominación y, en consecuencia, que se cumplirán sus predicciones sobre el fin del capitalismo. En esta línea, centra el objeto de su trabajo en el estudio de los componentes de la clase dominante y de sus ramificaciones en la es-

9. MILIBAND, R., *El Estado en la sociedad capitalista*, trad. Fco. González Aramburu, 13.^a edic., México, Siglo XXI, 1985, p. 7.

10. RUBIO LARA, M.^a J., *La formación del Estado social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 387.

estructura estatal, así como en los procesos que sirven para sustentar su dominio sobre las otras clases. Mantiene, así, el esquema dual de Marx sobre las clases: propietarios y proletarios. En su visión, las clases dominantes se caracterizan por ser las clases más pudientes, las ricas y propietarias de los bienes y medios de producción, y además detentan el poder político, pues quienes ocupan esos cargos salen, se educan y conviven con las clases dominantes y, en definitiva, defienden sus intereses.

Centra su estudio en un conjunto de sociedades que tiene bastantes semejanzas, las sociedades postcapitalistas o del capitalismo avanzado: «son sociedades que tienen una base económica amplia, compleja, grandemente integrada y tecnológicamente avanzada, en donde a la producción industrial le corresponde, con mucho, la parte mayor de su producto nacional bruto, en tanto que la agricultura constituye una esfera relativamente pequeña de la actividad económica; y son sociedades en las que la parte principal de la actividad económica se lleva a cabo con fundamento en la propiedad y el control privados de los medios de tal actividad»¹¹. Son sociedades donde se produce una confluencia entre la concentración del poder económico privado junto con una creciente importancia del sector público. En efecto, el Estado posee y administra un amplio número de industrias y servicios desempeñando un papel creciente en la ordenación, control y planificación del mercado. A través de éstos y otros mecanismos, el Estado interviene activamente en la vida económica de la sociedad, aunque, como aclara, la intervención estatal no tenga nada nuevo en la historia del capitalismo, pero lo cierto es que pretende ser un poder contrapesador efectivo del poder del sector privado, convirtiéndose así en una empresa gigantesca.

En esta línea, y a partir de los presupuestos ya explicitados, lo que Miliband va a intentar es mostrar la importancia política de esta concentración de poder que está determinada por la visión dual de la sociedad. Puede estructurarse su reflexión en torno a los siguientes puntos:

1. *Una visión clásica del marxismo de la clase dominante y de las élites bajo el capitalismo y de su imbricación en la estructura del Estado*, de forma que se produce una autoalimentación entre los dirigentes del sector privado y la clase política que dirige la Administración y el sector público de la economía. Esta visión se articula sobre dos cuestiones: primeramente, determinar si existe tal clase dominante y, con posterioridad, examinar si ejercen algún tipo de poder en las sociedades del capitalismo avanzado y en qué grado éste es decisivo. Respecto a la primera cuestión, y tras un análisis previo de la estructura de estas sociedades que le lleva a aceptar matizadamente el esquema marxista clásico, concluye afirmando que existe, a pesar del alto grado

11. MILIBAND, R., *El Estado en la sociedad capitalista*, op. cit., p.10.

de nivelación que ha supuesto el Estado social, un clase de personas que detentan la mayor parte de la propiedad «en una u otra forma y que recibe también grandes ingresos»¹². Pero considera que no existen buenas razones para aceptar la tesis propuesta por los teóricos liberales de que ha aparecido una nueva clase que estaría formada por los gerentes y los directores de las grandes empresas no propietarios de las mismas. La razón aducida evidencia que unos y otros, la clase dominante y la gerencial, se extraen de las mismas capas sociales, esto es, de las clases altas y de las medias altas, y, por tanto, tienen una misma formación social y cultural y una misma visión y propensión a los negocios.

Sentada la primera premisa con la que pergeña su visión de las élites del capitalismo avanzado, analiza la noción de Estado y el carácter etéreo que suele darse en el habla común y la vida política. Un análisis de su estructura y de sus profundidades desvela que cinco son sus elementos centrales: el gobierno, la Administración, el instituto armado y la policía, el poder judicial, los gobiernos municipales y las asambleas parlamentarias. Pues bien, tras un examen de quienes participan y detentan el poder en los diferentes elementos de la estructura estatal, llega a la siguiente conclusión: «En verdad, uno de los rasgos más notables del capitalismo avanzado es, precisamente, el que podríamos describir, sin exageración mayor, calificándolo de creciente colonización de los estratos superiores de la parte administrativa del sistema». Pues, «este ingreso de los hombres de negocios en el sistema estatal ha sido muy frecuentemente muy subestimado». En suma, la élite estatal pertenece a la misma clase que los hombres de negocios»¹³ y de esta reflexión sobre el reclutamiento de los dirigentes estatales saca las pertinentes conclusiones: que se sirven de la estructura estatal para el logro de los intereses de clase y que, a su vez, procuran la reproducción del mismo esquema fomentando a través de la educación y de la formación, que los hijos de las clases superiores tengan acceso a los mismos puestos con mejores oportunidades que otros. Que el Estado social no ha logrado la permeabilidad social que se proponía.

2. *Un análisis de las funciones del gobierno.* Se fija principalmente en el papel de los gobiernos para el mantenimiento del poder de la clase dominante. Incluso, cuando el Estado se ve obligado a ir «contra» algunos derechos de propiedad o a erosionar algunos derechos de los gerentes o directores de empresas o reequilibrar la relación entre el capital y los trabajadores, lo hace en su beneficio. Lo que es criticado por los conservadores como una intromisión del Estado en la sociedad, trata, en realidad, de «paliar los males producidos por un poderío económico irrestricto». Se presta «un importantísimo servicio a los dueños

12. *Ibidem*, p. 27.

13. *Ibidem*, p. 56 y 57.

de propiedad, aunque estos últimos rara vez se lo agradezcan» 14. Y concluye: «La empresa capitalista depende en grado cada vez mayor de las generosidades y apoyo directo del Estado, y sólo puede preservar su carácter “privado” con fundamento en tal ayuda pública. La intervención estatal en la vida económica, en efecto, es en gran parte una intervención con el objeto de auxiliar a la empresa capitalista. En ningún otro campo la noción de “estado benefactor” tiene un significado más preciso y propio que aquí: no hay solicitantes más persistentes y exitosos de la ayuda pública que los orgullosos gigantes del sistema de la empresa privada» 15. Se mejora siempre la economía capitalista incluso cuando quien accede al poder es un partido laboralista o socialista en el que, a partir de ese momento, se produce una escisión entre la retórica oficial y la dirección real del gobierno.

3. *Un análisis del papel de los funcionarios, los «servidores del Estado»*, en el conjunto de la Administración como casta privilegiada. Su exposición es muy crítica con la noción de «neutralidad» con que, a menudo, suele asociarse a los funcionarios. No son meros ejecutores de las políticas emanadas del gobierno, sino que desempeñan un papel determinante, muchas veces conservador, en la dirección de las mismas políticas. También la causa de esta realidad obedece a que estos servidores del Estado, sobre todo, los altos funcionarios, son extraídos y seleccionados de las clases superiores. Este aspecto sería una manifestación más de la proyección de las élites en el conjunto de la sociedad en aras de la defensa de una determinada visión de la colectividad.

4. *Un análisis del sistema de economía de mercado* que caracteriza de «competencia imperfecta» y de la función directora del gobierno. El estudio de Miliband de la competencia pretende desenmascarar el postulado liberal de que empresarios y trabajadores están en situación de igualdad en la competición del mercado. Ciertamente, la premisa inicial del pensamiento liberal, que se sustenta en la observación empírica de las relaciones interindividuales, parece consistente. Según ésta, en las sociedades capitalistas es posible y hasta se alienta que los diferentes grupos y asociaciones se organicen libremente y compitan entre sí en la realización de sus fines. Pero este análisis, básico para el liberal capitalismo, quiebra cuando se profundiza un poco más en la primera impresión y se lleva la observación hasta sus últimas consecuencias. En efecto, lo que tiene de malo esta teoría es «su afirmación de que los principales “intereses” organizados de estas sociedades, y sobre todo el capital y los trabajadores, compiten en términos más o menos iguales, y, por consiguiente, ninguno de ellos es capaz de alcanzar una ventaja decisiva y permanente en la competencia. Es aquí donde aparece la ideología y la observación se convierte en mito». Si con las tesis anteriores ha pretendido demostrar que las élites se extraen de

14. *Ibidem*, p. 77.

15. *Ibidem*, p. 77-78.

determinadas capas sociales, se forman y educan de acuerdo a los parámetros de una ideología conservadora del «*status quo*» y que disfrutaran de ventaja dentro de la estructura estatal para velar por sus intereses, con esta tesis, en el más puro estilo marxista, pretende mostrar que «el mundo de los negocios disfruta de una formidable superioridad *fuera* del sistema estatal también, en término de presiones inmensamente más fuertes que, por comparación con los trabajadores y con otros intereses, puede ejercer en la consecución de sus fines»¹⁶ Al existir diferentes modalidades de presión para el logro y protección de estos intereses se produce realmente una «competencia imperfecta» entre unos y otros. Incluso, el gobierno se ve afectado por dichas presiones, pues el control ejercido por los hombres de negocios sobre amplias esferas de la vida económica dificulta y limita la intervención de la Administración y una hipotética imposición de políticas restrictivas de privilegios.

5. *Un análisis de las formas y medios de legitimación y adoctrinamiento de las masas.* El concepto de Miliband sobre la legitimación del Estado tiene bastante que ver con el adoctrinamiento que se produce en la vida social. O, de forma gramsciana, con el concepto de «hegemonía». En realidad, sostiene la idea de que los procesos de socialización a los que se ve sometido el individuo desde que nace y entra a formar parte de la sociedad no son otra cosa que potentes mecanismos de interiorización de pautas y modos de conducta que, a la postre, legitiman la existencia de un Estado concreto. Desarrollando la vieja idea de Marx, entiende que las élites que dominan los medios de producción material dominan, a su vez, los medios de producción mental que utilizan para fabricar el consentimiento necesario para el mantenimiento del sistema. Fábricas de consentimiento son, en opinión de Miliband, desde las empresas privadas hasta el conjunto de instituciones estatales en las que hay presencia de esas élites. Incluye entre estos mecanismos también a los partidos políticos, al «factor religioso y clerical», el empleo ideológico del nacionalismo o del patriotismo. Pero confiere una especial importancia en el sostenimiento de esa hegemonía a los medios de comunicación, la prensa, la radio y la televisión. Destaca, en suma, la función ideológica, «oculta por muchos rasgos de la vida cultural» de la sociedad, de los medios de comunicación, de los sistemas educativos, incluyendo las Universidades, —propagadores de una ideología conservadora—, y el papel de los intelectuales.

III. ANATOMIA DEL CAPITALISMO TARDIO: A LA BUSQUEDA DE SUS CONTRADICCIONES

Tras, y a la par de, la obra de Miliband, se produjo un renacido interés por renovar los análisis de la estructura interna del capitalismo

16. MILIBAND, R., *El Estado en la sociedad capitalista*, op. cit., p. 141.

para adecuar los viejos esquemas marxistas a las nuevas realidades de la sociedad capitalista de la postguerra. Preocupa ahora el estudio de las interioridades del capitalismo tardío sin por ello abandonar las premisas marxistas. Los autores son conscientes de que el capitalismo decimonónico había evolucionado de forma extraordinaria y que una comprensión del mismo exigía una modificación de las viejas categorías. A esta labor se prestaron, entre otros, P. A. Baran y P. M. Sweezy, por un lado, y J. O'Connor, por otro, acabando por desvelar no sólo una anatomía del capitalismo, sino también una fisiología del mismo al mostrar sus tendencias inherentes a generar contradicciones y a caer en crisis críticas. La fortuna de sus análisis fue tal que sirvió hasta de base de estudios provenientes de sectores neoliberales.

Por un lado, conviene reseñar algún dato acerca de los autores mencionados. En primer lugar, P. A. Baran y P. M. Sweezy escribieron al alimón en 1968 el libro *El capital monopolista* que pretendía ser una radiografía del «capitalismo monopolista» que se instaura con posterioridad a la II Guerra Mundial en las sociedades occidentales y que es el resultado de la aplicación de las recetas keynesianas. El interés de esta obra estriba en que presenta un análisis desde el enfoque marxista de la estructura económica de las sociedades capitalistas en un momento en el que éstas están en fase de expansión, de desarrollo voraz. La maquinaria capitalista funciona, por tanto, a pleno rendimiento y presenta, en suma, su cara más grata. Por otra parte, previamente, en el año 1942, P. M. Sweezy había desarrollado en su libro *Teoría del desarrollo capitalista* los instrumentos analíticos que, orientándose en Marx, y remozándolo, iban a servir a ambos para su posterior estudio ¹⁷.

Por su parte, J. O'Connor, con sus dos obras *La crisis fiscal del Estado*, quien le dio una innegable fama intelectual, y *Crisis de acumulación* ¹⁸. Es uno de los estudiosos de más proyección más allá, incluso, de las fronteras de la escolástica marxista. Su análisis, sin lugar a duda, ha supuesto un cambio en la línea tradicional del pensamiento marxista sobre el Estado, pues, retomando las conclusiones de Baran y Sweezy sobre el capitalismo monopolista y a la luz de los acontecimientos de finales de los 60s acaecidos en Estados Unidos, replanteó con originalidad alguno de los presupuestos básicos del marxismo para profundizar, con rigor y sobriedad, en las causas de las contradicciones internas del capitalismo. Sus conclusiones y sus tesis, por provocadoras en alguna medida, han tenido una difusión fuera de toda duda e, incluso, paradójicamente han servido de sólidos argumentos a la devastadora crítica y al asalto que, desde esas fechas, ha realizado el pensamiento

17. SWEEZY, P. M. *Teoría del desarrollo capitalista*, trad. H. Laborde, 11.ª reimp., Madrid, Siglo XXI, 1982.

18. O'CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado*, prolog. Fco. Murillo, Barcelona, Península, 1981, y *Crisis de acumulación*, trad. M. Aurelio Galmarini, Barcelona, Península, 1987.

liberal y conservador contra el Estado social. En buena medida, a ello contribuyó el hecho de que, al poco de escribir su primera obra, en 1973, tuvo lugar una de las crisis económicas que más huella ha dejado en la evolución del capitalismo y que O'Connor anticipaba prodigiosamente sólo con un estudio de los mecanismos y de la estructura de la economía de mercado. Se convertía en realidad lo que sólo aparecía, en principio, sobre el papel.

El punto de partida del análisis de Baran y Sweezy supone ya un cambio respecto a los postulados marxistas tradicionales y, sobre todo, un reconocimiento a las transformaciones que se habían producido en el capitalismo del siglo XIX: «Debemos reconocer que la competencia, que fue la forma predominante de las relaciones de mercados en el siglo diecinueve, ha cesado de ocupar tal posición, no solamente en Inglaterra sino en todas partes del mundo capitalista. Hoy la unidad económica típica en el mundo capitalista no es la pequeña firma que produce una fracción insignificante de una producción homogénea para un mercado anónimo, sino la empresa en gran escala que produce una parte importante del producto de una industria, o de varias industrias, y que es capaz de controlar el precio, el volumen de su producción y los tipos y cantidades de sus inversiones»¹⁹. Precisamente, esta visión de la evolución desde la pequeña empresa hasta la formación de los monopolios configura su concepto básico del «capitalismo monopolista» que es el fenómeno sobre el que centran su atención y análisis. Y, en particular, lo que pretenden escudriñar es la generación de los excedentes por las empresas monopolistas y los mecanismos del mercado en general para absorber dichos excedentes. Para estos autores, el excedente «es la diferencia entre lo que una sociedad produce y los costos de esta producción». Viene a ser «un índice de productividad y de riqueza, de libertad que tiene una sociedad para alcanzar las metas que se ha fijado a sí misma». Por ello, el problema planteado estriba en descubrir dónde se encuentran esos excedentes, sus disfraces, y en estimar su magnitud. Y a esto dedican la totalidad de su libro²⁰.

Por supuesto, tras estas afirmaciones, se halla el presupuesto de que la empresa monopolista —las grandes corporaciones que surgen a finales del XIX y que son lugar común en la imagen industrial del XX— están guiadas por la lógica de hacer ganancias aún más que en el sistema de economía de pequeños empresarios que dominó la primera fase del capitalismo, aunque, todo hay que decirlo, es una lógica muy distinta. Como expresan ambos autores, la diferencia estriba en el funcionamiento del mecanismo de precios: «La diferencia básica entre los dos es bien conocida y puede resumirse en la proposición de que bajo el capitalismo competitivo la empresa individual “capta los precios”,

19. BARAN, P. A. y SWEETZY, P. M., *El Capital monopolista*, trad. A. Chávez, 11.^a edic., México, Siglo XXI. 1986, p. 10.

20. *Ibidem*, p. 13.

mientras que bajo el capitalismo monopolista la gran empresa "hace los precios"»²¹. Lo que quiere decirse con ello es que «las corporaciones gigantes», nombre con el que tildan también a las empresas monopolísticas, son artífices de los precios por cuanto pueden y, de hecho, eligen los precios de cada producto, y allá donde su actuación no sea posible o esté limitada por cualquier circunstancia intervendrá el Estado en los mecanismos de mercado para hacer que el sistema funcione mejor ya sea a través de actividades impositivas y de gastos, ya sea a través de una política hacia el exterior. No es que, por tanto, haya desaparecido la competencia entendida al viejo estilo, sino que se ha transformado en la búsqueda de más excedentes.

Precisamente, estos autores prestan una especial atención al papel del gobierno en los mecanismos de absorción de estos excedentes ya sea a través de los gastos corrientes de la gestión ordinaria, ya sea a través de los gastos de defensa. Si algo quieren rebatir es la idea de que el Estado con estas actuaciones está detrayendo capital en manos privadas cuyo uso sería más eficiente. Por el contrario, «las grandes y crecientes cantidades de excedentes absorbidos por el gobierno en décadas recientes no son, repetimos, deducciones de lo que de otra manera estaría disponible para propósitos privados de empresas e individuos»²².

Pues bien, el examen de la estructura del capitalismo monopolista, de las transformaciones en su organización más global, del funcionamiento del mecanismo de precios y, en general, de su desarrollo lleva a ambos autores a una visión pesimista, hasta apocalíptica, podría afirmarse, del sistema. Del «sistema irracional», como conclusión final al comprobar la contradicción inherente al capitalismo: «La contradicción entre la racionalidad creciente de los métodos de producción de la sociedad y la organización que los comprende, por una parte, y la constante elementalidad e irracionalidad en el funcionamiento y percepción del conjunto, por otra, crea el campo de desperdicio ideológico que es el signo distintivo del capitalismo monopolista. Pero debemos insistir en que esto no es, como algunos apologistas del *status quo* nos hacen creer, "el fin de la ideología"; es el desplazamiento de la ideología del capitalismo ascendente por la ideología de la crisis general y de la decadencia del orden capitalista mundial»²³. Una contradicción que es consecuencia de su incapacidad para absorber tantos excedentes como es capaz de producirlos. El problema es no cómo utilizar de la mejor manera los recursos escasos, sino cómo deshacerse del producto final que ha resultado ser superabundante²⁴. El capitalismo aparece como un sistema incapaz de estimular la suficiente demanda que pueda absorber la cantidad tan desmesurada de productos que, por otra parte, tan esmeradamente es capaz de producir.

21. *Ibidem*, p. 48.

22. *Ibidem*, p. 120.

23. *Ibidem*, p. 269.

24. *Ibidem*, p. 90.

Y ello conduce a una crisis global. Una crisis global por cuanto el sistema, como consecuencia de la contradicción anterior, no logra uno de sus objetivos básicos: cual es conseguir unas cotas más altas de riqueza y bienestar para los ciudadanos. Por el contrario, los autores achacan a estos problemas de fondo del capitalismo monopolista buena parte de las tendencias a la crisis que pueden observarse en la sociedad americana: desde las tensiones sociales originadas por las cuestiones raciales hasta las enormes diferencias existentes entre ricos y pobres y la aparición, de nuevo, de la desocupación y subocupación —lo que Marx llamó el ejército industrial de reserva—. Todo ello confluye en un panorama bastante negro: desorientación, apatía y desesperanza, que tiene sus repercusiones en una valoración general sobre la sociedad norteamericana: «Una pesada, asfixiante sensación de vaguedad y futilidad de la vida invade la moral del país y el ambiente intelectual»²⁵. Y de este convencimiento vino la vacuna: las cruzadas de Reagan y Bush.

A estas aportaciones de la obra de Baran y Sweezy se sumó la obra de J. O'Connor, *La crisis fiscal del Estado*, que tuvo el don de la oportunidad al poner al desnudo las causas de la decadencia del capitalismo y al desvelar facetas ocultas del Estado social. En su discurso radical, ya no se habla exclusivamente de un *Welfare State*, parangón del Estado social cuyo objetivo sea la asistencia social para los ciudadanos, incluyendo a los trabajadores, sino que, buscando aún más las paradojas, afirma que el Estado del Bienestar es un *War State*, pues su objetivo no es otro que el de detraer capital del sueldo de los trabajadores a través de medidas fiscales para destinarlo a la expansión de los gastos militares. En su configuración final, el Estado deviene así en un «Estado bélico-asistencial». Puesto que «el crecimiento de los gastos del Estado de asistencia social y el de los bélicos, constituyen un solo proceso (o dos aspectos del mismo proceso)»²⁶. Precisamente, uno de los méritos de O'Connor fue poner el acento en la aparición y desarrollo del complejo industrial militar y en su importancia en la dirección política del gobierno de los Estados Unidos.

No obstante, del análisis de O'Connor se deduce, y he aquí una de las razones de su interés, que el Estado social, o de Bienestar aunque no sean conceptos con una identidad plena, estaba en una situación de bancarrota técnica precisamente por la conjunción de sus dos postulados básicos —Estado bélico y asistencial—, que, en su opinión, entran claramente en contradicción por la misma dinámica de los hechos. Al ser, por un lado, Estado asistencial debe procurar un bienestar mínimo y generalizado para todos los ciudadanos en todas las situaciones de su existencia lo que implica un considerable aumento de gastos sociales. Al ser, por otro lado, Estado bélico apoya decididamente uno de los

25. *Ibidem*, p. 224 y ss.

26. O'CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado*, *op. cit.*, p. 56.

sectores económicos más preponderantes e influyentes en el desarrollo global —no olvidemos que tiene delante el panorama norteamericano y su papel en la política planetaria—. Se logra un beneficio privado, pero a costa de inversiones públicas. Ante esta situación de continua exigencia de inversiones y gasto públicos, el Estado no tiene más remedio que detraer cantidades dinerarias de donde puede, es decir, de quienes tienen las cuentas claras: trabajadores y funcionarios. Pero la conjunción de estas variables tiene un tope. El Estado no puede estar exigiendo continuamente lo que, por otra parte, es limitado. El resultado de todo ello es el colapso o, lo que llama O'Connor magistralmente, la crisis fiscal del Estado. «Hemos denominado “crisis fiscal del Estado” a esta tendencia del gasto gubernativo a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gasto tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el Estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto estatal» 27. Esto es, la imposibilidad de expoliar fiscalmente a los ciudadanos con fines públicos; la imposibilidad de nuevos ingresos que sirvan para sufragar el crecimiento continuado de gastos públicos, aunque éstos beneficien a unos pocos sujetos privados. Por eso mismo, aventura un final cruento para el capitalismo, pues la crisis fiscal deriva por su lógica interna en una crisis social: «Tarde o temprano, la crisis fiscal comienza a amenazar las condiciones tradicionales de la “paz laboral” en las industrias monopolistas. La crisis fiscal es básicamente una crisis social: los antagonismos económicos y políticos dividen no sólo al capital y al trabajo sino incluso a la propia clase trabajadora» 28.

Pero, el análisis de O'Connor no se queda en la mera denuncia de un estado de cosas, sino que penetra en las entrañas del problema y es aquí donde se encuentran sus sugerencias más interesantes desde un enfoque marxista del capitalismo. En efecto, reconociendo que su marco teórico está basado en las categorías marxistas, aunque adaptadas al examen fiscal del capitalismo, aclara que «nuestra primera premisa es que el Estado capitalista debe tratar de satisfacer dos funciones básicas y a menudo contradictorias: *acumulación y legitimación*» 29. De acuerdo a esta doble función, el Estado debe, por un lado, alentar todo lo posible el aumento de los beneficios del capital aun a costa de inversiones continuas en sectores influyentes de la economía nacional. Debe, por lo tanto, fomentar e intervenir en el proceso de acumulación de excedentes en manos privadas. Y, además, debe procurar la justificación del sistema global, y su orden y seguridad, mediante medidas tendentes a tranquilizar a los trabajadores y al resto de ciudadanos a través de políticas de subvenciones y ayudas sociales generalizadas.

27. *Ibidem*, p. 20.

28. *Ibidem*, p. 68.

29. *Ibidem*, p. 26.

Se trata, en definitiva, de asegurar la lealtad de las masas creando las condiciones necesarias para promover la armonía social, para lo cual debe satisfacer numerosas demandas, a veces, incluso, a costa de inversiones en sectores de la economía y al margen de su posible racionalidad.

No obstante, al margen de esta función de legitimación que cumple la intervención estatal, O'Connor aclara el importante papel que tiene el Estado para fomentar los beneficios privados, la acumulación privada de capital. En este sentido, el Estado sigue siendo un instrumento en manos de los hombres de negocios que se sirven de él dirigiendo sus actuaciones hacia aquellos sectores e impulsando determinadas acciones que sólo beneficia al capital privado. En este sentido, la anatomía que hace del capitalismo norteamericano tiene todavía una amplia vigencia. Desentraña cuál es su estructura y, en particular, estudia con detalle las relaciones entre los sectores de la economía de una sociedad postindustrial. Desvela cómo las reglas tradicionales del mercado sólo tienen vigencia en el «sector competitivo» compuesto principalmente por «industrias competitivas organizadas por el pequeño capital» y cuyo éxito depende de mercados inestables e irregulares. Junto a estas industrias cuya existencia todavía se rige por las leyes del mercado, se halla el sector monopolista y el sector estatal estrechamente entrelazados y cuya extensión y proyección en la economía es lo que caracteriza al capitalismo contemporáneo. El sector monopolista, compuesto por las industrias de mayor tamaño, no se regirían por las leyes de mercado puesto que, como dominan las diferentes escalas de la producción administran e, incluso, imponen los precios finales. Al mismo tiempo, son el «motor» de la acumulación de capital y del crecimiento económico. Ahora bien, aunque parezca paradójico, resulta que «el crecimiento del sector monopolista conduce indirectamente a la expansión del sector estatal, en especial de los gastos sociales de producción»³⁰. En efecto, si el sector estatal, destinado principalmente a la producción de servicios, ha aumentado considerablemente, se debe a que el sector monopolista ha demandado del Estado una mayor inversión social — gastos sociales generales y, además, gastos en transporte, comunicaciones, investigación y desarrollo, educación, y en otros servicios— con la particularidad de que «no financia la inversión social (o capital social constante) sino que los costos de ésta se socializan y recaen sobre el Estado»³¹.

IV. LAS TENDENCIAS INHERENTES A LA CRISIS EN EL CAPITALISMO TARDIO

Los análisis anteriores y la crítica de O'Connor no cayeron en saco roto entre los teóricos marxistas. El análisis de las contradicciones y de

30. *Ibidem*, p. 55.

31. *Ibidem*, p. 50.

la crisis del capitalismo ha calado hondo en la literatura marxista y así, con posterioridad a su obra, ha sido un tema recurrente que ha fructificado en interesantes aportaciones. Dicha literatura encuentra en el desvelamiento de las contradicciones internas del capitalismo un estilete con el que urgar en profundidad en las heridas del capitalismo tardío y a ello se van a prestar con verdadera obsesión autores como A. Wolfe³² o C. Offe. Si algo es una novedad en sus investigaciones, estriba en que ya no centran tanto su análisis en los viejos problemas del capitalismo en el logro de la acumulación privada de capital y en la lucha de clases y las tensiones que origina, sino en cómo existen en su interior elementos que abonan la tendencia a la progresiva pérdida de legitimación a la que se ven abocados en la actualidad los Estados en las sociedades avanzadas, al fracaso, en suma, de los procesos de socialización y a la quiebra de la confianza de los ciudadanos en el propio sistema.

En el caso de Wolfe y su libro *Los límites de la legitimidad*, su análisis parte del intento que ha hecho el capitalismo tardío por armonizar los dos principios básicos y presupuestos de dos tradiciones distintas: el de la democracia, que promueve una participación directa e igual de los ciudadanos en la gestión pública, y el del liberalismo, que justifica la apropiación y acumulación privada de bienes y recursos. Estas dos tendencias contradictorias son el caballo de batalla del Estado social en cuanto que su objetivo será armonizarlos, aunque, en opinión de Wolfe, al final, el conflicto estalla y conduce a un punto de no retorno, sin salida. «Según Wolfe, la tensión entre ambas ideologías ha sido una constante en la historia política de las sociedades avanzadas a la que se han dado diferentes soluciones, pero todas han sido temporales, porque el conflicto es irresoluble»³³. El Estado no puede satisfacer ambas exigencias a la vez sin incumplir alguna. Y la cuestión es, sobre todo, que difícilmente puede satisfacer las demandas populares más democráticas y, dado que ésta es una base de la legitimación estatal, obliga a los dirigentes a enmascarar su ineficacia, a disfrazar su impotencia y a buscar otras vías para la pervivencia del Estado capitalista. En efecto, el intento por armonizar estos dos polos, por amortiguar las tensiones ha deparado que el Estado capitalista haya sufrido seis trans-

32. Merece la pena transcribir el siguiente párrafo con el que cierra el «Prefacio» de su libro: «Mientras escribía el libro reflexioné algunas veces sobre el aislamiento que producía el ser un marxista en la más burguesa de las culturas, pero ese tipo de sentimiento fue finalmente neutralizado por la emoción de participar con gente de igual mentalidad en una búsqueda libre de un entendimiento tan importante como pasado por alto. Entre el momento en que empecé el libro y en el que lo terminé se había desarrollado dentro de las ciencias sociales norteamericanas un espíritu crítico, pequeño pero viable, de modo que ya no me sentí tan solo. Es al crecimiento de ese espíritu de búsqueda comprometida aunque no dogmática, que quiero dedicar este libro». WOLFE, A., *Los límites de la legitimidad. Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, trad. T. Carbó, México, Siglo XXI, 1987, pp. 16-17.

33. RUBIO LARA, M.^a J. *La formación del Estado social*, op. cit., p. 399.

formaciones profundas en su estructura, que haya pasado por un elenco de formas distintas hasta el momento actual. En cada fase de estos desarrollos, se intenta un compromiso global que, a la postre, siempre se rompe. Hasta que las soluciones, como explica, se agotan y el capitalismo avanzado se estanca ³⁴.

El resultado de esta evolución es que la tarea de gobernar el Estado en el capitalismo tardío es una tarea imposible; el ser una cosa y otra a la vez, el actuar de dos formas distintas simultáneamente. El fomentar los procesos de acumulación apoyados con una retórica democrática huera o buscar una legitimación en base a una mayor participación democrática con un menoscabo de la acumulación privada. El Estado *se reifica* ante esta situación. «Cuanto más falla el Estado, más venerado es, y cuanto más venerado, mayor es su fracaso. A este proceso por medio del cual se atribuye al Estado una variedad de poderes míticos, lo llamaré la reificación del Estado» ³⁵. Es la expresión tangible del agotamiento de las alternativas políticas en el capitalismo tardío.

34. El estudio de Wolfe es, por tanto, un estudio en profundidad, que no se queda con una definición superficial del capitalismo tardío y el Estado del Bienestar, sino que analiza las diferentes modulaciones y disfraces de la realidad estatal para adaptarse a las tensiones entre liberalismo y democracia, para amortiguarlas. Pocos análisis son tan interesantes como el que este autor realiza, y tan documentado y tan alejado de los tradicionales estudios ahistóricos, pues patentiza la dinámica interna del poder estatal desde sus primeros tiempos. Desde un «Estado acumulativo», la primera forma estatal, en el siglo XIX y que materializa un compromiso entre el nuevo liberalismo y el Estado estamental y jerárquico del Antiguo Régimen, transformado en «Estado armónico», primer estado propia y genuinamente capitalista pues se legitima concediendo a todas las clases los beneficios de la acción de la clase dominante; luego el «Estado expansionista», que surge del conflicto entre liberalismo y democracia resuelto a través de una huida hacia delante con el imperialismo y el colonialismo; a su vez, transformado en «Estado franquicia» que emerge en los años 30 como consecuencia de la lucha de clases y de la presión democrática y que se sustenta en la aparición del corporativismo, esto es, de la delegación del poder estatal en organizaciones privadas, confinando al Estado a su mínima expresión; el fracaso de estos mecanismos de cooperación voluntaria originó la intervención estatal y la aparición del «Estado dual», el Estado con dos rostros, el de la acumulación y el de la legitimación, como ha descrito O'Connor, el de los ricos y el de los pobres, que, finalmente, concluye en el Estado actual que, en su opinión, se caracteriza por ser un «Estado transaccional» que entiende los problemas y las soluciones previas hacia un ámbito que rebasa el Estado-nación, pero que no los traslada lo suficientemente lejos de sus fronteras como para llegar a un nuevo orden mundial, con lo que se intensifican las contradicciones, ahora a escala mundial.

35. WOLFE, A., *Los límites de la legitimidad*, op. cit., p. 304. Reificación que se manifiesta en: 1.— *La personificación*, que es un producto de la inversión de papeles entre el Estado y los ciudadanos. Ya no se ve al Estado como producto de la actividad de la gente, sino que sus actividades son personificadas, dotadas de características humanas, mientras que lo referente a los ciudadanos se objetiva y deshumaniza, se convierte en un instrumento del Estado. 2.— *La objetificación*, pues se hace aparecer al Estado como una cosa concreta y no un instrumento de la voluntad de las personas. 3.— *Su epicización*, proceso por el cual los gobernantes no son vistos como servidores del Estado, sino que se transforman en héroes políticos.

En una línea muy parecida, el análisis de C. Offe sobre las contradicciones del Estado social es bastante deudor de las aportaciones de los autores citados, pero, al mismo tiempo, apunta novedosas líneas de investigación. Las propuestas de Offe en su análisis del Estado capitalista en su forma histórica actual hunden sus raíces en una profunda formación marxista, que le hace observar las tendencias a la crisis existente en el capitalismo, y en el empleo de la metodología propia de la teoría de sistemas y, en particular, a partir de unas variaciones de la de Luhmann, de la que hace uso precisamente para descubrir las causas de las crisis del Estado social. Pero, sus interesantes y provocadoras aportaciones no pueden ser comprendidas sin considerar su noción de Estado y del reconocimiento de la dificultad para obtener un concepto real, no dogmático y formal, que atienda, por tanto, a sus funciones. En este sentido, dice: «El Estado capitalista ya no puede caracterizarse como un *instrumento* al servicio del capital (un interés que ni es homogéneo ni se “comprende globalmente”); este Estado se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista “organizada privadamente” y los procesos de socialización disparados por esta economía»³⁶. Ahora bien, el equilibrio de estas dos variables —por un lado, la economía capitalista y, por otro, la socialización de las masas— depende de una correcta articulación entre tres subsistemas que se caracterizan, y he aquí su revisión de Luhmann, por estar «en función de los medios reguladores específicos implicados». Distingue así el *sistema económico* cuya expresión es la continua intervención estatal en la eliminación de los defectos internos del funcionamiento del mercado, pero que, a su vez, transfiere parte del valor obtenido al sistema político-administrativo. El *sistema político-administrativo* establece las expectativas, demandas y pretensiones de la estructura estatal y de los servicios burocráticos condicionando las actuaciones del *sistema normativo o de legitimación*, pero, con la contrapartida, de que la existencia de los servicios organizativos del Estado dependen de la lealtad de las masas cuya función corresponde a este último sistema que está, por su parte, determinado por el carácter ideológico y represivo del sistema político.

Tras esta radiografía, Offe concluye que la vulnerabilidad del Estado tiene su causa en la necesidad en la que se encuentra para perseguir la multitud de metas que se ha impuesto, muchas de ellas a través de estrategias contradictorias, y que, en realidad, producen interferencias entre los diferentes subsistemas que componen el sistema social. Estos litigios fronterizos entre subsistemas son los que limitan la capacidad del Estado para legitimarse. Cada subsistema genera intereses contra-

36. OFFE, C., «Crisis en el manejo de la crisis: elementos para una teoría de la crisis política», en *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, versión española de A. Escotado, Madrid, Alianza Universidad, 1990, p. 61. Vid. E. DIMAT, *De la maldad estatal, la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, cap. IV.

puestos entre los cuales es imposible el compromiso. «No se puede legitimar una institución que destruye con la mano izquierda lo que construye con la derecha»³⁷. El problema central del Estado capitalista actual estriba no sólo en mantener un equilibrio entre los servicios que presta y lo que extrae para financiar su costo o entre la lealtad de las masas y las funciones represivas del Estado, sino en evitar que la mejora de una variable del funcionamiento suponga el empeoramiento de otra.

Su tesis es que en el «manejo» de estos problemas, es decir, en su función reguladora, el Estado acaba logrando «un efecto de auto-obstrucción» que le lleva inexorablemente a la crisis. Ciertamente, el Estado maneja y sortea la crisis utilizando los mecanismos que tiene a su alcance. Principalmente, tres: los recursos fiscales, la racionalidad administrativa y la lealtad de las masas. Pero, los tres devienen incapaces para resolver la tendencia auto-contradictoria de la política estatal manifestada en las transferencias que se producen entre los subsistemas descritos. El uso de los recursos fiscales por cuanto, aceptando y reformulando la tesis de J. O'Connor, llegado un momento no sirven para lo que se había previsto, esto es, el crecimiento económico, la coordinación con la planificación económica y la estabilización social. La racionalidad administrativa en el sentido de Weber y dentro del proceso de complejidad y diferenciación de la burocracia que caracteriza los tiempos actuales presenta claros vestigios de irracionalidad que no son sino la expresión del enclaustramiento interno de la Administración, la falta de coordinación y la pérdida de capacidad para procesar información sobre la realidad y, por lo tanto, para predecir y planificar actuaciones futuras. Respecto a la lealtad de las masas, observa el fracaso de los mecanismos socializadores en su función de obtener una aceptación generalizada de las normas culturales y símbolos específicos del sistema. De ahí, en suma, que lo que explica la crisis del Estado es su incapacidad «para prevenir y compensar las crisis económicas». Con la paradoja de que «si la política estatal quiere ser correcta se ve forzada a apoyarse sobre medios que violan la relación capitalista dominante o minar las exigencias funcionales —la legitimidad y la competencia administrativa— de la propia regulación estatal»³⁸. Como dice un comentarista de excepción: «Offe alega que los Estados del Bienestar están dejando rápidamente de ser la solución viable a los problemas socio-políticos generados por las sociedades capitalistas tardías, porque los sistemas de vida social y económica ya no se armonizan con las exigencias del sistema político-administrativo. Las “panaceas” de la intervención estatal, y la regulación misma, pasan a hacerse problemáticas. Los sistemas ligados al Estado del Bienestar engendran más fracasos en

37. Frase de Picó con la que resume el ideario de Offe. PICÓ, J., *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, op. cit., p. 125.

38. *Ibidem*, p. 71.

planes, más resistencia social y más conflicto político del que pueden resolver; las propias estrategias para el manejo de la crisis empleadas por el Estado del Bienestar se ven sometidas a nuevas formas de tendencia a la crisis»³⁹.

V. CONSIDERACION FINAL

Por supuesto, en el repaso realizado hay alguna que otra ausencia, pero, no obstante, en lo visto pueden encontrarse las líneas maestras de la postura marxista frente al Estado social. Destaca, en coherencia con la tradición clásica, la ácida crítica a los orígenes y desarrollo del Estado como encubridor de las fuerzas del capitalismo y de sus injusticias. Cómo no, la atención se centra en el descubrimiento de las contradicciones inherentes, principalmente entre la exigencia de ser un instrumento de los procesos de acaparación y las necesidades de legitimación. Precisamente, esta tensión es la que debe llevar a la crisis final. Y, ciertamente, con este modelo logran una radiografía bastante fiel del sistema.

No obstante, chocan estas predicciones con el día a día de la pervivencia y las actitudes políticas. En efecto, la verdad es que, pese a las duras críticas que las corrientes marxistas realizan al capitalismo tardío y al Estado social, su actitud en la práctica política es bastante medida y meditada. Como ejemplo puede citarse a Offe quien, crítico como es con todo lo que concierne al Estado social, sin embargo, propone como vía de salida la del «socialismo democrático», aunque éste se parece poco al que conocemos hoy en día, pues defiende la acción política de los movimientos sociales —feminismo, ecologismo y pacifismo—. No rechazan los servicios sociales y la obligación del pleno empleo. Pero, ante la actuación de los partidos conservadores, el problema de la inflación rampante que va acompañada de recortes en los servicios sociales y el desempleo, los teóricos marxistas parece que esperan más la intensificación de las tensiones sociales y, por derivación, la militancia política. Pero, mientras tanto, hasta que esto suceda, la práctica política de las corrientes marxistas se centra sobre todo, entre otros supuestos, en la defensa de los servicios sociales y de la obligación del pleno empleo, dos pilares básicos de la ideología que sustenta el Estado social, con lo que, paradójicamente, se vuelven sus más fieles seguidores.

39. KEANE, J., «Introducción» al libro de C. Offe *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, *op. cit.*, p. 19.

III

IN MEMORIAM

José Corts Grau (1905-1995)

Por JESUS BALLESTEROS

Valencia

I. PERFIL BIOGRAFICO

El 4 de enero de 1995 moría en Valencia —mientras dormía— el profesor José Corts Grau, uno de los más finos y profundos humanistas españoles contemporáneos. Esa misma mañana había salido de casa para dirigirse a una iglesia cercana, donde participaba en la Eucaristía diariamente. El modo de producirse su muerte confirma que había superado con creces el único juicio que le preocupaba: aquél del que habla san Juan de la Cruz, «a la tarde de esta vida te examinarán en el Amor». Como el mismo había escrito, «lo que al cabo importa es haber sembrado amor u odio, claridad o confusión» (Prólogo a Ballesteros, *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi* Madrid-Roma, CSIC, 1973, p. XIV). Lo más relevante es que «al que teme al Señor le irá bien en las postrimerías, y el día de su fin hallará gracia» (*Eclesiástico* 1, 11-39).

Había nacido en Fortaleny (Ribera del Xuquer, Valencia) el 25 de octubre de 1905, y cursado la carrera de Derecho como Becario del Colegio Mayor San Juan de Ribera de Burjassot, en donde coincide entre otros con Pedro Laín, con quien traba una amistad que durará toda su vida.

En 1929 obtiene el Premio Extraordinario de Licenciatura, y dos años más tarde el de Doctorado, con una tesis doctoral sobre el pensamiento político de Balmes.

Amplía estudios con las principales figuras del pensamiento de su tiempo, tanto en el área específica de la Filosofía del Derecho —los institucionalistas franceses Georges Renard y Joseph Delos— como

en el ámbito de la filosofía en general, al estudiar un curso con Martin Heidegger en la Universidad de Friburgo. A este autor, de quien traduce al castellano su *Ser y Tiempo*, traducción desgraciadamente inédita, le dedica un importante ensayo en 1971 (*Anotaciones previas al pensamiento ético jurídico de Martin Heidegger*, Lección inaugural del Curso 1970-71 en la Universidad de Valencia).

En 1935 obtiene la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. En 1941 pasa a la Universidad de Valencia, donde desempeñará su magisterio hasta su jubilación en 1975. En el campo de la Filosofía del derecho publica obras de la importancia de su *Curso de derecho natural*, Ed. Nacional, 1970 (4.^a ed.) que venía a refundir sus escritos anteriores *Introducción gnoseológica a la Filosofía jurídica*, 1935 y *Principios de Derecho natural*, 1944 e *Historia de la Filosofía del derecho*, 1952, 1.^a ed, 1968, 2.^a ed.

Desde un comienzo su proyección intelectual y su magisterio trasciende con mucho el ámbito estricto de la Filosofía del Derecho. Así en Granada promueve la dedicación universitaria de destacadas figuras como Enrique Gómez Arboleya, metafísico y sociólogo, Francisco Murillo, politicólogo y uno de los grandes iniciadores del estudio de la sociología en España, Miguel Cruz Hernández, historiador de la filosofía y arabista, Alfonso Padilla Serra, constitucionalista.

Participa activamente en los encuentros de filosofía de Gredos, junto a figuras como el P. Ceñal, Pedro Laín, Juan Rof Carballo, Joaquín Ruiz Giménez. Algunas de sus intervenciones en estos encuentros se recogen en sus libros *Estudios filosóficos y literarios*, Rialp, 1954, y *El hombre en vilo*, Aguilar, 1958. Del mismo modo, desde su traslado a Valencia en 1941 su influencia se extiende entre los cultivadores de diferentes ramas del ordenamiento jurídico, en especial, el derecho constitucional, bien directamente bien a través de Murillo Ferrol, así, por ej. Joaquín Tomás Villarroya, Juan Ferrando o José María Desantes. «Quienes fuimos sus primeros alumnos —ha escrito Ismael Peidro— nunca hemos olvidado el fuerte impacto de su personalidad intelectual». Entre las tesis doctorales dirigidas se encuentran las de aquéllos que se ocuparán posteriormente de sociología, como Carlos Moya (tesis sobre la noción de clase social en Marx), o de Historia del Derecho como Mariano Peset (tesis sobre Geny).

Participa también en numerosos congresos internacionales, como los de filosofía de Roma, en 1946, y de Mendoza, en 1949, el de intelectuales católicos en París y de cooperación hispanoamericana de Bogotá. En 1959 y 60 dicta cursos monográficos en la Universidad mexicana de Puebla.

II. ANTROPOLOGIA CRISTIANA

Hemos dicho que la preocupación intelectual de Corts supera con mucho el ámbito de la Filosofía del Derecho. Es la suya fundamental-

mente una preocupación humanista, como prueban incluso los títulos de sus principales escritos. Está ya presente en su tesis doctoral sobre Balmes, y desde la primera edición de su *Curso de derecho natural*.

Esa preocupación humanista está inspirada en todo momento por su conciencia cristiana. En efecto, el rasgo más destacado de la personalidad y del pensamiento de Corts Grau es su profundo cristianismo. Pero importa destacar que su postura está siempre acompañada de la debida argumentación. Rechaza el fideísmo como actitud antifilosófica (*Curso de derecho natural*, p. 54).

Su preocupación humanista es preocupación por la defensa de la dignidad humana. Su humanismo cristiano le lleva a apartarse del naturalismo (*Curso de derecho natural*, p. 4): sus críticas a este respecto siguen teniendo plena vigencia hoy contra movimientos como los de la *Deep Ecology*. Recordando a Scheler, afirma: «Cuando lo observa un naturalista, el hombre parece un animal que ha enfermado». Tan es así que algunos autores hablan de una evolución regresiva. Pero se aparta igualmente de toda actitud narcisista, que pretenda presentar la dignidad como algo que se conquista, cuando de suyo es algo que se presupone (*El hombre en vilo*, p. 76s). En este sentido se adhiere a Agustín de Hipona en la crítica al narcisismo y elitismo estoico, que considera que la dignidad es algo ético que pueden alcanzar los sabios y virtuosos con su esfuerzo, y no ontológico, que acompaña a todos. La dignidad es algo que ha sido dado por igual a todos los seres humanos, es algo presupuesto. Por ello a Corts le gustaba repetir a este respecto el aforismo de Vives: *homo homini par*. Con ello criticaría *avant la lettre* la postura de los autores, que piensan hoy en la dignidad como conquista ética de unos pocos y no como dato ontológico de todos. (Como es bien sabido es éste el tema de fondo que está hoy en debate en el ámbito de la bioética en cuestiones tales como el aborto, la eutanasia: el de si todos los hombres son personas).

Sin embargo es mucho más difícil tratar de adscribirle dentro del pensamiento cristiano a una determinada doctrina. Su amor a la verdad y su rechazo a la pretensión de la originalidad le llevó a quedar fuera de las disputas de escuelas. Su intento es recoger de cada autor lo que pueda resultar más valioso, de modo que su *Historia de la Filosofía del Derecho* puede aparecer como exposición de la *filosofia perennnis*. Más que fijar lo peculiar de cada autor, se atiende a lo que en él hay de auténtica descripción de lo real. Por ello su rechazo a entrar en disputas entre agustinianos o tomistas. (*El hombre en vilo*, p. 80). Entre los pensadores contemporáneos cabe destacar su simpatía por la fenomenología y por autores como Peter Wust, Gabriel Marcel o Simone Weil.

Le importa ante todo la coherencia entre pensamiento y vida, la integración entre entendimiento y voluntad, por encima de conceptualismos abstractos, la verdadera sabiduría en sentido vivista, como recto obrar. Todo conocimiento implica una lucha moral. De ahí su insistencia en la conexión entre dureza de corazón y blandura de imaginación

(*El hombre en vilo*, p. 61). Lo suyo era siempre atención a la verdadera razón práctica. «Poner en claro por qué cosas vale la pena y por qué cosas no vale la pena consumirnos» (*El hombre en vilo*, p. 269).

El rasgo fundamental de su humanismo consistía en la preocupación por la suerte del hombre concreto, de ahí su ironía respecto a las construcciones teóricas, alejadas de los problemas reales. Este texto sería muy expresivo al respecto: «parece que sabemos más de los humanismos que del hombre, parece importarnos más lo que podamos decir del hombre que el hombre mismo. Pero los humanismos pasan y el hombre está ahí esperando» (*Los Humanismos*, p. 30). «No estamos llamados a exhibir sino a sembrar» (p. 56).

Percibe agudamente cómo el narcisismo es fuente de males personales y sociales, en cuanto al reducir el ser al aparecer impide la gratitud, y con ella la paciencia y la capacidad de resistencia (*Ibid.* p. 54). «Un hombre humilde goza de libertad suprema y puede lograr obras de gran perfección, mientras que el servilismo prolifera allí donde cunden la vanidad y la soberbia. En cuanto comenzamos a tomarnos demasiado en serio quedamos prisioneros de nuestra vanidad, probamos a olvidarnos de nosotros mismos y renace la alegría». «Tampoco ha venido uno al mundo a lucirse sino a transparentarse» («Cara y cruz de la libertad» en *Estudios en honor del prof. Luis Recasens Siches*, México, UNAM, 1980, I, p. 183.)

De su cristianismo derivaba también su sobriedad, que le llevaba a un cuidadoso aprovechamiento de todos los recursos, desde el tiempo y las palabras, hasta el papel, que aprovechaba en todas sus formas. Lo que entonces habría sido visto como pobretería, y ahora sería alabado como sensibilidad ecológica. Esta misma sobriedad era la base de su estilo literario. No tuvo nunca la preocupación por la pura forma, sino por la precisión conceptual y la capacidad de síntesis como manifestación de claridad y voluntad de comunicación de lo esencial. Ello explica el recurso frecuente a las citas textuales, cuando respondían a esta precisión conceptual. Estuvo siempre convencido de que la palabrería es el más espantoso de los vacíos espirituales (*Humanismos*, p. 257).

Uno de los rasgos más profundos de la antropología de Corts lo constituía su preocupación por la extensión del fenómeno que él llamaba con terminología tomada de André Gide: «instantaneidad», esto es, la reducción de la realidad al puro instante presente, con el olvido del pasado y la total despreocupación del porvenir. Sobre este tema insistía en sus explicaciones de cátedra en los años 60, y no puede menos de confirmarse su carácter premonitorio, que yo entonces no acertaba a comprender. Detrás de la desfachatez y la mentira en política lo que se esconde es esta irresponsabilidad, consiguiente al instanteísmo, la negativa a dar cuenta de los propios actos. De ahí que su filosofía jurídica tendiera a dar tanta importancia a lo que dura, frente a lo que simplemente se desvanece en el puro transcurrir del tiempo, en definitiva

a las instituciones como espacio necesario para la realización de la persona. «Sería sarcástico que denunciáramos la violación de cualquier compromiso contractual después de haber negado el valor mismo de la promesa humana».

Otra preocupación constante de su pensamiento, que se refleja sobre todo en su artículo *¿Es la nuestra una justicia cristiana?*, es evitar que la aplicación de la justicia pueda degenerar en represalia, y por ello la necesidad de inspirar la justicia en la caridad, así como de enfocar los derechos desde el ámbito del sufrimiento humano y la muerte, para dar cumplimiento a la exigencia bíblica de que el amor es la plenitud de la ley, lo que debe llevar a integrar la noción de prójimo en el ámbito de la experiencia jurídica. (*El hombre en vilo*, p. 91). Este tema, que le interesa mucho en los últimos años, refleja su sintonía con algunas de las tesis de los juristas luteranos, como Erik Wolf —a quien había conocido en sus años de Friburgo— sobre el derecho, que pasan a reflejarse en uno de sus últimos escritos *En la hora de la verdad*.

III. EL PENSAMIENTO INSTITUCIONALISTA

Desde el punto de vista de la filosofía política, uno de sus escritos más significativos es el titulado *Comunidad y multitud* (*Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, Mendoza, Argentina, 1949, Vol. I.). Destaca ya aquí cómo la gran empresa española ha sido defender la dignidad del hombre. «Mientras que los místicos de otras latitudes han solido entregarse a derretimientos panteístas, los nuestros, al tratar de la unión mística, diríase que reivindicaban su ser y su libertad frente al propio Dios» (p. 544). Pero ya en estas fechas aparece igualmente con claridad su aproximación a la filosofía existencial. «Esta ha reiterado con su peculiar acuidad y patetismo el imperativo de hurtarnos enérgicamente al anónimo y a la trivialidad, a cuanto signifique despersonalización» (p. 545). Esta apertura a la filosofía europea del siglo XX, que recuerdan con agradecimiento sus alumnos, contrastaba con el ambiente dominante, y le hacía sospechoso ante las mentes más estrechas de la época, tal como ha recordado Juan José Gil Cremades, en su necrológica sobre Sancho Izquierdo, *AFD*, 1989, p. 448 : «El acceso que en los años 20 y 30 pudieran hacer Recaséns, Legaz o Corts al encanto cultural de Ortega y Gasset permitió la apertura de esos y otros hombres al neokantismo, a la fenomenología, a la teoría de la institución o al existencialismo» (*cit.* p. 449).

En su artículo *Comunidad y multitud* de 1948, se encontraba una dura diatriba contra los regímenes fascistas, que son calificados como «totalitarismo burocrático, disfrazado de corporativismo», en los que la lealtad es confundida con la adulación servil al jefe, y los funcionarios pasan de servidores a dueños, perdida la conciencia de su función. Pero el origen común del fascismo igual que del comunismo se encuentra en la disolución individual de las instituciones de extensión in-

ferior al Estado, como la familia, o la Universidad. «El individualismo político fue desmontando la natural inserción del individuo en las instituciones hasta sustituir la dualidad individuo-institución por esta otra: individuo-Estado. Con lo que de pronto el Estado apareció como personificación del orden jurídico total» (p. 537). Frente a la confusión de la unidad con la uniformidad, tal como ocurría en Platón y en el totalitarismo, se trata de volver a reivindicar las instituciones, de acuerdo con Aristóteles. Siguiendo a su maestro J. Renard, a quien en su tesis doctoral sobre Balmes (p. 274) califica de «demócrata católico», anticipa así algunas de las tesis de los comunitaristas americanos de los años 60, como Mac Intyre, en *After Virtue*. A diferencia de éste no critica nunca la noción de derechos humanos, sino que insiste en su vinculación con la noción de deber, así en su artículo sobre *Las Declaraciones de derechos y el derecho natural*, (p. 30) «¡Qué de energías perdidas reclamando derechos que luego no se sabe ejercer! Mi derecho al reconocimiento de mi propia dignidad postula ciertamente el respeto ajeno, pero me impone a mí deberes muy estrictos de decoro, sobre todo en aquellos trances en que me gustaría perderlo».

Crítica asimismo el relativismo ético jurídico, destacando que no cabe superar los riesgos de la reducción de la comunidad a multitud o masa sin encontrar un acuerdo sobre la naturaleza y el destino del hombre (p. 538). Su iusnaturalismo, claramente influido por Renard, vendría a coincidir con la llamada jurisprudencia de principios. Hay que salvar a un tiempo la consistencia de los principios y su apertura a la historicidad.

Su posición sobre la democracia coincidiría así con la de Vegas Lapedrie, a quien citó en algunos de sus más importantes escritos, en cuanto venía a defender una base no relativista de la convivencia. Esta crítica al relativismo se mantiene hasta sus últimos escritos *En la hora de la verdad*, (p. 9-10) o *Cara y Cruz de la libertad*, (cit. p. 194) donde precisa que «la auténtica tolerancia estriba en concertar el amor a la verdad y el amor al hombre, a sabiendas de que la coacción, antes que ilícita, es incongruente o contraproducente para infundir o para desarraigar una idea».

La influencia del magisterio de Corts Grau en el campo de la filosofía jurídica se ha manifestado y se sigue manifestando a través de investigaciones sobre algunos de sus autores como J.L. Vives, G. Marcel, o S. Weil, así como por la dedicación de muchos de sus discípulos al estudio de las relaciones entre la analítica existencial y el derecho. Pero la coherencia de su testimonio de hombre entregado a la búsqueda de la verdad y de las bases justas de la convivencia extiende su influjo más allá de los límites de la filosofía jurídica. Del mismo modo que supera también este ámbito buena parte de su obra escrita.

BIBLIOGRAFIA DE JOSE CORTS GRAU

Derecho Natural y Filosofía del Derecho

- Introducción gnoseológica a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Escorial 1941.
Principios de Derecho Natural, Madrid, Ed. Nacional, 1944.
Curso de Derecho Natural, refundición y revisión de los dos libros anteriores, Madrid, Editora Nacional, 1953, 1.^a ed. 1970, 4.^a ed.
 «Axiología e iusnaturalismo», *Actas del Congreso de Mendoza*, 1949.
 «¿Es la nuestra una justicia cristiana?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1956.
 «Las modernas Declaraciones de Derechos y el Derecho Natural», en *Derechos Humanos*, Colegio de Abogados de Valencia, 1969.
En la hora de la verdad, Universidad de Valencia, 1975.
 «Cara y Cruz de la libertad», en *Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches*, México, UNAM, 1980.

Ensayos humanísticos

- Estudios filosóficos y literarios*, Madrid, Rialp, 1954.
El hombre en vilo, Madrid, Aguilar, 1958, Prólogo de Pedro Lain.
Los humanismos y el hombre, Madrid, Prensa Española, 1967.

Estudios de filosofía política

- Ideario Político de Balmes*, tesis doctoral, Madrid, Facultad de Derecho, 1934.
Motivos de la España eterna, Madrid, I.E. Pol. 1946, 9.^a ed.
 «El concepto de soberanía en Suárez», *Revista de Derecho Público*, 1934.
 «George Renard y su teoría de la institución», *Revista de Derecho Público*, 1934.
 «Comunidad y Multitud», en *Actas del Congreso de Mendoza*, 1949.
El marxismo y la moral social, Madrid, Valle de los Caídos, 1962.

Estudios de Historia de la Filosofía

- Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Nacional, 1952, 1.^o, 1968. 2.^a ed.
Anotaciones previas al pensamiento ético-jurídico de Martin Heidegger, Valencia, lección inaugural del curso 1970-71.
 «Pascal», en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1974, Tomo XVIII.
 «Apuntes para un perfil de Sören Kierkegaard», en *Homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro*, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1974.
El pacifismo de Juan Luis Vives, Centro de Cultura Valenciana, 1976-77.
 «De Nietzsche a Sartre», en *Estudios de Filosofía del derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje al Catedrático don Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y CEC, 1983.

Estudios Homenaje

*Filosofía y Derecho, Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Universidad de Valencia, 1978, 2 vols. de 739 y 766 pp. Contiene un artículo del prof. Francisco Puy Muñoz sobre *La doctrina social católica en la filosofía jurídica de José Corts.**

IV
DEBATES

Ecologismo personalista: ecos de premodernidad

Por JOSE LUIS SERRANO, JOSE LUIS SOLANA,
FRANCISCO GARRIDO y ANTONIO M. PEÑA

Granada, Jaén

Comentario crítico de los siguientes libros:

BALLESTEROS, Jesús (1989) *Postmodernidad: decadencia o resistencia* (Madrid, Tecnos, 1989) (En adelante, PDR).

BELLVER, Vicente (1994), *Ecología: de las razones a los derechos* (Granada, Comares, col. «Ecorama» n.º 4, 1994) (En adelante ERD).

BALLESTEROS, Jesús, (1995) *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, (Madrid, Tecnos, 1995) (En adelante EP).

I. INTRODUCCION ¹

Varios motivos justifican que estos tres libros sean comentados

1. Unas breves palabras sobre la gestación de este texto: recién aparecido el libro de Vicente Bellver (ERD), el profesor J.J. Gil Cremades propuso a uno de los autores de este comentario (J.L. Serrano) comenzar un debate en las páginas del Anuario. Este, a su vez, propuso al director del AFD incluir en el debate a los compañeros de Granada y Jaén que de una u otra forma trabajan en el ámbito de la Ecología jurídica y política. En el transcurso, apareció publicado el libro del profesor Ballesteros (EP) y, finalmente, los firmantes tomamos dos decisiones: fusionar lo que eran varios textos diferentes en uno colectivo y abarcar con el comentario tanto al *Ecologismo personalista* como al otro libro (PDR) que ya publicara Jesús Ballesteros en 1989. No sobra añadir que, al escribir esto, nos constituimos, por primera vez, en una suerte de «escuela andaluza de ecología política»; constitución que debemos exclusivamente a la diferencia con la «escuela valenciana», escuela que, ciertamente, existe —cosa que no se puede predicar tan tajantemente de la nuestra— y de cuyos frutos nos congratulamos. Si, al final, las dos escuelas acaban naciendo todo se deberá al cuidado y agudeza del profesor Gil Cremades en la dirección del Anuario.

conjuntamente. En primer lugar, la propia palabra de los autores: Bellver dice que su libro constituye «un primer resultado» del equipo *Ecología Política y crisis de civilización*, equipo de investigación del que, por otra parte sabemos que forman parte el propio Bellver y Jesús Ballesteros (EP, 10). Según Vicente Bellver, el libro (de «inminente aparición» en el momento de la publicación del suyo) *Ecologismo personalista* de su maestro Jesús Ballesteros ha sido «la cuadrícula sobre la que he escrito estas páginas» (ERD, 7). Y, finalmente, según Ballesteros, la *Ecología personalista* «constituye un desarrollo de algunas de las ideas apuntadas ya en mi trabajo anterior *Postmodernidad: decadencia o resistencia*» (EP, 10).

El segundo motivo para la crítica conjunta es que los tres parten de lo que, a nuestro juicio, es un acierto metodológico: *la consideración de la crisis ecológica como crisis civilizatoria*. Ambos autores —maestro y discípulo— han entendido perfectamente que la crisis ecológica además de planetaria porque afecta al conjunto de la especie es civilizatoria porque debe ser puesta en relación con cuestiones tales como la ingeniería genética; la situación de la mujer en el tercer mundo; el tecnocratismo; el estatalismo y el mercantilismo; los gastos militares y el comercio legal de armamentos; la despolitización y la imposibilidad de la democracia directa; la falsa y aparente soberanía del individuo moderno; el reduccionismo de la ciencia moderna o la ideología del crecimiento expansionista, por poner sólo ejemplos citados por ambos autores.

En efecto, los tres trabajos parten de la tesis en virtud de la cual existe un sustrato ético-político común que atraviesa la crisis ecológica, el patriarcado, los problemas del orden internacional o la crisis de identidad del sujeto. Sustrato ecocida frente al cual el ecologismo personalista formula un nuevo imperativo categórico: «Obra de tal modo que tu nivel de consumo pueda convertirse en máxima de conducta universal por ser compatible con condiciones de vida dignas para la presente y futuras generaciones». Este imperativo permite deducir una ética ambiental comprensiva de principios como el de la necesidad biológica de la naturaleza, el de las condiciones de incertidumbre, el de los intereses de las generaciones futuras, el de la pluralidad de usos de la naturaleza, el del derecho al ambiente como necesidad social emergente o el de las preferencias cualificadas (ERD, pp. 148-151).

Y, a su vez, a partir del sistema ético-ambiental que subyace a los tres libros pueden deducirse propuestas políticas —en general muy asumibles— que bien leídas diseñan un completo programa político del ecologismo personalista, a saber: una fuerte apuesta por la libertad y la igualdad en un contexto de solidaridad para superar el individualismo moderno; la revisión de la noción de soberanía nacional en especial en lo que a la propiedad de los recursos naturales se refiere (EP, 45, 62 y 70 y ERD, 187); la apuesta por la «economía moral» (Thompson) y por un Estado ambiental planificador, esto es que ordene jurídicamente el mercado según criterios ecológicos (ERD, 293); la crítica ra-

dical al consumismo del Norte como causa fundamental de la crisis ecológica (EP, 68); el pacifismo y el antimilitarismo; la reivindicación de la primacía de determinados valores tradicionalmente considerados como femeninos y el rechazo del etnocentrismo (EP, 42-43).

La metodología globalizante, la directriz ética y el programa político de Ballesteros y Bellver son plenamente compartidos por nosotros. Por eso —delimitado como tenemos al adversario común— tal vez tácticamente interesara callar ahora, poner aquí punto y final a este comentario y continuar en la seguridad de que los profesores valencianos seguirán apareciendo junto a nosotros en las fotos de familia del paradigma ecológico y en las fotos de barricada de la oposición al sistema mundial de contaminación ambiental, social y psíquica. Sin embargo y aún a riesgo de provocar la satisfacción del adversario ecocida, vamos a exponer ahora siete discrepancias académicas con la escuela valenciana. Estamos seguros de que las siete abrirán un debate enriquecedor para ambas partes porque, además de amigos y aliados, somos investigadores y, como es sabido, los debates en la comunidad científica —al permitir la extracción de síntesis— se parecen más a las contradicciones lógicas que a las confrontaciones de trenes.

II. PRIMERA DISCREPANCIA: EN TORNO A LA ETIOLOGIA DE LA CRISIS ECOLOGICA

Vicente Bellver (ERD, 101) suscribe la tesis de Erwin Lazslo según la cual: «La crisis mundial del siglo XX también podría verse como el fracaso de la civilización moderna al no tomar en consideración los conceptos morales de las tradiciones religiosas y espirituales, y no haberlos incluido en sus decisiones sociales, económicas y políticas». Para Bellver, «la crisis de la civilización moderna occidental encuentra una de sus raíces en el olvido de la dimensión religiosa. Este olvido ha contribuido, entre otras cosas, al desastre ecológico que venimos padeciendo» (ERD, 101-102). Jesús Ballesteros siguiendo a Moltmann, considera que «la explotación ilimitada de la naturaleza procede del olvido de la noción de creación» (EP, 38).

Esta interpretación de la etiología de la crisis ecológica es, a nuestro juicio, más premoderna que postmoderna. En efecto, una interpretación ilustrada atribuiría las lacras de la modernidad a un adormecimiento de la razón práctica en tanto que instancia de control de las posibilidades de una racionalidad científica incontrolada y dominada por la ideología del progreso. Frente a esta postura, la interpretación preilustrada ve el origen de la crisis en delirios racionales derivados del olvido de la tradición (véase Muguerza, 1991, p. 9-36).

Nosotros, sin embargo, tendemos a pensar —y aquí discrepamos de la escuela valenciana— que, en cierta medida y con serias matizaciones, la Ecología política es heredera del espíritu crítico y emancipa-

torio de la Modernidad. Ahora bien, la Ecología política —y aquí coincidimos— parte también de la crítica al programa moderno en aquello que éste tiene de metarrelato alienante. La Ecología política sabe que la Modernidad, pese a rechazar la existencia de verdades absolutas y reveladas, contiene el virus fundamentalista en la medida en que «sacraliza» un conjunto de procedimientos formales, tanto cognoscitivos como morales, propios del método científico «descubierto a lo largo de la revolución científica y codificados por la Ilustración» (Gellner, 1992, p. 101); y en la medida en que está todavía instalada en la «voluntad de fundamento» que vincula a la metafísica occidental y a la racionalidad científico-técnica.

Coincidiremos con Ballesteros y Bellver cuando se trate de poner de manifiesto el monolitismo moral, epistemológico o político radicalmente contrario al propio espíritu ilustrado y a la irrenunciable pluralidad-complejidad de lo real que el paradigma ecológico expresa. Pero igualmente, se nos hace preciso reconocer la necesidad de incorporar al programa de la Ecología política aquello que en la tradición ilustrada estuvo siempre en los pliegues de la misma: la crítica, el mejor antídoto contra cualquier fundamentalismo. El fundamentalista puede aprender, pero logra interpretar lo nuevo aprendido como una mera ejemplificación de algún dogma general: «Un profesor de física —cuenta Bunge, 1982, p. 130— de una universidad islámica, a quien yo le había preguntado si también la mecánica cuántica estaba contenida en el *Korán*, me contestó muy suelto de cuerpo y en público: “Por supuesto, con tal que se la interprete debidamente”». Lo que ya no reconoce Mario Bunge es que su lectura de la mecánica cuántica no deja de ser otra interpretación.

Del mismo modo, para Vicente Bellver la ciencia y la teología no se contradicen ni un ápice... siempre que a ésta se la interprete correctamente: «las ecofilosofías humanistas partirían de la consideración de la naturaleza como creación divina. Esta última concepción de la naturaleza no responde (...) a la pregunta **cómo** funciona la naturaleza, sino a la más radical de **qué** es la naturaleza. Precisamente por encontrarse en un plano distinto de las otras dos respuestas, la postura creacionista puede asumir en cada momento aquella hipótesis que la ciencia sustente como más veraz, informando siempre esas posturas desde un nivel superior». (ERD, 10).

Sintetizando nuestra primera discrepancia: no decimos que el ecologismo personalista sea fundamentalista (en el sentido grosero que hoy la prensa occidental utiliza habitualmente como insulto) pero sí decimos que no toma de las tradiciones ilustradas los suficientes antídotos para prevenir el fundamentalismo.

III. SEGUNDA DISCREPANCIA: SOBRE LA RELACION ENTRE MODERNIDAD Y CRISTIANISMO

Max Weber puso de manifiesto la conexión entre modernidad y cristianismo y sostuvo que no es posible establecer una teoría coheren-

te de la modernidad sin hacer patente esa conexión. Una interpretación de esta íntima conexión entre modernidad y cristianismo, como de las análogas con la ciencia y la tecnología modernas o con el individualismo, no son abordadas críticamente en las obras analizadas.

Afortunadamente, la laguna se suple en parte con la obra de Peter Koslowski, autor que, como Ballesteros y Bellver, propugna una superación cristiano-postmoderna de la modernidad (Koslowski, 1994, pp. 969-989) que permita la negación de toda responsabilidad del cristianismo en la crisis ecológica. Sin embargo, a pesar del trabajo de Koslowski sigue faltando en el ecologismo personalista un espíritu autocrítico con la propia tradición o, al menos una distinción del tipo de la que hace Passmore, 1976 p. 24, quien manifiesta que si bien hoy tiende a prevalecer la interpretación del Génesis en virtud de la cual el hombre es sólo administrador, la otra interpretación posible, «la del hombre con derecho a gobernar como déspota absoluto, ha sido durante mucho tiempo dominante». De este modo, el cristianismo «nos ha animado» «a considerarnos señores absolutos de la naturaleza» (Passmore, 1976 p. 28). Por tanto: «Lo que puede argüirse con fundamento es que el cristianismo alentó determinadas actitudes frente al mundo natural. Lo conceptuó más como fuente de suministro que como objeto de contemplación, dio licencia al hombre para que lo tratase sin reparos, despojó a la naturaleza de su carácter sagrado y vació nuestra conducta para con ella de contenido moral» (Passmore, 1976 p. 35).

Una conclusión similar se extrae al analizar las relaciones entre el cristianismo y el surgimiento de la ciencia y la tecnología moderna. Según Leszek Kolakowski, (1985, p. 59), «al designar al hombre como señor de la tierra y al subordinar la Naturaleza a sus necesidades, la tradición judeo-cristiana estimuló el gran impulso al progreso tecnológico y científico sobre el que iba a construirse la civilización occidental».

También la crítica reiterada de Ballesteros y Bellver al individualismo «propio de la Modernidad» (véase por ejemplo ERD, 184) debería haberse tamizado con afirmaciones de este otro tipo: «el individualismo moderno no hace sino introducir en el mundo, terrenalizar, mundanizar, al individuo cristiano extramundano (...)» Aranzadi, 1993, p. 15. También Deleuze (1993, 27-35) muestra cómo la disociación y la oposición «cristiana» entre la Naturaleza y el Espíritu se transformó en la oposición burguesa entre la vida privada y el Estado, cómo existe una relación, en modo alguno contingente, entre Cristianismo y burguesía, entre la vida espiritual cristiana y el *modus vivendi* burgués. Como escribe Tejada, (1993, p. 36), Deleuze ha mostrado cómo el Cristianismo «es en buena parte responsable de la derivación burguesa consistente en la trascendencia de un Estado-máquina con respecto a una sociedad atomista formada por personas privadas, preocupadas solamente por su propiedad y su bienestar».

Sintetizando nuestra segunda discrepancia: no afirmamos que sea imposible un programa ecopersonalista inspirado en el cristianismo, lo que sí afirmamos es que ese ecologismo personalista no puede construirse sin la consideración de las fuertes críticas de Deleuze, Tejada, Passmore, Aranzadi o Kolakowski...

IV. TERCERA DISCREPANCIA: SOBRE LA CLÍNICA DE LA CRISIS ECOLÓGICA

Con Schumacher, Jesús Ballesteros considera que: «El moderno experimento de vivir sin religión ha fracasado y, una vez que hemos entendido esto, sabemos cuáles son nuestras metas postmodernas». (PDR, 144-145). «La base de la revuelta como alternativa a la Modernización occidental (...) sería el arraigo en la tradición cultural y religiosa del pueblo» (PDR, 124). Se trataría de defender «la recuperación de las tradiciones religiosas premodernas como presupuestos para la resacralización del hombre». (PDR, 125). De este modo, uno de los aspectos de «el mensaje más hondo del modo de pensar ecológico» consiste en «recuperar la unidad perdida del hombre (...) con Dios». (PDR, 143). Este retorno al cristianismo encuentra su referente teórico en el «magisterio pontificio» de Juan Pablo II, que según Vicente Bellver «se ha convertido, para personas de distintas confesiones y culturas, en la principal autoridad moral del planeta. «El Magisterio reciente de la Iglesia católica sobre las cuestiones relativas al medio ambiente y al desarrollo» «ofrece, desde una racionalidad ecuménica y trascendente, elementos valiosos para la construcción del nuevo paradigma» (ERD, 102, 109, 115, 124, 128).

Para la clínica ecopersonalista de la crisis y para una teoría creacionista del derecho subjetivo al ambiente urge, por tanto, clarificar el mandato divino recogido en el Génesis: «Creced y multiplicaos; llenad y dominad la tierra» (I, 28-29), entendiéndolo no como la transmisión por parte de Dios a los hombres de un derecho de absoluta disponibilidad sobre la tierra, un *ius utendi et abutendi*; sino como un derecho inalienable cuyo contenido se centra en cuidar y perfeccionar la creación y mediante el cual Dios haría a los hombres partícipes de Su poder creador: el hombre puede cuidar de la naturaleza gracias a que es «semejante a Dios» (EP, 37).

Esta segunda interpretación, estiman tanto Ballesteros como Bellver, ha sido «la postura de la Iglesia Católica a lo largo de los siglos» (ERD, nota 118). Los problemas sólo aparecen cuando, tras los procesos de laicización y secularización instados por la racionalidad moderna, el dominio del hombre sobre la creación se emancipa por completo de su dependencia respecto de la trascendencia» (ERD, 110).

Confróntese esta postura con la de Passmore, (1976, p. 210): «La concepción “administradora” se ha adscrito no pocas veces al cristia-

nismo. Disiento. Surge aquélla cuando el hombre, eslabón de un proceso evolutivo, se contempla pleno de responsabilidades frente al futuro, responsabilidades que genera el afán de preservar y desarrollar lo que se ama. En esencia, es éste un concepto peculiarmente moderno y occidental, que se remonta a Kant. La importancia que para la ecología tiene es manifiesta».

Sintetizando nuestra tercera discrepancia: no decimos que sea imposible la construcción de una teoría creacionista del derecho subjetivo al ambiente, si afirmamos que tal construcción resulta más fácil por el lado evolucionista y que, en todo caso, cae sobre el ecologismo personalista la carga de la prueba de lo contrario.

V. CUARTA DISCREPANCIA: SOBRE EL CONTEXTO PARADIGMÁTICO, LA RACIONALIDAD AMPLIADA E INTEGRAL

Constatada la naturaleza moral del problema, su solución en un contexto paradigmático pasa por la construcción de una forma de racionalidad «sustitutoria de la propia de la Modernidad e impulsora de un cambio epocal» (ERD, 1). La postmodernidad persigue una «razón integral y ampliada» (PDR, p. 13). Exige la presencia, junto a la científica, de la razón práctica y la razón contemplativa.

Hasta aquí de nuevo de acuerdo. Ahora bien, no podemos compartir la concepción de la integralidad y la ampliación de los horizontes de la racionalidad práctica en los términos ofrecidos por Vicente Bellver (ERD, 104 y 126), porque en él esta mutación epocal parece reducirse a la recuperación del elemento religioso en la racionalidad humana, en el marco teológico esbozado por Juan Pablo II. A nuestro juicio, el resultado sería una racionalidad deficiente y excluyente. Deficiente porque esta racionalidad sería fácilmente acusable de ser una estrategia para excluirse del juego científico-racional. El cambio del paradigma moderno al paradigma ecológico exige, por el contrario, establecer territorios de diálogo y de confrontación entre el primero y el segundo, de tal modo que los múltiples «juegos de lenguaje» de que están compuestos, puedan encontrar zonas difusas de intercambio.

Dado que el paradigma ecológico habita en la frontera epocal (cuando lo viejo no acaba de morir y lo nuevo no acaba de nacer) su confrontación con la racionalidad científica moderna debe resolverse también en el terreno de juego de ésta. En todo caso, la incompatibilidad entre la racionalidad integral de la Ecología y la racionalidad científica de la Modernidad no puede resolverse en un solo campo y sin partido de vuelta. Por eso, es unilateral la afirmación de Juan Pablo II en virtud de la cual ambas han sido insufladas por el Espíritu Santo, ambas son compatibles porque ocupan territorios diferentes y ambas son visiones complementarias e igualmente válidas del mundo.

Nosotros no vemos la cosmovisión moderna y el paradigma ecológico, como habitaciones de un mundo separadas por tabiques y que, por lo tanto, puedan existir complementariamente cada una en su función. Pensamos, por el contrario, que la racionalidad integral y la racionalidad mecanicista son dos cosmovisiones altamente complejas, que se comunican y diferencian entre sí no *more geométrico*, no como dos máquinas, sino como dos organismos vivos separados por membranas que vibran y no por muros que se derriben o respeten.

VI. QUINTA DISCREPANCIA: SOBRE EL COMUNITARISMO

Junto con Bellah, Vicente Bellver critica al individualismo y al liberalismo y reivindica aspectos del comunitarismo norteamericano. Para Bellver, «el liberalismo subraya el significado de los compromisos puramente contractuales y olvida todas aquellas relaciones que no son elegidas sino recibidas, y que son las que definen el ser de cada uno y la vida de la sociedad» (ERD, 175) y el individualismo surge cuando la idea de individuo se desvincula de la tradición religiosa bíblica (ERD, 178).

Por nuestra parte creemos, efectivamente, que uno de los retos más acuciantes de la Ecología política es la reconstrucción de las *subjetividades rotas* en el proceso de mercantilización —de cosificación— capitalista: la despolitización y homogeneización massmediáticas son los obstáculos en este proceso; la configuración de individuos responsables plurales y rebeldes, el objetivo. Para nosotros —como también para Ballesteros y Bellver— la recuperación de la comunidad como referente juega un papel en el proceso descrito, pero no creemos que la vía a seguir sea la del comunitarismo norteamericano, y desde luego, entendemos con Pietro Barcellona (1992, 70) que la cuestión es la de si «¿es posible hacer valer la instancia de la “comunidad” más allá de la abstracción del Estado y de la miseria de las relaciones económicas de mercado?». A esto no puede responderse mediante el simple recurso a Dios ni mediante la reconstitución de un sentido humanista de la existencia. Cuestión que abordamos enseguida.

VII. SEXTA DISCREPANCIA: EL ECOLOGISMO NO ES UN HUMANISMO

Este es un punto que requiere una especial atención. Frente al giro humanista del paradigma ecológico tal y como es concebido por Jesús Ballesteros y Vicente Bellver, entendemos nosotros que el ecologismo es una suerte de revuelta contra el humanismo. Así vista, la propuesta de los profesores valencianos es para nosotros un intento de recuperar para el antropocentrismo humanista algo que ya está en la agenda de la biopolítica del biocentrismo. Tomemos como ejemplo la frase (signifi-

cativamente destacada en EP como apoyo de la afinidad entre el humanismo y el ecologismo) de la declaración final de la Conferencia de Río de 1992 : «De todas las realidades mundanas el hombre es la más valiosa».

Dicha por un humano y sobre sí mismo, la frase revela una marcada superioridad antropocéntrica. Pero además, y desde un punto de vista intelectual, es la palabra del monólogo, ontológicamente autista, no es la palabra del diálogo. El hombre valora al hombre y lo valora «más», el hombre se autocuantifica con respeto a sí mismo a través del valor, a través de esa forma de cuantificación metafísica venida a menos, de esa unidad de cambio universalizada en la evolución seudosecularizada desde los trascendentales medievales hacia el humanismo burgués.

La frase, por lo tanto, o bien no dice nada o bien es una tautología. Si fuese una tautología diría aquello que todas las tautologías dicen y que no es sino lo que esconden. Dice pues lo que no quieren decir, el «humano, demasiado humano», el antropocentrismo. Algo que aparece continuamente en la obra de Jesús Ballesteros como discurso sobre el «ser-ahí» en cuanto hombre-sujeto: sustancia. Las derivaciones posteriores (claramente perceptibles en el progresivo movimiento de desvelamiento desde PDR hacia EP) nos enseñan que Dios y hombre son intercambiables, «*salva veritate*». El «Ser Supremo» y el *suiectum* son el centro. El resultado no es un discurso sobre la vida, sino sobre su creador. Un discurso que no es biocéntrico sino teo-antropocéntrico. Un discurso creacionista que, al menos, debería hacer frente al hegemónico evolucionismo y anticeacionismo (termodinámico) del paradigma ecológico.

¿Significa esto que nosotros no reconocemos diferencias entre la especie humana y las especies restantes? Claro que no, pero el argumento de la diferencia no es ontológico, sino fenomenológico. No reconocemos superioridad, sino sólo diferencias constitutivas de la especie: simplemente en nuestra percepción fragmentaria (y toda percepción es fragmentaria) la especie humana es distinta. Existe, pues, una preferencia fenomenológica por la especie humana sobre las otras. Pero éste es un criterio ecológico de supervivencia y de autonomía en la responsabilidad de la vida y de la diferencia. La responsabilidad ontológica nos conduce a la diferencia y la preeminencia fenomenológica de nuestra especie con relación a otras. Pero la preferencia no es la única relación deducible de la diferencia. Por el contrario, la discriminación y la superioridad de la valoración humanista sí que está indisolublemente ligada con un reduccionismo ontológico («olvido del ser») en beneficio de lo óntico (la especie propia del decir: la humana).

El discurso humanista de Ballesteros hace depender todo del «deber», de un deber de lo superior, que es lo interior del sujeto. Debemos respetar a los que son ontológicamente distintos e inferiores por el texto de la ley del Legislador así lo dice: lo único que está ontológicamen-

te determinado en el ecologismo humanista es el obedecer, una obediencia a la voluntad sin límites del sujeto creador.

De otro lado, la autovaloración del Hombre, tal y como la entiende el ecologismo personalista puede derivar hacia el fetichismo. Se predica el fetichismo cuando se atribuye un valor a una sustancia y el valor se convierte en una propiedad *per se* de la sustancia. Esta misma operación la encontraremos en la base de la cultura ecocida en la medida en que nos permite constituir relaciones eminentemente sociales a partir del esquema cosa-valor. El resultado es que ese Hombre humanista no es el «pastor del ser», ni «el señor del cuidado», ni «el caballero de la piedad» sino que es el «policía del ser», «inspector del mundo de la vida» y «el colono de la naturaleza».

Sintetizando nuestra sexta discrepancia, aunque compartimos con Ballesteros y Bellver la preferencia por los humanos, creemos que es muy distinto deducir esta preferencia de la diferencia fenomenológica que de la diferencia ontológica.

VIII. SEPTIMA DISCREPANCIA: SOBRE EL CONTROL DE LA NATALIDAD Y DE POR QUÉ LA MATERNIDAD NO ES CONSTITUTIVA DEL GÉNERO FEMENINO

La solución dada al problema del patriarcado y las relaciones hombre-mujer por Jesús Ballesteros apunta en el mismo sentido. Señala que la Modernidad reduce el puesto de la mujer a su sede en la familia (PDR, 128). No obstante, el confinamiento de la mujer en el hogar es doctrina cristiana. La doctrina firme de la Iglesia sigue siendo «que la mujer pertenece a la casa y que su función allí es la de servir» (PDR, 99). Para Ballesteros, «lo específicamente femenino», «los caracteres diferenciales de la mujer», «van íntimamente unidos a su posibilidad de ser madre» (PDR, 132). Ballesteros critica el feminismo de Simone de Beauvoir y de S. Badinter por «negar el “instinto materno”» y «defender el aborto» (PDR, 131). Vicente Bellver se manifiesta del mismo modo: «La especificidad de los valores femeninos proviene precisamente de la maternidad y, por tanto, anular la maternidad es anular la feminidad. La defensa de las mujeres como género tiene uno de sus puntos fuertes en la lucha por facilitar unas condiciones laborales, económicas y sociales que hagan posible una maternidad libre y por eliminar todas aquellas trabas que, en el caso de una concepción, dificultan a la mujer la posibilidad de llevarla a término». (ERD, nota 191 a pie de p. 259). De este modo la defensa de la mujer está conectada con la maternidad. Defender a la mujer es defender la maternidad (EP, 102).

No considera Bellver necesario controlar el índice de crecimiento demográfico pues mediante un «uso razonable» de los recursos del planeta podrían atenderse «todas las necesidades básicas de los seres

humanos» (ERD, nota 144 a pie de p. 143). Además, con Pablo VI, opina que la aceptación de la planificación controlada de los nacimientos como remedio eficaz para eliminar los problemas de desarrollo supondría «dedicarse a disminuir autoritariamente el número de los convidados en vez de multiplicar el pan que se reparte» (*cit.* en ERD, p. 119), supone una indebida limitación del acceso a la vida (ERD, 122). La planificación demográfica debería plantearse, no como reducción de la natalidad, sino como defensa de los derechos humanos en relación con los problemas de exceso o falta de densidad de la población. No hay problemas de incremento de la población sino de falta de densidad de población. (EP, 72-73).

Muchas de las críticas lanzadas contra el neomaltusianismo y la *deep-ecology* son acertadas (ERD, 21-28 y 50-54). Jesús Ballesteros critica con dureza las propuestas demográficas de los Ehrlich (EP, 25-28). Sin embargo, su crítica no tiene en cuenta que el matrimonio Ehrlich, además de criticar la superpoblación del planeta, reconoce que el control demográfico no es la panacea, pero que sin él la causa ecologista está perdida. Ballesteros y Bellver creen que abogar por el control demográfico es imperialismo y explotación occidental del Tercer Mundo y están convencidos —como nosotros— de la naturaleza ecocida del capitalismo, pero —a diferencia de ellos— nosotros suscribimos las tesis de los que creen que la superpoblación es un problema con una real dimensión ecológica y que se hace preciso su control.

Nos sorprende también el optimismo de las propuestas demográficas de Jesús Ballesteros y Vicente Bellver que acaban coincidiendo con las más descarnadas propuestas marxistas y capitalistas de los partidarios del crecimiento sin límites, unos por la fe en la distribución y los otros por la ciega confianza en la potencialidad de absorción poblacional y en los no-límites de la tecnología.

Pero hay algo que nos separa más radicalmente, y donde una vez más vemos reflejada la naturaleza premoderna y no posmoderna del discurso de Ballesteros y Bellver: la negación de la autodeterminación de la mujer y la vinculación (propia del realismo metafísico) de la condición femenina a la posibilidad biológica de la maternidad. Para ellos la mujer está encadenada a una serie de sumisiones que empiezan por la anatomía y la fisiología y concluyen en el papel especial que los designios de la providencia le han otorgado como reproductora de la especie. Para nosotros la condición femenina es una condición construida y no dependiente en exclusividad a la maternidad. El destino de cada mujer pertenece a su propia libertad y no puede ser coartado desde proyectos más o menos biológicos y/o trascendentes. La autodeterminación es una de las vías de fugas del discurso moderno hacia el posmoderno, una de las grietas que abrió la revuelta del 68, y que hizo decir a Foucault que después de Mayo «ya nadie estaba autorizado a hablar en el nombre de nadie».

IX. PARA TERMINAR: UNAS PALABRAS SOBRE LO SAGRADO

Nuestra crítica a la onto-teología del humanismo que se expresa en el «fundamento trascendente» que los autores dan al discurso ecológico, no reside en una toma de postura en la polémica entre teísmo y ateísmo o entre espiritualismo y materialismo, dialéctica que como ya advirtió hace años Bataille se muestra cada vez más como un recurso «para no pensar». Nuestra crítica puede formularse diciendo que curiosamente, y tras el proceso descrito de valorización-sustanciación, la gran sacrificada en los textos de Jesús Ballesteros y de Vicente Bellver es la dimensión sagrada del ecologismo.

Para nosotros, lo sagrado aparece continuamente mostrado en la forma de la emergencia del pensar ecológico. Lo sagrado no puede ser redicho en el hueco del silencio dejado por la muerte de Dios y del sujeto, y menos bajo la retórica vergonzante de un «nuevo humanismo» que desentierra al «Dios y al hombre de los filósofos». Hace falta todavía mucho más silencio y un nuevo ritmo para poder pronunciar las palabras que inauguren esta recuperación de lo sagrado. La crítica y el pensar ecológico están en ese camino de epifanía pero la apologética de los textos de Jesús Ballesteros puede bloquear ese camino (pese a las buenas intenciones, pese a las buenas intuiciones).

Para terminar diremos que nuestra satisfacción al escribir estas páginas ha sido cuádruple: en primer lugar, como profesores de Filosofía del Derecho es realmente gratificante comprobar cómo la cuestión ecológica entra en los programas de docencia e investigación del área y además lo hace con plena dignidad y rigor en su tratamiento. En segundo lugar, como investigadores en los campos del paradigma ecológico nuestra satisfacción proviene de comprobar la envergadura de la aportación de los autores a estas materias. En tercer lugar, admitimos una vez más que se dan diagramas asociativos entre nuestras propuestas y las del ecologismo personalista de Ballesteros y Bellver como el ecologismo sincero y todos los puntos ya subrayados en la introducción de este texto. En cuarto lugar, admitimos con satisfacción la coincidencia en el seno del paradigma ecológico.

Y podemos congratularnos de todo esto precisamente porque nuestra concepción del paradigma ecológico no es superadora ni excluyente de otros paradigmas con los que el ecológico quiere convivir, y a los que aspira a integrar en un universo pluralista. Es por esto por lo que la existencia de zonas difusas de compenetración entre el ecologismo y el humanismo, u otros modelos diferentes y opuestos, es algo absolutamente necesario en la formación de consensos sociales, intelectuales y políticos sobre las amenazas derivadas de la crisis ecológica y las alternativas convenientes.

Para terminar, creemos que es justo expresar las cuatro satisfacciones en forma de felicitación y advertencia. Felicitamos a la escuela ecopersonalista de Valencia y le advertimos que el mantenimiento y

fomento de esos «paseos intelectuales» con Jesús Ballesteros a los que Bellver alude en el prólogo de su libro, retroalimentaría nuestros debates granadinos, que no son peripatéticos sino reposados, pero que esperamos que sean tan estimulantes para ellos, como los suyos para nosotros.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARANZADI, Juan (1993) «Europa como refugio» en *Archipiélago*, 12, 1993, 12-18.
- BARCELLONA, Pietro (1992) *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, (Barcelona, Trotta, 1992).
- BUNGE, Mario (1982) *Seudociencia e ideología*, (Madrid, Alianza Universidad, 1982).
- DELEUZE, G., (1993) «De Cristo a la burguesía» en *Archipiélago*, 15, 1993, 27-35.
- GELLNER, Ernest (1992) *Posmodernismo, razón y religión*, (Barcelona, Paidós, 1992).
- KOLAKOWSKI, Leszek (1985) *Si Dios no existe... Sobre Dios, el diablo, el pecado y otras preocupaciones de la llamada filosofía de la religión*, (Madrid, Tecnos, 1985).
- KOSLOWSKI, Peter (1994) «Razón e historia: la modernidad del postmodernismo», en *Anuario Filosófico*, Vol. XXVII/3, 1994, pp. 969-989.
- MUGUERZA, Javier (1991) «Kant y el sueño de la razón», en THIEBAUT, Carlos (ed.), *La herencia ética de la ilustración*, (Barcelona, Crítica, 1991).
- PASSMORE, John (1976) *La responsabilidad del hombre hacia la naturaleza*, (Madrid, Alianza Universidad, 1976).
- TEJADA, R., (1993) «La vida y el afuera», en *Archipiélago*, 15, 1993, 35-38.

Las razones del ecologismo personalista

Por JESUS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER,
ENCARNACION FERNANDEZ y ANTONIO LUIS
MARTINEZ-PUJALTE

Valencia

Para salvaguardar la vida humana y natural en nuestro planeta, amenazada por la crisis ecológica, se requiere un cambio urgente en el estilo de vida de las sociedades occidentales. El modelo tecnocrático dominante en el Norte ya no puede ser modelo para nadie, por más que todavía sea visto como el paradigma universal. Pero la alternativa no es una vuelta atrás: no sólo porque es imposible, sino porque no es deseable. La Modernidad ha ofrecido una aportación indiscutible a la historia del pensamiento, de la que ya no se podrá prescindir en el futuro sin regresar a estadios menos civilizados.

Cambiar el estilo de vida, salvando las indiscutibles aportaciones de la Modernidad, es uno de los desafíos del presente; y coincidir en ambos aspectos con un equipo de trabajo tan sólido como el de Ecología política y jurídica de la Universidad de Granada es un estímulo para el propio trabajo. ¡Que por muchos años los desacuerdos sobre la cuestión ecológica se mantengan en el plano teórico y no afecten a las decisiones que urge adoptar y poner en práctica! Las diferencias sobre los fundamentos darán lugar a nuevas iniciativas que no impedirán sino que, por el contrario, estimularán las urgentes actuaciones que es necesario emprender.

Desde la amable discrepancia, por tanto, iniciamos nuestra respuesta a las observaciones realizadas a las obras de Ballesteros y Bellver. Habida cuenta del número y consistencia intelectual de los que han suscrito los anteriores comentarios hemos querido equiparar fuerzas,

incorporando a la discusión a Encarnación Fernández y Antonio-Luis Martínez-Pujalte, quienes con sus comentarios críticos mejoraron los libros objeto de debate.

Antes de entrar en materia es de justicia hacer público nuestro agradecimiento a la labor realizada por el equipo de trabajo de Ecología política y jurídica de Granada. José Luis Serrano es el primer autor que ha publicado en España una monografía sobre las relaciones entre Ecología y Derecho; y él y Francisco Garrido han sido precursores de la línea de investigación en Ecología política. De todas estas aportaciones se han beneficiado, por supuesto, nuestros propios trabajos. Por último, queremos expresar nuestro agradecimiento al profesor Gil Cremades por invitarnos a debatir sobre la cuestión ecológica desde las páginas del *Anuario de Filosofía del Derecho*. ¡Ojalá sirva para iniciar un debate permanente en nuestra disciplina sobre uno de los grandes desafíos esculpidos en el dintel del tercer milenio!

I. FUNDAMENTOS Y FUNDAMENTALISMO

Las objeciones a nuestros trabajos podrían haberse referido a muchos aspectos particulares, pero se han centrado en el núcleo de la discrepancia, que no es otro que el de los fundamentos del pensamiento ecológico. Nuestros amigos aciertan en reconocer en los libros criticados un pensamiento ecológico con fundamento personalista: el hombre es un ser cualitativamente superior al resto de los seres creados, y esa superioridad da lugar a una responsabilidad sobre la totalidad de la creación. No llegan a decir que ese fundamento sea incompatible con lo que ellos llaman paradigma ecológico, pero sí afirman que tiene muchos riesgos: riesgo de fundamentalismo, riesgo de premodernidad por rechazo de la crítica, y riesgo de modernidad por reconocer un valor sustancial, personal, al ser humano. En definitiva, un fundamento personalista de las relaciones ser humano-naturaleza dificultaría, según ellos, el surgimiento de un pensamiento ecológico netamente postmoderno.

En nuestro discurso dicen percibir ecos de premodernidad. Nosotros preferimos abandonar las rígidas categorías de modernidad, premodernidad y postmodernidad porque, como bien dicen, entre esos tres momentos culturales no existen gruesos y aislantes muros de separación sino membranas que permiten un continuo intercambio. Toulmin —un autor que, a nuestro entender, tiene mucho de moderno y de postmoderno— no tiene inconveniente en calificarse como neo-premoderno (*cfr.* Toulmin, pp. 329 ss.); quizá lo haga para romper prejuicios relacionados con esas categorías. Por ello, más que discutir sobre rotulaciones, siempre esquivas al rigor científico, preferimos debatir sobre los temas concretos en torno a los cuales giran las discrepancias.

Mientras respondemos a cada una de las objeciones que se nos han planteado, se verá que no encontramos dificultades en compaginar creacionismo y evolucionismo (*cfr.* Ayala, p. 24) a la hora de articular el paradigma ecológico: lo único que queremos subrayar es que las formas de ecologismo que no reconocen la centralidad del ser humano corren importantes riesgos de volverse contra él.

II. A LA PRIMERA DISCREPANCIA: MODERNOS MA NON TROPPO

Nuestros amigos andaluces hablan de la necesidad de recuperar la razón práctica. En este punto nuestro acuerdo con ellos es completo. Reivindicamos la razón práctica —la gran olvidada de los tiempos modernos— «en tanto que instancia de control de las posibilidades de una racionalidad científica incontrolada y dominada por la ideología del progreso», como señalan nuestros críticos. Pero recordamos que la razón práctica es anterior a la Modernidad. Es algo en lo que insisten quienes en la actualidad tratan de recuperar la razón práctica y con ello la racionalidad del discurso ético: «diez años de trabajo en colaboración con Mme. Olbrechts-Tyteca, nos han conducido no hacia la lógica de los juicios de valor, que nosotros buscábamos, sino hacia una lógica largo tiempo olvidada, pero cuyo desarrollo fue muy notable en la antigüedad y que Aristóteles calificó de dialéctica» (Perelmann, *cit.* por Ballesteros, 1984, p. 89).

Los compañeros de Granada dicen que nosotros únicamente reivindicamos la tradición religiosa cristiana. Pero las citas a las que acuden más bien distorsionan nuestro pensamiento que, en realidad, no está «por renunciar a la razón científica sino por exigir, junto a aquélla, la razón práctica y la razón contemplativa» (Bellver, 1994, p. 100). En este sentido, quedaríamos bastante a cubierto de cualquier tormenta fundamentalista; también de la del fundamentalismo ilustrado —que existe— y que se empeña en negar la dimensión espiritual-religiosa del ser humano, por estimarla inexistente o incomunicable (Touraine, pp. 389-391).

Nosotros valoramos la crítica como una de las aportaciones incuestionables de la Modernidad. En particular, la conquista fundamental de los tiempos modernos se encontraría en el ámbito del Derecho y consistiría en haber desarrollado la idea de los derechos humanos, con lo que representan de garantías de la libertad reservada y de la libertad de participación, de la posibilidad de crítica y de disidencia: «Nadie puede obligarme a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal» (Kant, *cit.*, por Ballesteros, 1989-a, pp. 54 y 55). Este sería el an-

tídoto ilustrado —al que, desde nuestro punto de vista, no se puede ni se debe renunciar— frente al fundamentalismo.

Ahora bien, la crítica ya no puede ser la de los sistemas modernos que, partiendo de unos axiomas indiscutibles, emprenden una *pars destruens* seguida de una *pars construens*. La crítica del presente es la crítica desde la razón práctica, en cuyo ámbito la experiencia —como ya resaltara Aristóteles— ocupa un lugar central; no la crítica desde el sistema, desde la razón especulativa.

En esa misma línea se nos advierte que, por tener presentes las bases cristianas del pensamiento occidental, también corremos el riesgo de ceñir la ciencia y, en general, la razón con el yugo de la teología. La advertencia no está mal traída: ese riesgo se ha manifestado históricamente y podría volver. Sin embargo, nos parece que el peligro ahora proviene de la tecnocracia y el cientificismo, erigidas en las fuerzas configuradoras del orden socio-político y presentadas como respuestas últimas a todos los males del pasado o del presente. Por ello, la recuperación de la dimensión trascendente del ser humano, lejos de ser una amenaza, puede tener un efecto defensivo enorme al descubrimos que la técnica es un instrumento, pero que no da respuesta a las preguntas sobre el sentido.

Existe también el riesgo de que la religión se convierta en una técnica de manipulación social; pero, en nuestras sociedades, el riesgo inminente del que debemos prevenirnos es el de que el complejo tecno-científico, estatal y de mercado se convierta en una religión cuyos dogmas ahoguen el mundo de la vida. Ante este peligro la religión puede constituir un instrumento de defensa y un camino de liberación.

III. A LA SEGUNDA DISCREPANCIA: EXPERIENCIA PLURAL DEL CRISTIANISMO

La segunda discrepancia de nuestros interlocutores andaluces se podría resumir así: buena parte de los males de la Modernidad —la exaltación de la ciencia y de la técnica, el desprecio de la naturaleza, el individualismo y el estatismo— tienen su origen en el Cristianismo. No deja de sorprender cómo el Cristianismo ya no es visto sólo como la causa del supuesto oscurantismo que envolvió a Europa durante la Edad Media, sino también como el culpable único de los efectos perversos de la Modernidad. Nuestros críticos tienen razón, no obstante, en afirmar —siguiendo a Weber y a Deleuze— la conexión entre el cristianismo y el espíritu moderno burgués e individualista, pero no advierten, sin embargo, que esa conexión se da tan sólo con la interpretación calvinista del pensamiento cristiano, que se sustenta en una radical transformación de la noción cristiana de persona, presente tanto en la tradición católica como en la tradición ortodoxa oriental (*cfr.* Monzón).

En efecto, el pensamiento cristiano contempla al ser humano como dotado de valor absoluto —en cuanto imagen de Dios—, pero subraya su esencial relación y su radical dependencia de la naturaleza, de los demás y de Dios. Ese concepto de persona se trastrueca en la Modernidad —como consecuencia, entre otros factores, de la presión de los intereses de la burguesía como clase social ascendente— en el concepto de individuo como mónada aislada y autosuficiente, preocupada sólo de su propiedad y de su bienestar. Como hemos subrayado en nuestros trabajos (Ballesteros, 1989-a; Martínez-Pujalte, 1992), la admisión de derechos humanos inalienables —entre otros, el derecho al medio ambiente— exige la superación de esa visión reduccionista moderna y la recuperación de la dimensión relacional del ser humano.

Desde un punto de vista estrictamente histórico, tampoco es desacertada la observación de Passmore recogida por nuestros interlocutores, según la cual habría existido en el seno del Cristianismo una cierta visión del hombre como dominador absoluto de la naturaleza. Pero lo que no aceptamos es que esa sea la concepción más fiel a los textos básicos: sobre esta cuestión volvemos en el epígrafe siguiente.

IV. A LA TERCERA DISCREPANCIA: ¿KANT ECOLOGISTA?

El filósofo es el que trata de interpretar el tiempo en que vive. Se valore como se valore, el pensamiento de Juan Pablo II forma parte de esa realidad que el filósofo de hoy tiene a la vista. Nosotros, en nuestros trabajos, señalamos que ese magisterio ofrece elementos valiosos en la construcción del nuevo paradigma; aunque, obviamente (y queremos subrayarlo porque en la crítica que se nos hace parece que ese aspecto queda oscurecido), se trata de un material más, entre muchos otros necesarios para urdir la trama del nuevo pensamiento ecológico.

Nos parece muy poco consistente la cita de Passmore* para decir que la concepción del ser humano como administrador de la naturaleza tiene más apoyo en Kant que en el cristianismo. En primer lugar, Kant nunca desarrolló esta tesis del hombre como administrador de la naturaleza; en segundo lugar, nos parece poco fiable fundamentar dicha tesis en un autor que contribuyó decisivamente a consolidar el espíritu de la burguesía, reconociendo sólo para ellos —para los propietarios— la titularidad de derechos; en tercer lugar, la cita del Génesis mencionada por nuestros críticos («Creced y multiplicaos; llenad y someted la

* La cita dice: «La concepción administradora se ha adscrito no pocas veces al cristianismo. Disiento. Surge aquélla cuando el hombre, eslabón de un proceso evolutivo, se contempla pleno de responsabilidades frente al futuro, responsabilidades que generan el afán de preservar y desarrollar lo que se ama. En esencia, es ese un concepto esencialmente moderno y occidental, que se remonta a Kant. La importancia que para la ecología tiene es manifiesta».

tierra») se complementa y se interpreta a la luz de otro versículo muy cercano a aquél: «Tomó, pues Yahveh Dios al hombre y le dejó en el jardín del Edén, para que *lo labrase y cuidase*» (Gn. 2, 15); por último, es un lugar común en la teología medieval, desde San Agustín a Santo Tomás, considerar la naturaleza como la huella de Dios y al hombre como el jardinero, con cuyo trabajo tiene que lograr que la imagen de Dios resplandezca en toda la creación (*cf.* Bellver y Martínez-Pujalte, 1994).

V. A LA CUARTA DISCREPANCIA: MAS DE LO MISMO

El equipo de trabajo andaluz dice que nuestra propuesta de paradigma «parece reducirse a la recuperación del elemento religioso en la racionalidad humana, en el marco teológico esbozado por Juan Pablo II». Desde luego, si eso fuera así, también nosotros pensaríamos que «el resultado sería una racionalidad deficiente y excluyente». La bibliografía del libro sobre ecologismo personalista recoge a 158 autores: únicamente dos encíclicas de Juan Pablo II aparecen mencionadas. El libro de Bellver, por su parte, consta de 307 páginas: únicamente 15 de ellas se dedican a la concepción católica de las relaciones del hombre con la naturaleza. El propósito que alienta estos libros es el diálogo con todas las ecofilosofías del momento, en vistas a trenzar un paradigma de comprensión integral, capaz de superar las fallas de la Modernidad.

Se dice también que las cosmovisiones moderna y ecológica no constituyen habitaciones separadas por tabiques, como dicen que diríamos nosotros siguiendo a Juan Pablo II, sino por membranas, generando una continua interacción. Aquí se produce una confusión, que consiste en identificar el binomio ciencia-teología con el binomio cosmovisión moderna-cosmovisión ecológica. Ciencia y teología dan respuesta a cuestiones distintas: el problema viene cuando se intenta magnificar una y anular la otra o viceversa. En algún tiempo la teología quiso ocupar el lugar de la ciencia (vg. caso Galileo) y en la actualidad la ciencia tiende a ocupar el lugar de la teología (vg. Hawking). Este binomio no tiene nada que ver con el segundo, con el que se trata de identificar, y el tipo de relación entre los componentes de uno y otro binomio también es distinto. De hecho, nosotros estamos de acuerdo en no establecer drásticas rupturas entre los modos de pensar moderno y ecológico. Y, por eso, también nos parece desacertado el que se nos clasifique como premodernos cuando venimos subrayando, tanto ellos como nosotros, que el paradigma emergente no puede ser ni una vuelta atrás ni una radical solución de continuidad con el dominante. No nos importa repetirlo: nosotros aceptamos la Modernidad política, como un progreso irrenunciable de la humanidad, en lo que tiene de defensa conjunta de la tríada libertad-igualdad-solidaridad; rechazamos, en cambio, la ideología reduccionista de la modernización tecnocrática.

VI. A LA QUINTA DISCREPANCIA: ¿DONDE ESTA LA DISCREPANCIA?

En nuestros trabajos no es posible encontrar, en modo alguno, una adscripción acrítica al pensamiento comunitarista norteamericano: por lo tanto, en este punto no existe discrepancia alguna con los colegas de Granada. Pensamos tan sólo, como ellos, que es necesario recuperar el referente comunitario y la dimensión relacional del ser humano; y que, en esta tarea, aunque con reservas (*cf.* De Lucas, Elósegui, p. 627) los autores comunitaristas pueden ofrecer alguna aportación válida.

VII. A LA SEXTA DISCREPANCIA: LA ONTOLOGIA NECESARIA

Nos parece que éste y el siguiente constituyen los principales puntos de discrepancia. «De todas las realidades mundanas el hombre es la más valiosa» es la afirmación contundente de la Declaración de Estocolmo que nosotros tratamos de explicar y ellos de refutar. Dicen que esa expresión es la «palabra del monólogo»; que la referencia al valor «es una forma de cuantificación venida a menos»; y que en el fondo es una tautología que lo único que pretende es sustancializar aun más al sujeto humano, separándolo definitivamente de la naturaleza. Nos parece que estas apreciaciones no son acertadas.

En el discurso personalista el monólogo es imposible porque «el hecho fundamental de la existencia es el hombre con el hombre» (Buber, *cit.* por Ballesteros, 1984). Como hemos señalado, el individuo puede ser visto como mónada o sustancia aislada, pero la persona es inconcebible sin los otros y sin la naturaleza. El individuo es una abstracción moderna que no define sino que difumina al ser humano.

En segundo lugar, nos parece que la noción de valor es confundida con la de precio —el gran error de la Modernidad— pues si algo delimita el concepto de valor es su no cuantificación: el valor no es intercambiable. Si cabe establecer una jerarquía en la que el ser humano es la realidad más valiosa, es desde el reconocimiento de valor a todas las demás realidades.

En tercer lugar, no podemos compartir la idea de la tautología porque únicamente cuando se reconoce la diferencia cualitativa del ser humano con respecto al resto de la naturaleza, que es lo que pretende subrayar la mencionada cita, aparece la responsabilidad sobre aquélla. La superioridad del ser humano es la que lo constituye en cuidador de la naturaleza. Cuando, sin embargo, se establece una diferencia estrictamente fenomenológica, nos parece imposible reconocer la libertad en el hombre y, en consecuencia, pensar que el hombre pueda embellecer con su libertad la obra de la naturaleza.

De lo dicho se desprenden nuestras enormes reservas hacia los planteamientos ecologistas que no partan del primado de la persona

sino que más bien tienden hacia la *Deep-ecology*. Si el hombre es uno más, nada se le puede reprochar en su comportamiento con la naturaleza, sea cual sea. Y si, desde estas premisas, se pretende reducir impositivamente la incidencia humana sobre el ecosistema planetario en base a la supervivencia de Gaia, la única justificación de las concretas prescripciones dirigidas a los humanos será la ley de la fuerza. En definitiva, no acabamos de ver la vía propuesta por nuestros amigos andaluces, que no reconoce el antropocentrismo pero —suponemos— tampoco pretende quedarse en la *Deep-ecology*. Quizá la distinción entre antropocentrismo débil y fuerte (Norton), reconocida por ellos mismos hace años (*cf.* Serrano, 1988), pueda constituir el punto de partida para alcanzar acuerdos acerca de la fundamentación antropológica de las relaciones del hombre con la naturaleza.

Por último, nos parece contradictoria la acusación que se nos hace de reduccionismo ontológico en beneficio de lo óntico. Por un lado, con su preferencia por lo fenomenológico parece que sean más bien ellos los que marginen la dimensión ontológica. Por otro lado, el ecologismo personalista no se olvida del ser sino que sostiene la tesis de la participación de todos los seres en el ser, apuntada por Aristóteles y desarrollada por Tomás de Aquino. A este propósito, tenemos que decir que la distinción heideggeriana entre los planos ontológico y óntico ya era tenida en cuenta en nuestros trabajos mucho antes de ocuparnos de la cuestión ecológica (*cf.* Ballesteros, 1984).

VIII. A LA SEPTIMA DISCREPANCIA: DAR LA PALABRA A LOS QUE NO LA TIENEN

No es cierto que nosotros asignemos a la mujer el rol de reproductora de la especie y cuidadora del hogar. De esa forma, la mujer sería —junto con la naturaleza— una fuente de recursos más para la autorrealización del varón; y es precisamente esta visión la que criticamos. Históricamente la mujer ha sido identificada con la naturaleza y el varón con el sujeto racional capaz de servirse de ella: de la naturaleza y, en consecuencia, de la mujer. Nosotros entendemos que varón y mujer son ambos, y en igual medida, naturaleza y razón (*cf.* Bellver, 1995; Di Nicola).

La superación de la subordinación de la mujer al varón es la conquista todavía inacabada de nuestro tiempo. La culminación de ese proceso exigirá reconocer las diferencias entre ser varón y ser mujer, entre masculinidad y feminidad, para no caer en un igualitarismo que no sería más que la repetición de lo masculino (*cf.* Fernández, pp. 161-162). En esta línea, nos parece poco adecuado fundar actualmente el feminismo en Beauvoir pues, como ha señalado una de las principales ecofeministas, «la liberación que Simone de Beauvoir concibe es la de un mundo en el que la masculinidad es aceptada como superior, y la mujer como un ser con libertad para asumir los valores masculinos. El

proceso de liberación es visto, en consecuencia, como la masculinización del mundo» (Shiva, p. 62).

Para nosotros ni la masculinidad ni la feminidad son condiciones enteramente construidas. El total construccionismo sería incompatible con el reconocimiento de la condición personal del ser humano. Para lo que nos interesa en estos momentos, esa condición personal significa que el ser humano es inconcebible sin el otro; y que la condición sexuada da lugar a dos modos de ser humano, iguales y complementarios, que son la feminidad y la masculinidad. La feminidad está ligada a la maternidad y la masculinidad a la paternidad. Esto no significa una distribución de tareas entre los sexos sino que todas las tareas, que corresponden por igual al varón y a la mujer, se verán enriquecidas por los modos de realizarlas específicos de la mujer y del varón.

Las consecuencias prácticas de estas consideraciones antropológicas son tres: en primer lugar, la paternidad del varón no le exime de ninguna de las tareas tradicionalmente asignadas a las mujeres sino que, al contrario, le exige asumir una responsabilidad directa en todas ellas (*cf.* Ballesteros, 1989-b, p. 305; Chodorow, p. 318); en segundo lugar, el marco jurídico y económico de las relaciones sociales debe favorecer al máximo las condiciones para que las mujeres puedan realizar su maternidad libremente, con la inexcusable y permanente participación de los varones; en tercer lugar, los valores históricamente acantonados en el ámbito de la privacidad femenina deberán impregnar todas las estructuras sociales, dominadas hasta ahora por los valores de la masculinidad.

Se nos dice también que no somos partidarios del control demográfico. El término control, como se sabe, puede entenderse como supervisión o como dirección. Desde luego, el control entendido en el primero de los sentidos no sólo no lo rechazamos sino que lo reivindicamos; ahora bien, entendido en el segundo sentido nos produce muchos recelos. No hay que olvidar que las políticas demográficas siempre se aplican en los países del Tercer Mundo por los del Primer Mundo; que esas políticas se basan en la presunción, desmentida en estos momentos, de un crecimiento insoportable de la población (*cf.* Bell, Amartya Sen); que esas políticas frecuentemente se basan en el chantaje, y pretenden únicamente la defensa del Norte frente al crecimiento de la presión de la pobreza en el Sur; y que los habitantes de esos países son titulares de los mismos derechos que los del Primer Mundo.

En consecuencia, y sin caer en la ingenuidad de un providencialismo tecnológico o ideológico, centramos nuestra preocupación en garantizar las condiciones de vida dignas para las poblaciones menos desarrolladas, presentes y futuras. Sí tenemos, como ellos nos dicen en tono desaprobatorio, «fe en la distribución», que para nosotros es la clave de bóveda del orden ecológico: «frente a la actual situación de destrucción de la naturaleza y de violento contraste entre derroche y

miseria, habría que tender a la frugalidad anticonsumista» (Fernández, 1995, p. 127). Y el que esa postura parezca ingénuo o utópica por enfrentarse al *status quo* mundial no es un argumento que la invalide, ya que la ética es para nosotros contrafactividad, es decir, capacidad de enfrentar la libertad personal a la lógica de los hechos.

Finalmente, reconocemos por supuesto la posibilidad de la mujer de autodeterminarse y decidir su propio destino; pero desde un discurso no individualista, es preciso reconocer que toda autodeterminación tiene límites, entre los que se encuentra la exigencia de respeto a los derechos de los demás seres humanos. Y, desde luego, compartimos que nadie debe hablar en nombre de nadie, salvo que lo haga en nombre de los que no tienen voz: vg. los seres humanos concebidos pero todavía no nacidos, cuyo derecho a la vida se ve frecuentemente lesionado.

IX. CONCLUSION: REENCANTAR EL MUNDO

«La experiencia mística (en las relaciones del hombre con la naturaleza) es imprescindible si no se quiere llegar a una completa desacralización de la Naturaleza, que precipite en su explotación. Pero tal actitud no es absolutizable en un mundo en el que la técnica es un proceso irreversible y la satisfacción de las necesidades de la humanidad requiere una intervención decidida del hombre sobre la Naturaleza» (Bellver y Martínez-Pujalte, p. 84).

Una vez más nos complacemos en coincidir con nuestros colegas, esta vez en la necesidad de reencantar el mundo. Nos sorprende, sin embargo, que nos acusen de desacralizar la naturaleza cuando, por los presupuestos de partida —el creacionismo en nuestro caso, el evolucionismo autopoietico en el suyo— nos parece que el primero desemboca en el reconocimiento de la dimensión de lo sagrado y el segundo más fácilmente en su negación.

Insistimos de nuevo: la hipertrofia del carácter central del ser humano en el mundo conduce al individualismo, a la hegemonía de la razón instrumental y al autototalitarismo social (Taylor, Havel), que son los detonantes del problema ecológico. Esa hipertrofia no sólo desacraliza la naturaleza sino también la trascendencia y al mismo sujeto personal. Pero, reconocido ese riesgo de hipertrofia, afirmamos que una divinidad que se despoja de su omnipotencia para vincularse, en la realización del mundo, a las leyes de la naturaleza y a la libertad humana, proporciona una excelente base de humildad al ser humano para llegar a unas relaciones armónicas con la naturaleza y la trascendencia (*cf.* Bea, pp. 208-216): «el hombre está llamado a colaborar con Dios en la salvación del universo. Nos pertenece vivir la gran eucaristía cósmica, tanto en el conocimiento de la naturaleza, como en su transformación» (Clement).

Por último, cerramos nuestra intervención trasladando a nuestros interlocutores granadinos una pregunta, con la idea de que sirva para mantener abierto el debate: ¿cómo se puede compaginar el espíritu de la Ilustración, que se caracteriza por la desacralización de la naturaleza (Taylor, p. 38), con el carácter sagrado de la misma, que ellos mismos reivindican? Nosotros pensamos que ningún elemento de la naturaleza constituye un fin en sí mismo y que, por tanto, el ser humano puede disponer de los que precise para satisfacer sus necesidades básicas. Sin embargo, la naturaleza *como totalidad* constituye un ámbito de respeto y contemplación —el espejo de la sacralidad—, de manera que el ser humano nunca puede actuar ante ella como quien saquea el botín de una conquista o dispone a su antojo de un bien de su propiedad. El ser humano ha de velar, incluso cuando actúa para satisfacer sus necesidades más perentorias, por la conservación y el embellecimiento de la naturaleza gracias a unas relaciones armónicas con ella. Sólo en la contemplación el hombre alcanza su plena realización personal: y esa contemplación sólo es posible en el silencio de la naturaleza y en la comunión con los demás seres humanos.

BIBLIOGRAFIA

- Francisco J. AYALA, *La naturaleza inacabada*, Salvat, Barcelona, 1994.
- Jesús BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia* Tecnos, Madrid, 1989-a.
- Jesús BALLESTEROS, «Razones a favor de una postmodernidad alternativa (respuesta a Javier de Lucas)», en *Doxa*, N.º 6, 1989-b.
- Jesús BALLESTEROS, *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Emilia BEA, *Simone Weil. La memoria de los oprimidos*, Encuentro, Madrid, 1992.
- Vicente BELLVER, *Ecología: de las razones a los derechos*, Comares, Granada, 1994.
- Vicente BELLVER, «Ecofeminismo y solidaridad», en *Solidaridad, Justicia, Paz. Estudios en homenaje al Prof. José María Rojo Sanz*, Valencia, 1995, Vol. II.
- Vicente BELLVER y Antonio-Luis MARTÍNEZ PUJALTE, «Uomo e natura», en *Per la filosofia*, N.º 32, 1994.
- Daniel BELL, «Después de El Cairo: el futuro de la población mundial», en *Claves de la razón práctica*, N.º 49.
- Olivier CLEMENT, *Sobre el hombre*, Encuentro, Madrid, 19.
- Nancy CHODOROW, *El ejercicio de la maternidad*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- María ELOSEGUI, «Comunitarismo versus liberalismo. Estado de la cuestión», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1994.
- Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Los derechos de las mujeres», en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Sobre la igualdad material como problema de justicia distributiva», en *Solidaridad, Justicia, Paz. Estudios en homenaje al Prof. José María Rojo Sanz*, Valencia, 1995, vol. I.
- Vlácav HAVEL, *La responsabilidad como destino*, El País-Aguilar, Madrid, 1992.

- Francisco GARRIDO PEÑA (ed.), *Introducción a la ecología política*, Comares, Granada, 1992.
- Javier DE LUCAS, *Europa: convivir con la diferencia*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, «Los derechos humanos como derechos inalienables», en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- August MONZÓN, «Derechos humanos y diálogo intercultural», en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Giulia Paola DI NICOLA, *Per un'ecologia della società*, Dehoniane, Roma, 1994.
- Brian G. NORTON, «Environmental Ethics and weak antropocentrism», en *Environmental Ethics*, vol. 1, N.º 4, 1984.
- Amartya SEN, «La explosión demográfica: mitos y realidades», en *Letra Internacional*, N.º 37, 1995.
- José Luis SERRANO, *Ecología y Derecho*, Comares, Granada, 1993.
- José Luis SERRANO (ed.), «Número extraordinario sobre Derecho ambiental», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N.º 16, 1988, p. 10.
- Vandana SHIVA, *Sopravvivere allo sviluppo*, ISEDI, Turín, 1993, p. 62.
- Stephen TOULMIN, «Entrevista con Stephen Toulmin», en *Doxa*, N.º 13, 1993 (con Atienza y Ruiz Manero).
- Alain TOURAINE, *Crítica de la modernidad*, Temas de Hoy, Madrid, 1993.

Caracterización y fundamentación de los derechos sociales

Reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras

Por BENITO DE CASTRO CID

Madrid

Cuando el director del *Anuario* me propuso abrir debate con F.J. Contreras Pelaez en torno a su libro sobre los derechos sociales ¹, acepté muy gustosamente por varios motivos que venían a reforzarse entre sí. En primer lugar, porque me brindaba la ocasión de volver, tras una prolongada ausencia, a las páginas de la que he considerado siempre como la Revista común de todos los iusfilósofos españoles. En segundo lugar, porque me resultaba especialmente atractiva la oportunidad de escribir una vez más sobre una problemática a la que he dedicado bastante tiempo y atención, aunque, al parecer, con poco éxito de público. En tercer lugar, porque siempre es grato intentar hacer luz en los problemas (teóricos o prácticos) a través del diálogo o debate con compañeros de profesión. Y, en cuarto y último lugar, porque el libro de F.J. Contreras es, a todas luces, muy sugerente desde varios puntos de vista, de modo que su lectura va despertando, con inquebrantable continuidad, bien la curiosidad, bien la sorpresa, bien la admiración, o bien, en ocasiones, la discrepancia y la crítica. Es, por tanto, un libro provocador, cuya lectura justifica una mínima correspondencia en forma de reseña crítica o debate.

En efecto, la obra que paso a comentar tiene una estructuración que gira en torno a dos de los problemas centrales de cualquier teoría

1. *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1994.

mínima de los derechos económicos, sociales y culturales: la caracterización y la fundamentación. Así, dedica un capítulo (el primero, pp. 15-51) a la caracterización, dos (el segundo, pp. 52-94, y el tercero, pp. 95-108) a la fundamentación y uno (el cuarto, pp. 109-141) al análisis de las implicaciones económicas y la dimensión internacional de los derechos sociales. Cierra el libro un apéndice bibliográfico (pp. 142-148).

Se advierte de inmediato que se mantiene al margen de otros varios aspectos que son también importantes dentro de una teoría filosófica de los derechos económicos, sociales y culturales; pero esa es una decisión estrictamente personal en la que ha de respetarse por encima de todo el principio de autonomía. No así, probablemente, en los motivos que el autor alega en ocasiones para no entrar en tales aspectos. Por ejemplo, cuando advierte que no se ocupa del problema de la naturaleza jurídica porque es una cuestión que «atañe más bien a la teoría general del Derecho» (p. 11). Uno no puede dejar de manifestar su sorpresa ante una afirmación que, si bien podría ser pacíficamente aceptada si se hiciera en relación con la caracterización-definición, carece de justificación si el autor la formula como lo ha hecho en este caso. Sobre todo, si se tiene noticia (pp. 45-47) de que ese autor pone expresamente de manifiesto su interés en ser reconocido como iusnaturalista. Sin embargo, por el momento, procede dejar de lado estos aspectos para entrar de inmediato en el seguimiento detallado de cada uno de los capítulos más representativos de la obra.

I. LA CARACTERIZACION

En el capítulo dedicado a la caracterización, el autor expone que los derechos sociales son derechos-prestación (1, pp. 17-24), son derechos del hombre contextualizado (2, pp. 24-26), se basan en la solidaridad comunitaria (3, pp. 26-28), son de titularidad individual (4, pp. 29-32), son (tendencialmente) universales (5, pp. 32-41) y tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades humanas básicas (6, pp. 41-45). Finalmente (pp. 45-47), añade varias matizaciones orientadas a perfilar lo que ofrece como *definición* de los derechos sociales. Una secuencia temática, en apariencia, aceptable. Sin embargo, pueden detectarse en ella algunas inconsecuencias de cierta importancia. Por ejemplo, la de no tener en cuenta esa vieja plantilla de análisis sistemático (por el origen, por el sujeto y por el contenido) que algunos hemos utilizado y aconsejado hace ya años. Con la criticable consecuencia de que la perspectiva analítica de la titularidad se reitera en 2, 4 y 5, al igual que el punto de vista material o de contenido se reproduce parceladamente en 1, 3 y 6. (La óptica del origen no es objeto expreso de consideración, a pesar de que precisamente en el terreno de los derechos sociales, por la insuficiencia caracterizadora de los otros rasgos, el recurso a ella llega a ser finalmente imprescindible).

Por otra parte, yo he sacado la impresión de que algunas de las opciones asumidas en este desarrollo no quedan suficientemente respaldadas ni explicadas. Eso es lo que ocurre, al parecer, con la decisión de caracterizar a los derechos sociales por el tipo de obligación que imponen al Estado, definiéndolos como derechos-prestación, decisión que, infundadamente, me atribuye a mí también ². Aunque sea una práctica bastante generalizada, resulta obvio que no puede tomarse la función prestacional como rasgo diferenciador de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos. Y ello por la simple razón de que ni la «abstención» es exclusiva de los segundos, ni en la «prestación de los primeros»; en ambos tipos o grupos está presente y ausente, a un mismo tiempo, ese rasgo. Como él mismo reconoce (p. 22), «algunos derechos fundamentales (señaladamente, la libertad sindical y el derecho de huelga), inveterada y casi unánimemente incluidos en el catálogo de los derechos sociales, no parecen encajar en el esquema de los derechos-prestación». Y, en esos supuestos (más otros varios que no menciona), no parece ser una solución adecuada tirarse al monte a través de la conclusión de que «se trata de derechos “híbridos”», porque habría que reconocer también la presencia de idéntica hibridación en el campo de los derechos civiles y políticos. (Es el caso de las libertades de expresión [y prensa] o reunión [y manifestación] ³, de la libertad religiosa, de los derechos de garantía procesal, del derecho al sufragio, del derecho a participar en la elaboración de las leyes y en el control de los impuestos, etc.).

Asimismo, me ha sorprendido que, al explicar la afirmación de que «los derechos sociales son derechos del hombre “contextualizado”», F.J. Contreras se apoye simplemente y sin dudarlo en la tesis tradicional de que, mientras los derechos-autonomía tienen como titular al hombre abstracto (descontextualizado), los derechos sociales se predicen del hombre concreto o contextualizado (p. 24). Y me ha sorprendido porque, si se examina con un mínimo de atención la historia del reconocimiento de los derechos humanos, se caerá en la cuenta de que

2. En la p. 18 del texto. Se ve que el libro *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos* lo ha utilizado solamente para incluirlo en la **bibliografía** final, puesto que en las páginas 72-74 de ese libro se insiste en la tesis contraria, tesis expuesta, por lo demás, con anterioridad en el artículo «Delimitación de los derechos económicos, sociales y culturales» (En *Problemas de la ciencia jurídica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Tomo I, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 101-117).

En ese mismo lugar (p. 18), se apoya también (y también sin el debido fundamento) en el testimonio de H. WILLKE, siendo manifiesto que este pensador predica su caracterización de *todos los derechos fundamentales* (la cursiva es mía), como el propio autor del libro comentado apunta honestamente (en pp. 18 y 21).

3. El ejemplo de la regulación contenida en el párrafo segundo del artículo 125 de la constitución de la URSS de 1936 es muy significativo para la apreciación de que el efectivo disfrute de muchos de los derechos civiles y políticos implica también la intervención prestacional del Estado.

esa tesis tradicional es un tópico carente de credibilidad, puesto que resulta patente que los derechos proclamados por las declaraciones liberales eran atribuidos a los individuos, no sólo en su condición de hombres, sino también por su circunstancia de ciudadanía. Y, por eso, atribuían facultades orientadas a posibilitar y dignificar su existencia social y política (en cuanto electores, en cuanto contribuyentes, etc.). En consecuencia, lo único que parece prudente pensar, en este aspecto, es que lo que diferencia a los derechos sociales de los derechos civiles y políticos no es el carácter abstracto o concreto del hombre al que se atribuyen, sino el hecho de que, reconociéndose ambos a un mismo sujeto (= el hombre-ciudadano), el número y el tipo de circunstancias contextualizantes que se toman en consideración en cada caso varía. Pero eso ha ocurrido simplemente porque ha cambiado el prototipo del hombre-ciudadano: fundamentalmente propietario en el momento de las revoluciones liberales, fundamentalmente trabajador por cuenta ajena en la época de los derechos sociales.

De igual modo, me ha parecido notar que, al explicar la tesis de que «los derechos sociales son derechos de titularidad individual» (tesis, por otra parte, no fácilmente conciliable con otras matizaciones precedentes), se hacen varias afirmaciones arriesgadas. Entre ellas, la precisión (pp. 30-31) de que «sujetos de necesidades lo son solamente, en rigor, los individuos», porque el individuo «es el único capaz de experimentar necesidades» (p. 32). Pase que se llegue a la conclusión de la titularidad individual de todos los derechos (conclusión que evidentemente tiene muchas probabilidades de no ser correcta); pero afirmar que los grupos, como tales grupos (por ejemplo, la familia, o las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, o los pueblos, o las naciones...), ni experimentan, ni tienen necesidades propias y exclusivas resulta ya demasiado fuerte, porque la afirmación del autor tiene toda la apariencia de ser un aserto manifiestamente contrafáctico. Tal vez por eso, se las ve y se las desea para salir de la paradoja en que le ha metido su simultánea adhesión a las tesis de la titularidad individual y del sentido comunitario de los derechos sociales, de modo que, al final, opta por romper el nudo con esta especie de espada salomónica: «los derechos sociales, en suma, intentan asegurar el disfrute *individual* mediante la colaboración y la solidaridad *colectivas*» (p. 31).

Y hay, por otra parte, un nuevo motivo de asombro en el hecho de que el proceso de caracterización de los derechos sociales culmine en la nota de tener como finalidad peculiar «la satisfacción de las necesidades humanas básicas», de tal modo que se señala a la conexión esencial necesidades básicas-derechos sociales como el peculiar rasgo diferencial de éstos. En efecto, dicha conclusión empieza a perder su verosimilitud cuando se advierte que la vinculación a la satisfacción de las necesidades humanas básicas es un rasgo peculiar de todos los derechos fundamentales, tal como, por lo demás, han puesto de relieve ya muchos autores, incluidos los españoles que F.J. Contreras cita (p. 43) y algunos otros. En esa medida, la definición de los derechos sociales

como «*aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo*» (p. 47) resulta manifiestamente inútil. Y esta consecuencia tiene sin duda una grave importancia, dado que, como se verá a continuación, el autor del libro pretende desarrollar la tesis central de que las necesidades humanas básicas son el fundamento de los derechos sociales.

II. LA FUNDAMENTACION

Tengo la impresión de que el tema estelar del libro de F.J. Contreras y del trabajo más amplio que está en su base es la cuestión de la fundamentación de los derechos sociales (capítulos II y III, pp. 52-108). Parece claro, por otra parte, que, en este tema, el autor se adhiere a la doctrina de las necesidades humanas básicas, aunque esto último no lo diga expresamente más que de pasada y casi fuera de contexto (p. 41). Asimismo, resulta patente que, en el desarrollo de este tema central, se siguen dos fases complementarias: una de «aproximación a la teoría de las necesidades» (capít. II) y otra de examen de la «fuerza normativa de las necesidades» (capít. III). He de seguir, por tanto, el rastro de cada una de estas dos líneas de desarrollo.

En la *primera fase*, se analizan los siguientes puntos: «Necesidad y carencia. Necesidad y deseo» (1, pp. 52-58), «Factores relativizadores» (2, pp. 58-64), «Falsa conciencia; falsas necesidades» (3, pp. 65-77), «Instrumentalidad de las necesidades» (4, pp. 77-79), «Las necesidades como precondiciones de la conducta libre: una vía racional hacia la objetividad» (5, pp. 79-86) y «Matizaciones. Consenso y necesidades» (6, pp. 86-90). Sin embargo, la prometida «aproximación» no se limita (como parecen indicar las apariencias externas) a caracterizar o delimitar la categoría de las necesidades básicas, sino que recoge también la mayor y mejor parte de las apreciaciones que, por incidir en su virtualidad fundamentadora, el lector esperaría encontrar en el capítulo siguiente. Veámoslo en detalle, al recordar algunos de los pasajes en que los planteamientos o las conclusiones del autor despiertan algún impulso de discrepancia.

Parece evidente que una de las preocupaciones centrales a que se enfrenta el autor en este capítulo es la de poner de manifiesto el carácter objetivo, universal y neutral de las necesidades básicas (sin que sea posible saber a ciencia cierta si entiende esos rasgos como equivalentes o como complementarios). Para ello, comienza contraponiéndolas a las carencias y segregándolas radicalmente del campo de los deseos o preferencias, porque el relativismo e inconmensurabilidad de éstos minaría la imprescindible objetividad que acompaña a las necesidades básicas. Ahora bien, esta opción no le impide señalar más adelante (especialmente en el apartado 4) a la deseabilidad universal como uno de los elementos constitutivos de las necesidades básicas ni llegar a escri-

bir: «la cuestión clave, como señala Raymond PLANT, pasa a ser la siguiente: si existen o no determinados fines, propósitos, estados vitales, etc., de los que se pueda afirmar que son deseados por todas las personas» (pp. 78-79). Y me parece que esta visión no es fruto de una leve desviación aislada, sino consecuencia de las contradicciones inherentes a las doctrinas de los autores en los que se apoya. Por eso, tras vincular las necesidades básicas a los fines universales, no duda en delimitar a éstos, con J. GRIFFIN, como aquéllos que «no son fines “contingentes”, que pueden ser o no ser deseados, sino fines *necesarios*, universales, fines que no pueden no ser deseados» (p. 82).

Así que nos encontramos con que, recalando en las necesidades básicas por culpa de una travesía emprendida para buscar la objetividad, no sólo se cae en el subjetivismo de los deseos, sino que se entra también en opciones apriorísticas, puesto que se llega a la conclusión de que la supervivencia o la autonomía son fines universales y necesarios porque «nadie puede no desear sobrevivir» y «nadie puede no desear disponer de un mínimo de autonomía vital y capacidad crítica» (p. 82). Y, claro, en esta tesitura, uno se ve tentado a preguntar primero por qué diablos «no puede alguien no desear esos fines que nadie puede no desear» y a regresar después a la vieja sabiduría popular y exclamar sencillamente: ¡para tamaño viaje, no se necesitaban tales alforjas! Eso, sin darle importancia al olvido de un punto crucial en todas las doctrinas que parten de o llegan a la existencia de unas referencias o criterios objetivos (mejor, transubjetivos) de elección o decisión ética: la determinación de quién, cómo y desde dónde (es decir, en referencia a qué) tiene la capacidad de decidir cuáles son los fines que nadie puede no desear.

En todo caso, lo que sí se hace a lo largo del capítulo II (aunque de una forma plagada de sinuosidades y ambigüedad) es presentar una cierta propuesta de fundamentación de los derechos sociales. Otro tema es que, a la vista de los diversos elementos disuasorios, esa fundamentación sea capaz de convencer y, sobre todo, de ser aceptada como clara y coherente.

En efecto, esa fundamentación, prometida a través del título de los capítulos II y III, anunciada de forma explícita en la página 41 y esbozada intermitentemente al hilo de la caracterización de las necesidades humanas básicas, comienza señalando a éstas como la base de los derechos sociales ⁴.

4. Bien es cierto que esta opción no se compadece muy pacíficamente, ni con la confesión retórica de iusnaturalismo (pp. 45-47), ni con la afirmación de que todos los derechos humanos «constituyen exigencias éticas deducidas directamente de la naturaleza humana» (p. 114) y de que «las exigencias de la dignidad humana son independientes de las circunstancias de tiempo y lugar» (p. 115). Y ello, nada menos que porque, contraviniendo el esfuerzo inicial de sustraerlas al condicionamiento de las preferencias personales o la manipulación socio-política y siguiendo a D. BRAYBROOKE, esas necesidades básicas son configuradas finalmente (p. 86) como hechos empíricos

Pero, acto seguido, parece reconocerse que el fundamento propiamente dicho no son las necesidades, sino algo que está más allá de esas necesidades, puesto que se afirma: «buscamos un catálogo de necesidades *objetivas* que pueda servir como fundamento a los derechos sociales (o dicho con más precisión: buscamos criterios racionales que puedan dirigir la confección de ese catálogo)» (pp. 77-78). Y, por añadidura, en ese mismo contexto y a través de un extraño y complejo *quid pro quo* en el que se confunde el problema de la objetividad con el de la universalidad (con múltiples fallos de consistencia), se produce también un neto deslizamiento que va desde las necesidades hasta los fines. De este modo. Primero se señala que el reconocimiento del carácter hipotético o condicional de las necesidades básicas es un paso en la vía hacia la objetividad de las mismas. Luego, se precisa que ese paso consiste en descubrir que, si se admite la condicionalidad o instrumentalidad de las necesidades, el debate sobre la objetividad se desplaza de las necesidades a los fines, por lo que la cuestión clave será la de determinar si existen o no fines objetivos (p. 78). De modo que el fundamento de los derechos sociales no serían ya las necesidades básicas, sino «los *fines* para cuya consecución ellas son una condición previa»⁵.

Finalmente, dando por supuesta la identificación de la universalidad, la objetividad y la neutralidad ideológica de las necesidades, F.J. Contreras avanza, agarrado a la mano de R. Plant, hasta la conclusión de que la vinculación con la libertad es el definidor de la universalidad, la objetividad y la neutralidad ideológica de las necesidades (p. 80) y de que, en consecuencia, «necesidades básicas son aquellas necesidades que, en caso de no ser satisfechas, hacen perder al sujeto su condición de agente racional y libre» (p. 81).

Así pues, la argumentación de Contreras-Plant (pp. 80-81) obliga a concluir que el verdadero punto de partida y fundamento de los derechos sociales no son las necesidades ni los fines, sino la libertad. Pero, ¿qué libertad? La que tiene su base en (o se reduce a) «la *capacidad* positiva de llevar a la práctica las decisiones» propias, ya que los límites naturales de la libertad, entre los que han de incluirse las «imposi-

cuya determinación está condicionada en gran medida por factores culturales (es decir, convencionales). De modo que, a pesar de que yo pienso y he escrito (Ver *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, Madrid, Editorial Universitas, 1994, p. 208) que la doctrina que sitúa el fundamento de los derechos humanos en las necesidades básicas es de *filiación iusnaturalista*, no deja de resultarme un tanto paradójico que quien se proclama explícitamente iusnaturalista opte desde un principio por sustituir el viejo tópico «naturaleza» por el de «necesidades básicas».

5. Esta manera de argumentar se apoya en equívocos importantes, porque (1) ni todo lo instrumental es hipotético, ni todo lo hipotético es instrumental, (2) la cuestión de la objetividad de los instrumentos se resuelve con independencia de la objetividad de los fines (pues hay «realidades» carentes de objetividad que son consideradas medios para fines plenamente objetivos y viceversa) y (3) si el problema se desplaza hacia los fines, éstos y no las necesidades son fundamento de los derechos.

bilidades físicas» y las «imposibilidades derivadas de decisiones anteriores», no pueden ser considerados «como restricciones de la libertad» (pp. 97-98). Y, así, el lector se encuentra con que la culminación del planteamiento, aparte de su dificultad de decidir qué es o no es natural, no sólo parece contradecir la doctrina común de que una de las funciones de los derechos sociales es precisamente la de corregir-compensar las necesidades en que ha colocado a cada uno su propia circunstancia existencial, sino que choca también frontalmente con un postulado que el autor del libro acaba de establecer: el de que «lo relevante valorativamente es el hecho mismo de la no-libertad, y no la naturaleza de sus causas» (p. 99).

A su vez, yo he tenido también la impresión de que en la *segunda fase* (capít. III) iba a encontrar el momento culminante del discurso, puesto que parecía ser la que se ofrecía como sede para proceder a la exposición-demostración de la «fuerza normativa de las necesidades», es decir, de que «la satisfacción de esas necesidades es moral y jurídicamente reivindicable» (p. 11). En efecto, así lo prometía el autor cuando afirmaba (p. 95): «en este capítulo, intentaremos proceder del hecho al valor: intentaremos justificar cómo desde el *ser* de las necesidades puede llegarse al *deber* de su satisfacción». Pero, para sorpresa del confiado lector, lo único que se hace a continuación es exponer el argumento de Gewirth de que todos los agentes morales del mundo proclaman implícitamente la normatividad de las necesidades básicas (pp. 96-97) y analizar críticamente los planteamientos (presentados como objeciones) de Hayek (pp. 97-102) y Nozick (pp. 102-107). Y esta solución me ha parecido especialmente extraña, dado que ese mismo intento ha sido abordado ya expresamente, no sólo por los autores de la Escuela de Budapest (como A. Heller), sino también por los de su propia Escuela, la de Sevilla (como A. E. Pérez Luño y J. Herrera Flores). Con todo y salvo error de apreciación, los datos están ahí: el prometido análisis de la fuerza normativa de las necesidades básicas no aparece por ningún lado en el capítulo III del libro y ha de ser declarado como «desaparecido», siendo como era, al menos en principio, su argumento central. Menos mal que, en alguna medida, el reto había sido superado ya en el capítulo precedente. Y ya hemos visto cómo...

Finalmente, en el capítulo IV del libro, el autor se ocupa de dos temas que, siendo realmente importantes dentro de un tratamiento exhaustivo de la problemática de los derechos sociales, no tienen, en mi opinión, una vinculación directa con la perspectiva filosófica de los mismos ni son, en consecuencia, objeto preferente de esta recensión crítica: el condicionamiento económico y la dimensión internacional de esos derechos. Por eso, dejo de lado esos dos aspectos.

Sí quiero hacer, sin embargo, algunas consideraciones finales sobre ciertas orientaciones generales que entreveo como factores responsables de las confusiones o equívocos que he señalado hasta aquí.

Me da la impresión de que el autor del libro *Derechos Sociales: teoría e ideología* no ha sido capaz de zafarse del cepo en que él mismo ha metido su trabajo al elegir el camino para sacar utilidad a las múltiples informaciones-reflexiones recogidas en las abundantísimas (ese extremo es manifiesto) lecturas-consultas realizadas. De ahí que, siguiendo con desaconsejable fidelidad la inicial estructura y el desarrollo del trabajo de doctorado, haya avanzado confiadamente, en un proceso lineal y agregativo, tras la luz que le proporcionaba el contacto con un ingente número de puntos de vista y de opiniones (autores). Y lo ha hecho incorporando a su propio discurso todos esos puntos de vista y esas divergentes opiniones, sin haber entrado a fondo en el examen de su posible interferencia (así, por ejemplo, en el apartado —interesantísimo, por otra parte— «Falsa conciencia; falsas necesidades» (pp. 65-77)). Por eso, a menudo, no sólo no le resulta fácil al lector ver el horizonte, sino que ni siquiera le es posible averiguar con precisión cuál es la meta hacia la que se está caminando, ya que se ofrecen, en amigable promiscuidad, rasgos o caracterizaciones que son lógicamente contrarios, si no contradictorios⁶. Y, si a esto se une el hecho de que, en muchos de los momentos clave, F.J. Contreras, en vez de estrujar a fondo la cuestión, se sale por la tangente de una exposición minuciosa de la tesis de algún autor cuya doctrina tiene algún tipo de relación con el problema particular que se está debatiendo, la dificultad en seguir la línea argumentativa está garantizada.

Por todo ello, me parece oportuno cerrar estas reflexiones (que probablemente, a fuer de sinceras y directas, serán también en algún momento molestas) con una pregunta y algunos ruegos. La pregunta se coloca en el punto de vista subjetivo-personal y podría formularse así: ¿no sería preferible que, antes de presentar en público una teoría de los derechos sociales, el autor se pusiera de acuerdo consigo mismo? Los ruegos, por el contrario, se plantean en el terreno estrictamente objetivo y científico y se formulan con la esperanza de que F.J. Contreras se decida a poner en claro y por derecho: 1. si las necesidades humanas básicas tienen o no algo que ver con los deseos o preferencias de las personas; 2. si esas necesidades tienen existencia objetiva o sólo pueden ser determinadas intersubjetivamente; 3. si, hablando con total propiedad, el fundamento de los derechos sociales está en la libertad, en los fines universalizables o en las necesidades humanas básicas.

6. Tal como sucede cuando se reproduce-asume la caracterización egoísta contextual que MARX da a los derechos liberales (p. 27), sin preocuparse de que esa caracterización entra en conflicto expreso con la visión tradicional que el autor ha venido manteniendo hasta ese momento (pp. 24-26). O cuando, al exponer la tesis de que los derechos sociales no son derechos propios de los trabajadores (pp. 32-33), se cae en la ligereza de invocar el testimonio de D. KASKEL y J. FOURNIER & N. QUESTIAUX, sin advertir que la caracterización que dan estos autores se refiere, no a los derechos sociales, sino al Derecho (con mayúscula) social.

Derechos sociales y necesidades básicas: Respuesta al profesor de Castro

Por FRANCISCO J. CONTRERAS PELAEZ

Huelva

Debo iniciar esta contribución con un doble testimonio de agradecimiento. En primer lugar, representa para mí un inesperado e inmerecido honor el que la Redacción del «Anuario» haya escogido mi libro como tema de estudio de la sección «Debates». El hecho de que la reseña crítica haya sido asumida por el profesor B. De Castro (reconocido por todos como una de las más sólidas autoridades nacionales en el tema que nos ocupa) representa un honor adicional y hace aún mayor mi gratitud. Al exponer mis discrepancias respecto a su comentario, asumo el riesgo de que mis observaciones puedan ser juzgadas atrevidas o impertinentes, dada mi abrumadora inferioridad en conocimientos y experiencia académico-investigadora. Sólo puedo asegurar que, aunque me tomaré la libertad de usar el mismo tono sincero y directo que él utiliza en su colaboración, ninguna de mis puntualizaciones debería estimarse incompatible con el profundo respeto que, en lo intelectual como en lo personal, dispenso al profesor De Castro.

Aunque, personalmente, hubiera preferido estructurar la respuesta de otra forma, lo cierto es que me siento vinculado por los tres categóricos interrogantes a cuya contestación «en claro y por derecho» me emplaza el profesor De Castro al final de su exposición. Responderé, pues, a esas preguntas, confiando en que al final me sobre espacio para puntualizar alguna de las observaciones críticas que el profesor De Castro desgrana en otras partes de su comentario (si bien es cierto que esos tres interrogantes sintetizan de algún modo las objeciones que formula a los capítulos 2 y 3 del libro). Citaré ocasionalmente a otros autores, no con la intención de ofrecer un fatuo alarde de erudición (mi

erudición, vaya por delante, es muy limitada), sino para intentar mostrar que entre las posiciones de los autores que cito en el libro existe, en general, una continuidad lógica notable (espero poder refutar así otra de las principales críticas del profesor De Castro, que denuncia —aunque sin apenas especificarlas— contradicciones lógicas insalvables entre los autores y teorías traídos a colación). También me tomaré la libertad de alterar el orden de las preguntas planteadas.

I. ¿TIENEN ALGO QUE VER LAS NECESIDADES HUMANAS BÁSICAS CON LOS DESEOS O PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS?

Me pronuncié sobre el particular en el segundo capítulo del libro. En la p. 53, por ejemplo, escribo (perdón por la autocita): «en tanto el deseo, la preferencia etc., son básicamente estados mentales, movimientos del ánimo, la necesidad, en cambio, es una cualidad **objetiva** de la relación de un sujeto con su entorno». No es ésta, desde luego, una opinión original: me inspiro en autores como D. Wiggins, D. Harris, J. Griffin, R. Plant, etc., a los que cito profusamente en las páginas subsiguientes.

Considero a los deseos o preferencias, por tanto, como fenómenos psíquicos, sucesos mentales, «estados de espíritu» subjetivos. Por eso, en principio, el individuo conoce sus propios deseos mejor que cualquier observador exterior, pues sólo a él le es inmediatamente accesible su propia vida mental. La manera más fiable de conocer los deseos del sujeto «A», señala D. Braybrooke¹, consiste en interrogar a «A» (este método, en cambio, no es tan infalible en lo que se refiere a las **necesidades** de «A»). La veracidad o falsedad de la proposición «A desea X» se dirime exclusivamente en la mente de «A». Es cierto que, según el psicoanálisis, pueden existir deseos inconscientes (a veces ocultos bajo otros deseos patentes), deseos «clandestinos» que la terapia hará aflorar progresivamente (el psicoanalista, por ejemplo, me hará entender que lo que «realmente deseo» no es escribir una teoría sobre los derechos sociales, sino superar un viejo terror edípico a ser castrado por mi padre). Pero también los «deseos inconscientes», si existen, serían fenómenos psíquicos «privados»; la clave para determinar si es cierto o no que «A desea X» seguiría encontrándose en las profundidades de la mente de «A» (aunque sea en sus estratos inconscientes).

Ninguna de estas consideraciones es aplicable a las necesidades. El sujeto, hemos dicho, conoce mejor que nadie sus propios deseos; el sujeto, en cambio, puede errar gravemente en la percepción de sus nece-

1. BRAYBROOKE, D., *Let Needs Diminish that Preferences May Flourish*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1968, p. 90.

sidades. «La persona —escribe G. Thomson (autor de la mejor obra reciente sobre teoría de las necesidades)— es habitualmente consciente de lo que desea, pero puede incurrir en muchas formas de ignorancia y error acerca de sus necesidades»². I. Gough y L. Doyal, por su parte, señalan (en una obra recién publicada): «los sentimientos subjetivos no constituyen una determinación fidedigna de la necesidad humana [...] podemos sentir un deseo muy vivo de cosas que son en extremo perjudiciales y, en nuestra ignorancia, no desear las cosas que necesitamos para evitar estos perjuicios»³.

Es decir, mientras que los deseos son procesos psicológicos estrictamente «privados» (subjetivos), las necesidades son, como indica R. Plant, «hechos objetivos, públicamente discernibles, relativos a las personas»⁴. Las necesidades pueden ser determinadas objetivamente, mediante criterios «públicos», intersubjetivamente accesibles. No existen criterios público-objetivos sobre los deseos y las preferencias; los deseos, en última instancia, se apoyan en la «real gana» individual, en un «porque sí» libérrimo, arbitrario, racionalmente injustificable (o, al menos, no reconducible a argumentos universalizables). ¿Por qué deseo un coche azul (y no uno rojo, negro, etc.)? «Porque sí», porque así place a mi *cupiditas* soberana; sería absurdo buscar argumentos sobre la deseabilidad intrínseca del color azul. Sí existen, en cambio, criterios «públicos» (comunicables, racionalmente argumentables) sobre la «necesidad intrínseca» de ciertos bienes. Cuando la FAO, por ejemplo, afirma que la ingestión diaria de 3000 calorías (2200 para las mujeres) es **objetivamente necesaria** para el ser humano, no apela a la «real gana» o las preferencias personales de sus técnicos; la afirmación de la FAO se basa en criterios transubjetivos y transculturales (datos bioquímicos y médicos sobre el metabolismo, sobre el consumo corporal de energía, sobre los perjuicios cerebrales derivados de la desnutrición, etc.), criterios «públicos», comprensibles (y, eventualmente, «falsables») por todos los que dispongan de la información adecuada, racionalmente expresables y comunicables... El sujeto no elige sus necesidades; éstas le vienen **impuestas** (de ahí que G. Thomson hable de la «inescapabilidad» de las necesidades)⁵ por su estructura bio-psíquica y por las características de su entorno social y natural. «Lo que yo necesito —señala D. Wiggins con diamantina claridad— no depende de mi pensamiento o de las elucubraciones de mi mente, sino de cómo es el mundo»⁶.

2. THOMSON, G., *Needs*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1987, p. 99.

3. DOYAL, L.-GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria-Fuhem, Barcelona, 1994, p. 77.

4. PLANT, R., «Needs, rights and welfare», en VVAA, *Political Philosophy and Social Welfare. Essays on the Normative Basis of Welfare Provision*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1980, p. 29.

5. THOMSON, G., *Needs, cit.*, p. 23 y ss.

6. WIGGINS, D., «Claims of need», en HONDERICH, T. (ed.), *Morality and Objectivity*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985, p. 152.

¿Cuál es, pregunta el profesor De Castro, la relación entre deseos y necesidades? A mi entender, una relación **contingente**; la «necesariedad» de un bien (por ejemplo, alimento, agua limpia, atención sanitaria...) no depende de si de hecho el sujeto desea ese bien o no («la necesidad —escribí en el libro— sigue siendo tal, con independencia de la actitud volitiva del sujeto frente a lo necesitado»). Lo habitual, lo esperable, es que el sujeto **desea lo que necesita**, pero ya mostró Hume que es ilegítimo confundir la probabilidad estadística (aunque sea abrumadora) con la necesidad lógica. «A desea X» y «A necesita X» son proposiciones lógicamente independientes, como señala G. Thomson ⁷.

Por tanto, «deseo» y «necesidad», aunque recaigan muy frecuentemente sobre los mismos objetos, no son conceptos lógicamente equivalentes ni semánticamente coextensivos. El territorio del deseo, evidentemente, es mucho más vasto que el de la necesidad: uno puede **desear** intensamente cosas que **no necesita** (y esto, en contra de lo que pensarán Buda o Schopenhauer, no es necesariamente un rasgo negativo de la existencia: un mundo en el que el deseo se ciñese al escueto círculo de lo necesario sería monocorde y poco interesante). Más infrecuentes (e intelectualmente problemáticos) son los supuestos en los que el sujeto **no desea** (aparentemente) cosas que **necesita** (por ejemplo, el testigo de Jehová en peligro de muerte necesita urgentemente una transfusión, pero no la desea). Desde la perspectiva teórica que ve en la satisfacción de las necesidades fines humanos **necesarios** (que desarrollaré en el próximo epígrafe), parece que esos supuestos deberían siempre atribuirse a información insuficiente del sujeto o a una comprensión defectuosa de su propia situación (por ejemplo, el bosquimano enfermo cree necesitar [y, por tanto, desea] un exorcismo del hechicero tribal, pero lo que realmente necesita [y desearía, si dispusiera de la información adecuada] es penicilina). Es perfectamente posible necesitar cosas cuya existencia ni siquiera se sospecha (el diabético quizás no ha oído hablar jamás de la insulina, pero ese hecho no resta un ápice de veracidad u objetividad a su necesidad de esa sustancia). Esto no vale para el deseo: es imposible desear un objeto si se carece de cualquier referencia, real o imaginaria, sobre él.

El hecho de que las verdaderas necesidades de las personas no siempre se correspondan con los deseos, preferencias o aspiraciones expresados por ellas, **no implica** que éstas últimas sean un dato a despreciar (esto lo dejo claro en el epígrafe 6 del segundo capítulo). Todo lo contrario: para los planificadores, asistentes sociales, etc. será aconsejable escuchar la opinión de los interesados acerca de sus propias necesidades; como indica P. Streeten, «la participación efectiva e informada por parte de la población cuyas necesidades están siendo

7. THOMSON, G., *Needs, cit.*, p. 98.

evaluadas es vital, y ha dado impresionantes resultados a escala local» 8. Simplemente, las alegaciones y sentimientos subjetivos no podrán ser el único elemento a considerar: deberán ser cotejadas con constataciones y análisis **objetivos**.

La distinción entre necesidades (objetivas) y deseos (que pueden no corresponderse con las necesidades) me parece esencial para la fundamentación de los derechos sociales. Los derechos sociales intentan garantizar la satisfacción de las **verdaderas necesidades** del ciudadano (atención sanitaria, alimentación, educación, vivienda...). Si las necesidades fueran indiscernibles de las preferencias subjetivas, sería imposible establecer cuáles de esas preferencias merecen la atención estatal y cuáles no. Si no existen necesidades objetivas, sino sólo deseos subjetivos, ¿por qué debería el Estado satisfacer mi deseo de atención sanitaria, y no tu deseo (quizás intensísimo) de porcelana china del período Ming? Como digo en el libro, declarar equivalentes (intercambiables) todos los deseos o preferencias (con independencia de si corresponden o no a **verdaderas** necesidades) supone la *reductio ad absurdum* de la función asistencial del Estado y de los derechos sociales (pues sería insensato sostener que el Estado debe satisfacer **todos** los deseos de los ciudadanos). Por eso, escribí, «al ultraliberal le interesa difuminar la frontera entre las necesidades y los deseos, igualarlos “por abajo” (al nivel de los deseos), pues así cierra el paso a la idea de la responsabilidad colectiva frente a las **verdaderas** necesidades y restablece el imperio del *chacun pour soi*» (p. 56).

Volviendo a la pregunta del profesor De Castro: los deseos y sentimientos de los interesados son importantes, pero no **decisivos** a la hora de identificar y jerarquizar sus necesidades. Aunque el 99% de la población (masculina y femenina) del país islámico X esté convencida de que una mujer no necesita otros conocimientos que los culinarios y de puericultura elemental (y no, por ejemplo, aprender a leer), las autoridades de ese país harán bien en seguir procurando, incluso contra la opinión o el deseo de las interesadas, la alfabetización femenina (porque la alfabetización es, en las condiciones del mundo moderno, una necesidad humana **objetiva**). Este es un ejemplo de cómo la información defectuosa (en este caso, el prejuicio aportado por la tradición nacional, según el cual la mujer es un ser inferior, sin necesidades intelectuales) puede conducir al sujeto a errores graves en la percepción de sus propias necesidades.

La variedad de posibles divergencias entre deseos y necesidades se hace patente cuando se consulta documentación empírica (encuestas, informes de la OMS, de la FAO, de la UNESCO, etc.). Yo lo he hecho, y en esa documentación se comprueba, por ejemplo, que las personas aquejadas de privaciones objetivas no siempre expresan **sentimientos** de privación (y viceversa). Así, según las encuestas de P. Townsend 9,

8. STREETEN, G., «Basic needs: some unsettled questions», en *World Development*, 12, 90 (1984), p. 974.

9. TOWNSEND, P., *Poverty in the United Kingdom*, Penguin, Londres, p. 423.

un 44% de las personas que, según parámetros objetivos (detallados en el estudio), se encontraban «seriamente desposeídas», declaraban **no sentir** carencia alguna. Con frecuencia, los más desheredados desarrollan (como reacción defensiva) sentimientos de resignación fatalista, de aceptación estoica de la privación, que pueden llegar a traducirse en una sensación de bienestar ilusorio. A. SEN¹⁰ menciona, en este sentido, un ejemplo impresionante: investigadores del Instituto de Higiene y Salud Pública de la India realizaron macroencuestas serias en 1945, apenas unos meses después de la apocalíptica hambruna bengalí de 1944, que mató a millones de personas y dejó a millones más convertidas en piltrafas reptantes. Lo más interesante eran los resultados relativos a la autopercepción sanitaria de las viudas pobres; pese a encontrarse en condiciones nutritivo-sanitarias terroríficas (las viudas de las clases humildes son, probablemente, el grupo social más despreciado en la India), el 97,5% de las encuestadas aseguraron gozar de buena salud y no carecer de nada esencial; sólo el 2,5% de ellas se declararon enfermas (en una encuesta similar entre los varones de clase media, un 48,5% se declaraban enfermos; una cifra, desde luego, mucho más próxima a la realidad sanitaria de un período de escasez catastrófica). ¿Cómo interpretar esto? Sencillamente, aquellas mujeres estaban psicológica y culturalmente programadas para aceptar la postulación total como su destino natural; de ahí que, incluso en situaciones de devastación objetiva de sus cuerpos, fueran incapaces de albergar sentimientos de carencia o privación.

II. ¿EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES ESTA EN LA LIBERTAD, EN LOS FINES UNIVERSALIZABLES O EN LAS NECESIDADES HUMANAS BASICAS?

El profesor De Castro estima que, al mezclar o relacionar esos tres conceptos (libertad, fines, necesidades), convierto mi intento de fundamentación en un galimatías ininteligible. Yo, en cambio, no descubro esas presuntas contradicciones o incompatibilidades lógicas entre los tres elementos; más bien, me parece que los tres se postulan y complementan recíprocamente.

Por ejemplo, la conexión entre necesidades y fines es bastante evidente. Todos los especialistas del tema reconocen que el concepto de necesidad se torna ininteligible si no se lo pone en relación con un(os) fin(es) ulterior(es), para cuya consecución es la satisfacción de la necesidad una precondición imprescindible. Así, R. Zimmerling: «el propio concepto de necesidad es un concepto condicional. Dada la afirmación «A necesita X», siempre se puede preguntar ¿para qué? Eso

10. SEN, A., «Rights and capabilities», en HONDERICH, T., *Morality and Objectivity*, cit., pp. 131-132.

significa que la descripción completa de una necesidad es del tipo «A necesita X para F»¹¹ (ahora bien, el sujeto puede desconocer la conexión entre «X» [penicilina, alfabetización, etc.] y «F» [supervivencia, autonomía crítica, etc.], lo cual explica que quizás no desee «X»). D. Wiggins [«*needing is by its nature needing for a purpose*»]¹². G.E.M. Anscombe¹³, M.J. Añón y J. De Lucas¹⁴ y R. Plant¹⁵ exponen análisis muy parecidos. Eso sí, en el lenguaje cotidiano la referencia a las necesidades adoptará frecuentemente una formulación elíptica: el fin pertinente se da tácitamente por supuesto (por ejemplo, el cirujano dirá simplemente «el herido necesita una transfusión», y no «el herido necesita una transfusión para sobrevivir»). Esto no impide que, si se explicitan los presupuestos omitidos, todas las proposiciones en que se afirman necesidades resultan tener un sentido instrumental o condicional; como señalan I. Gough y L. Doyal¹⁶, «si alguien dice, «necesito calor físico porque sí», su uso de «necesito» no estará claro»; la estructura lógica implícita sería: «necesito calor... para no morir congelado», por ejemplo.

Escribí en el libro (p. 78): «si aceptamos la premisa de la condicionalidad o instrumentalidad de las necesidades [...] el debate acerca de la objetividad y la justificación se desplaza de las necesidades mismas a los fines para cuya consecución son ellas una condición previa». Este es el «extraño y complejo *quid pro quo*» del que me acusa el profesor De Castro; donde hablábamos de necesidades, comenzamos ahora a hablar de fines. Pero, francamente, no veo complejidad ni prestidigitación por parte alguna, sino más bien deducciones elementales: si todas las necesidades están conectadas con fines (como hemos mostrado arriba), la pregunta ¿existen necesidades objetivas? se convierte en ¿existen fines universalizables, «objetivamente deseables», fines que todas las personas **dotadas de la información adecuada** deberían, en buena lógica, perseguir? De nuevo, no soy nada original, sino que sigo muy de cerca a mis inspiradores (por ejemplo, R. Plant («*are there basic human needs?*» therefore turns into the question of whether there are any basic human ends that are wanted by all persons, with basic needs being the necessary means for the pursuit and realization of those ends.»)¹⁷.

11. ZIMMERLING, R., «Necesidades básicas y relativismo moral», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho (Doxa)*, p. 7 (1990), p. 47.

12. WIGGINS, D., «Claims of need», *cit.*, p. 153.

13. ANSCOMBE, G.E.M., *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957, pp. 71-72.

14. PLANT, R., «Necesidades, razones, derechos» en *Cuadernos de Filosofía del Derecho (Doxa)*, n. 7 (1990), p. 69.

15. PLANT, R., «Needs, rights and welfare», *cit.*, pp. 26-27.

16. GOUGH, I.-DOYAL, L., *Teoría de las necesidades humanas*, *cit.*, pp. 68-69.

17. PLANT, R., «Needs, rights and welfare», *cit.*, p. 33.

En el libro, intento mostrar que la condicionalidad-instrumentalidad de las necesidades no empece a su objetividad ni a su universalidad (y, por tanto, no borra la frontera entre la necesidad y el deseo [subjetivo] de bienes superfluos). La diferencia es: la necesidad está conectada con fines «necesarios» (no hay tautología, como intentaré mostrar); el deseo «caprichoso» se dirige a fines contingentes.

Mi idea es: existen ciertos fines cuya consecución es una condición previa para la persecución de **cualesquiera otros** fines. Es en este sentido que cabe llamarlos «fines necesarios»: su deseabilidad está implícita como precondition en cualesquiera otros fines (contingente) que pueda el sujeto desear. El más evidente de los «fines necesarios» es la conservación de la vida. Si muero, los fines contingentes («x», «y», «z») se hacen definitivamente inasequibles. Por tanto, cada vez que digo «deseo x», estoy afirmando implícitamente «deseo seguir vivo (para poder alcanzar x)»; o, lo que es lo mismo, «deseo que sean satisfechas mis necesidades básicas relacionadas con la supervivencia (alimento, agua limpia, atención sanitaria si estoy enfermo...)». Los fines necesarios son, si se quiere, **medios** para la consecución de los fines contingentes; pero son medios **imprescindibles**. Sin supervivencia (fin necesario) no hay práctica de la equitación, venta de la casa o adquisición de porcelana Ming (fines contingentes). Esto parece perogrullesco, pero nos permite concluir (como digo, de manera un tanto retórica, en el libro) que «las necesidades relacionadas con la continuación de la vida gozan de una objetividad marmórea, a prueba de relativismos» (p. 81). Y éstas no son pocas: para sobrevivir, se necesita algo más que oxígeno y 3000 calorías diarias; una buena parte de la lista de las necesidades humanas básicas que proponen I. Gough y L. Doyal¹⁸, apoyándose en informes e investigaciones de organismos internacionales, está directamente relacionada con la conservación de la vida: «alimentos adecuados y agua limpia», «vivienda que reúna las características adecuadas» (se acompañan amplios informes sobre los mínimos que incluye esa «adecuación»), «medio físico sin riesgos», «atención sanitaria adecuada» (también aquí explicitan la «adecuación»)...

Mis afirmaciones «nadie puede no desear no sobrevivir» y «nadie puede no desear disponer de un mínimo de autonomía vital y capacidad crítica», que suscitan la ironía del profesor De Castro, deben ser entendidas a la luz de las consideraciones anteriores. Es cierto que, formuladas en estos términos categóricos, podría entenderse que resultan contradictorias con mi tesis anterior de que los deseos no siempre se corresponden con las verdaderas necesidades. En realidad, la regla «nadie no puede no desear...etc.», tendría sentido, no en relación con los sujetos empíricos, sino con un hipotético «preferidor racional» que conociera todos los datos y circunstancias pertinentes (que supiera, por

18. GOUGH, I.-DOYAL, L., *op. cit.*, p. 217 y ss.

volver a un ejemplo anterior, que las infecciones se curan con penicilina y no con exorcismos). Concedo que habría sido más riguroso escribir, por ejemplo: «nadie que **disponga de la información adecuada** debería no desear la supervivencia y un mínimo de autonomía vital y capacidad crítica, so pena de incurrir en autocontradicción». La referencia a la «información» me parece fundamental (reconozco que es un aspecto que no destaco suficientemente en el libro); muchos de los supuestos en que el sujeto parece no desear aquello que necesita son atribuibles a información incompleta o defectuosa: el testigo de Jehová no desea la transfusión (aunque la necesita) porque basa sus razonamientos en dos presupuestos falsos (que Dios ha prohibido las transfusiones y que existen métodos terapéuticos alternativos tan eficaces como la transfusión; este último argumento pseudo-científico es martilleado constantemente en los cerebros de los miembros de la secta); la mujer tuareg que no desea ser alfabetizada parte del supuesto (falso) de que la mujer es un ser inferior sin otra misión que la reproductiva. Sería posible multiplicar los ejemplos, hasta abarcar, quizás, todos los supuestos imaginables.

Pero, para un «preferidor racional» que dispusiera de toda la información relevante (acerca de su propia constitución bio-psíquica y acerca de su entorno natural y cultural), rechazar la satisfacción de las necesidades básicas significaría renunciar a todos los demás fines (o sea, renunciar a vivir; pero la teoría de las necesidades que intentamos pergeñar es una teoría para vivos y no para muertos). Desear los fines contingentes «x», «y», «z», y no desear el fin necesario «f», que es la precondition ineludible para la consecución de aquéllos, equivale, me parece, a incurrir en autocontradicción.

Diversos autores han expuesto (mucho más brillantemente que yo) esta concepción de las necesidades básicas como herramientas «neutrales» que capacitan al sujeto para desear, buscar y (quizás, si se dan otras circunstancias coadyuvantes) conseguir aquellos fines contingentes que sus preferencias subjetivas, sus creencias, su ideología, etc. les muestran como deseables. D. Harris, por ejemplo, los define como «un conjunto de medios racionalmente deseados por cualquiera, con independencia de cualesquiera otros que resulten deseables (según su particular plan de vida)»¹⁹.

La satisfacción de las necesidades básicas podría ser entendida como uno de los «bienes primarios» a los que se refiere J. Rawls. «Los bienes primarios [...] —escribe Rawls— son las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener, además de todas las demás que pudiera querer. Cualesquiera que sean los planes racionales de un individuo, se supone que existen varias cosas de las que preferiría tener más que menos. Teniendo más de estas cosas, se les puede asegurar a

19. HARRIS, D., *La justificación del Estado de bienestar*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p. 337.

los individuos en general que tendrán mayor éxito en la consecución de sus intenciones y en la promoción de sus fines, cualesquiera que estos fines puedan ser»²⁰. I. Gough y L. Doyal se pronuncian en términos equivalentes: «la supervivencia física y la autonomía personal son las necesidades básicas de todo individuo en cualquier cultura, y tienen que ser satisfechas para poder emprender la búsqueda de cualesquiera otros objetivos que se crean valiosos»²¹. También H. Lesser razona en forma parecida, si es que yo lo he entendido bien («*There are some conditions necessary for doing anything at all, for performing any action or pursuing any goal whatsoever [...] Needs of this sort must be acknowledged in all societies, whatever their moral code or standards, and may fairly be called «unqualified» or «human» needs*») ²².

Finalmente la alusión a la **libertad** (que, según el profesor De Castro, convierte definitivamente mi argumentación en un *totum revolutum*) me parecía difícilmente eludible. La satisfacción de las necesidades básicas es un presupuesto para la libertad (un presupuesto necesario, pero no suficiente; así, en los antiguos países comunistas las necesidades socio-económicas básicas parecían decentemente cubiertas, pero el despotismo político mermaba decisivamente la libertad de los ciudadanos). El hambre, la pobreza, la ignorancia, son también formas de no-libertad, tan opresivas (por lo menos) como el totalitarismo político. Cuando tengo hambre, no soy libre (las punzadas en el estómago impiden la libre deliberación y decisión). El analfabetismo, la estrechez, la miseria, anulan (o, al menos, merman) la libertad del sujeto, pues cercenan drásticamente su gama de opciones vitales. Mientras que los derechos civiles y políticos defienden al ciudadano de las formas político-ideológicas de no-libertad (persecución política o religiosa, prohibición de exponer y difundir ideas, imposición de credos, etc.), los derechos sociales intentan protegerle de las formas socio-económico-biológicas de no-libertad: enfermedad, ignorancia, desnutrición...

En realidad, casi todo lo que creo sobre necesidades básicas y derechos sociales se sintetiza en esta frase de W. Hamel: «la justicia social exige, no sólo que se proporcionen a cada ciudadano los medios para la conservación de la existencia corporal, sino también que se le garantice un nivel de recursos económicos e intelectuales **que haga posibles las decisiones libres** y que le permita participar responsablemente en la vida social»²³. Cubrir las necesidades básicas equivale a

20. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1985, p. 114.

21. GOUGH, I.-DOYAL, L., *op. cit.*, p. 15.

22. LESSER, H., «Human needs, objectivity and morality», en VVAA, *Political Philosophy and Social Welfare*, *cit.*, pp. 37-38.

23. HAMEL, W., *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, Duncker und Humblot, Berlín, 1957, p. 26.

dotar al sujeto de un equipamiento material (sanidad, vivienda, nutrición, etc.) e intelectual (educación), un «instrumental vital», unos medios (me autocito) «que **cualquier** sujeto necesita para orientar su vida significativamente. Provistos esos medios, el individuo pasa a estar en condiciones de optar [libre y responsablemente] entre los fines que le ofrecen las diversas ideologías, filosofías morales, religiones, cosmovisiones, etc.» (p. 84). Es por eso que las necesidades básicas se encuentran en «un terreno verdaderamente «neutral», ideológica y culturalmente aséptico, situado «más acá» del punto en que comienzan a divergir y oponerse entre sí las distintas concepciones de lo bueno» (p. 80).

En resumen: la conexión entre libertad y necesidades básicas me parece directísima, y no alcanzo a entender las «inconsistencias» que denuncia en varias ocasiones el profesor De Castro. Sólo cuando están cubiertas las necesidades básicas, sólo cuando sus energías dejan de estar exhaustivamente acaparadas por el problema de la subsistencia, deviene el sujeto verdadero actor vital, protagonista de su existencia, responsable íntegro de sus decisiones y moralmente imputable por ellas (¿y no es eso la libertad?). Ortega y Gasset escribió páginas maravillosas sobre esto: la vida propiamente humana, la vida «noble» (creativa, «deportiva», personalizada), pensaba él, sólo puede desplegarse cuando se ha alcanzado un mínimo de «franquía vital», de «dominio superabundante sobre la circunstancia»²⁴.

III. ¿TIENEN LAS NECESIDADES HUMANAS EXISTENCIA OBJETIVA O SOLO PUEDEN SER DETERMINADAS INTERSUBJETIVAMENTE?

Habiéndome extendido demasiado en las dos contestaciones anteriores, responderé aquí de manera muy concisa. Dedico a este punto el epígrafe 6 del capítulo 3, y allí intento sostener que la objetividad de las necesidades básicas no es incompatible con el debate intersubjetivo como instrumento para su identificación. También la realidad físico-natural es «objetiva» (no es éste el momento de embarcarse en una disquisición sobre el alcance de la noción de «objetividad» en la Física actual), pero la comprensión (siempre penúltima y parcial) que los hombres van adquiriendo sobre ella resulta de un proceso de debate intersubjetivo entre los científicos (la constante formulación y «falseación» de teorías, hipótesis, paradigmas, etc. que «luchan» entre sí en un combate darwiniano en el que terminan prevaleciendo las menos insatisfactorias).

24. Vid., por ejemplo, *La rebelión de las masas*, Alianza, 1986, p. 99 y ss., y, especialmente, *Meditación de la técnica*, Alianza, 1992, p. 23 y ss.

El diálogo intersubjetivo debe abarcar tanto a la masa de los interesados (los sujetos de las necesidades) como, de manera muy señalada, a los científicos y estudiosos (médicos, psicólogos, antropólogos, filósofos...) que, por disponer de una información más exhaustiva y contrastada, están en condiciones de aportar nuevos descubrimientos y enfoques en relación con las necesidades humanas. En ocasiones, quizás será necesario privilegiar la opinión de estos «especialistas», pues ya sostuvimos antes que la gente puede errar (por defecto de información) en la percepción de sus necesidades; pero a medida que, precisamente, aumente la cobertura de éstas (especialmente la educación) cabe esperar que aumente la lucidez y autocomprensión de los «no-especialistas» y que, por tanto, tiendan a desaparecer los «errores». En esa medida, el debate sobre necesidades se hará más simétrico e igualitario, y el peso relativo de la opinión de los «mejor informados» tenderá a disminuir.

Con estas salvedades, no veo por qué «objetividad» e «intersubjetividad» tengan que ser incompatibles. En el libro, escribí: «la objetividad de las necesidades no excluye el debate democrático; antes al contrario [...] La «verdad necesidológica» [objetiva] es la condición de la viabilidad del consenso democrático en materia asistencial. La verdad y el diálogo son aliados naturales. Un objetivista sincero no debe temer a la participación y el debate [...] El objetivista debe esperar que el debate hará resplandecer la verdad necesidológica (es decir, desembocará [cuando todos los participantes dispongan de toda la información pertinente] en la identificación de las verdaderas necesidades)» (p. 88).

En mi defensa de la compatibilidad entre diálogo intersubjetivo y necesidades objetivas, me inspiro, en parte, en los argumentos del profesor Pérez Luño (cuyas aportaciones me acusa el profesor De Castro de no aprovechar). A.E. Pérez Luño, en efecto, ha sugerido una posible complementariedad entre la teoría de las necesidades y las éticas «dialógicas» de J. Habermas o K.O. Apel. Según Pérez Luño²⁵, «nociones tales como las de “la situación comunicativa ideal”, “la teoría consensual de la verdad”, o “la anticipación de una forma ideal de vida” podrían desembocar en el más abstracto formalismo de no hallarse apoyadas en determinadas categorías empíricas». Y ese sustrato o referente empírico común lo pueden muy bien aportar, precisamente, las necesidades humanas básicas, que son compartidas por todos y pueden, por tanto, ser entendidas por todos.

Aunque he ceñido mi respuesta al territorio acotado por el profesor De Castro (las tres preguntas «a quemarropa» del final de su recensión), no me gustaría dejar sin expresar mi respetuosa discrepancia respecto a algunas otras apreciaciones suyas:

25. PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 167.

1.— En el apartado relativo a la caracterización, el profesor De Castro sugiere que yo me refiero al carácter prestacional de los derechos sociales (en cuanto rasgo diferencial) en términos categóricos y simplistas, como si se me escapara que «ni la “abstención” es exclusiva de los segundos [los derechos civiles y políticos], ni la “prestación” de los primeros [los derechos sociales]». Pero, precisamente, en el libro propongo ese criterio diferenciador rodeándolo de todo tipo de matizaciones y cautelas. En la p. 21 reconozco, con H. Willke, que «ningún derecho es totalmente *self-executing*», y que «todos los derechos (tanto los derechos-autonomía como los derechos-participación) presuponen medidas estatales, programas o dispositivos institucionales». Sólo al final del epígrafe, tras consideraciones que aquí no puedo reproducir, concluyo que «no existen [...] derechos que comporten [para el Estado] obligaciones exclusivamente negativas [“de abstención”], pero sí parece posible afirmar una diferencia **de grado** en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para uno y otro tipo de derechos» [mayor en el caso de los derechos sociales].

2.— Sigo pensando que las necesidades básicas son siempre individuales, y que «necesidad colectiva» sólo puede significar la agregación metafórica de muchas necesidades individuales coincidentes. No creo en necesidades colectivas más de lo que creo en *Volksgeist* y almas colectivas. Sólo los individuos poseen estómago, intelecto, voluntad, peripecia vital... Las fantasmales «necesidades de los pueblos» (¿constituirse en Estados?, ¿mantener incontaminadas sus «esencias»? ¿conservar intacto el sagrado solar patrio?) me parecen entelequias ambiguas cuando las comparo con las necesidades (concretísimas, urgentísimas) de los individuos: comer, aprender, actualizar capacidades, vivir una vida con sentido... Por otra parte, creo que casi todos los «derechos colectivos» son reformulables en términos de derechos individuales: así, el «derecho de un pueblo a conservar su lengua y su cultura» equivale, en realidad, al derecho de los **individuos** que integran ese pueblo a servirse de la lengua y nutrirse de la cultura nacionales (aunque sin perder frente a ella, diría yo, la distancia crítica y la capacidad de innovación).

En todo lo relativo a los «intereses», «necesidades» y «derechos» de los grupos, comparto plenamente el parecer de M. Mazziotti: «no se trata de proteger a los grupos en cuanto a tales, sino a los **individuos** en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad [...] el derecho de un anciano o de un inválido a la subsistencia [...] tiene como fin la tutela de un interés individual a la subsistencia, y no el de un pretendido interés colectivo a que la categoría de los ancianos o de los inválidos pueda subsistir»²⁶.

26. MAZZIOTTI, M., «Diritti sociali», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milán, 1964, p. 806.

En todo caso, creo poder asegurar que mis disquisiciones sobre las dimensiones individual y colectiva de los derechos sociales (ps. 25 a 32) son más sutiles de lo que la presentación del profesor De Castro da a entender.

3.— Reconozco que mi propuesta de definición de los derechos sociales no es especialmente afortunada. Debería haber adjetivado o precisado más el término «necesidades básicas» (debí haber escrito, por ejemplo, «necesidades básicas de carácter socio-económico»). Este es un equívoco que se mantiene a través de todo el libro: doy por supuesto que el lector conoce ya el contenido de las tablas de «necesidades básicas» que suele proponer la literatura especializada (éstas guardan siempre relación con las condiciones materiales de existencia, con las condiciones laborales y con la educación). Para minimizar la ambigüedad, alguna vez debí haber hecho pie en lo empírico y decir «en claro y por derecho» **cuáles son** esas necesidades básicas de las que hablo constantemente, ofreciendo alguna de las listas que proponen los especialistas; por ejemplo, la que manejan J.M.C. Hale y M. Cordell en su exhaustiva obra «Basic Human Needs»²⁷ (enumeran cinco: alimentación, atención sanitaria, educación, vivienda y vestido; cada uno de ellos se desglosa en numerosos «satisfactores» intermedios), o la que ofrecen I. Gough y L. Doyal (como necesidades básicas en sentido estricto: salud física, autonomía de acción y autonomía crítica; como «necesidades intermedias» [satisfactoras de las anteriores]: alimentos adecuados y agua, vivienda adecuada, entorno laboral sin riesgos, entorno físico sin riesgos, atención sanitaria adecuada, seguridad en la infancia, seguridad física, seguridad económica, control de nacimientos, seguridad en el embarazo y en el parto y enseñanza básica; cada una de éstas se desglosa a su vez en numerosos índices, cuya medición permite evaluaciones comparativas sobre los niveles de cobertura de las distintas necesidades en los diversos países)²⁸.

4.— No comparto la opinión del profesor De Castro, según la cual «la satisfacción de las necesidades humanas básicas es un rasgo peculiar de todos los derechos fundamentales». Repito que, en la bibliografía que he manejado (principalmente anglosajona), el término «necesidades básicas» aparece invariablemente asociado con exigencias biológico-económico-educativas elementales, del tipo de las que enumeré más arriba. Nunca encontré a la libertad de cultos o la libertad de prensa en esas listas de necesidades básicas (a veces, los derechos civiles y políticos son mencionados como factores coadyuvantes de segundo o tercer orden; Doyal y Gough, por ejemplo, los incluyen dentro de las «condiciones procedimentales previas para la autonomía crítica», y la autonomía crítica es una de las necesidades básicas). Eso no

27. M.C., HALE, J.-CORDELL, M., *Basic Human Needs. A Framework for Action*, Transaction, New Brunswick, 1978, p. 22 y ss.

28. GOUGH, I.-DOYAL, L., *op. cit.*, p. 217 y ss.

implica que yo no considere importantes los derechos civiles y políticos, y que no esté dispuesto a aceptar, llegado el caso, una peor cobertura de mis necesidades económico-materiales con tal de salvar la democracia, la libertad religiosa, la libertad de expresión, etc. Pero, como siempre recuerda I. Berlín, «con una confusión de conceptos no se gana nada»; existen, me parece, muchas razones para no refundir en una sola categoría necesidades elementales como la alimentación, la salud o el cobijo y «necesidades» como el voto democrático o la libertad de asociación.

5.— Se muy bien que el capítulo 3 es el más vulnerable de la obra, que la argumentación es deslavazada y que, sobre todo, no es bastante nítida la delimitación de los contenidos de los capítulos segundo y tercero (es cierto que en el capítulo 2 adelanto argumentos que hubieran debido figurar en el capítulo 3; concedo que la sistematicidad no es, desde luego, mi virtud). Con todo, el capítulo 3 es más denso de lo que el profesor De Castro da a entender; el argumento de Gewirth sobre la normatividad de las necesidades básicas (con independencia de que yo lo haya reproducido con más o menos acierto) es más complejo y merece más atención que el despectivo plumazo con que lo despacha el profesor De Castro; las objeciones de Hayek y Nozick que intento (mejor o peor) despejar, no son precisamente triviales. Y si no desarrollo más exhaustivamente el argumento fundamentador en el capítulo 3 es porque, en efecto, ya había adelantado (extemporáneamente) una buena parte de él en el capítulo anterior, y temía incurrir en reiteraciones exasperantes para el lector.

6.— El profesor De Castro, por lo demás, ofrece una versión simplificadora y fragmentaria de mi intento de fundamentación. Naturalmente, no dispongo aquí de espacio para reproducir la argumentación. Apuntemos, sólo telegráficamente, algunas pistas: todos los preceptos morales (cualquiera que sea su contenido) presuponen la libertad, la autonomía de sus destinatarios (Kant: «*du sollst, denn du kannst*»); si calificamos como meritoria o perversa la actuación de «X», estamos dando por supuesta la libertad de «X» (estamos presuponiendo que «X» habría podido actuar de otra forma); ahora bien, la satisfacción de las necesidades básicas (según expusimos antes) es inseparable de la libertad; puede entenderse, por tanto, que todos los códigos y preceptos morales presuponen (implícitamente) que las necesidades básicas de los individuos **deben** ser satisfechas; sólo cuando esas necesidades están cubiertas devienen los individuos verdaderos sujetos morales, responsables de sus actos e imputables por ellos, y empiezan a tener sentido cualesquiera obligaciones éticas que los diversos códigos y filosofías morales les quieran imponer (una idea que B. Brecht condenaba, con gracejo populachero, en su famosa coplilla: «*erstens kommt das fressen / und dann kommt die Moral*»).

7.— Para terminar, encajo mal que el profesor De Castro sugiera una supuesta «infidelidad» mía hacia la «escuela de Sevilla» y hacia el

magisterio de los profesores Pérez Luño y Herrera Flores (a quienes cito en 15 ocasiones; otra cosa es que yo no haya aprovechado adecuadamente sus enseñanzas, lo que es probable). Tampoco puedo compartir la opinión de que «el condicionamiento económico y la dimensión internacional [de los derechos sociales] no tienen una vinculación directa con la perspectiva filosófica de los mismos». Para mí, en cambio, el problema del sentido de los derechos sociales en los Estados pobres, financieramente incapaces de atenderlos (no olvidemos que un 80% de la población mundial vive en ese tipo de Estados), y la conexión entre los derechos sociales y la injusta distribución mundial de la riqueza son, precisamente, los aspectos más apasionantes (intelectual y moralmente) de la problemática que nos ocupa. Lamento, pues, que el capítulo 4 no haya merecido algo más de atención.

Sobre el análisis económico del Derecho

Por PALOMA DURAN Y LALAGUNA

Castellón

Cuando el Prof. Gil Cremades me sugirió la posibilidad de plantear un debate sobre el análisis económico del Derecho que analiza Pedro Mercado Pacheco, la propuesta me atrajo por múltiples motivos.

De entre ellos, son dos los prioritarios. En primer lugar, el análisis económico del Derecho oferta una definición del Derecho y de la justicia que rompe con toda la tradición jurídica: y ello implica la necesidad de una mayor atención al tema por parte de la Filosofía del Derecho. Las consecuencias del análisis económico, y su proceso de estructuración reclaman una respuesta desde nuestra área.

Y en segundo lugar, el libro de Mercado Pacheco —*El análisis económico del Derecho. (Una reconstrucción teórica)* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1994, 292 pp.— es una de las pocas obras en las que al rigor, se une una buena sistemática, que facilita lo que el libro, en palabras de Mercado pretende: estudiar el análisis económico del Derecho (AED) desde dentro y hacer una reconstrucción teórica.

Con todo, debo decir que no resulta fácil plantear un debate sobre un tema cuyo enfoque y planteamiento crítico se comparte totalmente. De modo habitual, se debate sobre cuestiones en las que no se está de acuerdo. En este caso, coincido con la visión crítica que mantiene Mercado, a pesar de señalar que pretende una reconstrucción teórica.

El libro contiene una versión revisada de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Granada, y dirigida por Mariano Maresca. Incluye un total de seis capítulos, en los que recoge una caracterización general sobre el AED; un estudio de los presupuestos económicos

que se mantienen en la teoría económica que se utiliza como presupuesto del AED; y por último, el análisis de una cultura americana, que ha permitido la incorporación del AED en el marco del Derecho anglosajón.

- I. *El primero de los capítulos está centrado en describir qué es el AED, y cuáles son las circunstancias que lo especifican.*

Aunque Mercado atribuye el nacimiento del AED al teorema de Coase en 1960, me parece necesario tener en cuenta que dicho teorema está avalado con las publicaciones previas de Gary Becker. Sobre todo, con su tesis doctoral, defendida en 1955, (Becker, *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press. Chicago-London, 1957) donde ya oferta la necesidad de elaborar un estudio económico de parcelas del comportamiento humano, que no se habían considerado propiamente mercantiles, y que consecuentemente habían quedado al margen del estudio económico.

La referencia a Becker (que Mercado incluye en el segundo capítulo, al tratar del enfoque económico y el AED) es importante, ya no sólo por la novedad de su planteamiento, sino porque vino a presentar lo que después sería la conclusión más acertada acerca del AED: que se trata de un estudio *parcial* del Derecho, en la medida en que no pretende un estudio interdisciplinar, sino la sustitución de la justicia por la eficiencia; y derivadamente, la hegemonía de los criterios económicos sobre los propiamente jurídicos. Conclusión que el propio autor describe inicialmente (p. 25), y no confirma hasta el final de su trabajo: «El AED se presenta a sí mismo como una teoría interdisciplinar; sin embargo, en su propuesta no hay interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino sustitución de un saber por otro» (p. 276). Por este motivo, la historia del AED, aun siendo éste un dato descriptivo, quizá debería iniciarse con los argumentos de Becker, antes que con Coase. Sobre todo, cuando posteriormente, el propio Mercado afirma que la fundamentación teórica del AED en Posner constituye una mera repetición de los argumentos que utilizó Becker para legitimar la extensión del enfoque económico (p. 89).

Mercado lo reconoce después, explícitamente: «El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad» (p. 34).

Siendo esto tan claro, la reducción que oferta el AED es obvia; y por tanto, no parece posible seguir manteniendo que se trata de un es-

tudio interdisciplinar del Derecho. Por ello, resulta un tanto contradictorio el intento de Mercado de buscar una justificación al AED en el ámbito del Derecho anglosajón. Su tarea de búsqueda y reconstrucción teórica del AED termina en la misma conclusión que ya plantea en su propuesta el propio Becker: el AED presenta una definición *económica* del Derecho. Cosa bien distinta de presentar un estudio de las relaciones entre Derecho y economía.

Quizá en este primer capítulo, aun siendo descriptivo —como ya se ha dicho—, hubiera sido necesario a mi juicio un estudio de la racionalidad económica, que el autor hace después, al plantear la teoría económica constitucional, y el paradigma del *homo oeconomicus*. Seguramente no es sólo un problema de interdisciplinariedad, sino aún más de fondo, cual es cuestionar si es viable utilizar los parámetros de la racionalidad económica para trasladarlos al Derecho, y entender como válida la previsión del comportamiento de cada sujeto. Entre otras cosas, la aplicación de esta versión de la conducta humana es lo que ha potenciado la transformación de uno de los conceptos jurídicos más conflictivos, que es el de la responsabilidad.

De hecho, el AED en la denominada escuela de Yale nace no sólo como liberal-reformista, para contraponer los argumentos radicales, sino más bien por la vía de los hechos, como una necesidad de resolver un problema concreto en USA, que es el de la responsabilidad civil. De hecho, las obras de Calabresi casi monográficamente están dedicadas a este tema, concretamente en los casos de accidentes. El profesor de Yale, de hecho, ha planteado sus estudios de AED de un modo muy distinto a como lo ha hecho Posner en Chicago. Si éste ha introducido el AED por la vía de la práctica jurídica, a través de su actuación judicial, aquél lo ha hecho como una alternativa a la crisis del sistema vigente para explicar la responsabilidad civil.

Más aún, las derivaciones posteriores del AED han extendido su ámbito de actuación. Y ello ha llevado a Posner a afirmar que el AED es el único modo de estudiar y enfocar el Derecho; mientras Calabresi ha defendido que es un modo más de estudiarlo.

Además de ello, otra de las distinciones entre estas dos escuelas es la defensa de teorías económicas algo diferenciadas; de hecho, Calabresi se sitúa en la tradición de Pigou, y por ello, admite cierta intervención estatal, que está totalmente rechazada en los argumentos de Posner.

En este capítulo, Mercado plantea una panorámica general del AED. Y a mi juicio, propone dos cuestiones, que comparto totalmente:

- a) el AED no es un movimiento que pretenda estudios interdisciplinarios del Derecho, sino más bien la hegemonía de la economía sobre todas las ciencias sociales.
- b) la definición de la eficiencia como criterio de justificación del sistema, que Mercado califica de posición utilitarista. Precisamente porque llega a utilizar este calificativo (p. 55), a mi jui-

cio, hubiera completado esta panorámica una referencia a la obra de Bentham y Smith, como pilares de toda la construcción teórica que sostiene al AED.

- II. *En el segundo capítulo, Mercado analiza el fenómeno imperialista en la ciencia económica. Fundamentalmente constata la extensión de la economía como ciencia prioritaria de la sociedad, con las consecuencias que de ello se derivan.*

El proceso de la hegemonía económica, se desarrolla de modo paralelo al del AED. Pero se utilizan fundamentalmente las referencias de Posner para justificar el auge y desarrollo del movimiento. Sin embargo, aún siendo Posner el más radical de los defensores del AED, quizá no es único su enfoque histórico. De hecho, Mercado utiliza la definición que Posner ofrece del AED, y sus referencias a las fuentes del mismo, lo que identifica plenamente AED y Posner. Si bien, posteriormente, introduce algunos matices, que comparto plenamente, respecto a dos cuestiones:

- a) la falta de referencias al análisis marxista del Derecho; y a la influencia del institucionalismo, que delimita todo el denominado realismo americano (p. 70).
- b) las diferencias que Posner propone entre el antiguo y el nuevo AED, marcando una continuidad en lo que él entiende como relaciones entre Derecho y economía. Esta continuidad es criticada rigurosamente por Mercado, entendiendo el AED como una nueva metodología, con una fecha de nacimiento bien determinada (p. 72).

En este sentido, el *íter* elaborado por Mercado es muy esclarecedor, y dibuja un panorama clarísimo de lo que significa el AED. La articulación de los argumentos de Becker (aunque ya he señalado que en mi opinión deberían ser previos al estudio descriptivo del AED), derivan en una conclusión que es la mejor de las críticas al AED y a su fundamentación: la extensión de la economía a toda la realidad social hace que el objeto de la economía se universalice, convirtiendo a aquélla en una ciencia sin objeto, de manera que «lo que caracteriza a la economía no es su objeto de conocimiento sino su modo de operar analíticamente» (p. 79), y consecuentemente «la condición de posibilidad del imperialismo económico, y por tanto, del AED es la implantación del modelo de *homo oeconomicus* como figura con carácter universal, o lo que es lo mismo, la *reducción de la acción del hombre a un motivo exclusivamente económico*» (p. 90).

Las referencias a la ficción del *homo oeconomicus* tienen su origen en el nacimiento de la ideología moderna, que según Mercado, justifica la transformación de las sociedades premodernas —en las que

prevalece el principio económico de autosuficiencia— a las sociedades modernas —en las que prevalece el principio económico de acumulación de riquezas— como un fenómeno natural. Lo cierto es que más que justificar el proceso «naturalmente», el cambio se produce en un contexto histórico muy concreto. La pretensión era terminar con los esquemas del sistema feudal, y establecer un sistema de igualdad. Pero ese cambio no podía ser fortuito y radical. Seguramente por ello, se sustituye el poder de la autoridad feudal por la intervención de «una mano invisible», que no se sabe muy bien de qué modo, «organiza» la distribución de bienes en la sociedad.

Precisamente por ello, entiendo que hubiera sido necesario en este capítulo una referencia a la obra de Bentham y de Smith, que al fin y al cabo, hacen de pilares para estructurar una propuesta que se desarrollará hasta nuestros días, acumulando progresivamente protagonismo.

«En nombre de la ciencia se ha de renunciar a hablar de la realidad de la conducta de los individuos, la economía sólo habla de una ficción» (p. 123). Está servido el reduccionismo del AED. Y en este sentido, los argumentos de Mercado en este capítulo son brillantes. La conclusión de que la teoría económica no explica la realidad (p. 121) es la crítica más acertada a Posner, en su intento de presentar sus postulados como el colmo del rigor científico, reforzándolos incluso con argumentos metajurídicos.

Este capítulo es a mi juicio mucho más enriquecedor que el anterior. En primer lugar porque no se trata sólo de una descripción —como se ha hecho en el capítulo anterior— sino de un intento de iniciar una reconstrucción, que difícilmente tiene soporte en la realidad social; y en segundo lugar, porque Mercado elabora una crítica que desmenuza cada uno de los elementos de la hegemonía económica, y que habría que calificar de rigurosa.

III. *El tercer capítulo completa el estudio de los presupuestos económicos de la teoría económica del Derecho, que se utiliza como presupuesto del AED. Según Mercado, la extensión de la economía a todos los ámbitos de la conducta humana, va unida a otro fenómeno importante: «la toma en consideración de los procesos de toma de decisiones y de las instituciones jurídicas y políticas como variables a tener en cuenta en todo análisis económico» (p. 127).*

En esta línea, uno de los puntos de arranque a estudiar es el de las externalidades, que sirven de puerta para analizar las consecuencias económicas de las regulaciones jurídicas.

Concretamente, y por relación al Derecho, las dos cuestiones cruciales serán:

- a) los límites entre externalidades relevantes e irrelevantes, que servirán para señalar la distinción entre actividades lícitas e ilícitas.

- b) los remedios institucionales para internalizar las externalidades, es decir, cuáles serán los mecanismos más idóneos de defensa de derechos subjetivos sobre recursos escasos.

Es precisamente en el tratamiento de las externalidades donde se muestran de modo claro las dos posiciones del análisis económico del Derecho, que parten respectivamente de aceptar los argumentos de Pigou, o de apoyar incondicionalmente a Coase.

Pigou entiende que el mercado es ineficiente en la asignación de los recursos, y por tanto es necesaria la intervención estatal. Afirma que el Estado sería la instancia externa que podría exigir un pago o compensación para internalizar las externalidades. Sin embargo, Coase entiende que las externalidades no son un problema de mercado, sino una cuestión a resolver por las partes, lo que implica que el Estado carecería de competencia para la intervención.

Además de esta diferencia, hay que señalar que Pigou parte de una visión que Mercado califica de «optimista», al señalar que el Estado no provoca costes de transacción; mientras que Coase llega a defender que no es el mercado el que falla y produce esos costes, sino la estructura institucional estatal (p. 142).

Esta perspectiva distinta es la que marcará la pauta en muchos puntos para distinguir entre la escuela radical del AED, y la escuela liberal-reformista. A pesar de las divergencias respecto al papel del Estado, hay que decir que tanto en un caso como en otro, y por lo que al Derecho se refiere, centran todo el estudio en el Derecho Privado; y de hecho, son las instituciones de Derecho Privado las que hacen viable el sistema: la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil. El sistema jurídico se convierte así en un meta-mercado institucional «con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica» (p. 148).

De esta manera, la cuestión no está en la protección de los derechos de los sujetos, sino en qué derechos hay que proteger y cuales no. Consecuentemente, el objeto de la decisión jurídica es la elección, «la decisión sobre qué derechos privilegiar» (p. 156).

El proceso por tanto, ha derivado desde las externalidades hasta la consideración de todo el Derecho en Derecho Privado, para terminar definiendo económicamente todos los derechos subjetivos. De esta manera, Mercado concluye magistralmente que las normas jurídico-privadas se convierten en normas constitucionales, y definen los principios de actuación del Derecho Público (p. 147).

IV. *Los tres últimos capítulos están destinados a estudiar los presupuestos y condiciones de la cultura jurídica americana que hacen posible la incorporación del AED en el contexto del Derecho anglosajón.*

Si en los anteriores capítulos, Mercado ha descrito, argumentado, y criticado (dejando claras las insuficiencias del AED para explicar toda la

realidad social), en estos tres capítulos parece cambiar de planteamiento. Quizá es una apreciación subjetiva, pero da la impresión de que en un intento de buscar el marco cultural en el que nace, se desarrolla y estructura el AED, Mercado intenta también *justificar* el AED.

Con independencia de que ello sea o no criticable, puede resultar contradictorio con la posición de los capítulos anteriores. En los que lejos de justificar, ha dejado clara constancia de las deficiencias del movimiento.

Podría entenderse que los tres últimos capítulos buscan la reconstrucción teórica que se pretendía desde el inicio, pero en cualquier caso, resulta diferente —al menos, esa ha sido mi lectura— la posición del autor en estos capítulos.

Con todo, la exposición y propuesta de esos parámetros del AED es brillante y sistemática. Y sobre todo, da razón de lo que ha sido un movimiento que lejos de centrar su influencia en el ámbito anglosajón, se ha introducido en el Derecho continental, por la vía de los hechos, como una posible solución a problemas jurídicos concretos.

La reconstrucción de Mercado se inicia con un repaso a la recepción del AED en Europa: «la integración del AED en el trabajo del jurista europeo sería un síntoma de apertura a la realidad social, y a las consecuencias económicas de las normas jurídicas» (p. 170). Efectivamente, la incorporación de otras ciencias sociales al estudio del Derecho sería un fenómeno aplaudible, porque facilitaría la adecuación entre derecho y realidad social. Pero el problema —como se ha visto— es que el AED no pretende un estudio plural de las relaciones entre el Derecho y la economía, sino más bien un estudio exclusivamente económico del Derecho. Muestra de ello es el argumento de Polinsky sobre la primacía de la justicia o de la eficiencia en la calificación de las normas jurídicas, entendiéndolo que la segunda confirmará la primera: si la norma es eficiente, será justa. El argumento recuerda la falacia de la mano invisible, agravado por el hecho de situar la discusión en un entorno en el que se recurre a la economía como la mejor muestra de rigor científico.

Una vez más, los argumentos no suelen ser blancos o negros. Sin embargo, en este caso, es diferente afirmar la necesidad de considerar los efectos económicos de las normas jurídicas, de optar por el imperio de la economía en el ámbito jurídico, perdiendo sus presupuestos específicos.

Quizá lo discutible es si tanto la economía como el derecho pueden pretenderse con un carácter autónomo. Diría que es necesaria la relación entre ambos ordenes normativos, pero la relación difiere de la confusión y de la identificación, como pretende explícita o implícitamente el AED.

Dicha relación no implica la defensa del formalismo, que es el objeto central de crítica tanto en el AED como en el movimiento de **Critical legal studies**, (CLS), al que también Mercado presta atención.

La incorporación de otras ciencias sociales al estudio del Derecho es ciertamente una necesidad. Máxime cuando los planteamientos formalistas han perdido su apoyo, por no respetar la realidad social. Pero en la línea de los argumentos anteriores, la referencia a otras ciencias sociales no se interpreta en términos de totalidad. Lo que se pretende es un estudio interdisciplinar, que es precisamente el que margina el AED por la vía de la *praxis*.

En el contexto americano, y tal como Mercado explica acertadamente, no se puede omitir que la autonomía del Derecho ha sido el tema central de estudio en este siglo. La crítica realista al formalismo, propone un estudio detenido, y una propuesta detallada de la función del derecho en la sociedad.

Los argumentos posteriores en favor del consenso político, marginaron parcialmente las propuestas realistas, y como sugiere Mercado el derecho se consideró autónomo, no por la naturaleza propia del objeto de estudio, sino por su propia funcionalidad como técnica social (p. 194). Surgió así la denominada escuela del proceso legal, en un intento de combinar realismo y formalismo, a través del criterio del «interés público». Con ello se confirma la autonomía del derecho, que aún entendiendo necesaria la referencia a las demás ciencias sociales, no las incorpora a su análisis.

Es por ello que Mercado justifica la aparición del AED como una teoría renovadora del discurso jurídico. «La situación política de finales de los sesenta y del inicio de los setenta, marcada por el movimiento de los derechos civiles, el conflicto racial, los movimientos de protesta del sesenta y ocho y la guerra del Vietnam, no eran el escenario más propicio para que una visión del Derecho como técnica neutral y benévola pudiera seguir sobreviniendo» (p. 202).

Efectivamente, AED y CLS se presentan como alternativas a la crisis en la que el Derecho claramente se encuentra.

Sin embargo, este proceso que Mercado analiza magistralmente, tiene un elemento importante, y es que la autonomía del Derecho queda sustituida por la autonomía de la economía. Leyendo el proceso americano —que Mercado describe en las pp. 204 y ss.—, se asume que el AED ofrece una alternativa al problema planteado en el ámbito jurídico. Sin embargo, en mi opinión, el AED lo que potencia es el cambio de una hegemonía por otra. Más aún, resulta contradictorio en el argumento de Mercado, su propia afirmación de que Posner no trata de destruir la visión doctrinal del Derecho, sino completarla (p. 207). Pero en la práctica, no hay un intento de integración sino de sustitución, que termina poniendo en primer lugar a la eficiencia, sobre la justicia, como finalidad de todo sistema jurídico. Y en esa línea, Mercado llega a decir que «el AED aporta un análisis sistemático y global de la estructura del sistema jurídico americano» (p. 208).

Sin embargo, los calificativos de «global» y «sistemático» son en mi opinión, poco acordes con la realidad. Máxime cuando ha quedado

clara constancia de que el AED propone una visión reducida de la conducta humana, al interpretarla siempre desde la racionalidad económica.

La sistemática y la visión *overall* no son precisamente las características del AED. Al menos, esa opinión ha sido también avalada por Mercado en otros apartados de su trabajo.

Para remarcar este intento de justificar el AED, que me parece desproporcionado, Mercado llega a afirmar, haciendo un resumen de lo que significa el movimiento: «El AED es la “promesa feliz” de una teoría del derecho y de la justicia, “realista” en su adaptación al mundo de la escasez, “científica” en la descripción del derecho, “segura” en la justificación de las decisiones judiciales apelando a un criterio “técnico y neutral” como la eficiencia económica» (p. 210). Obviamente, no se pueden sacar estas referencias de su contexto, y por ello entiendo que estas afirmaciones están moderadas por la crítica que en la primera parte Mercado propone a los presupuestos del AED.

Las características más significativas de esa «promesa» son las que se analizan en los dos últimos capítulos del libro.

Como nueva forma de retórica legal, el AED es apoyado en primer lugar, desde el constructivismo de Ackerman. Este autor proponía buscar un fundamento de hecho para reconstruir la teoría legal, de modo acorde con el Estado intervencionista. Eso sólo será posible, a su juicio, con el AED. Y más allá del AED, los presupuestos de la teoría de la justicia que se utilizarán serán los de la obra de Rawls.

Sin entrar a debatir las paradojas de la obra de Rawls, y el hecho de que haya sido utilizado tanto en los argumentos capitalistas como en los socialistas, en mi opinión, la moderación de Ackerman respecto a Posner no se debe al lugar que atribuye a la economía, sino más bien a la aceptación de la intervención del Estado. Utilizando los argumentos de Coase, Ackerman entiende que el problema jurídico relevante es «determinar quién debe ser responsable de minimizar los costes asociados al conflicto entre los diversos usos de los recursos» (p. 218). De esta manera, Ackerman propone un enfoque estructural y sistemático, de modo que los conflictos se resuelvan en el contexto de las relaciones estructurales que dan lugar a que ese conflicto exista.

Sin embargo, este razonamiento pone en tela de juicio la definición de lo que sea jurídicamente la responsabilidad. Aunque Mercado no entra en este momento a analizar dicho concepto, lo cierto es que el constructivismo terminaría asumiendo la responsabilidad objetiva, para suplantarla a la responsabilidad por culpa, que sería difícilmente justificable en su planteamiento estructural. Aunque en algunos sectores del ordenamiento jurídico, la primacía de la responsabilidad objetiva podría ser una solución, lo cierto es que, a mi juicio, esa sustitución no es extensible a todo el derecho. Más aún, pienso que la interpretación de la responsabilidad es uno de los puntos más criticables al AED, y probablemente una de las razones que me han movido a no aceptar como válida una propuesta jurídica que prescinde de la referencia a la finalidad de la acción, y derivadamente al sentido de la justicia.

Con ello, no discuto los argumentos descriptivos de Ackerman, que Mercado propone en este apartado. Entiendo que en el contexto global del libro, no es asumido este enfoque estructural. Pero aún así, me parece que el argumento de Ackerman no es sólo criticable por su propuesta estructural, sino fundamentalmente por su punto de partida: haciendo suyos los planteamientos de Coase, Ackerman entiende que la función del sistema jurídico es la asignación eficiente de los recursos. En mi opinión, esa sería solamente una de las múltiples funciones que, en su caso y dando por hecho los presupuestos netamente capitalistas, habría que atribuir al Derecho.

Las consecuencias en la decisión judicial, avalan la crítica que ya se ha hecho. De acuerdo con Ackerman, el AED rompe la bilateralidad tradicional del Derecho (las partes en conflicto, y el juez), para fijar como objetivo del juicio la alternativa jurídica que maximice el bienestar o la riqueza de todos los que participan en el conflicto. En este sentido entiende Mercado que el AED reformula la finalidad del sistema jurídico, lo que significa que las externalidades, y la función judicial son consecuencias de dicha reformulación (p. 223).

La aplicación de la racionalidad económica a la teoría del Derecho lleva consigo una propuesta que Mercado denomina «conductista», y que margina la finalidad propia del operador del Derecho. Mientras el economista busca un «modelo», el jurista pretende una solución *ad hoc*. Esta afirmación de Mercado confirma su posición crítica, que comparto plenamente.

Según los argumentos del AED, «la fuerza normativa de una norma jurídica proviene de que traduzca la decisión eficiente, ya que si no es así, las partes negociarían el acuerdo que maximice sus intereses de la forma más óptima» (p. 254). Esto significa que los destinatarios de la norma pasan a ser los creadores del derecho.

De esta manera, según Mercado, el sistema jurídico tiene una función meramente instrumental; y el sistema jurídico deja de ser un conjunto de obligaciones y prohibiciones provistas de sanción, para pasar a ser un sistema de incentivos de determinados cursos de acción: de la teoría imperativa se pasa a la incitativa.

Así, el AED concibe el derecho como una teoría de la acción, aunque habría que especificar que se trata de una acción concreta y determinada: aquélla que produce unos efectos económicos, y que en todo caso se justifica y fundamenta en los elementos que definen la racionalidad económica.

El proyecto del AED es transformar la teoría jurídica, adaptando nuevos instrumentos y medios que respondan a las necesidades sociales, y que se justifiquen sobre los nuevos valores de la sociedad: obviamente, en esta línea de argumentación, el nuevo valor social por excelencia es la eficiencia económica (p. 273).

Habría que recordar, sin embargo, que la eficiencia económica no es propiamente un nuevo valor social. Más bien habría que entenderlo

como un calificativo para mantener los argumentos capitalistas, aunque probablemente reformulados.

Aunque Mercado señala que «el AED relegitima el discurso jurídico mediante su adaptación a la realidad de las sociedades contemporáneas» (p. 274), sería necesario definir los términos de la legitimación; y sobre todo, de qué sociedades contemporáneas estamos hablando. Ello porque el AED no es solamente una teoría del Derecho, o si se quiere, una alternativa, o una redefinición, sino que sobre todo es un reflejo de una ideología y de un modo muy concreto de definir al individuo y a la sociedad.

El «rigor» pretendido en el contexto del AED no ha sido respetuoso con la realidad, porque ha ofrecido una visión parcial no sólo del Derecho, sino del propio comportamiento humano. Por ese motivo, se puede entender que haya suscitado numerosas críticas no sólo en el ámbito jurídico que nació, sino también en el área continental. Quizá en ésta, con más motivos.

Con todo, resulta aplaudible la calificación de Mercado, al denominar al AED, el *NUEVO DOGMATISMO*, que «nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social» (p. 284). Por eso, el AED no sólo no explica la realidad, sino que la reduce; y en definitiva sustituye el formalismo jurídico por el económico, desdibujando toda la realidad social.

IV. *Hasta aquí, el contenido y los argumentos del libro de Mercado. En muchos de los temas que se han ido tratando, es difícil diferenciar cuándo el autor describe la teoría del AED, y cuándo utiliza sus argumentos.*

El intento de reconstrucción teórica del AED está conseguido, y habría que decir que el libro de Mercado es una buenísima aportación al estudio del AED. Efectivamente, el movimiento es estudiado *desde dentro*, con referencias bibliográficas y documentales interesantísimas.

Sin embargo, esa reconstrucción teórica, a mi juicio exige una sistemática crítica. Aunque en la introducción el autor afirma que antes de valorar críticamente el AED, hay que estudiarlo desde dentro, quizá hubiera completado el trabajo una versión crítica. «Lo que aquí se propone es un intento de reconstrucción histórica desde su propio contexto teórico y cultural de cuáles son las condiciones de posibilidad de nacimiento, desarrollo e institucionalización del AED, desde el convencimiento de que sólo después de realizar ese estudio podríamos estar en condiciones de responder a esas preguntas perentorias» (p. 22).

El estudio está logrado con creces. Sin embargo, el AED engendra consecuencias importantes en la propia definición del Derecho que no

se mencionan en el libro. En este sentido, haría referencia a varias cuestiones que quizá pueden suscitar el debate.

En primer lugar, hay dos cuestiones que seguramente son metodológicas, pero que entiendo importantes:

- a) precisamente porque se trata de estudiar el AED «desde dentro», en mi opinión, se da una identificación (que el propio autor descarta al inicio del texto) entre AED y argumentación de Posner. Aunque en el libro se mencionan con frecuencia las aportaciones de la escuela de Yale, y de los neoinstitucionalistas, quizá algunos de los argumentos que se han presentado como propios del AED, lo son fundamentalmente de la escuela de Chicago. Y en ese sentido, pienso que incorporar los argumentos de otros autores, también de modo sistemático, hubiera dado una visión mucho más completa de todo lo que implica el AED.
- b) como muy bien señala el autor, el AED surge en un momento histórico muy concreto; y lejos de las pretensiones de Posner, el AED no es la continuidad en un estudio de las relaciones entre derecho y economía. Aun compartiendo este planteamiento, las propuestas del AED —en cuanto a fundamentación, e interpretación de la conducta humana, y de la racionalidad económica— no son originales. En mi opinión, se están utilizando argumentos que remiten a la interpretación de Bentham de la conducta humana; y a la interpretación de Smith acerca del fenómeno económico. Obviamente, no se trata de exigir un tratado, estudiando en profundidad a estos dos autores, pero entiendo que un estudio del AED reclama al menos una mínima referencia a sus postulados.

En segundo lugar, los argumentos del AED cuestionan problemas que afectan directamente a la definición del derecho, y a cuestiones puntuales que entiendo importante considerar.

- a) la propuesta del AED no es solamente —al menos, así lo entiendo— una alternativa de legitimación a un sistema jurídico que está en crisis. Me parece que se pretende una justificación del sistema jurídico desde una óptica muy concreta: la del sistema capitalista. Aceptar éste como una vía de legitimación me parece un reduccionismo importante. Sobre todo, porque la racionalidad económica a la que posteriormente se hace referencia no es sino la consecuencia inmediata de apoyarse en un sistema que no respeta al individuo, ni sus derechos más básicos.
- b) consecuencia de ello, es que todo el AED toma como punto de partida «las necesidades» del individuo, entendiéndolas en términos económicos. Consecuentemente sólo participan en esa dinámica aquellos individuos que puedan reclamar unas

necesidades; y que por tanto estén integrados en el juego productivo. Pero queda por resolver cómo se considera a los sujetos que por sus circunstancias personales, o estrictamente económicas no entran en ese juego productivo, y por tanto no participan en el sistema.

Me refiero a la insuficiencia del AED para resolver el problema de la marginación, que Ballesteros define como el tratamiento de ausente a la persona que está realmente presente.

Tanto en los supuestos de automarginación como en los de heteromarginación se nos ofrece una panorámica de miembros de la sociedad que no participan de ese juego productivo, y que por tanto carecen de la posibilidad de tener o reclamar unas necesidades. En este sentido, queda mucho más que en duda la legitimidad del AED, confirmando así su parcialidad, y por tanto su incapacidad para dar una respuesta a la crisis del derecho.

- c) por último, tal y como ha sido planteado el AED, se da por hecho que toda sociedad contemporánea necesariamente está formada por individuos que obedecen al paradigma del *homo oeconomicus*. Aceptarlo así no es sino cerrar los ojos a la realidad social, especialmente en las últimas décadas.

La maximización de la propia riqueza, y la búsqueda del propio beneficio pueden haber servido a la economía para racionalizar las conductas, y explicar los términos de la lógica económica. Pero ello no quiere decir de modo inmediato que todos los comportamientos humanos obedezcan a esa lógica.

Pretenderlo es negar por ejemplo la evidencia de la función llevada a cabo por los movimientos sociales, que no precisamente han potenciado la búsqueda de la maximización de la riqueza. Piénsese en las consecuencias de los movimientos ecologistas, o de los pacifistas, o de los feministas, o de un modo más reciente, recuérdese el nacimiento de movimientos en contra del racismo y de la xenofobia. Todo este despliegue de actividad en favor de «recursos» y de bienes que habían quedado marginados, no es sino la confirmación de que el propio punto de partida del AED es discutible, y en la praxis social, inadmisibles.

- d) por último, hay dos cuestiones puntuales, que entiendo también importantes, e incluso prioritarias. Me refiero a la función que el AED atribuye al Derecho penal; y a la definición de la justicia.

Respecto al primero de los temas, la sustitución de la responsabilidad por culpa en el ámbito penal, lleva consigo importantes consecuencias al definir las penas y las sanciones. Baste pensar que los argumentos del AED han potenciado la incorporación de la pena de muerte en algunos Estados americanos, entendiéndose que resulta más eficiente esa medida que el mantenimiento de tantos establecimientos penitenciarios. Aunque en el Derecho civil pudiera aceptarse el argu-

mento del AED como un recurso para resolver algunos problemas, no sucede lo mismo en el marco penal.

Por lo que se refiere a la justicia como objetivo prioritario del sistema jurídico, queda en un lugar secundario, al ofertar el criterio de la eficiencia, como razón de la obligatoriedad de la norma jurídica. Resulta difícil, y en todo caso, muy simple, el argumento de Polinsky, afirmando que la norma eficiente, necesariamente será justa. Analizando sólo la norma que justifica la pena de muerte, el argumento se desvanece. Y en todo caso, asumir la eficiencia como criterio prioritario del sistema no es sino prescindir de las necesidades y de los reclamos de la sociedad actual, tal y como se ha mencionado al plantear la función de los movimientos sociales.

V. *Por último me resta felicitar al Prof. Mercado Pacheco, por el rigor de su trabajo, así como por la claridad y sistemática, que facilitan la comprensión e interpretación de un tema no agotado en el marco de la Filosofía del Derecho.*

En mi opinión, el libro es una importante aportación al estudio del AED, todavía incipiente en las Facultades de Derecho de nuestro país.

Aunque difiera en algún momento de la metodología utilizada, o entienda algunas observaciones, comparto esencialmente el argumento de Pedro Mercado sobre el tema. Y espero que esta obra facilite la difusión del AED en nuestra área.

Respuesta a la profesora Paloma Durán

Por PEDRO MERCADO PACHECO

Granada

Cuando uno se dedica durante un buen período de tiempo a la elaboración de un trabajo, no puede por menos que mostrar su agradecimiento a quienes tienen la deferencia de interesarse por dicho trabajo y de leer y criticar lo que uno ha escrito. Y mi agradecimiento es doble, en primer lugar, al profesor Gil Cremades por haber sugerido la posibilidad de realizar un debate a propósito de mi libro *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica* y, en segundo lugar, a la profesora Paloma Durán por haber aceptado dicha tarea y por llevarla a cabo concienzudamente como corresponde a una de las personas que mejor conoce en nuestro país la corriente del «análisis económico del derecho» (AED).

Mi respuesta a la profesora Paloma Durán no ha sido tarea fácil porque, como ella misma reconoce, se hace difícil criticar o responder a una crítica cuando se comparte la misma posición de fondo respecto al AED. No obstante, existen una serie de cuestiones planteadas por Paloma Durán que ponen de manifiesto que nuestra visión del AED, de sus límites y de su significado en el actual panorama de la cultura jurídica, pese a confluir en muchos aspectos no es idéntica, lo cual no deja de ser saludable desde el punto de vista intelectual, y sobre las que habría que detenerse en estas páginas.

Las consideraciones que realiza la profesora Durán en su comentario a mi trabajo y a las que intentaré responder, aclarar y profundizar en su debate las encuadra en dos tipos de cuestiones. Unas, en el ámbito metodológico, se refieren a la propia historia y características internas del AED; las segundas, y desde mi punto de vista más cruciales, están relacionadas con la definición del derecho que emerge de las te-

sis del AED y al significado de este movimiento en el contexto de la teoría jurídica contemporánea.

I.— Entre las primeras, y al hilo de un comentario sobre la historia del AED, la profesora Durán entiende que dicha historia debería comenzar con los trabajos de Becker sobre la discriminación como punto de partida de la extensión del análisis económico a realidades no explícitamente económicas, más que con el trabajo de Coase sobre el coste social. Al respecto, habría que decir que en este caso no se trata de una cuestión cronológica, sino de trabajos que hacen frente a problemas diferentes y que tienen una trascendencia para el AED también diferente.

Los trabajos de Becker son un presupuesto fundamental para el nacimiento y el desarrollo del AED desde el punto de vista cognoscitivo y metodológico, o por decirlo de una forma más clara, la aportación de Becker se sitúa en el terreno de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica. Los estudios de Becker sobre el enfoque económico del comportamiento humano rompen la frontera epistemológica de la ciencia económica, la ciencia económica se convierte en una ciencia sin objeto, lo económico se universaliza al extender el modelo de racionalidad económica a todos los comportamientos humanos, constituyéndose en este sentido en presupuesto fundamental para el nacimiento del AED. Y es en el marco de una ciencia económica que se autoproclama teoría general de la sociedad, invadiendo ámbitos hasta entonces ajenos a su propio discurso, en el que se hace posible de una manera casi automática la extensión de las técnicas y categorías económicas a la explicación del sistema jurídico, tal y como hacen Posner y sus seguidores.

El trabajo de Coase sobre el coste social se sitúa en otro ámbito distinto, no en el de las relaciones epistemológicas entre «ciencia» jurídica y «ciencia» económica, sino en el terreno de las relaciones entre esfera económica y esfera jurídica, entre economía y derecho, reformulando la función económica del derecho en la asignación eficiente de los recursos. La reformulación del problema de la externalidad, tal y como la lleva a cabo Coase, se inscribe en los desarrollos de la teoría económica que ponen un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se enmarca todo problema económico, constituye una puesta al día de la teoría económica neoclásica para hacer entrar en ella los problemas que la intervención estatal en la economía habían puesto de manifiesto durante la experiencia del Estado del Bienestar. En particular, la importancia concedida por Coase a la delimitación de los derechos sobre los recursos y a los costes de transacción como determinantes a la hora de resolver el problema de la externalidad, nos aportan una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico, entre derecho y economía. Una clave interpretativa que parte del reconocimiento de la *función consti-*

tutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico, es decir, de la función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía. Además, plantear el problema de los costes de transacción, como obstáculos institucionales que impiden la solución negociada y eficiente del conflicto transforma la visión de discurso jurídico convencional en tanto que subraya la existencia de costes en la actuación de la maquinaria jurídica, es decir, supone introducir en el ámbito del pensamiento jurídico el problema del coste del derecho y la relación directa entre las estructuras de derechos sobre los recursos y la asignación eficiente de los recursos de una sociedad. En este sentido, el trabajo de Coase representa, desde mi punto de vista, el pilar constitutivo del AED; si hay algo novedoso en el AED es esa reformulación de la función económica del derecho, ese es el punto de partida de todos los trabajos del AED sea cual sea la corriente en que se inscriban, desde los posnerianos ortodoxos a los planteamientos más moderados de Calabresi o los desarrollos de la tendencia neoinstitucionalista, algo que, por el contrario, no cabe decir de la concepción de lo económico que resulta de las aportaciones de Becker que siendo el pilar metodológico y epistemológico de los desarrollos de la corriente más ligada a la ortodoxia de la Escuela de Chicago, no se encuentran presentes en la misma medida en los análisis de la corriente liberal-reformista o en la neoinstitucionalista.

II.— En segundo lugar, la profesora Durán entiende que, aunque compartiendo conmigo que el AED surge en un momento histórico muy concreto y que no se inscribe en una tradición centenaria de estudio de las relaciones entre economía y derecho, tal y como pretende Posner, el modelo de racionalidad económica subyacente no es nada original y que, fundamentalmente, repite los argumentos de Bentham sobre la interpretación de la conducta humana y a la interpretación de Smith acerca del fenómeno económico, lo que hubiera hecho necesario una profundización en el pensamiento de estos dos autores. No tengo nada que objetar a dicha sugerencia, sin embargo, el objetivo que me propuse al intentar reconstruir los presupuestos del AED ha sido intentar mostrar no sólo la «no originalidad» del planteamiento del AED en este tema, sino también el reduccionismo en la explicación económica de la realidad jurídica al que aboca asumir el *homo oeconomicus* como modelo de racionalidad. El problema del reduccionismo reside en el nivel de las premisas de la teoría. Por ello era necesario ahondar en el fundamento de ese modelo de racionalidad encarnado en la figura del *homo oeconomicus*, porque sólo después de demostrar su origen, su formación y generalización como criterio de racionalidad podíamos comprender el significado de ese reduccionismo. Para hacerlo, bien es verdad, podría haber insistido en la referencia en profundidad

a A. Smith y Bentham, pero creo que era necesario y más útil ilustrar el proceso histórico general de constitución de la racionalidad económica como hecho natural y universal de todo comportamiento humano, desde los inicios de la edad moderna con el proceso de rehabilitación de las pasiones y la constitución de lo económico en un ámbito autónomo, separado de la moral y de la política —en el que la aportación de Smith es fundamental—, hasta su formalización y generalización en la economía neoclásica —en la que la influencia del utilitarismo de Bentham es generalmente indiscutida—.

Sin embargo, y para no dejar zanjada la cuestión respecto a las relaciones entre el AED y Bentham, me gustaría profundizar en un tema, el de las relaciones entre AED y utilitarismo, que en mi trabajo estaba ligeramente apuntado y del que me he ocupado en un trabajo posterior¹ que quizás aclare y supla la deficiencia a la que hacía referencia la profesora Durán.

El AED, desde sus inicios, ha sido considerado como una más de las manifestaciones de la filosofía utilitarista en el ámbito de la teoría del derecho. En efecto, ésta es la opinión tanto de autores como Hart² o Dworkin³ que adoptan una perspectiva crítica y distanciada del AED, como de la mayoría de los autores europeos que se han acercado a una valoración de conjunto de dicho movimiento⁴. Sin embargo, la nitidez de la identificación del AED con la filosofía utilitarista empieza a emborronarse y a hacerse problemática cuando Posner renuncia explícitamente en varios de sus trabajos a la etiqueta de utilitarista para el AED. Su objetivo es demostrar que la eficiencia económica entendida como maximización de la riqueza es una base más firme sobre la que construir una teoría normativa del derecho que el principio de utilidad en la formulación de Bentham. Sin embargo, detrás de esa operación de distanciamiento se esconde, como intento poner de manifiesto en el trabajo antes citado, una visión utilitarista aún más estrecha y reducida. En efecto, no contento con reducir, como hace el utilitarismo, las instituciones y reglas jurídicas a su valor instrumental en relación a ciertos fines, Posner reduce el orden de los fines a la riqueza. La riqueza, considerada habitualmente como un medio para conseguir fines, se convierte en el fin mismo de todo proceso de maximización.

1. Vid. MERCADO PACHECO, P., «Análisis económico del Derecho y utilitarismo. Concordancias y divergencias», *TELOS. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. III, Núm. 2, diciembre 1994, pp. 99-123.

2. Vid. HART, H.L., «American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), núm. 5, p. 987.

3. «La parte normativa de la teoría de Bentham ha sido muy depurada mediante el uso del análisis económico del derecho en la teoría jurídica», vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 34.

4. Vid. REBUFFA, G., «El análisis económico del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1989, p. 176; vid. también la propia postura de DURÁN LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y TORRES LÓPEZ, J., *El Análisis económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.

A pesar de los intentos de Posner por desmarcarse del utilitarismo de Bentham, el AED, y en esto coincido con la profesora Paloma Durán, tiene un marcado carácter utilitarista que se manifiesta en una teoría de la acción humana común sobre la base de la conducta calculadora y autointeresada, una teoría ética y jurídica consecuencialista y una visión instrumentalista del ordenamiento jurídico ⁵.

No obstante, y pese a ese fundamento común, la teoría del derecho sostenida por Bentham y por el AED divergen fundamentalmente en dos aspectos que nada tienen que ver con las diferencias que Posner trataba de establecer entre principio de utilidad y principio de maximización de la riqueza, sino que afectan directamente a la concepción del derecho que ambas teorías sostienen:

- a) En primer lugar, respecto a la *función del derecho*, Bentham concibe el derecho como algo más que un mecanismo para encauzar la conducta de los individuos hacia la maximización de la felicidad o utilidad, el derecho es también un instrumento de educación de los hombres ⁶. Bentham reconoce que existen dos maneras de influir en los comportamientos, de una parte, como lo hace el «ingeniero social» que trata de «determinar lo que haremos», de otra como lo hace el «educador» que trata de «mostrar lo que debemos hacer» ⁷. Bentham parece admitir la idea de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y contradictorios de los individuos ⁸. El detentador de esta racionalidad que tiene por nombre la utilidad es el legislador que debe enseñar a los hombres el deber que les corresponde con el interés superior de la comunidad.

Por el contrario, en la concepción del AED el derecho pierde toda función educativa, o de realización de una moral o de un consenso sobre valores y se reduce a una función puramente instrumental. Para ser más explícitos, el AED niega la posibilidad de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y conflictivos de los individuos que pudiera ser expresada y realizada a través de las normas jurídicas. El significado de una norma jurídica que reprime una acción del individuo mediante el establecimiento de una sanción no es el de comuni-

5. Estas características del AED hacen de él, creo, una manifestación de la filosofía utilitarista en el ámbito de la teoría del derecho contemporánea. Y desde esta perspectiva, tanto las críticas que se han dirigido contra el utilitarismo por su carácter consecuencialista, por defender una moral del resultado, como las dirigidas al utilitarismo por su carácter instrumental, o porque es incompatible con la idea de justicia, o con una teoría de los derechos morales, son igualmente aplicables al AED.

6. Sobre esta función educativa *vid.* ESCAMILLA, M., *Jeremy Bentham: Racionalidad del mercado, moral y derecho*. (Tesis doctoral inédita).

7. *Vid.* BENTHAM, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, edic. a cargo de J. Burns y H.L.A. Hart, University of London, 1970, p. 11.

8. *Vid.* ROSEMBLUM, N., *Bentham's Theory of the Modern State*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1978, pp. 2, 4, 5 y 151.

car al potencial infractor aquello que la sociedad considera contrario a sus valores como si fuese un acto de comunicación de los valores socialmente vigentes. Para el AED para remediar ese acto considerado como reprimible por la sociedad basta aumentar su coste sin necesidad de tacharlo mediante la promulgación de principios acompañados de sanciones. En tanto que el AED, admite que el individuo tiene una serie de preferencias fijas, no puede reconocer al derecho una función educativa dirigida a instaurar una jerarquía en los valores y a preconizar algunos de ellos. Desde el punto de vista del AED, la única función del derecho es la de incitación y disuasión de conductas. El sentido del derecho se agota en sus efectos ⁹.

- b) En segundo lugar, respecto a la *naturaleza del derecho* y a los elementos de la norma jurídica, el AED abandona la perspectiva del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañados de sanción, que es la concepción de Bentham ¹⁰, para concebir el derecho como un sistema de incentivos de determinados cursos de acción, es decir, se abandona una teoría «imperativa» del derecho y en su lugar aparece una teoría «incitativa» de éste. A su vez, el derecho pierde la cualidad de dato ineludible para la conducta humana y pasa a ser una variable, entre otras, en la función de maximización en la que se conforma la conducta de los individuos ¹¹.

La explicación de esta divergencia podemos encontrarla, creo, en algo que señalaba Halévy ¹² al establecer las relaciones entre Bentham y A. Smith. Según este autor, Bentham, al contrario de Smith, defiende el *principio de armonía artificial de los intereses* y preconiza el recurso a la autoridad pública para asegurar la convergencia de los intereses individuales con el interés superior de la colectividad. La concepción del derecho de Bentham, pero también su concepción de la moral, de la religión o de la educación, están directamente determinadas por esta idea. Es necesaria la guía del legislador, del educador, para que el individuo armonice sus intereses con los intereses de la colectividad, por eso el derecho asume un carácter normativo y educador de la conducta de los individuos. La teoría de Bentham es, desde este punto de vista, una tarea de instaurar un derecho y un orden social *ex novo* mediante la racionalización de todas las prácticas sociales de acuerdo con el principio de utilidad. La época de Bentham era la época de la reforma, de la desmitificación del derecho tradicional, de la instauración artifi-

9. Vid. STROWEL, A., «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit», *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 18, 1987, pp. 1 y ss.

10. Vid. MORESO, J.J., *La Teoría del Derecho en Bentham*, P.P.U., Barcelona, 1992.

11. Vid. STROWEL, A., *op. cit.*, p. 37.

12. HALEVY, E., *La formation du radicalism philosophique*, vol. I, *La jeunesse de Bentham*, París, 1901.

cial en la nueva sociedad industrial naciente de la racionalidad económica descubierta en el mercado.

El AED, en la formulación de Posner, partiría, como A. Smith, del *principio de armonización natural de los intereses*. Los individuos, como *homo oeconomicus*, son seres perfectamente racionales que tienen unas preferencias estables, ni la moral, ni el derecho pueden actuar sobre dicha racionalidad. Para el AED no hay unas esferas sociales separadas, el mercado, reino de la armonía natural de los intereses y de la racionalidad económica, y de otro lado, una esfera de lo público, de lo social, en la que impera otra lógica distinta.

Situados en el marco histórico en el que se desarrolla el AED la distancia con el utilitarismo clásico de Bentham se nos muestra de una forma clara. En Bentham la preocupación era instaurar un nuevo orden, y un nuevo derecho que lo garantizase, por ello su fórmula fue el código y su protagonista el legislador. Para Posner se trata de restaurar el orden, despojar al *common law* de todos los efectos perversos que la intervención del Estado ha provocado durante los años de legislación intervencionista y partir de cero, esto es, de la eficiencia económica como racionalidad subyacente al sistema jurídico. Sólo así se explica la defensa que Posner hace de Blackstone frente a los ataques de Bentham a su concepción del *common law* ¹³.

III. En tercer lugar, la profesora Paloma Durán considera que en mi trabajo se da una identificación excesiva entre AED y la teoría de Posner, dejando en un plano muy secundario las aportaciones de las otras tendencias existentes en el AED. Al respecto, he de decir que, en efecto, una de las carencias reconocidas en el propio texto (entre otras muchas, como el estudio exhaustivo de la aplicación del AED a los distintos sectores e instituciones del sistema jurídico) ha sido la falta de un estudio sistemático y en profundidad de las distintas tendencias del AED, solamente apuntado en el capítulo primero de descripción general y retomado puntualmente, sobre todo en lo que hace referencia a Calabresi y a la corriente liberal-reformista, en otros lugares del trabajo. En este sentido, en efecto, quizás el empeño en denunciar el reduccionismo de la descripción económica del derecho mostrando sus consecuencias extremas, haya podido llevar al reduccionismo de dejar de mostrar las soluciones más temperadas, como las de Calabresi, en su entendimiento menos pretencioso respecto a la utilidad del análisis económico en el trabajo de los juristas, reduciendo su campo de estudio al ámbito de la política del derecho, salvando en última instancia la decisión colectiva, la decisión del legislador, frente a la «naturalidad» de las soluciones de mercado o la necesidad de integrar en el análisis económico del derecho junto a las consideraciones de eficiencia una

13. Vid. POSNER, R., «Blackstone and Bentham» en *The Economics of Justice*, Blackwell, Cambridge Mass. 1981, pp. 13-47.

teoría de los puntos de partida, de la justicia distributiva y de la influencia del derecho en la conformación de los valores de una sociedad determinada¹⁴. No obstante, la justificación de tal carencia, si la hay, está en el propósito inicial del trabajo de ofrecer una lectura de conjunto del movimiento y de sus consecuencias y significado en la cultura jurídica contemporánea. En este sentido, aunque en la parte de reconstrucción de los presupuestos económicos del AED el estudio se ha centrado en la argumentación de Posner en lo que se refiere al fenómeno del imperialismo económico y en la sacralización del mercado como mecanismo eficiente de asignación y distribución de recursos, ello no obsta para que la valoración del AED en su conjunto como propuesta en el marco de la teoría jurídica contemporánea, tal y como queda en mi trabajo, no sea extensible a todas las corrientes del AED y no exclusivamente a su versión posneriana. En concreto, el planteamiento de la relación entre derecho y economía desde el punto de vista de la función directa del sistema jurídico en la asignación y distribución de los recursos, la visión consecuencialista e instrumentalista del derecho fundamentada en un enfoque conductista del derecho, la provisión de una teoría general simple y globalizadora del sistema jurídico desde un punto de vista económico y la calificación de este discurso como una salida tecnocrática a la crisis del derecho en la regulación de los conflictos de las sociedades contemporáneas, son características aplicables a todas las corrientes y tendencias del AED.

IV. Y es en el terreno de la valoración del AED en el contexto de la teoría jurídica contemporánea, donde las consideraciones de la profesora Paloma Durán apuntan a una lectura del AED que no se corresponden con la intencionalidad pretendida en mi trabajo. En concreto, señala que en mi esfuerzo por contextualizar el AED en la cultura jurídica americana, intento también «justificar» el AED como una teoría renovadora del discurso jurídico, señalando un cambio de planteamiento y una contradicción con los capítulos precedentes. Lo cual requiere por mi parte una aclaración.

En primer lugar, es cierto que existe un cambio de planteamiento. En efecto, en la parte correspondiente a los presupuestos económicos del AED, el imperialismo económico y la endogeneización de la variable institucional en la economía neoclásica, pretendía poner de manifiesto las condiciones que en el ámbito de la ciencia económica hacían posible la extensión de las categorías y del instrumental del economista al ámbito jurídico, intentando mostrar, al mismo tiempo, que tras su aparente neutralidad, objetividad y cientificidad se esconden una serie de opciones metodológicas e ideológicas que abocan al reduccionismo

14. *Vid.*, al respecto, por ejemplo, CALABRESI, G., «Il futuro dell' analisi economica del diritto», *Sociologia del Diritto*, núms. 1-2, 1990, pp. 47-54.

de una descripción y evaluación del derecho realizada desde esas premisas economicistas. Por el contrario, la segunda parte del trabajo dedicada a la contextualización del AED en la cultura jurídica americana intenta explicar las condiciones que hacen posible que un movimiento con esas características del AED se presente *a sí mismo* como teoría renovadora del discurso jurídico tradicional. Para decirlo más claramente, después de haber ilustrado el reduccionismo inherente a las premisas de partida hubiese sido mucho más fácil una lectura coyuntural y sincrónica del movimiento como fundamento de una crítica externa que desde la adhesión o el rechazo a los presupuestos ideológicos de la teoría económica de base del AED abordara sus consecuencias en el ámbito del derecho. Frente a ello, creo que se hacía necesario una explicación de las condiciones existentes en la cultura jurídica contemporánea que posibilitaban el auge y la institucionalización de una teoría del derecho cuando, aparentemente, sus propuestas eran impugnadoras del modelo de teoría y de enseñanza jurídica vigente hasta entonces. Era necesario preguntarse cómo y por qué el AED nace y se articula como «teoría del derecho» que se presenta por sus propios practicantes como alternativa al modelo dominante de ciencia jurídica, cómo dialoga con ese modelo y con las demás propuestas alternativas que confluyen en su crítica.

La respuesta a estas preguntas, no creo que lleve a legitimar o a justificar el AED, sino a tratar de explicar, al menos esa era mi intención, que dicho movimiento puede integrarse con facilidad en la cultura jurídica americana porque, como «teoría del derecho», no representa una ruptura con las problemáticas abiertas sobre las que ha girado la cultura jurídica americana. Intentaba poner de manifiesto que el AED no es algo que se imponga desde el exterior del propio debate del pensamiento jurídico americano, no es fruto de un descubrimiento científico que luego demuestre su aplicabilidad en el ámbito del sistema jurídico, el AED puede constituirse en propuesta de teoría del derecho porque se inserta en una determinada tradición jurídica de la que es deudor.

En este sentido, el rastreo por la historia del pensamiento jurídico americano desvela, creo, de una manera esclarecedora el significado de la propuesta del AED en dicho contexto. La referencia al realismo jurídico americano (una tradición desgraciadamente poco estudiada en nuestro país, salvo excepciones importantes como el acercamiento a dicha tradición realizada por el prof. Liborio Hierro en su trabajo sobre el realismo jurídico escandinavo¹⁵), es crucial para comprender la propuesta del AED. El giro en el pensamiento jurídico americano que produce el movimiento realista es la base desde la que es posible comprender movimientos tan heterogéneos como el AED o el de los *Critical Legal*

15. Vid., HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1981, especialmente cap. 3.

Studies. La evolución del pensamiento jurídico americano tras el realismo permite explicar la adhesión de una parte de los juristas americanos a las propuestas del AED como teoría renovadora de un derecho abiertamente en crisis. Por ello, la introducción de las ideas de Ackerman querían servir como ejemplo, no para «proponer» el AED como una nueva forma de retórica legal, sino precisamente para ilustrar cuáles eran los problemas en cuya solución el AED se mostraba como una «seductora» promesa de renovación de la cultura jurídica americana.

Sólo en el contexto de una cultura jurídica insatisfecha con el particularismo del caso y con la diversidad y fragmentación de la jurisprudencia y la legislación, es posible explicar el éxito de una teoría simplificadora y globalizadora de todo el sistema jurídico basada en el «redescubrimiento» de la racionalidad económica del *comon law*. Sólo en el contexto de la crisis de una concepción del derecho sostenida en la idea de un interés público consensuado, aparece como «realista» una descripción del derecho como solución al conflicto de la asignación y distribución de los recursos escasos de una sociedad. Sólo en ese contexto puede explicarse que a la demanda de un conocimiento científico de la realidad jurídica, largamente buscado y propuesto en dicha tradición, se responda mediante el abrazo de la metodología y el instrumental de la ciencia económica. Y sólo en el contexto de la crisis de la idea de la legislación y del derecho como ideales públicos es posible plantear la eficiencia económica como criterio de evaluación y justificación de las instituciones jurídicas y de las decisiones judiciales.

Otra cosa bien distinta, es que detrás de esa seductora promesa, detrás de esa imagen del derecho que nos otorga el AED, nos aparezca el reduccionismo y el dogmatismo de las soluciones. Que detrás de la descripción «realista» del derecho, aparezca la realidad de una sociedad reducida a mercado y de unos individuos reducidos a *homo oeconomicus*, y que detrás de la «cientificidad» de la descripción económica del derecho se escondan postulados metacientíficos y opciones ideológicas expresas que ponen en duda el intento de hacer presentar a la eficiencia económica como un criterio «técnico y neutral» en la evaluación y justificación de la decisión jurídica.

El significado y las propuestas del AED creo que no pueden ser comprendidos en su totalidad sin situarlas en el marco, más general, de la crisis del modelo regulativo de la fase del Estado del Bienestar. Porque, desde mi punto de vista, bajo la apariencia del retorno al liberalismo y al mercado, al derecho privado tradicional, a la propiedad privada absoluta, a la autonomía privada y a la eficiencia económica como racionalidad subyacente al *common law* existe una compleja y complicada adaptación de las categorías económicas y jurídicas a las condiciones de vida de la sociedad capitalista avanzada. Para decirlo más claramente, detrás de la teoría económica del derecho arde el fuego del individualismo posesivo, el canto a la propiedad privada individual, la reprivatización de lo que lo público ilegítimamente había invadido, de la vuelta al

mercado y a la despolitización de esferas sociales invadidas por regulaciones generadoras de efectos perversos, del retorno al derecho privado como base institucional de la sociedad autorregulada por el principio de autonomía de la voluntad. Pero la propiedad, el individuo, el mercado, lo público y lo privado de hoy no son los de ayer. La fundamentación de esas nociones y su significado ideológico-político es, por tanto, también nueva. Sólo en esa novedad creo que es posible captar el significado de esas soluciones jurídicas, económicas y políticas que el AED propone y que nos sitúan ante sendas ya transitadas. Baste señalar como ejemplo la reconceptualización del concepto de *property right*, la desintegración y desustancialización de la propiedad (cuyas consecuencias se ilustran en el capítulo tercero de mi trabajo) o la reformulación de la noción de culpa en el lenguaje tecnocrático del análisis coste-beneficio, para poner de manifiesto la distancia con las concepciones liberales tradicionales de propiedad o responsabilidad en las que se sustentaban nuestros códigos decimonónicos. La vuelta al mercado y a la eficiencia, no es la vuelta a un mundo sin fricciones en el que el sistema jurídico actúe como registro de los acuerdos espontáneos del mercado. El significado del AED está precisamente en el reconocimiento de que la puesta en acción de esa lógica de la maximización de la riqueza exige la instrumentalización decidida del derecho. Una vez reconocida la existencia de costes de transacción y externalidades, y reconocida la inexistencia de mercados de competencia perfecta que funcionen sin fricciones, el sistema jurídico ha de asumir las funciones de asignación y distribución de los recursos en base a la eficiencia que correspondería al mercado. El derecho se convierte de esta forma en el mecanismo decisivo a través del cual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al orden de la legalidad. Ese es el significado de la definición del derecho como «metamercado institucional» que nos propone el AED. Esa es la novedad de la propuesta que el AED plantea en el marco de la crisis del modelo de derecho correspondiente al Estado del Bienestar. Toda la reformulación de los conceptos y categorías jurídicas tradicionales y de las funciones de las instituciones jurídicas llevada a cabo por el AED, creo que debe ser leída en estos parámetros.

V. Por otro lado, la profesora Durán plantea una serie de cuestiones de fondo, que afectan a la definición del derecho y de la justicia que resultan de las aportaciones del AED, con las que estoy básicamente de acuerdo y en las que me gustaría profundizar, no con ánimo de réplica puesto que no hay lugar a ella cuando se comparte el fondo de la crítica al reduccionismo del AED, sino con la intención de hacer más explícita mi lectura del movimiento del AED.

En este ámbito, la profesora Durán afirma que el AED no es solamente una alternativa de legitimación de un sistema que está en crisis, sino una justificación del sistema jurídico desde la óptica concreta del

sistema capitalista, un sistema que no respeta al individuo ni a sus derechos más básicos. No hay nada más claro para ilustrar este hecho que la propia argumentación de Posner para justificar la maximización de la riqueza como un adecuado criterio de justicia.

En uno de sus últimos trabajos ¹⁶ y ante las críticas que se habían lanzado a su teoría de justicia como maximización de la riqueza, Posner desvela con claridad meridiana las razones de su preferencia por la maximización de la riqueza como criterio de decisión en el ámbito ético y jurídico:

«Ya que la utilidad es más difícil de medir que la riqueza, un sistema basado en la maximización de la riqueza puede ser considerado un apoderado de un sistema utilitarista, pero es algo más; su espíritu es diferente; la maximización de la riqueza es una ética de la productividad y de la cooperación social, mientras el utilitarismo es una ética hedonística y asocial. Y una ética de la productividad y de la cooperación es más congruente con los valores de los *grupos dominantes* en nuestra sociedad (la cursiva es mía) que una ética utilitarista pura» ¹⁷.

En última instancia, el argumento en favor de la eficiencia no es un argumento moral, sino exclusivamente pragmático:

«el argumento más fuerte en favor de la maximización de la riqueza no es moral, sino pragmático. Si echamos una mirada al mundo vemos que en general la gente que vive en sociedades en las que se permite que el mercado actúe más o menos libremente, no sólo son más ricos que la gente de otras sociedades, sino que tienen más derechos políticos, más libertad y dignidad, y están más satisfechos (evidenciado, por ejemplo, por ser menos propensos a emigrar), por tanto, la maximización de la riqueza puede ser el camino más directo para alcanzar una gran variedad de fines morales» ¹⁸.

Detrás de la defensa del principio de la maximización de la riqueza no hay más que la sacralización del mercado como modelo de organización social y, por tanto, la mercantilización universal de toda preferencia, acción, derecho o recurso.

Por ello, y en referencia a las consideraciones que hace la profesora Durán sobre las relaciones entre eficiencia y justicia, habría que añadir que en el AED, al menos en su versión posneriana, no es que la

16. Vid., POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1990.

17. *Ibid.*, p. 390.

18. *Ibid.*, p. 382.

justicia quede en un lugar secundario respecto a la eficiencia, no es que haya un conflicto entre eficiencia y justicia en el que la segunda quede supeditada a la primera, sino que la eficiencia es considerada como un adecuado criterio de justicia. La eficiencia económica se convierte en el fundamento material de toda decisión que se pretenda como justa.

Pero no hay que extrañarse del auge y desarrollo de este discurso económico del derecho que pudiéramos calificar como criptoiusnaturalista. Hoy en el imaginario colectivo de la sociedad capitalista avanzada, en una situación de globalización de la economía de mercado, la legitimidad de la eficiencia se ha convertido en el criterio determinante de gran parte del proceso de toma de decisiones políticas. La eficiencia económica se ha tornado en una «nueva» ley natural a la que toda legislación y toda decisión debe plegarse. En realidad, a lo que asistimos es al triunfo del paradigma de conducta del *homo oeconomicus* y a la extensión cotidiana del cálculo económico a todos los ámbitos y aspectos de la vida de los individuos.

En la «naturalidad» del mercado y de la acción racional económica, la eficiencia deviene la única lógica posible, convertida en un valor técnico y, por ello, incuestionable, necesario, presupuesto de toda política legislativa. Puede que algunas de las tesis del AED, las más extremas como las de Posner, nos aparezcan como exageraciones economicistas, cuando no meras veleidades de neoliberales ingenuos que justifican la pena de muerte como medida más eficiente que la privación de libertad, o la extensión a los bienes comunes, como los mares y sus recursos, de la lógica propietaria como medida de protección del medio ambiente. Pero el problema es que la legitimidad de la eficiencia económica recorre por la vía de los hechos, no de la teoría, amplios espacios de la política jurídica de nuestros días. Es por la vía de los hechos, por la que la argumentación consecuencialista y el análisis coste-beneficio se han introducido en el proceso de toma de decisiones de los tribunales de justicia, y es por la vía de los hechos por la que, por ejemplo, las reformas de la administración de justicia traducen el primado de la ley de la eficacia. Basta pensar, por ejemplo, en el proceso penal. No ha sido necesario traducir las páginas que Posner dedica a demostrar la eficiencia del procedimiento de *plea bargain* (el acuerdo entre ministerio público y acusado que pone fin al proceso) para apoyar su introducción fáctica en nuestros tribunales o la simplificación de los procesos penales. Es en este ámbito donde el modelo de justicia de la eficiencia muestra su cara más «técnica» y en su nombre se ponen en cuestión todas las garantías del Estado de Derecho que el proceso penal expresaba. La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario del juicio contradictorio, la confrontación pública y antagónica entre las partes en condiciones de igualdad procesal. Y no hay contradicción cuando las partes más que contender, pactan al margen del proceso en condiciones de desigualdad, transformando el juicio en un lujo reservado a quienes estén dispuestos a afrontar sus

costes y sus riesgos. El pacto, puede ser eficiente desde el punto de vista económico, ahorra tiempo y gastos, está fundado en un intercambio voluntario, pero sigue siendo un intercambio perverso (¿qué puede intercambiar el acusado con la acusación para la reducción de la condena sino su autoinculpación o la inculpación, incluso infundada, de los demás acusados, o qué impide a un ciudadano inocente, pero privado de defensa, no aceptar a pesar suyo una condena reducida?) que desquicia todo el sistema de garantías más fundamentales sobre las que descansa el proceso penal¹⁹. No se trata de eficiencia *versus* justicia, sino de conceptos diferentes de justicia. En el mundo de la economía globalizada no es extraño que el contrato se haya convertido en la fuente del derecho fundamental, que se asista al nacimiento de una nueva *lex mercatoria* internacional y a una jurisdicción, el arbitraje internacional, que traducen de una manera nítida la lógica racional de la eficiencia que describen los juristas-economistas del AED, esa es la justicia de las instituciones del mercado internacional de las grandes corporaciones y del mundo de las finanzas, desligadas ya de las reglamentaciones del Estado-nación, de las administraciones de justicia nacionales²⁰. La sociedad autorregulada del mercado es la *societas divitum*, su ley es el contrato, su justicia es una justicia cara confiada a jueces que eligen las partes sobre la base de su competencia profesional. Al lado de ella, la *societas pauperum* tiene que seguir dirigiendo sus reivindicaciones al Estado, su justicia es la justicia del juez estatal, la justicia gratuita pero lenta, desorganizada y privada de especialización profesional.

Pero que ello sea así en la realidad de las sociedades contemporáneas no significa, como pretende Posner, que se confirme la «naturalidad» del mercado y del sistema capitalista como modelo de organización social y de la conducta del *homo oeconomicus* como paradigma de racionalidad. Esa es la falacia naturalista que esconde el economicismo del AED en su versión posneriana: una vez descubierta la racionalidad económica inherente al *common law*, una vez descubierto que lo real es racional, lo racional, la lógica de la eficiencia económica, debe ser real, mediante la reformulación del sistema jurídico para hacerlo acorde con dicha lógica. Sin embargo, nada hay de natural en el mercado, ni nada hay de natural en la conformación de la conducta económica como parámetro de racionalidad. Por el contrario, como intento poner de manifiesto en mi trabajo, son fruto de un proceso histórico, de decisiones y opciones políticas e ideológicas determinadas. El determinismo economicista no es de recibo en una sociedad que precisamente por padecer el primado de esa ley natural del cálculo económico y de la

19. Vid., sobre este particular FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1994, pp. 747 y ss.

20. Vid., GALGANO, F., «Le istituzioni della società postindustriale» en GALGANO, F. y otros, *Nazioni senza ricchezza. Ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993.

eficiencia, alumbrando, como bien señala Paloma Durán, nuevos sujetos y nuevas demandas sociales que impugnan la justicia del mercado y la eficiencia y que ponen de manifiesto la necesidad y la posibilidad de establecer vínculos sociales no mercantilizados.

VI. Por último, una consideración final y conclusiva referente al enfoque que pretendía dar a mi trabajo. El propósito inicial era hacer una lectura *interna y reconstructiva* de las condiciones de posibilidad del nacimiento del AED. Ello ha obligado a, en primer lugar, un trabajo de reconocimiento de determinadas pistas en la historia de la cultura jurídica americana; en segundo lugar, un trabajo de confrontación con las corrientes de la cultura jurídica presentes, trabajo que se podría haber ampliado hasta el infinito, de hecho hay partes de ese trabajo no incluidas aquí (por ejemplo, todo lo referente a la teoría jurídica continental de corte normativista o kelseniano); al mismo tiempo, éste ha sido un trabajo de *contención* del proyecto de esa investigación reconstructiva en unos límites abarcables: ha quedado fuera —sólo emerge ocasionalmente— toda la reflexión que requiere la crisis del *Welfare State*, como otras muchas cosas (las aplicaciones del AED en diversos terrenos o el análisis exhaustivo de las tendencias).

Naturalmente, la conclusión que pretendía enunciar no cierra un discurso en el sentido de dejar establecidas unas determinadas certezas con pretensión de inamovibles: más bien y además de que lo escrito se presentaba sobre todo para que fuese debatido, se trataba de verificar si el método de análisis escogido en el que he procurado equilibrar la atención a la naturaleza histórica de los problemas (de un determinado discurso sobre el derecho, en este caso) con lo que inevitablemente eran preocupaciones mías como investigador, había dado el resultado esperado: una visión no distorsionadora que, sobre todo, deja al lector en condiciones de extraer sus propias conclusiones.

Como es inevitable, la dedicación durante mucho tiempo a un tema de trabajo induce a no ver más allá de él. He procurado evitar este riesgo, y por ello, en la reconstrucción teórica del AED, en vez de dejar algo por establecido, he intentado confrontar las propuestas del AED con las cuestiones más importantes a las que se enfrentaba dicho movimiento en el ámbito de la cultura jurídica americana, pero que me parece que afectan al conjunto de la cultura jurídico-política contemporánea. Y la conclusión se podría enunciar de una manera muy breve: *nihil novum sub sole*. Es cierto que el AED es una promesa de una nueva retórica legal y es cierto que innova; pero no es menos cierto que, como espero haber ilustrado en mi trabajo, la innovación tiene tantas deudas que, en un cierto punto, se tiene la impresión de estar ante una pura operación de reciclado. Naturalmente, esta es una forma hiperbólica de decir las cosas. Pero quiere aludir al hecho de que, a menos que se opte por situarse completamente fuera del lenguaje común, los problemas no dan más de sí porque pese a lo que pudiera hacer pensar el hecho de

que el AED surge en tierras de *common law*, al final los problemas decisivos con los que toda teoría jurídica tiene que medirse son unos pocos. O quizás sólo uno: el problema de la decisión. En este terreno, toda la operación del AED no tiene más objetivo que un *cambio de sede* de la decisión sobre derechos y recursos. Lo que me importa subrayar ahora, para concluir es que:

- 1.º El problema sigue siendo el de la decisión y su fundamentación. Toda la argumentación —tan variopinta— de los teóricos del AED debería ser leída en esa clave: ese es el problema que quieren resolver. Y en esto (*nihil novum sub sole*) no hay nada nuevo respecto a todas las tradiciones de la cultura jurídica.
- 2.º La solución que el AED da al problema consiste en residen-
ciar la decisión en la ficción del mercado y hacerla real gracias a la «naturaleza» del *homo oeconomicus*. Tampoco estamos ante un gran hallazgo. Me parece que sería impropio hablar de retroceso, o incluso de reacción; simplemente, los sistemas de derecho de las sociedades capitalistas avanzadas no tienen muchas más posibilidades de elección.

El problema está, sin embargo, en que buscar otras posibilidades requiere, quizás, una apertura del campo de estudio que probablemente vaya a desbordar todo. Quiero decir que instrumentos como la antropología, la sociología, la filosofía *pura y dura*, me parecen cada vez más necesarios. ¿Cómo podría ser de otra manera en una época que se define por la crisis de sus fundamentos? No podría decir que el estudio del AED no me haya aportado nada en esa tarea: por ejemplo, el juego con las ficciones y las abstracciones en que siempre se mueve es un excelente aprendizaje para entender la suprema abstracción, la forma eterna que el derecho se empeña en ser, ni puede dejar de empeñarse en ser. Pero también creo que se trata de un modelo teórico que todavía tiene que secularizarse: la sacralización del mercado me resulta desde un punto de vista puramente intelectual inmanejable.

VII. Finalmente, quisiera agradecer nuevamente a Paloma Durán la oportunidad que me ha brindado para volver a reflexionar sobre lo que uno ha escrito, y los elogios hacia mi trabajo que su autor considera inmerecidos, pero que agradezco muy sinceramente por venir de alguien que ha hecho importantes aportaciones en la tarea de evaluación y crítica de un movimiento tan complejo y heterogéneo como el AED.

Actividades frente a normas

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

En tiempos de cambio es conveniente tomar posiciones que caractericen el estado actual de la discusión jurídica y con ello permitan señalar el horizonte a partir del cual continuar la misma. A estos efectos nada mejor que confrontar la discusión sobre el concepto de Derecho, en cuanto que ello puede ayudar a clarificar el mismo concepto a la vez que el contexto considerado en la definición, y de esta forma ilustrar sobre nuevos rumbos y, acaso, la recuperación de antiguos. De ello se trata en este trabajo en el que se contrastan las ventajas e inconvenientes de establecer reflexiones sobre el Derecho que, a partir de conceptos no positivistas, ponen énfasis en las normas y la justicia y en las actividades y la justicia. Es de advertir que el autor prefiere poner de relieve la conveniencia de destacar la relación de las actividades y la justicia en un concepto no positivista de Derecho. De justificar esta afirmación tratan estas páginas.

A estos efectos siendo estimable el conjunto de trabajos de Robert Alexy traducidos al castellano, lo que permite al interesado contextualizar los conocimientos y posicionamientos de su obra, es oportuno tomar situación con respecto a lo que en ellos dice. Ha de tenerse en cuenta que este autor define el Derecho relacionando normas jurídicas y justicia. Para ello vamos a tener en cuenta la monografía titulada «El concepto y la validez del Derecho», editada junto a otros significativos trabajos del mismo autor en una reciente publicación que lleva el mismo título (Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, 208 páginas).

El trabajo de Alexy está centrado en la fundamentación y elaboración de un concepto no positivista del Derecho. Para llegar al concep-

to, tras tomar como punto de partida el estudio de dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre «casos insólitos», para cuya explicación no sirven los conceptos positivistas-normativistas de Derecho, Alexy expone las particularidades de distintos conceptos positivistas de Derecho. Sus características quedan unificadas por la circunstancia de que esos conceptos coinciden en admitir la existencia de una separación entre Derecho y Moral, y por lo tanto en explicar el Derecho por su legalidad o por su eficacia. De ahí Alexy concluye que son insuficientes para dar razones a resoluciones del Tribunal Constitucional alemán sobre casos insólitos en los cuales se establece expresamente o bien una vinculación entre las normas jurídicas y la Justicia o bien la creación judicial del Derecho a partir de normas y principios o valores. Por todo esto la obra está dedicada a exponer que, incluso tomando como referencia conceptos positivistas de Derecho, es inevitable la vinculación entre Derecho y Moral, y por lo tanto que están plenamente justificadas las definiciones no positivistas del Derecho, únicas explicaciones válidas para «casos insólitos».

Los casos insólitos a los que se refiere Alexy son los siguientes. El primero de ellos hace mención a una resolución del Tribunal Constitucional alemán de 1968 en la que se declaró que una disposición «jurídica» nacionalsocialista (parágrafo 2 de la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941) que privó de la ciudadanía alemana, por razones racistas, a los judíos emigrados, no era derecho válido, porque disposiciones como la citada «contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho».

El segundo caso está centrado en una resolución del mismo Tribunal del año 1973. En dicha resolución se trata de la permisibilidad de la creación judicial del derecho en contra del texto de una ley, es decir de la permisibilidad de una decisión *contra legem* porque, como dice el Tribunal, «la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho”». Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlos y realizarlos en las decisiones es la tarea de la actividad judicial». El caso originario de la sentencia hace referencia a la concesión por parte de la Corte Federal de Justicia alemana de una indemnización por daños a la princesa Soraya, divorciada del último sha del Irán, por la publicación por un semanario de una entrevista inventada sobre asuntos privados de la princesa. Esta indemnización contradecía al Código Civil alemán, una vez que en éste la indemnización por daños inmateriales está

permitida «sólo en los casos establecidos por la ley», lo cual no sucedía en el caso concreto.

El procedimiento utilizado por Alexy para señalar la fundamentación teórica de la vinculación consiste en: 1.º) exponer diferentes manifestaciones al respecto del positivismo jurídico, distinguiendo entre conceptos de Derecho primariamente orientados a la eficacia (Weber, Geiger, Holmes, Bierling y Luhmann) y conceptos de Derecho primariamente orientados a la instauración normativa (Austin, Kelsen y Hart), conceptos que coinciden en la tesis de la separación entre Derecho y Moral; 2.º) criticar por insuficientes las posiciones positivistas en cuanto que: a) hay conexiones conceptualmente necesarias entre Derecho y Moral, y b) hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho que, en parte, refuerzan las conexiones conceptualmente necesarias y, en parte, van más allá de ellas, y 3.º) exponer un concepto no positivista de Derecho fundado en todo lo anterior.

La clave de la conexión o vinculación conceptual necesaria entre Derecho y Moral la establece Alexy desde el comienzo de la obra justamente al delimitar el contexto o el marco de la definición. Para ello utiliza los siguientes elementos. En primer lugar entiende que no se puede construir un concepto de Derecho sin atender a su validez, porque esto significa hacer uso de algo indispensable: incluir en el concepto el contexto institucional de la promulgación, aplicación e imposición del Derecho, o su legitimación. En segundo lugar considera como premisa imprescindible para una definición del Derecho la de atender a que los sistemas jurídicos son sistemas de normas y procedimientos. En tercer lugar reconoce que la definición ha de realizarse desde la perspectiva del participante, el juez sustancialmente, en lugar de la perspectiva del observador o del científico, perspectiva utilizada por las definiciones positivistas. En cuarto lugar que las definiciones no han de ser tanto clasificatorias cuanto que cualificadoras, posibilitando discurrir acerca del grado de justicia de las normas.

A partir de estas premisas Alexy hilvana los elementos de la definición del Derecho señalando: 1.º) desde la perspectiva de un hipotético juez, el participante, los límites de las definiciones positivistas que propugnan la separación entre Derecho y Moral, justamente por los argumentos complementarios de la inevitable pretensión de corrección de las normas aisladas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos; pretensión que no queda satisfecha sin tomar como referencia la justicia o injusticia de los respectivos elementos (normas, decisiones y sistemas), y por lo mismo sin atender a la conexión necesaria entre principios y reglas que se da en la práctica jurídica, y 2.º) los conceptos de validez existentes: el sociológico, el ético y el jurídico, que han de ser tenidos en cuenta en la definición del Derecho.

Las primeras consideraciones las realiza Alexy tomando como referencia argumentos recogidos en propuestas alternativas de Radbruch y

Hoerster, estudiadas en la obra como posiciones prototípicas, representativas de conceptos no positivistas de Derecho, la de Radbruch, y positivistas, la de Hoerster. En la precisión de los conceptos de validez atiende especialmente a las definiciones de norma fundamental que realizan autores como Kelsen (norma fundamental analítica), Kant (norma fundamental normativa) y Hart (norma fundamental empírica).

Por todo lo cual, a manera de conclusión con la que se culmina lo dicho a lo largo de toda la obra, Alexy define el Derecho de la siguiente forma: «El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección».

Sin lugar a dudas este concepto no positivista de Derecho tiene el mérito de explicar los casos insólitos que estaban en el origen de la obra de Alexy. Y por ello la virtualidad de explicar al Derecho en forma más convincente que las distintas definiciones positivistas al uso. Tiene el inconveniente de que están limitadas sus posibilidades de generalización o expansión. El problema está en que este concepto sigue siendo normativo y, además, es demasiado largo al querer satisfacer ante todo los requisitos de las teorías expuestas más que los requerimientos del participante, o, por lo mismo, tiene escaso interés para juristas que toman decisiones diariamente y que no tienen la posibilidad de situarse en la posición del observador o del científico. Nótese que de la aplicación tan sólo se habla al final de la definición. Salta a la vista la complejidad de ésta.

Por todo lo cual aquí, frente a esta posición de Alexy, proponemos tomar como estrategia más adecuada para definir el Derecho la de adoptar como perspectiva para la definición una de las que propone el mismo autor: su elaboración desde la atención al participante. Esto se concreta en tomar como punto de partida el estudio de casos habituales en lugar de casos insólitos, una vez que; como vamos a ver, no son sólo estos últimos los casos que son prueba de la relación entre Derecho y Moral sino que en verdad lo son todos los casos jurídicos.

En efecto. Parece evidente que no se precisa acudir a casos especiales para constatar la vinculación entre Derecho y Moral. El estudio de la resolución jurídica de cualquier caso desde la perspectiva del participante nos indica justamente que los casos surgen a partir de conflictos concretos, que tienen determinadas connotaciones reguladas no sólo por las normas aprobadas por quien tiene autoridad para dar leyes

sino también por otras reglas, a las que denominaremos genéricamente reglas morales. Se ha de tener en cuenta que todos los casos son resueltos atendiendo a los testimonios de los participantes, o lo que es lo mismo a sus convicciones y prejuicios, no regulados en las leyes. Ello está inserto en el mismo mecanismo establecido para el desarrollo de los procedimientos y la construcción de las sentencias que han de recoger los hechos y los fundamentos de Derecho que validan, legitiman o justifican la decisión.

En este sentido en estudios realizados en España en los últimos años, estudios que como último fin perseguían definir el Derecho, hemos tenido en cuenta, en varias ocasiones junto a los mismos profesionales que las desempeñaban, actividades jurídicas concretas ejecutadas no tan sólo por participantes como los miembros del Tribunal Constitucional o los jueces sino por otros participantes o agentes jurídicos (al respecto aparte de otros trabajos es significativo lo que se expresa en Fernando Galindo, *El acceso a textos jurídicos. Introducción práctica a la Filosofía del Derecho*, Mira Editores, Zaragoza, 1993, 184 páginas). En concreto hemos estudiado la aplicación del Derecho por jueces en casos conflictivos sobre contratos de obra; ello tanto en lo que respecta a decisiones adoptadas por Jueces Ordinarios como por Tribunales de revisión. También la elaboración de dogmas sobre la misma materia realizada por estudiosos del Derecho Civil. Hemos estudiado los requerimientos exigidos por abogados para la concertación de contratos de suministros por grandes empresas. Se han estudiado, igualmente, decisiones del Tribunal Constitucional en materia de competencias autonómicas. Recientemente ha sido tenida en cuenta la resolución de conflictos judiciales en materias en las que los perjudicados son miembros integrantes de minorías (gitanos e inmigrantes magrebíes). También se ha atendido a procesos de distribución de fondos públicos por autoridades administrativas competentes en lo relativo a fomento del empleo. Igualmente a la elaboración de procedimientos administrativos por funcionarios y autoridades administrativas, incoados a instancias de los particulares o por la misma Administración. En la actualidad se realiza un estudio comparativo entre resoluciones judiciales continentales y de *common law* en materia social; el estudio tiene el fin de llegar al acuerdo intercultural de expresar en qué forma es indispensable actuar jurídicamente contando con la relación entre Derecho y Moral en los dos sistemas jurídicos.

Estas experiencias permiten evidenciar de modo inmediato, en nuestra opinión en forma más categórica que la expresada por Alexy para con los casos insólitos en cuanto que los casos estudiados son habituales, la consideración de que siempre es preciso incluir elementos morales en el estudio y la actuación del Derecho, y por lo mismo que es indispensable contar con un concepto no positivista del Derecho. Concepto que, además, ha de servir como medio de enlace de los distintos participantes en las actividades jurídicas, especialmente los juristas.

Todas estas actividades tienen entidad propia, como demuestra el estudio más simple de la práctica jurídica, y son consideradas además como tales por los manuales al uso. Sin embargo, son tratadas en mayor o menor medida en virtud de la experiencia histórica del siglo XX, las exigencias sociales que se hacen a las actividades profesionales y las líneas de reflexión que se han producido en la Filosofía del Derecho fundamentalmente en los dos últimos siglos. Como consecuencia de todo ello en un momento histórico se ha puesto énfasis en un tipo de actividades, en otro momento en otros. Según ello, cualquier actividad jurídica se caracteriza por cumplir las notas técnicas puestas de relieve por la reflexión filosófico-jurídica más reciente: las actividades de los juristas son actividades generales, mínimamente precisas, sometidas a reglas y procedimientos.

Esta reflexión enlaza con la consideración que hacia las actividades jurídicas en general se ha tenido especialmente en los dos últimos siglos, desde el momento en el que se ha situado al jurista en el papel auxiliar de intérprete de las leyes, las cuales son creadas por los representantes parlamentarios. Pese a todo, hoy cualquier actividad jurídica ha de ser considerada, además, una actividad política, comunicativa o abierta a consenso o aceptación. Y ello porque en el Estado de Derecho todas las actividades desempeñadas por profesionales del Derecho, con independencia de cuáles sean sus características estructurales, están obligadas a su legitimación o, lo que es lo mismo, a ser susceptibles de obtener el consentimiento o la aceptación de la mayoría de los que intervienen en ellas, tal y como establecen las normas y principios fundamentales de los sistemas jurídicos —democráticos— actuales, en especial el principio de la autodeterminación. Lo que requiere fundamentación jurídica —textual— de que todas las actividades en todas las instancias: han de estar basadas en criterios generales pertinentes, reconocidos o aceptados por la mayoría. Esto supone que los criterios han de estar integrados en leyes, principios y usos sociales.

Este punto de partida ha hecho presente la siguiente diferencia con Alexy, que es consecuente con las características de los casos estudiados y con el contexto teórico que se ha tenido en cuenta, del que luego se hablará. La diferencia está referida al marco de la definición. Recordemos que para Alexy en la estipulación del concepto se ha de contar, por este orden, con: 1.º) la validez del Derecho; 2.º) que los sistemas jurídicos están integrados por normas y procedimientos; 3.º) la perspectiva del participante, sustancialmente el juez; y 4.º) el grado de justicia de las normas. En los trabajos citados se ha contado, en cambio, además del fundamental referido a la circunstancia de que se ha de atender en cualquier caso jurídico a la comunicación intersubjetiva o la participación en el mismo de la pluralidad de culturas propia de nuestra época, con los siguientes elementos: 1.º) que los sistemas jurídicos están integrados por actividades, y constituidos por procedimientos y normas; 2.º) la perspectiva del participante, sea cual sea el jurista que intervenga en los mismos; 3.º) el grado de justicia de las actividades; y 4.º) la validez del Derecho.

Estos elementos del marco conceptual y el orden mencionado dependen de la atención al estudio de las actividades jurídicas antes reseñado y además de la integración en los mismos de las siguientes propuestas. En primer lugar, fundamentalmente, de aquéllas que sobre actividades jurídicas han quedado recogidas por la reflexión jurídica desde finales del XVIII hasta nuestros días. En concreto los estudios realizados sobre las siguientes actividades típicas de juristas: interpretación del Derecho, aplicación del Derecho, construcción de dogmas, construcción de normas y acceso a textos jurídicos.

También depende de atender a las sistematizaciones sobre valores que se realizan habitualmente en la práctica jurídica. En concreto las formulaciones establecidas atendiendo a: 1.º) categorías filosóficas como igualdad —justicia—, libertad, seguridad jurídica y comunidad; 2.º) conceptos jurídicos fundamentales como la legitimación de la acción estatal —Derechos Humanos incluidos—, contrato, intercambio de bienes y servicios, propiedad, proceso imparcial y penas; y 3.º) preferencias políticas como las de eficiencia, imparcialidad y comunicación.

Desde una perspectiva teórica se ha atendido a la tradición cultural recogida por Alexy, especialmente las sugerentes propuestas de Hart, pero sobre todo a autores como Jhering, movimiento de Derecho libre, jurisprudencia de intereses, realismo americano, «*critical legal studies*», Viehweg y Perelman. Fundamentales son las propuestas que sobre el Derecho han hecho autores como Luhmann y Habermas.

Esto último no puede hacer olvidar que, frente a los casos insólitos de Alexy, en nuestro caso la referencia ha estado centrada en que los participantes en las decisiones: jueces y juristas en general, por el hecho de resolver conflictos mediante actividades concretas, son conscientes diariamente de la vinculación existente entre la Moral y el Derecho y por tanto de la insuficiencia del concepto positivista de Derecho.

Es por lo que frente a la posición de Alexy, a la vez que en conformidad parcial con ella en cuanto una y otra posición son no positivistas, se propugna definir al Derecho como actividad justa de juristas con relación a textos jurídicos. Esta definición se considera más adecuada porque permite dotar de argumentos a los participantes, entrar en conversación con ellos y dejar en segundo plano, aunque siempre estén presentes, argumentos de autores que lo que en verdad pretendían era fundamentar una teoría científica o pura del Derecho, o lo que es lo mismo una posición observadora sobre el Derecho. Aproximación que es evidente en la propuesta de Alexy.

Respuesta a Fernando Galindo

Por ROBERT ALEX Y

Kiel

En su trabajo propone poner énfasis en los «casos habituales», evitando la concentración sobre los casos insólitos, a la que me dedico al comienzo de mi libro «El concepto y la validez del Derecho». A ello no tengo que oponer reparo fundamental alguno. Ello no obstante pienso que en el caso insólito el problema se agrava y ello provoca que se agudice especialmente el conocimiento. Esto no es válido únicamente para la Ciencia del Derecho sino también para la Física. ¡Cuánto más se nos muestra la naturaleza en el acelerador de partículas que en circunstancias corrientes! Ello no obstante las observaciones obtenidas a partir de los casos extremos no están limitadas a dichos casos. Lo que manifiesto sobre la relación entre Derecho y Moral, se refiere también a los casos habituales. A ello se hace alusión en el argumento de los principios cuando se hace referencia a la «vida jurídica cotidiana» (p. 73).

Encuentro interesantes sus investigaciones sobre la actividad jurídica normal. Esto se refiere especialmente a la tesis de que en cada caso jurídico se ha de considerar la «comunicación intersubjetiva» (p. 740). En mi trabajo me he limitado a insinuar este aspecto (p. 31, nota 25), también me he referido a que los ciudadanos se ocupan de ello en muy escasa medida (p. 31). Quise en mi escasa referencia no abrir las páginas de la teoría del discurso jurídico que he presentado en otros lugares. Su trabajo me muestra que algunas líneas más fuertes de relación a esa zona de mi pensamiento habrían servido para dar a mi obra una mayor claridad.

V

INFORMACIONES

EL UTILITARISMO CONTEMPORANEO COMO TEORIA APLICABLE

II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas

A diferencia de otras teorías filosóficas, el interés que suscita el utilitarismo nunca se ha circunscrito al gremio de los «profesionales» de la filosofía. Las cuestiones que plantea conciernen por su propia naturaleza a las muy diversas ciencias—las llamadas por Mill *morales*, hoy genéricamente *sociales*— que se ocupan *de re publica*. Las investigaciones contemporáneas en torno al utilitarismo van por ello mucho más allá de la erudición histórica y de la exégesis escolástica y convocan a estudiosos de tales disciplinas con el propósito de desentrañar las implicaciones sistemáticas, para la ética, la política, el derecho o la economía de los conceptos de agente y de *agencia* racionales.

En efecto, bajo distintas denominaciones —racionalidad práctica; elección, acción, conducta o cooperación racional— las ciencias sociales consideran la acción racional como el foco central de una constelación de procesos que la anteceden —deliberación, elección, decisión— o se siguen de ella —efectos y consecuencias—, intentados o no, individuales o colectivos. Sería imposible entender el desarrollo de esas ciencias en las últimas décadas sin tener en cuenta, por ejemplo, la función catalizadora de interdisciplinas del tipo de la Teoría de la Decisión o la Teoría de Juegos.

Un indicador de este estado de cosas es que un número apreciable de los veinticinco Nobel de Economía —que bien puede considerarse como la primogénita de las ciencias morales— han premiado precisamente la contribución de los galardonados, desde perspectivas aparentemente diversas pero profundamente interconectadas, al análisis de la racionalidad: en las elecciones colectivas por Kenneth Arrow (1972); en los modelos de racionalidad limitada por Herbert Simon (1978); en los procesos de elección pública por James Buchanan (1986), en la ampliación de las posibilidades metodológicas del «enfoque económico» por Gary Becker (1992); o en los procesos de negociación, regateo y equilibrio racional por los premiados en el presente año, John Harsanyi, John Nash y Richard Selten.

Como toda teoría ética y, por tanto, orientada intrínsecamente a aplicarse en la práctica, el utilitarismo ofrece tanto un criterio de justificación moral de las acciones

—en la fórmula de Bales, *an account of right-making characteristics*— como un procedimiento para la toma de decisiones —*a decision-making procedure*— sean éstas «privadas» o «públicas», «individuales» o «colectivas». Por ello mismo ha de presuponer (¿o proponer?) un modelo muy específico de racionalidad práctica que en la propuesta de Harsanyi concibe la propia ética como «parte orgánica de la teoría general de la conducta racional»; concretamente «la teoría de los juicios racionales de valor moral, esto es, de juicios racionales de preferencia basados en criterios imparciales e impersonales». Y, así como «la Teoría de Juegos es una teoría de los intereses individuales en posible conflicto (pero no necesariamente egoístas), la Ética puede ser considerada como la teoría de los intereses comunes o del bienestar general de la sociedad en conjunto».

De hecho, en la propia teoría moderna de la elección racional culmina un dilatado proceso de refinamiento del modelo utilitarista —benthamiano— de racionalidad práctica que a lo largo de más de un siglo ha incorporado las sucesivas contribuciones de Edgeworth, Pareto, Samuelson, Von Neumann, Morgenstern y Savage. Las paradojas, aporías y dilemas que la aquejan podrían incluso deberse en gran parte al modo específico que tiene el consecuencialismo de entender las relaciones entre los elementos «racionales» y «desiderativos» en la decisión y la acción (*cf.*, p.ej. M. Hollis y R. Sugden. «Rationality in action». *Mind* 102. 1993. 1-35). La cuestión de fondo es, por tanto, determinar si los conceptos pretendidamente formales de racionalidad, de agente racional y de utilidad que presupone la teoría no dan por sentados ciertos supuestos materiales que dejan escapar lo esencial de las nociones de moralidad, de persona y de bienestar.

Este conjunto de consideraciones permiten entender hasta qué punto las dos ponencias que sirvieron de eje a los debates del II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas celebrado en Santiago de Compostela los pasados 27 y 28 de marzo han permitido hacerse cargo del tipo de cuestiones que definen el *state of the art* del utilitarismo contemporáneo.

James Patrick Griffin enseña filosofía desde 1960 en la Universidad de Oxford. Desde 1974 sus publicaciones se han centrado preferentemente en el examen de la respuesta utilitarista a cuestiones morales sustantivas —valor, felicidad, derechos, igualdad—. A él se debe una lúcida y documentada revisión del estado de la teoría a principios de los 80. Su principal contribución al debate es su revisión pormenorizada y crítica de una de las nociones fundamentales de la filosofía moral —y sin duda de la utilitarista— en *Wellbeing. Its meaning, measurement and moral importance*, de 1986.

Julia de Barragán es desde 1976 profesora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, y desde 1990 es Investigadora Asociada en la Universidad de California en Berkeley, en la que ha tenido ocasión de colaborar estrechamente con John Harsanyi. Su especialización académica le ha permitido analizar con solvencia en numerosos artículos —varios de los cuales han sido publicados en *Doxa*— los aspectos formales y sustantivos de los procesos de decisión y cooperación racional.

La jornada del 27 de marzo se dedicó a la exposición y discusión de la ponencia del Profesor Griffin «Una alternativa a la fundamentación de la filosofía moral contemporánea». En ella se analizan algunas «ideas morales complejas» que suscitan dudas sobre la posibilidad misma de formular un sistema ético globalizador. Una gran parte de las teorías éticas elaboradas en la Edad Moderna —los primeros ejemplos serían Hobbes y Spinoza— comparten un mismo espíritu cartesiano que se revela en su pretensión sistemática y totalizante. Aspiran a constituirse en sentido estricto como teorías —conjunto ordenado de proposiciones lógicamente articuladas—, por una parte derivables de, o reducibles en última instancia a, un axioma fundamental y, por otra, aplicables a toda posible situación práctica.

Griffin critica el monismo, el reduccionismo y la ambición globalizadora implícitos o explícitos en esta manera de entender la teoría ética; el papel que atribuye a lo que podría contar como *datos* de la experiencia moral —por ejemplo, la «moral del sentido común»—; y, sobre todo, las exigencias poco realistas que plantean a los agentes que han de llevarla a la práctica.

Toda propuesta ética implica inevitablemente una tensión entre lo ideal y lo real, entre lo deseable y lo deseado, entre lo que debería ser y lo que de hecho es, entre la perspectiva universal e imparcial y la parcial y personal. En esa tensión —que también podría expresarse con la pareja *ethical push* y *ethical pull* que Nozick y Griffin gustan de emplear— radica su carácter práctico y su capacidad para *mover a actuar*. Pero eso no implica, sino más bien al contrario, que las normas morales se sitúen «más allá de los límites definidos por nuestras capacidades».

De hecho, al ignorar sistemáticamente las exigencias y limitaciones intrínsecas a la condición real de agente —flaqueza de voluntad, altruismo limitado, parcialidad de los intereses, etc.— muchas de esas teorías, o bien resultan inaplicables, o bien han de recurrir al remedio peor de someter al agente a un programa de «reeducación» moral de ominosas resonancias— *Hitlerjugend*, 1984, Guardias Rojos, etc. El utilitarismo ha intentado escapar a esa aporía distinguiendo, como vimos, entre *criterio* de corrección y *procedimiento* de decisión. Pero Griffin, —que, emplazado por la Profesora Guisán, acepta con renuencia definirse como un «utilitarista relucante»— señala con razón que «ningún criterio práctico puede alejarse tanto de nuestras capacidades sin perder su razón de ser incluso como criterio», pues un principio moral que por su propia naturaleza es imposible de cumplir —*debe* implica *puede*— es más propio de lo que Mackie llamó una «ética de la fantasía».

En definitiva se trata de redefinir el ámbito de la racionalidad en la moral pues tan dañoso es sobreestimarla como subestimarla. Ciertamente no es posible contentarse acríticamente con las recomendaciones de la «moral del sentido común» que tantos ejemplos de juicios morales monstruosos nos ha ofrecido en el pasado: la filosofía moral no tendría sentido si no nos ayudase a «arreglarnos mejor que con el mero sentido común». Pero igualmente descabellados pueden ser las prescripciones impecablemente deducidas de una teoría moral sistemática.

Por ejemplo, si el objetivo moral de una teoría consecuencialista es lograr los mejores resultados posibles, el agente *debe* hacer *todo* cuanto contribuya a maximizar el bien global. Y carece de sentido «subdividir la conducta humana en conducta que plantea cuestiones morales y conducta que no las plantea» ya que *todo* lo que es racional hacer, evitar o incluso impedir que ocurra produce consecuencias mejores o peores y, por lo tanto, *es* moralmente relevante. Pero con ello se extiende más allá de todo límite razonable la responsabilidad moral del agente, que se ve obligado a adoptar en todas sus decisiones «el punto de vista del universo»: una perspectiva *sistémica* esencialmente imparcial, impersonal e intemporal que sería más propia de un agente omnisciente que de los agentes humanos reales.

Mediante la discusión de diversos *casos* morales —el conductor de un tranvía sin frenos que ha de decidir si matará a un viandante o a varios según lo encarrile por una vía u otra; los cirujanos que deben decidir si extraen los órganos de un desahuciado para salvar a varios pacientes; los naufragos que deben decidir si matan a uno de ellos para comérselo y sobrevivir— Griffin hace hincapié en la asimetría normativa entre el deber de *promover* y el deber de *respetar* ciertos valores como el de la vida. Para agentes con capacidades como las nuestras, en las situaciones del primer tipo el principio aplicable sería «limitar los daños»; en las del segundo, no sería «maximizar el número de vidas» sino «no matar deliberadamente a un inocente». De lo contrario los cirujanos se arrogarían la competencia, que excede ampliamente de sus capacidades, de «actuar como Dios». Lo característico de las teorías *no* consecuencialistas es precisamente reconocer que ciertos valores no han de ser tanto promovidos cuanto respetados, y, en consecuencia, prohibir de forma incondicional transgredirlos con nuestra acción. Pero Griffin considera que también el deontologismo, con independencia de otros aciertos y errores, comparte con el consecuencialismo idéntica e injustificada confianza en la capacidad de la razón para reducir a un sistema único la infinita complejidad de la *agencia* humana.

Si pudiera reducirse la diversidad de normas morales a un *sistema* —por su propia naturaleza deductivo, axiomatizado y formalizado— podrían entonces inferirse rigurosamente —o, más exactamente, calcularse— sus conclusiones prácticas según las reglas válidas del razonamiento deductivo. La decisión moralmente correcta sería por

consiguiente *única*, cierta y necesaria. A esto lo llama Griffin «el Mito de la Respuesta Moralmente Correcta». (Cf. J. Barragán, «La Respuesta Correcta Unica y la justificación de la decisión jurídica». *Doxa*. 8 1990; G. Gutiérrez. «La decisión moral». *Revista de Filosofía*. 3.^a serie, 1987). Pero para Griffin las normas morales no son las conclusiones de un procedimiento lógico-constructivo de tipo cartesiano sino el resultado de la tensión real —psíquica, social, histórica— entre dos tipos de consideraciones muy diferentes: los intereses y bienes imparciales de un lado, las personas parciales y limitadas del otro. Por eso, aunque en sentido estricto no son proposiciones susceptibles de valores de verdad, sino más bien criterios o *policies*, no por ello carecen de un *rationale* ni escapan a la posibilidad de ser examinadas críticamente.

El Profesor Rodríguez-Toubes, de la Universidad de Santiago, sostuvo en su intervención que, precisamente porque las normas morales existentes —que *son*— pueden ser criticadas en términos de lo que *deberían ser*, su fundamentación sólo puede hacerse en términos de lo que él mismo denomina una *filosofía dura*, aun reconociendo las dificultades de principio que opone el escepticismo a esa tarea. Disintió del alcance que Griffin atribuye a su reproche de excesiva exigencia de ciertas teorías éticas: en la opinión de Rodríguez-Toubes un sistema moral puede ser correcto aunque no pueda *probarse* que lo es; y un sistema moral correcto obliga «tanto si sus normas pueden seguirse plenamente como si no», ya que en este último caso tendrían un carácter de criterios *regulativos*. Pero en todo caso, la corrección o incorrección de una teoría moral no depende de su *atractivo* sino de su *consistencia*, y por ello debe constituirse como *sistema*.

El Profesor Montoya, de la Universidad de Valencia, mostró su acuerdo con la reformulación que hace Griffin de la dicotomía principios/reglas en términos de razones morales *policies*, proponiendo incluso abandonar expresiones como «normas morales», deudoras de la idea de «código», más propia del idiolecto jurídico. Mientras que las *policies* denotan sólo una tendencia general hacia un objetivo cuyo logro puede exigir desvíos inteligentes, la validez en principio universal de las *normas* requiere introducir constantemente *excepciones* que cuestionan, bien su validez, bien su universalidad. Basó su propuesta en el convencimiento de que existe una *irreductible pluralidad* de las razones para actuar, que imposibilitaría de raíz todo monismo sistémico como el que caracteriza al utilitarismo. Convicción que comparte con el «buen David (Hume)», quien distinguía hasta cuatro fuentes distintas de la aprobación moral.

La Profesora Guisán, de la Universidad de Santiago, sostuvo que la crítica que hace Griffin del utilitarismo y del consecuencialismo no invalida sus principios como *fundamento* de una ética normativa sino que limita seriamente su *aplicabilidad*. Entiende que la «modestia» de las aspiraciones de los principios que propone Griffin como adecuados a agentes con nuestras limitaciones lo convierte, no tanto un utilitarista «renuente», como se ha indicado más arriba, sino un utilitarista *doblemente negativo* —por limitarse tan sólo a *minimizar* el daño en vez de *maximizar* el bien, y por urgirnos simplemente a *respetar* en vez de a *promocionar* los intereses ajenos —y, por ende, conservador. Propone sustituir «debe implica puede» por «debe implica podría», indicando con ello no sólo lo que los agentes pueden realmente hacer en una sociedad determinada, sino lo que podrían hacer si hubiesen desarrollado sus capacidades de empatía. Si bien Griffin estaría en principio de acuerdo, siguen no obstante intactas las ineludibles limitaciones reales de los agentes con las que no se compatibilizan las demandas excesivas de la teoría.

Y precisamente sobre el problema de la *aplicabilidad* de la teoría se centró la ponencia de la Profesora Barragán sobre «*El utilitarismo moderno: aspectos ético-políticos*» al día siguiente. En términos generales toda teoría puede ser evaluada internamente en términos lógico-deductivos, pero en una teoría que aspira a suministrar criterios y procedimientos para tomar decisiones —especialmente si son públicas— la *realizabilidad* no es algo adjetivo. La reciente polémica entre Carlos Nino y Juan Carlos Bayón sobre los méritos respectivos del consecuencialismo y el deontologismo aboca a un punto muerto: en el límite, el consecuencialismo se hace por fuerza deontologista y lo mismo ocurre, pero a la inversa, con el deontologismo. El «cuatrilema del consecuencialismo» es en realidad el cuatrilema *de la ética crítica*.

Dado que la cuestión de fondo es la aplicabilidad, Barragán, como lo hiciera Griffin la víspera, propone examinar un caso práctico tomado del ámbito preferido de aplicación de la ética utilitarista: la decisión pública; en concreto, sobre el uso de pesticidas. Por su propia naturaleza las normas incondicionales mencionan *tipos* de acciones y no *acciones* concretas, con lo que adolecen de una insuperable pobreza de información para su aplicación práctica. En demasiados casos se renuncia a una información más rica por mantener la coherencia sistémica. La prescripción deontológica de respetar la vida es invocada tanto por los que se oponen a él por razones ecológicas como por quienes lo reclaman por razones de supervivencia, por lo que justificaría tanto su empleo como su prohibición. Sin embargo, la lógica *bivalente* propia de los sistemas presupone que *una* de las dos alternativas ha de ser *la* correcta. Barragán respalda la introducción de una lógica *trivalente* (Reichenbach) en la que, además de los valores *verdadero* y *falso* se da el valor *indeterminado*, que da cabida a la complejidad insalvable de toda decisión real en un caso concreto.

La indeterminación está ligada al elemento de probabilidad —incertidumbre y riesgo— intrínseco a toda decisión humana. Los estudios de Von Neumann y Morgenstern, Savage, Nash, Selten y Harsanyi han enriquecido progresivamente la comprensión de la decisión racional al ampliar su ámbito clásico de aplicación a las situaciones de incertidumbre tanto individuales como colectivas (teoría *bayesiana* de la decisión, teoría de juegos) y desarrollar un concepto de utilidad «blanqueada» de asociaciones indeseables. Las decisiones se adoptan entre *alternativas* positivamente valoradas, pero parcialmente excluyentes. Satisfacer cualquiera de ellas implica costes de oportunidad que hay que valorar en términos de la tasa de sustitución marginal entre ambas. La prescripción de maximizar no se satisface linealmente, como lo ha venido entendiendo cierto utilitarismo «de carbonero». La vocación ética de esta versión de la teoría la personaliza el decisor que asigna *pesos* entre alternativas en función de la información que no sólo no está ya excluida —como en la versión clásica del utilitarismo— sino que es altamente deseable, siempre y cuando no incluya en su procedimiento de decisión ningún elemento que no esté previamente incluido en su estructura: no cabe ninguna justificación *ex post facto*. El utilitarismo contemporáneo no escapa al cuatrima antes aludido, pero al menos posee una estructura de justificación de las decisiones más completa, transparente y rica en información que sus alternativas deontologistas.

De la viva discusión subsiguiente baste reseñar que se examinó otro campo —minado por lo que se vio— de aplicación de las decisiones públicas, y precisamente en términos del rendimiento consecuencialista del modelo: el de la «discriminación inversa» o de la «acción afirmativa», en la que tomaron parte, además de los arriba mencionados, los Profesores Tasset, de la Universidad de La Coruña; Salcedo, de la Universidad de Granada y Gutiérrez, de la Universidad Complutense.

Gilberto GUTIÉRREZ

BREVE RESEÑA SOBRE LAS XV JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

I

Durante los días 4, 5 y 6 de abril del presente año se han celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid las XV jornadas de filosofía jurídica y social. En estos tres intensos días, participantes y asistentes (más de 200) se ocuparon de algunos temas clásicos de la filosofía del derecho, moral y política, en concreto de «los fundamentos de la tolerancia», las relaciones entre «tolerancia, minorías e igualdad», «la universalidad de los derechos» y «los derechos fundamentales de la tolerancia y el pluralismo».

La primera sesión («los fundamentos de la tolerancia») se abrió con una breve intervención del Rector Magnífico de la Universidad organizadora, el profesor Dr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez, en la que agradeció la presencia en el congreso a los numerosos asistentes y dio la palabra a los dos primeros intervinientes, el prof. Dr. D. José Delgado Pinto, Catedrático de Salamanca y decano de los filósofos del Derecho españoles, y el prof. Dr. D. Enrique López Castellón, Catedrático de ética de la Universidad Autónoma de Madrid. El primero, con una ponencia titulada «Tolerancia y justicia. La institucionalización de la tolerancia en la concepción rawlsiana del *liberalismo político*», nos habló, a partir del libro de J. Rawls del mismo nombre, de los problemas de compatibilidad entre igualdad y diversidad, entre justicia y pluralismo. Así, en un primer momento se ocupó del pluralismo, de la «*diferencia entre el simple pluralismo y el pluralismo razonable como coexistencia de diversas doctrinas comprensivas incompatibles, aunque razonables*». Posteriormente, nos dio las condiciones que, a su juicio, permiten un «*orden justo y estable en una sociedad pluralista*». Para el prof. Delgado Pinto «un orden justo y estable precisa de: a) una concepción política de justicia, b) que consiga implantarse gracias a un consenso por superposición (o solapamiento) de las diversas doctrinas comprensivas razonables, c) de manera que las cuestiones políticas fundamentales se diriman en términos de razón pública, y d) que las doctrinas comprensivas irrazonables no lleguen a socavar el orden establecido». Respecto a estas últimas, el catedrático de Salamanca se manifestó a favor de tolerarlas, incluso permitir las, siempre y cuando no pongan en grave peligro el orden establecido.

A estas dos ponencias que brevemente hemos comentado les siguieron seis comunicaciones, que paso simplemente a enunciar: El profesor Alfonso de Julios Campuzano, de la Universidad de Sevilla, nos habló de «Pluralismo y tolerancia. Una aproximación a la neutralidad liberal»; el Catedrático de Santander, Prof. Dr. D. Jesús I. Martínez, nos habló de «La tolerancia de Locke: una religión de Estado»; D. José M.^a Ortiz-Ibarz, de Navarra, leyó una comunicación titulada «¿Qué leyes obedecemos? Así pensó, J. Locke» y Lourdes Rodríguez Reinales, de Córdoba, nos habló de «La moral y el Derecho en C. S. Nino. Principio de autonomía-fundamento de tolerancia». Por último, los profesores Julio Seoane, del Instituto de Filosofía (CSIC) de Madrid y José I. Solar, de la Universidad de Cantabria, cerraron el turno de comunicaciones de la primera sesión con dos intervenciones sobre «¿Fundamentar o defender la tolerancia?» y «Locke y el mercado de la tolerancia», respectivamente.

II

La segunda sesión del congreso, («Tolerancia, minorías e igualdad») que se inició el mismo martes por la tarde, contó con la participación como ponentes de dos Catedráticos de la asignatura, el prof. Dr. D. Javier de Lucas, de la Universidad de Valencia y el prof. Dr. D. Luis Prieto, de la Universidad de Castilla-La Mancha.

El primero, con una ponencia titulada «Tolerancia, Minorías Igualdad. La tolerancia como respuesta a las demandas de las minorías culturales» nos habló fundamentalmente de la insuficiencia, incluso imposibilidad, de fundamentar los derechos de las minorías en la tolerancia, pues no se puede tolerar a lo que de por sí se tiene derecho. Para Javier de Lucas, «la noción clásica-liberal de tolerancia es un callejón sin salida o, peor, una de esas vías de servicio que en realidad nos devuelven a un punto de partida anterior». Cuando no hay derechos puede haber tolerancia, lo que por otro lado tampoco es una respuesta *ideal*, pues la tolerancia suele presentarse como una situación de cierta falta de respeto, de condescendencia como mínimo, del que está en una situación de poder respecto del que ha de ser tolerado. Como escribiera Isaiah Berlin en su sugestivo prólogo al libro de J. S. Mill, «Sobre la libertad», «tolero tus creencias absurdas y tus actos sin sentido a pesar de que sé perfectamente que son absurdos y no tienen sentido». Algo parecido a lo que escribiera el propio J. Stuart Mill en su autobiografía, cuando dijo que si «algo realmente nos concierne, todo el que mantiene puntos de vista diferentes nos debe desagradar profundamente».

Luis Prieto, por su parte, nos habló de «Igualdad y Minorías», poniendo especial énfasis en un «problema no tratado»: el de si «las actuaciones de promoción y prestación pueden o deben proyectarse, no sobre bienes y servicios de naturaleza económica, sino sobre las propias peculiaridades culturales, es decir, si las técnicas del Estado social son aplicables a las minorías culturales, pero no en lo que eventualmente padecen desde una perspectiva material o económica, sino en aquello que les caracteriza como grupos culturalmente diferenciados; por ejemplo, —dirá— subvencionando de un modo específico la enseñanza y transmisión de las creencias religiosas y tradiciones, reservando cuotas de representación política, etc., en suma, promoviendo el mantenimiento de la minoría como grupo singular y distinto». La respuesta a este problema, en verdad no tratado suficientemente, consiste para Luis Prieto en que cuando estamos en presencia de minorías con peculiaridades ideológicas o morales, sin que haya una desigualdad fáctica de naturaleza económica, no parece que una desigualdad de trato a su favor esté justificada (al menos, ello debe ser así en un Estado laico, neutral y pluralista). No obstante, al final de su exposición matizará este planteamiento y dirá que «en tanto subsistan manifiestas desigualdades de hecho en contra de grupos diferenciados, la promoción o protección especial de la cultura minoritaria puede estar justificada como una técnica sustitutiva y transitoria».

Las comunicaciones en esta segunda sesión, doce en total, fueron las siguientes:

La profesora D.^a Pilar Allegue, de la Universidad de Vigo, habló «Sobre la tolerancia: una pequeña virtud política. ¿De derechas o de izquierdas?»; la profesora de

Valencia, Angela Aparisi dio algunas «Notas sobre el concepto de discriminación»; el profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, D. Oscar Correas se ocupó del «Derecho indígena y la juridicidad. Problemas teóricos»; la profesora Eloisa Díaz, de la Universidad de Sevilla, expuso «Algunos planteamientos básicos en torno a la noción de minorías»; la profesora de Salamanca, M.^a Teresa López, habló de la relación entre «Tolerancia y cuotas de representación femenina»; D.^a Celia Pereira, de la Universidad de La Coruña, lo hizo sobre «La representación del concepto de mujer en Roma»; el Catedrático de la Universidad de Santiago, D. Francisco Puy aportó algunas «Fórmulas del principio de respeto a las minorías»; D. Angel Puyol, de la Universitat Autònoma de Barcelona, nos habló del «Derecho a la igualdad en una teoría liberal de la justicia»; el profesor de la Universidad de Burgos, J.J. Santamaría se preguntó acerca del «Principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional»; D. J. A. Seoane, se ocupó de «Otra minoría: los deficientes mentales; un objetivo: la igualdad; una actitud: ¿la tolerancia?»; J. C. Arroyo, de la J. W. Goethe-Universität von Frankfurt, habló sobre los «Derechos de las minorías en una sociedad democrática multicultural»; por último, el profesor de la Universidad de Valencia, Ernesto Vidal volvió sobre el tema más genérico de las relaciones entre «Tolerancia, pluralismo y derechos».

III

En la tercera sesión, que transcurrió en la mañana del miércoles 5, se abordó el tema de la «Universalidad de los derechos». La primera ponencia corrió a cargo del Catedrático de la U.N.E.D., el profesor Dr. D. Benito de Castro, quien se preguntó sobre el carácter de mito o de dogma de la universalidad de los derechos. El Profesor de Castro comenzó su exposición realizando una serie de precisiones conceptuales y terminológicas acerca de la universalidad, para después ocuparse del sentido de dicha nota en las declaraciones de derechos, en particular en la Declaración Universal de 1948, la cual, «ha llegado a ser un verdadero mito viviente, una especie de patrimonio universal e intocable, un texto sagrado ante el que casi siempre se formulan elogios reverentes». Lo que no es óbice para su escasa viabilidad, puesto que, —concluye el profesor de Castro— «los sujetos no van a disponer siquiera de la posibilidad fáctica de ejercerlos».

La segunda ponencia corrió a cargo del Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, el profesor Dr. D. Francisco Laporta, el cual desarrolló algunas de las implicaciones teóricas y morales de la nota de universalidad de los derechos, en concreto la relativa a la polémica entre objetivismo y relativismo ético. Para el profesor Laporta, decir que todos los hombres son titulares de derechos es tan cierto como reconocer que todos los hombres tienen pancreas. Una cosa es la universalidad de los derechos, algo que él reconoce desde su teoría de los derechos morales, y otra bien distinta la justificación del imperialismo cultural, para él siempre injustificado. Precisamente porque los derechos son de todas las personas no cabe la dominación o la opresión de una cultura o de un grupo humano sobre otra u otro.

Los comunicantes en esta tercera sesión del congreso fueron: D. José Calvo, profesor de la Universidad de Málaga, («Ghettoización de la universalidad y futuro de los Derechos Humanos»); D.^a Ascensión Cambrón, profesora en la Universidad de La Coruña, («Acerca de la esterilización de deficientes»); D. Antonio Luis Martínez-Pujalte, profesor en la Universidad de Valencia, («Argumentos a propósito de la universalidad de los derechos humanos»); D.^a Begoña Román, profesora en la Universidad de Barcelona, («Fundamentación transcendental de la universalidad de los derechos humanos»); y, por último, D.^a Olga Sánchez Martínez, profesora en la Universidad de Cantabria, («La pretensión de universalidad y la tensión de la tolerancia»).

IV

La cuarta y última sesión del Congreso se inició el jueves 6 de abril con la ponencia del profesor Dr. D. Juan Ramón de Páramo Argüelles, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha. El tema genérico de la sesión era «Los derechos fundamentales de la tolerancia y el pluralismo» y el profesor de Páramo habló sobre éste y su relación con algunas concepciones de la democracia. Así, y a partir de una tipología de Elster sobre los sistemas democráticos, Juan Ramón de Páramo distinguió tres modelos distintos: 1.— el modelo pluralista instrumental, 2.— el modelo deliberativo racional y 3.— el modelo finalista educativo. A partir de la descripción de cada modelo, el profesor de Páramo señaló sus debilidades e insuficiencias y llevó a cabo una tarea de contraste de cada modelo, viendo así su mayor o menor ajuste con las ideas de tolerancia y de pluralismo.

El profesor Dr. D. Modesto Saavedra, Catedrático de la Universidad de Granada, cerró el turno de ponencias de esta cuarta sesión y de las XV jornadas de filosofía jurídica y social. El profesor de Granada dictó una ponencia cuyo título ya *prometía*: «El riesgo de lo privado y el simulacro de lo público en la sociedad televisiva». En ella, Modesto Saavedra, especialista en todo lo relativo a libertad de expresión, opinión pública y medios de comunicación, defendió la tesis, como el mismo apuntó al comienzo de su exposición, «que los medios de comunicación audiovisuales, especialmente la televisión, han afectado profundamente, mediante su presencia ubicua y permanente en todos los ámbitos de la experiencia humana, el antiguo equilibrio entre la esfera privada y la esfera pública». Por un lado, «la esfera privada se ha convertido, a raíz de la consolidación de la televisión como un medio de cobertura total, en objeto de atención y exposición pública» y, por otro lado, «la esfera pública se ha visto invadida por los rasgos y características de la vida privada» (lo que él denominó en otro momento de la ponencia «la privatización de la esfera pública»). El desarrollo y comentario crítico de estos dos importantes problemas, parejos en su origen y evolución posterior, fue el objeto central de la reflexión del profesor de Granada.

En cuanto a las comunicaciones, éstas fueron en esta última jornada cinco: el profesor Galindo, de la Universidad de Zaragoza, habló de «Aplicación judicial del derecho e intolerancia»; Francisco Garrido Peña (Universidad de Jaén) leyó una comunicación titulada «Epifanía del pluralismo»; «La tolerancia religiosa e ideológica en la década moderada: la propuesta político-administrativa de Manuel Colmeiro» es el título de la comunicación de Carlos Lema, de la Universidad de La Coruña; J. Manuel Pérez Bermejo (Universidad de Salamanca) habló sobre «La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls»; por último, Manuel Salguero, profesor en Granada, se ocupó de «La libertad de Cátedra y la libertad de enseñanza como formas de pluralismo institucionalizado».

José Manuel RODRÍGUEZ URIBES

XVII CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Del 16 al 21 de junio de 1995 se celebró en Bolonia el XVII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social, bajo el título «Desafíos al Derecho al final del siglo XX». El marco de la ciudad de Bolonia no pudo estar mejor elegido. La organización del Congreso a cargo del profesor Pattaro fue excelente. En cuanto a la calidad de los ponentes principales se contó con figuras destacadas como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Joseph Raz, Amartya Sen, Ota Weinberger, Robert Alexy, Aulisio Aarnio, Alexander Peczenik, entre otros, que se esforzaron por presentar aportaciones novedosas y trabajadas para el Congreso y no repeticiones de antiguos trabajos. Entre los ponentes españoles se encontraban Gregorio Peces-Barba, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, además hubo otro pequeño grupo de colegas españoles que presentaron diversas comunicaciones.

La completa publicación de las actas de todas las intervenciones, incluidas las comunicaciones, facilitó el seguimiento del congreso y para el futuro, pone a disposición de cualquiera de los interesados un material de estudio accesible a través del correo electrónico (Internet, formato RTF, modo: ftp. cirfid. unibo.it; Username: anonymous; password: dirección propia de email) o en papel si se solicita a la universidad de Bolonia. La publicación corrió a cargo de la «Revista Europea de Derecho, Filosofía e Informática», y la edición pertenece a CLUEB, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna.

La organización de las comunicaciones se hizo de un modo un tanto atípico, en sesiones paralelas organizadas en dos tardes, de manera que los asistentes formaban más bien un grupo de trabajo. A algunos no les pareció muy positivo este sistema, mientras que a mi juicio así se agiliza la presentación de trabajos, que por otra parte figuran ya por escrito, a disposición de todos los participantes. Por otra parte esto facilita la asistencia mayoritaria a las sesiones de los oradores principales, haciendo más llevaderas las exposiciones.

Enrico Pattaro resultó elegido por unanimidad como nuevo presidente de la IVR al terminarse la presidencia del profesor Ralf Dreier y el profesor Atienza en sustitución de Nicolás López Calera. Como información útil se decidió que el próximo congreso tendrá lugar dentro de dos años en Argentina.

María ELÓSEGUI ITXASO

REUNION DEL COMITE DE INVESTIGACION DE SOCIOLOGIA DEL DERECHO DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE SOCIOLOGIA (1995)

Entre el 1 y el 4 de agosto de 1995 tuvo lugar en la Universidad de Tokio el Congreso Anual del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología. El tema del Congreso fue: «Cultura jurídica: encuentros y transformaciones».

Las doscientas dieciseis comunicaciones presentadas fueron defendidas por ponentes procedentes de Europa (49), Estados Unidos y Canadá (35), Japón (68), otros países asiáticos y Africa (37), Iberoamérica (11) y Ocenía (16). De España se presentaron dos comunicaciones.

Las comunicaciones se agruparon en las siguientes secciones: «Teorías del Derecho y de los procesos jurídicos», «Ensayos terminológicos en la Sociología del Derecho», «Ideas del Derecho y de la conciencia jurídica», «Sistemas sociales y sistemas jurídicos», «Aproximaciones antropológicas al Derecho y al proceso jurídico», «Derecho y Política», «La transformación de los sistemas jurídicos en los países "socialistas"», «La construcción de una Sociología del Derecho comparativa», «La profesión jurídica», «Litigación y cultura jurídica», «Control del crimen y proceso penal», «Derecho, cultura jurídica e integración económica», «Derechos humanos», «Derecho y familia», «Sexo e igualdad», «Abogados y procedimientos jurídicos en el mundo de los negocios», «Relaciones contractuales», «Industrialización, desarrollo y medio ambiente», «Derecho e innovaciones tecnológicas» y «El Derecho de la tierra y del agua».

Entre el 5 y el 7 de agosto tuvo lugar una reunión posterior al Congreso en Kobe, sede inicial de la conferencia que hubo de ser cambiada en virtud del terremoto habido en 1994 en dicha ciudad. Los temas de esta reunión fueron los siguientes: «Planificación urbana, desastres urbanos y reconstrucción de las ciudades» y «Fronteras de los estudios socio-jurídicos».

El Congreso próximo del Comité tendrá lugar entre el 10 y el 13 de julio de 1996 en la Universidad de Strahclyde, Glasgow, Escocia. El tema del Congreso será: «Globalización y justicia». Más información puede solicitarse a: Law and Society Association, Attn: Program Committee, Hampshire House – Box 33615, University of Massachusetts, Amherst, MA 01003-3615 USA (fax 413-545-1640).

Fernando GALINDO

VI

CRONICA BIBLIOGRAFICA

CRONICA BIBLIOGRAFICA 1995

Por JOSE CALVO GONZALEZ

Málaga

DE ALGUNAS REVISTAS FILOSOFICO-JURIDICAS

Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie

Recibidas las entregas 2, 3 y 4 de 1994. En la 2, destacar los trabajos de Ana Rubio, «Filosofía de la paz y el Derecho», pp. 155-167 (introducción en irenología, derecho como instrumento de pacificación, sobre incorporación del derecho a la paz en el catálogo de los derechos humanos constitucionales y su posible diseño jurídico, Estado social y paz); Pavlos Eleftheeriais, «Unfreedom in a Laissez-Faire State», pp. 168-190 (sobre libertad y mercado en conexión con postulados del CLS); Reinhard Mehring, «Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen», pp. 191-207 (esencialmente en torno al pensamiento de C. Smitt), así como comentarios sobre «mutual disinterest» y «subjective circumstances of justice» en Rawls y Hume, por L. Bovens (pp. 203-207), M. Luisa Espada Ramos, «¿Un derecho internacional alternativo?» (sobre funcionalidad y contenido axiológico del ordenamiento jurídico internacional ante la transformación del orden internacional), pp. 208-226, y Jan-R. Sieckmann, que aborda cuestiones de argumentación y análisis normativo, en «Semantischer Normbegriff und Normbegründung» (pp. 227-245). De la 3, reseñar en particular Sebastián Urbina, «Which Positivism?», pp. 301-317, sobre Hart, y Thomas Kupka, «Politischer Liberalismus und soziale Gerechtigkeit: John Rawls, Ronald Dworkin der Wohlfahrtsstaat und die Abtreibung» (pp. 335-362). Hans-Peter Burth analiza «Anarquía, Estado y Utopía» de Nozick (pp. 383-406); asimismo, Miroslav Prokopijevic, «In Defense of Abortion» (pp. 363-382) destacando el epígrafe sobre aborto entre individualismo y comunitarismo. Por último, de la entrega 4, la colaboración de Dworkin, «Law, Philosophy and Interpretation» (1990. The Kobe Lectures) (pp. 463-475); Arthur Kaufmann, «Die Lehre von negativen Utilitarismus» (pp. 476-488); Jean-Paul Delville, «La détermination des normes particulières: du prétendu syllogisme juridique»; Ota Weinberger, «Die Bedeutung des juristischen Logizismus», en homenaje a Ulrich Klug (pp. 560-563). Además, otros estudios sobre Kant por Ian Ward (pp. 508-533), Aristóteles por Aviezer Tucker (pp. 534-544) y Pufendorf por Claudius Messner (pp. 551-559).

Rechtstheorie

1994. 1, Ota Weinberger, «Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz», pp. 1-17, en facetas de relación entre realismo jurídico y lógica de sistemas jurídicos dinámicos, planteamientos de normativismo jurídico institucional e implicaciones metodológicas y teórico-políticas del neoinstitucionalismo. También Wolf Heydebrand, «Pragmatism and Technocratic Theory: The Contemporary Role of Legal Pragmatism and Technocratic Justice», pp. 19-42. También, trabajos sobre el pensamiento jurídico de Karl Larenz durante el Nacional-Socialismo, por Massimo La Torre (pp. 57-86), y sobre Otto Gierke, por Matthias Bock (pp. 87-100).

1994. 2, Robert S. Summer, «The Formal Character of Law III», pp. 125-162, donde el autor, junto a continuar en el desarrollo de anteriores trabajos (1991 y 1992) clarifica determinados aspectos de sus tesis sobre el carácter formal del derecho, revisa alguna previa y debate con otros teóricos en orden al mismo asunto. De este estudio conviene proseguir lectura en *Ratio Juris*, 6, 2, 1993 (*vid. infra*). También, Jan-Reinard Sieckmann, «Logische Eigenschaften von Prinzipien», pp. 163-189, y Michael Potacs, «Rechtsogmatik als empirische Wissenschaft», pp. 191-211. Además, sobre semiología e interpretación judicial por Carlos I. Massini Correas (pp. 213-218), del moderno aprovechamiento de la retórica antigua por Wolfgang Bayer (pp. 219-243), y Vittorio Frosini, «Überlegungen zur Auslegung im Verwaltungs- und Steuerrrecht», en diversas cuestiones relativas a interpretación (pp. 245-262).

Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto

Por arrastre de nuestra anterior *Crónica Bibliográfica* debe ahora comenzarse por el fasc. 4 de 1993. Y al hacerlo indicar también que, dado el heterogéneo contenido que habitualmente presenta la sección «Studi», esta Crónica recogerá sólo, al igual que en el resto de publicaciones periódicas reseñadas, aquellas novedades temáticas o de investigación cuyo conocimiento y difusión considera más relevante para el lector de este *Anuario*. Así, destacar por su proximidad a la filosofía política y teoría del Estado el trabajo que Sandro Chingnola dedica a la recepción italiana de la obra de Voegelin (1901-1985) en su primera etapa, y que titula «Fetichismus der Normen. Tra normativismo e sociologia: Eric Voegelin e la dottrina dello Stato (1924-1938)», pp. 515-665. Igualmente, la colaboración a firma de Giuseppe Lorini, «Deontica tra logica e filosofia», pp. 599-633, quien recogiendo el balance interés emergente entre 1990-1993 sobre cuestiones de deontica, lógica deontica y lógica jurídica, interna luego más en particular el examen del deber anankastico por relación a la teoría de la coherencia normativa y a la lógica deontica, añadiendo referencia a la lógica deontica de G.H. von Wright en las llamadas estrategias de fundación ontológica y justificación praxeológica, para finalizar con una reflexión desde la obra de Paolo Di Lucia (*Deontica in von Wright*, 1992).

Ya en la anualidad de 1994, del fasc. 1 se debe traer noticia de estudios como el que Agata C. Amato Mangiameli dedica a «Begriff und Geltung des Rechts» de R. Alexy, presentado como variaciones iuspositivistas y iusnaturalistas en la dialéctica derecho y moral (pp. 3-35). Una discusión en terreno de razón teórica pero reconducida a razón práctica es la elegida por Bruno Celano en «L'argomento delle leggi transculturali: un contraesempio alla Legge de Hume?» (pp. 36-54). Francesco D'Agostino, con «I diritti degli animali», (pp. 78-104), aproxima a la dimensión biocéntrica en la comprensión metodológica y cognoscitiva del debate habido en Italia durante la última década. De la recepción de principios de la bioética en el ámbito jurídico y estado presente en la legislación, jurisprudencia y literatura españolas trajo examen Ana M.^a Marcos del Cano en «La bioética en España», (pp. 124-158). Para el fasc. 2, figura en encabezamiento la necrológica que a Uberto Scarpelli (+ 16 julio 1993) dedica Mario Jori (pp. 181-200). Importa también reseñar «Naturalità del diritto e universali giuridici», por Giovanni Così, pp. 216-242, sobre dimensiones constantes

ontofenomenológicas, análogas a los universales lingüísticos, en la experiencia humana del Derecho. C. P. Courtney ensaya a través del examen de *Esprit des Lois* y *Lettres persanes* la interpretación íntegra de «diversité» en Montesquieu (pp. 243-269). Una relativa proximidad en interés temático podría llevarse desde allí con Lorenzo Scillitani, «Dimensione transculturale dei fenomeni giuridici nella ricerca antropologica», pp. 291-313, que en diversos aspectos concierne a la filosofía de los derechos, etnocentrismo, relativismo cultural, etc. A otro particular remite el estudio de Otfried Hoffe, «Una conversione della teoria critica? Sulla teoria del diritto e dello Stato di Habermas», pp. 270-290, centrado en *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992. Finalmente, del fasc. 3, último recibido en la anualidad correspondiente a 1994, destacar el estudio de Carlos Alarcón Cabrera, «Validità sintattica vs. invalidità sintattica in Geiger», (pp. 373-384), que centra su examen desde el triángulo deóntico (validez sintáctica, semántica y pragmática), en la validez sintáctica atética, analizando luego en pormenor la tesis interpretativa de A. G. Conte en *Minima deontica* (RIFD, 1988, pp. 446-452) y *Validità atetica* (1990) acerca de Th. Geiger en *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* al considerar que «la norma subsistente posee validez sintáctica atética». Requerirán igualmente el interés de nuestros lectores las colaboraciones de Luigi Bagolini, «Il problema della definizione generale del diritto», pp. 385-400, y Alfonso Catania, «Lo stato moderno: profili storici e dottrinali», pp. 401-437. Terminando, mencionar «Performativi in Jean-Louis Gardies: verità, verificabilità, vero-funzionalità», por Andrea Rossetti, pp. 462-492.

Ratio Juris

Contando por el momento únicamente con las entregas que encabalgan el final del año 1993 (6, 2) y todo 1994.

1994. 1. En particular, Jürgen Habermas, «Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions», pp. 1-13: sobre la diferente interpretación de ambas nociones desde aquellas perspectivas, teoría de la acción comunicativa, conexión mediante procesos discursivos de opinión; Carlos Santiago Nino, «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», pp. 14-40: teorización de relaciones entre ambas doctrinas, traída en especial para con la dimensión ideológica del llamado positivismo «in action». Otros trabajos —Michel Hartney, Roger A. Shiner, Christine Sypnowich— desarrollan análisis y comentarios a la obra de David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicke Legal Systems* (1991), con respuesta de éste («The Legitimacy of Law: A Response to Critics», pp. 80-94). En 1994. 2, cuatro secciones temáticas bien diferenciadas. «Legal Culture»; con trabajos de Lawrence M. Friedman y Wolkmar Essner en torno, respectivamente, a la caracterización de la cultura jurídica moderna (pp. 117-131) e integración y globalización de las culturas jurídicas (pp. 132-145). «Legal Reasoning, Law and Truth»; colaboraciones de Alexander Peczenik en estudio de las relaciones entre derecho, moralidad, coherencia y verdad (pp. 146-176), y Giovanni Sartori con propuestas de un modelo formal de argumentación jurídica (pp. 177-211). En «Invalidity», Riccardo Guastini se ocupa del análisis de la noción de invalidez jurídica desde cinco niveles (Lack of Power, Infringement of Procedural Rules, Lack of Competence, Infringement of Rules about the Contents of Rules, Inconsistency with Higher-Ranked Rules). «Discourse Theory and Law»: sobre la teoría del derecho habermasiana; estudios de Robert Alexy y Ota Weinberger, quien extiende su análisis a la idea de Democracia y Justicia. La sección «Notes» introduce comentarios críticos de Zenon Bankowski sobre el lugar y alcance de la concepción de persona en las teorías sistémicas (autopoiéticas) del derecho. Para 1994. 3, un monográfico y denso apartado sobre «Consensus and Democracy» donde se reúnen, con introducción de Catherine Audard, diferentes estudios acerca de *Political Liberalism* de Rawls, por Brian Barry, Ronald Dworkin, Jena-Marc Ferry, Chantal Mouffe, Onora O'Neill, Paul Ricoeur, Jean-Fabien Spitz y Adam Swift. De la sección

«Notas» destacar el comentario de María Angeles Barrete Unzueta sobre neo-institucionalismo: «Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law» (pp. 353-365).

Droits

El núm. 19, 1994 organizó como tema monográfico «Droit et moeurs». En introducción, Denis Allan se interroga acerca de si las costumbres son solubles en el derecho (pp. 3-9). Siguen, entre otras, las colaboraciones de Cathérine Larrère, aplicando el tema en Montestiqueu (11-22), y de Rémi Lenoir, en Durkheim (pp. 23-36). La sección se completa con la traducción del artículo de Hart «La moralité du droit» (pp. 105-123). En «Variétés» aparece el estudio que Jean-Francois Niort dedica a la teoría jurídica de Dworkin en su faceta de interpretación del derecho en los *hard cases* (pp. 161-168).

Para el núm. 20, 1994, que conmemora diez años de publicación de *Droits* e incluye el index de sus contenidos y colaboradores, los coordinadores, Denis Allan y Olivier Beaud, eligen el tema «Doctrine et Recherche en Droit». Participan con colaboraciones genéricas Alain Sériaux («La notion de doctrine juridique», pp. 65-74), André Tunc («L'importance e la doctrine dans les Etats-Unis», pp. 75-84), Philippe Jestaz («Declín de la doctrine?», pp. 85-96), Michelle Gobert («Le temps de penser de la doctrine», pp. 97-106), así como Louis Favoreu («La recherche collective en droit», pp. 149-158) e Isabelle de Lambertterrie («Réflexions sur la recherche en sciences du droit», pp. 1559-166). Otros trabajos, de aproximación más particular, tratan sobre la aparición en la literatura jurídica en Francia y Alemania, abogacía y doctrina, doctrina y enseñanza en el modelo universitario de Savigny, Corte de Casación cara a la doctrina, etc. En ambas entregas cierra la sección «Notules», con amplísima y siempre bien documentada actualidad bibliográfica internacional.

Droit et Société

Aparecieron para 1994 los núms. 26 y 27. El primero de ellos eligió en la sección «Dosier» el tema «Justice et Médias», siendo coordinado por Jacques Commaille et Antoine Garapon. Ocupa un espacio importante el tratamiento informativo del escándalo de la «sangre envenenada». De un interés más ampliamente constructivo los trabajos de los coordinadores; «L'exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre Justice et médias», por Commaille, y «La Justice est-elle «délocalisable» dans les médias?», por Garapon. En «Recherche et justice» se presentan diversos estudios de carácter histórico sobre la Administración de Justicia en Francia (territorialización, instituciones, funcionamiento, tendencias). De la sección «Etudes» reseñar «Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs», de Jacques Cailloise. Terminando, aplaudir la extensa y copiosa crónica bibliográfica y de novedades editoriales.

En cuanto al núm. 27 el «Dosier», al cuidado esta vez de André-Jean Arnaud, se dedicó a producción normativa: «Production de la norme juridique». La presentación de Arnaud, «Le droit comme produit» (pp. 293-301), ofrece la síntesis fundamental de los objetivos, debiendo señalarse el acierto de la elección monográfica. Colaboran André J. Hoekema (producción normativa de las Administraciones), Klaus Moritz (producción normativa y convenios colectivos en la esfera europea comunitaria), y Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (análisis socio-jurídico de la producción normativa en derecho laboral). La sección «Recherche et justice» diversifica contenidos en atención a sociología política y juventud, psicopatologías criminales y en torno al debate de la territorialización departamental de la institución judicial. En «Etudes» debe hacerse notar, por relación a específicas preocupaciones investigadoras en nuestra área de conocimiento, «La tradition juridique française et la diversité culturelle», de Norbert

Rouland (pp. 381-419), y «Réflexions autour de la conception postmoderne du droit», de Pauline Maisani & Florence Wiener (pp. 421-441) [*vid. infra*, Pensamiento Posmoderno].

Revue Interdisciplinaire d'études juridiques

En la entrega correspondiente al primer semestre de 1994 (núm. 32) resalta de modo sobresaliente la localización y difusión que Luc J. Wintgens lleva a cabo de la memoria elaborada por Nicolás A. Poulantzas en octubre de 1960 con destino a la obtención del *diplôme d'études approfondies en philosophie du droit*. Texto hasta hoy inédito, titulado *La renaissance du droit naturel en Allemagne après la seconde guerre mondiale*, y que en aquella fecha juzgaron los profesores Batiffol, Villers et Imbert. Wintgens ofrece en el cuidado de su reproducción (pp. 7-79), así como en la breve introducción explicativa de sus líneas fundamentales (pp. 1-5), un material de interés notable para el mejor conocimiento de los orígenes y producción intelectuales juveniles de Poulantzas, completando con ello una primera etapa de formación y aprendizaje en la que sólo existía disponible y publicado el texto de la *these de doctorat* que, dirigida por Michel Villey, dio a conocerse como *Droit et nature des choses. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur* (París, LGDJ, 1965). En este mismo número, entre otros trabajos, el estudio de María Elósegui, «Le rôle du juge»: Hume et les théories contemporaines de l'interprétation juridique», pp. 163-189 (su posmodernismo avant la lettre, crítica del modelo de legislador racional, de los mecanismos de aplicación mecánica de la ley, alineamiento con la función creativa del poder judicial, etc..).

En el núm. 33 significar en particular el trabajo de Javier de Lucas, «Droits universels, égalité et pluralisme culturel (a propos des droits des minorités culturelles)» (pp. 1-36), así como el informe de Francois Ost y Michel Van Kerchove acerca de las influencias, evolución y desarrollo de la teoría del derecho y preocupaciones filosófico-jurídicas en Bélgica entre los años 1968-1993 (pp. 107-137).

Cahiers de Philosophie politique et juridique

Sin que a la fecha de elaboración y cierre de esta *Crónica* hayamos podido acceder aún al previamente anunciado como «État de droit» (1993, núm. 24), contamos no obstante con el núm. 25, 1994, dedicado a «Le Stoïcisme aux XVI et XVII siècles». Colaboran en él, glosando figuras como las de Calvino, Paracelso, Juste Lipse, Giorano Bruno, Quevedo, Descartes, Spinoza o Lord Shaftesbury en su relación con las doctrinas estoicas, o abordando cuestiones como la afectividad, paciencia y temas más genéricos, las firmas entre otras de Pierre-François Moreau, Jacqueline Lagrée, Miguel A. Granada, Henry Méchoulan, Carle Talon-Hugon, Michel Sénellart, Alexandre Matheron, Lisa Ginzburg, etc. El trabajo del hispanista Méchoulan, «Quevedo stoicien?», pp. 81-94, resulta algo escueto y, en todo caso, con independencia de sus dimensiones, ciertamente demasiado enjuto en la utilización y recurso a la literatura complementaria disponible en el tema. No parece una consulta mínimamente exhaustiva el acudir por todo aparato crítico al extracto de una tesis doctoral. Convendrá recordar a este respecto, entre otros posibles, el muy sólido estudio publicado hace ya algunos años por Antonio Ruiz de la Cuesta, *El legado doctrinal de Quevedo. Su dimensión política y filosófico-jurídica*, e igualmente el dedicado con posterioridad por Manuel Segura Ortega a *La filosofía jurídica y política en las «Empresas» de Saavedra Fajardo*. *Vid.* también, en esta *Crónica* la sección «Clásicos. Facsímiles y Reediciones», sobre Francisco Sánchez de las Brozas.

Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte

Núm. 5-6, 1994. Los contenidos se distribuyen en dos secciones: Filosofía Penal y Criminología del Acto. Resulta en la primera un conjunto de estudios interesados en el común denominador de la filosofía del castigo. Así, en Hegel, sobre lo que trabajan Michael H. Mitas y Christian Talin; en Joël Feinberg, por Gerhar Seher; en Burke, por Jean-Gérard Rossi; en Hammourabi, Moisés y Mahoma, por Falih Madhi. Junto a ellos, otros trabajos entre los que más en particular destacan los siguientes. Stamatios Tzitzis, «Le Prométhée d'Eschyle au regard sadien: Violence sans Droit», pp. 84-97, quien presenta un sugestivo reexamen de la experiencia literaria en la cultura griega clásica en clave de análisis sadiano; virtud y vicio, hedonismo y violencia; interpreta el *Prometeo*, como la *Justine*, en tanto que expresiones del poder que busca su legitimidad a través de la violencia trascendida o reunente de conexión con el Derecho; es el ideal o meta de la justicia sadiana que, contemplada en una naturaleza amoral, se convierte en sombra travestida de violencia. Lucienne Schmitt, que escribe sobre «Mort et Droits de l'Homme», pp. 131-138; con orientación sociológica, Flora Leroy-Forgeot, «Enjeux publics de la privatisation de la Justice: le cas de la médiation», pp. 139-148; de profundización psicológica e interpretativa, Thomas Gil, «Violence et rationalité dans la Philosophie pratique de I. Kant», pp. 47-54, y Henri Pallard, «Peine, Justification et Hermeneutique» (retribucionismo, utilitarismo, la tentativa intermedia o mixta de Hart, y penología cartesiana de Jean-Paul Brodeur), pp. 179-190. La segunda sección, «Criminologie de l'Acte», expresa la idea de ligazón entre las clásicas preocupaciones intelectuales de la filosofía penal y las propias de la moderna investigación criminológica. Se trata, en especial, de conceder a la expresión «de l'Acte» un contenido y alcance no sólo metodológico, sino principalmente ontológico. «Nos parece —declara Lygia Negrier-Dormont en la «Presentación» a este número— que el delincuente no es sólo un individuo-fenómeno de la sociedad, sino una entidad ontológica, es decir: una persona. Por consiguiente, nuestro acercamiento al delincuente no puede quedar encerrado ni en una visión positivista ni en una metafísica idealista de resonancia teológica». Como trabajos que al interés de nuestra área de conocimiento deben ser así siquiera reseñados, los de Marcel & Françoise Boisot, «Le dilemme du prisonnier ou l'ambiguïté de la rationalité collective», pp. 219-230; Marcel Boisot, «Le délinquant et sa dignité», pp. 269-276, y J. Finkelstein-Rossi, «La représentation de la loi et de la société chez l'adolescent, ses rapports avec le problème de la transgression», pp. 283-294.

Archives de Philosophie du Droit

Tomo 39, 1995. Va dedicado en su sección monográfica a «Le Procès», reuniendo una veintena de colaboraciones. Su variado y abundante acercamiento al tema recomienda sólo entresacar noticia de algunos de ellos. Mención general a estudios de carácter histórico sobre el proceso en la Antigüedad (Grecia, el proceso a Sócrates, Roma), Edad Media (juicios de Dios, ordalías, utopía religiosa y derecho penal siglos V-XV), proceso canónico, procedimiento criminal en el Siglo de las Luces, P.F. Muyart de Vouglans o el anti-Beccaria. Más en línea de construcción filosófico-jurídica, Jean Hilaire, «Jugement et jurisprudence» (pp. 181-190); Guy Haarscher, «Le proces chez Perelman» (pp. 201-210), Valentin Petev, «Jugement juridique et jugement morale» (pp. 211-218), o Sergio Cotta, sobre la verdad jurídico-judicial y el proceso. Aspectos funcionales del proceso en Alessandro Giuliani, «Le rôle de "fait" dans la controverse» (pp. 229-238). También Pierre Catala, «L'informatique et l'analyse sur proces» (pp. 249-258). Diferentes aspectos relacionados con la sociología del proceso por Frédéric Zenati, Philippe Théry y François Terré.

Sección independiente se compone bajo el rótulo «Pensamiento alemán moderno y contemporáneo», a la que se traen traducciones de la *Teoría de la propiedad*, de Fichte, J-Ch. Merle, e *Injusticia legal y derecho supralegal*, de Radbruch, Michael

Walz, junto al comentario de O. Hoffe (pp. 319-333) sobre *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) (*vid. supra* versión también aparecida en *RIFD*, 2, 1994, pp. 270-290, así como, *infra* el comentario de Juan A. García Amado, «La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», en *Doxa*, 13, 1993, pp. 236-258), y el estudio de Jean Clam, sobre la fenomenología del derecho en Luhmann: de-fenomenologización de la sociología y de-polemización del derecho (pp. 335-377). Para «Etudes» figuran artículos de René Seve, sobre la esclavitud en Aristóteles, de Bruno Edelman, sobre Domat y el surgimiento de la idea de sujeto de derecho, y de Jean-Pierre Baud, en torno a la presencia del jurista en problemas de bioética. Cierra este tomo una nutrida selección bibliográfica y diversas corresponsalías en crónicas de actividades e investigación en Brasil, Canadá, EEUU e Italia.

Derechos y Libertades

La Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, distribuyó el núm. 3, 1994. Para su presentación abre el «In Memoriam» que Jorge F. Malem Seña dedica a la figura y pensamiento del desaparecido Carlos Santiago Nino, pp. 17-77. En la sección de «Artículos», una abundante participación de colaboradores en temas de filosofía jurídica. Así, Rafael de Asís, «Sobre los límites de los derechos», pp. 111-130; Vincenzo Ferrari, quien glosa en clave de valor interdisciplinar el análisis de Gegrorio Peces-Barba sobre derechos fundamentales, pp. 186-196. Sobre derecho a la intimidad, desde perspectiva constitucional, dos trabajos a firma de José Martínez de Pisón Cervero y Jesús P. Rodríguez. En ese mismo marco, también la primera entrega del estudio que José M.^a Contreras presenta en el examen de la libertad de conciencia. El derecho de asilo, desde óptica internacional, por M.^a Luisa Espada Ramos. Para el debate entre las concepciones liberal y republicana en torno a los derechos humanos y la soberanía popular, Jürgen Habermas, pp. 215-230 (*vid. supra*, en *Ratio Juris*, 1, 1994). En teoría de la Democracia, el trabajo de Massimo La Torre, abordando problemas de representación política y derechos fundamentales. Desde lo que esta *Crónica* va reuniendo bajo el denominador de Filosofía de los Derechos aparecen dos estudios. Uno es el de Javier de Lucas, «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», pp. 259-312. El otro, de Alfonso Ruiz Miguel, quien igualmente presenta una reflexión en clave de compromiso y razón práctica con la defensa del universalismo: «Pacifismo, guerra justa y legítima defensa», pp. 341-362. En el terreno de la historia de las ideas y el pensamiento político, Andrea Greppi, con «La naturaleza de las cosas en las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, de Edmund Burke», pp. 197-214. Conforman el diseño de esta publicación una decidida atención («Secciones») al enfoque legislativo y jurisprudencial de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español (Derecho penal, administrativo, laboral y procesal), resoluciones del Tribunal Constitucional, institución del Defensor del Pueblo, y en los sistemas y organismos internacionales. Extensa y bien elaborada la parte final en bibliografía con detenido balance sobre novedades; obras de Bobbio, B. de Castro, B. Montanari, G. Peces-Barba, C. G. Eeranmantry, J. R. de Páramo, y otros.

Doxa

Edición del núm. 13, 1993 de los Cuadernos de Filosofía del Derecho elaborados por el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Abre con la necrológica a H.L.A. Hart, por Joseph Raz, pp. 27-30. «Neoliberalismo y Estado», en la sección monográfica, concierne trabajos de Reinhard Zinti («Neoliberalismo y Estado social»), Carmen Herrero («Racionalidad individual-irracionalidad social. El conflicto justicia-eficiencia»), Albert Calsamiglia («Racionalidad individual y colectiva:

mecanismos económico-jurídicos de articulación») y Josep M.^a Colomer («Límites económico-políticos de la intervención estatal»). Amplísima la sección de «Artículos», para destacar, agrupados en rúbricas que han de ser aquí, por fuerza, generales, los siguientes. Teoría de la Democracia: Osvaldo Guariglia, «El concepto normativo de "persona" y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática». De difícil titulación, Massimo La Torre concilia teoría del derecho y metodología con reflexiones más abarcadoras en «Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma "evolución del derecho"». Materiales para una teoría de la legislación, Albert Calsamiglia: «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?». Critical Feminism: Martín F. Bohmer, «Feminismo radical feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible». Derechos fundamentales: Blanca Martínez de Vallejo Fuster: «La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger». Lógica jurídica: Carlos Alarcón Cabrera, «El "puzzle" constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas». Por último, Juan A. García Amado, «La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», pp. 235-258, ocupado de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), para interpretar de ella una reconstrucción del fundamento que se presupone en el derecho moderno y la en la sociedad de donde emana. Respecto a la sección «Notas», auténtica plataforma en donde *Doxa* auspicia el debate crítico y científico entre investigadores, indicar: en arrastre de anteriores entregas, C. Santiago Nino respondiendo a J. J. Moreno, P. E. Navarro y M. C. Redondo, o bien Luis Prieto Sanchís en dúplica con Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Inauguran la posibilidad o realidad de otros debates P. E. Navarro con Garzón Valdés sobre tolerancia, D. González Lagier con la obra de J. Raz *Razón práctica y normas*, y Raquel Osborne y J. F. Malem acerca del feminismo y liberalismo. Finalmente, el apartado de «Entrevista» que, como va demostrado a través de los importantes nombres que ya lo componen, constituye un material sobre el pensamiento jurídico, político y moral contemporáneo de valor incuestionable y que, además, por su acierto bien merecería plantear una edición independiente y compendiadora. Muchos confiamos que ello no se demore. Esta vez, Atienza y Manuel Jiménez Redondo mantienen una fluida conversación con Stephen E. Toulmin.

DE ALGUNAS REVISTAS EN FILOSOFÍA POLÍTICA Y MORAL

Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política

Núm. 9, 1994. John Rawls, «La idea de una razón pública», pp. 5-40: desde la idea de pluralismo como rasgo permanente y estable de definición de la cultura pública en las sociedades democráticas, el principio liberal de legitimidad del ejercicio del poder político es entendido conforme a una Constitución justificable en cuanto marco de aceptación general entre los ciudadanos por su realización de principios e ideales, por todos racional y razonablemente admisibles. Félix Ovejero Lucas, «Las defensas morales del mercado», pp. 41-63: evaluación moral del mercado, fundamentación y limitaciones; tesis del mercado como sistema social necesario, sea por superioridad moral incondicional, sea por desprovisión de moralidad; tesis del mercado como único sistema compatible con valores morales generalmente aceptados. (De este autor, y sobre lo anterior más por extenso, noticiar su reciente obra *Mercado, Ética y Economía*, Icaria, Barcelona, 1994). Ernesto Garzón Valdés, «Instituciones suicidas», pp. 64-128: instituciones de la democracia representativa y el mercado que libradas a sí mismas tienden a la autodestrucción; remedio mediante límites éticos a su funcionamiento; crítica de diversos modelos; propuestas a través de la idea de restricciones a la disponibilidad de decisiones parlamentarias (coto vedado) y formulación de «circunstancias del mercado». Para la sección de «Notas y Discusiones»: Pedro Schwartz, «Las libertades inseparables, o razones y dudas del neoliberalismo», y Antonio García Santesmeses, «El "éxito" del neoliberalismo».

Núm. 10, 1994. La sección monográfica va dedicada a «Ética y Filosofía de la Religión». Introducida con el «Manifiesto del Parlamento Mundial de las Religiones», intervienen José Gómez Cafarena, Hans Kung, Juan Martín Velasco y Manuel Fraijó. En «Notas y Discusiones», reseñar «Ética civil y religión», por José M.^a Madrones, y «Acerca del “giro jurídico” de la teoría crítica», por Juan Carlos Velasco, pp. 179-185 (atención al fenómeno de la juridificación como manifestación paradigmática del más amplio proceso del mundo de la vía por el sistema»; con excepción de iniciales trabajos jurídicos en Frank L. Neumann y Otto Kirchheimer, el «giro jurídico» en la teoría habermasiana como remedio «a uno de los déficits temáticos más agudos de la Teoría Crítica; «escuela francfortiana del derecho» con cultivadores como Ingeborg Maus, Bernhard Peters, Günther Frankenberg, Rainer Forst y Lutz Wingert).

Revista Internacional de Filosofía Política

Surge esta nueva revista a iniciativa de las universidades UAM (México DF) y UNED (Madrid), con dirección de Fernando Quesada. Su aparición enriquece un panorama científico todavía no demasiado abundante en publicaciones periódicas especializadas sobre Filosofía Política. Representa, además, todo un acierto en la ambición y rigor de su línea editorial, que deja establecida desde la «Presentación» (núm. 1): «atreverse a pensar el presente, sin la pretensión de ser «edificante». Concibe el pensamiento como un traspasar cuya dimensión crítica y utópica asume el pulso interno de nuestro presente y su palpar, articulándose, de este modo, en lo que más propiamente lo define: establecer las «mediaciones» que —en la comprensión de lo real— apuntan al cambio «plausible» y «posible...». Han de registrarse hasta el momento tres números, entre abril de 1993 y mayo de 1994. Para su reseña destacar en particular lo siguiente.

Núm. 1, «Pensar la Política, hoy». Colaboraciones de Giacomo Marramao («Paradojas del universalismo», pp. 7-20), John Dunn («Democracia: la política de construir, defender y ejemplificar una comunidad: Europa hoy»), Georges Labica (La apuesta perdida. Ensayo sobre la crisis del marxismo «real», pp. 40-52), Pablo Ródenas («Una definición de Filosofía Política», pp. 53-9) y Luis Salazar («Modernidad, política y democracia»); entrevista con Anthony Pagden («Antropología Histórica y Filosofía Política»); artículos de J. Francisco Alvarez («Límites de la racionalidad: información y libertad concreta», pp. 87-103), Paolo Bifani, y Gabriel Amengual («La solidaridad como alternativa. Notas sobre el concepto de solidaridad», pp. 135-151); otras secciones de debate y crítica.

Núm. 2, «Identidad Cultural/Pluralidad Política». Colaboraciones de Remo Bodei («El largo adiós a la identidad personal», pp. 5-20), Seyla Benhabid («La paria y su sombra: sobre la invisibilidad de las mujeres en la filosofía política de Hannah Arendt», pp. 21-36), Richard Rorty («Feminismo y pragmatismo», pp. 37-63) y Rodrigo Díaz («Experiencias de la identidad», pp. 63-74); entrevista con Thomas McCarthy («Crítica de la razón impura», por María Herrera); artículos de Nora Rabitnikof (reexamen de lo público), Aurelio Arteta (piedad y política), Mariano Aguirre y Pablo Carbajosa (investigación sobre la paz).

Núm. 3. «Nacionalismo y Política». Colaboraciones de Eric J. Hobsbawum («Identidad», pp. 5-17), John Schwarzmantel, Michael Keating («Naciones, nacionalismos y Estados», pp. 39-59), Andrés de Blas («A vueltas con el principio de las nacionalidades y el derecho de autodeterminación», pp. 60-80), John Coakley («Contrastando las perspectivas oriental y occidental sobre el nacionalismo», pp. 81-101), Ramón Máiz («¿Etnia o política? Hacia un modelo constructivista para el análisis de los nacionalismos», pp. 102-121); artículos de Alessandro Ferrara («Sobre el concepto de comunidad liberal», pp. 122-142) y M.^a Xosé Agra Romero («Fraternidad. Un concepto político a debate», pp. 143-166), y entrevista con Carlos Thiebaut («Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral. Un debate entre comunitarismo y liberalismo», pp. 167-175).

Otros núms. anunciados y en preparación: 4 «La democracia y sus límites», 5 «Sobre el futuro de Europa», 6 «Multiculturalismo y Federalismo».

Claves de Razón Práctica

Selección de trabajos aparecidos entre el núm. 42 (mayo 1994) y 61 (abril 1995). 42: Rafael del Aguila, «Tragedia, política y democracia», pp. 17-25; 43: Juan Antonio Rivera, «La improbable fundamentación de la Moral», pp. 16-25; 44: Karel Kosik, «La Democracia y el mito de la caverna», pp. 35-39, y Modesto Saavedra, «La ética televisiva y los Derechos del Público», pp. 42-49; 45, Adela Cortina, «Ética de la Sociedad Civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?», pp. 24-31; 46, Ferran Requejo, «El cuadrado mágico del Liberalismo», pp. 2-12; 47, Paolo Flores D' Arcais, «Voltaire», pp. 52-59, y Agnes Heller, «La modernidad omnívora», pp. 62-67; 48, Diálogo con Robert A. Dahl: «El poder de la democracia», por Ramón Vargas Machuca, pp. 44-54; 49, Fernando Savater, «La universalidad y sus enemigos», pp. 2-8 (extraído de su *Diccionario Filosófico*, Planeta, Barcelona, 1995), y Rosa M.^a Rodríguez Magda, «Pero, ¿hubo alguna vez posmodernismo francés?», pp. 56-63; 50, Albert O. Hirschman, «La retórica de la intransigencia», pp. 2-14, Víctor Pérez-Díaz, «La sociedad civil como posibilidad», pp. 16-29, Javier Pradera, «El doble lamento. La opinión pública ante el Estado de bienestar», pp. 40-49; 51, Paolo Flores D' Arcais, «El individuo libertario», pp. 2-8, Juan Fernando López Aguilar, «La independencia de los jueces. ¿Puede sobrevivir a los jueces independientes?», pp. 1018; Aurelio Arteta, «La piedad en Cioran», pp. 52-57, y Javier Otaola, «Ilustración y ética civil», pp. 62-65.

Revue Française d'Histoire des Idées Politiques

Nacimiento de una nueva revista científica dirigida a especialistas sobre pensamiento político en Facultades de Letras y Derecho, filósofos y politólogos. En línea editorial avanza su propósito como dirigido al estudio de las ideas políticas conforme al método histórico. Investigación interesada por los comportamientos de los actores sociales, así como por las representaciones, medios y fines que éstos elaboran. Contamos al momento de redactar esta *Crónica* con el anuncio sobre los contenidos del núm. 1 y 2 1995. Del tríptico de propaganda y difusión entresacamos los siguientes colaboradores y títulos. Núm. 1, en «Études», «Fascisme et ideologie fasciste; problemes historiographiques et methodologiques dans le modele de Zev Sternhell», por Francesco Germinario (Fondation Micheletti), y «La discussion entre Jellinek et Boutmy une controverse scientifique ou un conflit de nationalismes?», por Diethelm Klippel (Universidad de Giessen). Para la sección «Documents» textos de George Jhelinek y Emile Boutmy acerca de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En el núm 2, «Études». Pierre Ansart (Université Paris VII) «Une sociologie des idees politiques est-elle possible?»; Olivier Coquard (Université Paris I) «La scientificité du discours politique au XVIII siecle»; Patrice Rolland (Université Paris XII), y «La pensée économique marxiste contemporaine», por Gillers Rasselet (Université de Reims) y Jean-Pierre Dumasy (Université de Grenoble). En «Documents», «Itinéraires des années 70» (Fondation Singer Polignac), por Rony Brauman, Pierre Rosanvallon y Alain Touraine.

LIBERALISMO. NEOLIBERALISMO

Ha sido muy importante el eco de estos temas en trabajos científicos que, como el lector de esta *Crónica* puede comprobar, han tenido acogida con espacio significativo

en las entregas de diferentes Revistas de nuestra especialidad. Otras anotaciones de interés pueden venir dadas por las siguientes referencias.

David Morrice, «C.-B. Macpherson's Critique of Liberal Democracy and Capitalism», en *Political Studies*, 42, 4, 1994, pp. 646-660. Vid. también, Stefano Rodotà, «Los falsos sacerdotes de la democracia liberal», en *Leviatan*, 56, 1994, pp. 103-112.

Sobre democracia y teoría económica. Democracia y mercado: Stefano Zamagni, «Democrazia economica e libertà nelle società di mercato. Una prospettiva della moderna teoría económica», en *Il Politico*, 170, pp. 389-403. (Buchanan, Friedman, Rawls, Berlin). Vid. también, José Rubio Carracedo, «Democracia y racionalidad. Una relación conflictiva», en *Diálogo Filosófico*, 30, 1994, pp. 324-361 (inconsistencia del modelo liberal democrático; racionalidad económica y racionalidad estratégica: Schumpeter, Hayek, A. Downs; Buchanan y la racionalidad de la «elección pública»; Nozick y Gauthier: racionalidad del «estado mínimo»; K. Arrow: democracia y función de bienestar social; A. Sen: social choice; M. Olson: la lógica de la acción colectiva; la lógica de la cooperación social: límites de la «rational choice» y altruismo; Elster: marxismo analítico y racionalidad social; Rawls y Habermas: racionalidad constructiva y justicia equitativa; quiebra de la racionalidad liberal: comunitaristas y posmodernos; corporatismo: eficacia y legitimidad).

Del libro de Enrique Bonete Perales, *La faz oculta de la modernidad*, con prefacio de Salvador Giner, Tecnos, Madrid, 1995, destacar de entre varios caps., por enfoque en teoría sociológica y ética política, el quinto dedicado a Isaiah Berlin, al que titula «Del peso de la libertad al pluralismo moderno», pp. 133-184. De otra parte, la edición en Espasa Calpe, Madrid, 1995, con estudio introductorio de Joaquín Abellán, de una *Antología de ensayos*, de Isaiah Berlin (sobre el concepto de historia científica, teoría política, concepto de igualdad, Heder, Vico, Herzen, Tolstoi, unidad europea).

SOCIALISMO DEMOCRATICO

Comentario a *Political Liberalism*, por Emilio Martínez Navarro, «El socialismo del último Rawls», en *Sistema*, 125, 1995, pp. 117-130. José Fernández Santillán, «Liberalismo y socialismo», en *Sistema*, 120, 1994, pp. 5-19; Manuel Escudero, «El socialismo del presente, el presente del socialismo», en *Sistema*, 120, 1994, pp. 83-91 (comentario a Pedro de Silva, *Miseria de la Novedad*, 1993). Andrés de Francisco, «Del ideal socialista a la teoría del socialismo», en *Revista de Estudios Políticos*, 85, 1994, pp. 236-260. En la revista *Leviatan*, Tony Blair, «Ética, marxismo y verdadero socialismo», y Lluís Duch, «Socialismo y cristianismo», en *Leviatan*, 57-58, 1994, respec. pp. 95-102 y 103-112. También, F. Moderne y P. Bon (eds.) *L'Espagne aujourd'hui. Dix années de gouvernement socialiste*, La documentation française, 1993. Igualmente, Jacques Derville, «Un discours socialiste à reconstruire», en *Notes et Etudes Documentaires*, núm. 4996, 11, 1994 (proyectos, gestión, socialdemocracia y rocardismo).

CONSERVADURISMO. NEOCONSERVADURISMO

Ernesto Galli Della Loggia, *Intervista sulla destra* (Lucio Caracciolo ed.), Bari, Laterza, 1994. Un cuadro sobre el paisaje ideológico e histórico del pensamiento «de derecho». Arranque en la Revolución Francesa y la ruptura ideológica de la soberanía. Connotaciones de origen a través de claves reaccionarias, clericales y aristocráticas teniendo a De Maistre como pensador paradigmático. En adelante, distinción entre aquellos orígenes reaccionarios y el ulterior desarrollo conservador a través de Burke. No obstante, se considera al liberalismo como ajeno a la ideología de derecho; anota la exclusión en Burke de las premisas contractualistas. Pero no se contempla el caso de

Bentham, quien en su esfera liberal rechaza las construcciones del iusnaturalismo contractualista. Claves de militarismo, nacionalismo, fascismo y alteración violenta-derribo de poder liberal burgués. Apuntes sobre catolicismo político y social italiano y europeo.

También, *Democrazia e Diritto*, 1, 1994. Analiza como «Tema» la «Storia e culture di destra». Aparecen, entre otros, los estudios de Pascuale Serra, «Destra e fascismo. Impostazione del problema»; Michela Nacci, «Il passato come modello. Spunti sul tradizionalismo»; Giovanni Tassani, «La nuova destra»; Franco Farraresi, «La parabola della destra radiale»; Isidoro Davie Mortellaro, «Neopopulismo di fine secolo: il caso italiano», y Enrico Scoditti, «In occasione di Ugo Spirito». En la sección de debate, Pietro Barcelona, «Il vento di destra e le ragioni della sinistra», y Marco Tarchi, «Destra e sinistra: due essez e introvabili».

Debate sobre el conservadurismo en Gran Bretaña y EEUU. Robert Devigne, *Recasting Conservatism. Oakeshott, Strauss, and the Response to Postmodernism*, Yale University Press, 1994. Vid. también, Albert Oliet Palá, «Aproximación al conservadurismo británico contemporáneo. Michel Joseph Oakeshott y Roger Scrutton», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 217-236, y Sylvia Bashevkin, «Neo-conservatism: Anglo-American Women's Movements under Thatcher, Reagan and Mulroney», en *International Political Science Review*, 15, 3, 1994, pp. 275-296.

Importante la obra de Zeev Sternhell, Mario Sznajder y María Asheri, *El nacimiento de la ideología fascista*, Siglo XXI, Madrid, 1994. La investigación se separa del tradicional planteamiento economicista. Indaga el marco ideológico y cultural del movimiento fascista en Francia e Italia, que remonta a mucho antes de 1914. De aquella, desde el revisionismo revolucionario soreliano. En ésta, desde la alianza del revisionismo con el nacionalismo, los futuristas y otras corrientes vanguardistas.

Por último, Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995. Renovando una polémica aparentemente clausurada. Nota para españoles. Reverdecer permanente del árbol de las ideologías. Identidad de la izquierda actual con el igualitarismo y los signos de liberalismo. Identidad de la derecha actual con discursos de tendencial igualitarismo sin renuncia a la reivindicación liberal. Sitúa la frontera ideológica de la diada derecha/izquierda en las estrategias; actitudes ante la igualdad. Crítica: una diferenciación en algunos momentos demasiado emocional, pero que no resta sustantividad al criterio.

TEORIA DE LA JUSTICIA. MORAL Y DERECHO

Gianfrancesco Zanetti, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Il Mulino Bologna, 1993. Centrado en la ética a Nicomaco. En especial, sobre los dos tipos de justo: el *physikon dikaon* y el *nomikon dikaion*, cap. 7. De interés igualmente sobre amistad política y justicia, desde la noción de *sympheron*. Se reflejan también en su análisis temas y problemas de rehabilitación de la filosofía práctica, con referencias a Rawls, MacIntyre y Agnes Heller.

Mary Douglas, «Sentimiento e cultura nelle teorie della giustizia», en *Il Mulino*, 352, 1995, pp. 201-215.

Bruce Ackerman, *La Justicia Social en el Estado Liberal*, introd. de Carlos Rosenkrantz, CEC, Madrid, 1993. Asunción de las ideas políticas del liberalismo con rechazo de las vertientes utilitarista y contractualista. Fundamentación de la justicia y el Estado a través de la idea de abstención o método de evitación frente a concepciones metafísicas o filosóficas generales-excluyentes.

Edición francesa de John Rawls, *Justice et démocratie*, estudio prelim. de Catherine Audar, Seuil, Paris, 1993. Reune material en complemento a la *Teoría de la Justicia*, y respuestas a observaciones críticas precedentes sobre aquella obra. También, M.^a Pilar González Altable, *John Rawls. Una concepción política y liberal de la justicia*, Ed. Novo Século, Iria Flavia-Padrón, 1994 (en reflexión sobre el proyecto de fundamenta-

ción teórico de la democracia liberal para superación de las tensiones entre igualdades básicas formales y desigualdades materiales, concepción de persona moral y sentimientos morales en Rawls, regulación de libertades y principio de diferencia, etc...).

David Gauthier, *Moral por acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 1994. Desde paradigmas de individualismo metodológico y utilitarismo, reflexión y desarrollo en teoría de la moral considerada como parte de la teoría de la elección racional. Concepción de la moral como conjunto de restricciones racionales e imparciales que limitan la búsqueda del interés particular. Principios morales como objeto de un acuerdo voluntario, bajo cálculo racional y restrictivamente egoísta, entre seres racionales que persiguen intereses comunes.

Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993. Sobre vinculación entre derecho y moral como tema central en la reflexión filosófico-jurídica. Distanciamiento de las doctrinas iusnaturalistas y de las posiciones de relativismo extremo. Enclave en la tradición ilustrada partidaria de la diferenciación entre el derecho legalmente válido y el derecho moralmente válido.

TEORIA DE LA DEMOCRACIA

«Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes», por Jon Elster, en *Revue Française de Science Politique*, 44, 2, 1994, pp. 187-256. Elabora acudiendo a Th. Schelling (*The strategic of conflict*, 1960) y J. Habermas (*The theory of communicative action*, y *Moral consciousness and communicative action*) una distinción entre argumentación y negociación como modalidades de resolución de los conflictos políticos para considerar la influencia que razones estratégicas y determinaciones sociales ejercen sobre los actores políticos a la hora de favorecer el interés público sobre el particular. Toma como base de examen la Convención Federal de Filadelfia de 1787 y la Asamblea Constituyente francesa entre 1789 y 1791.

De la utilización de argumentos racionales en la deliberación pública y el cambio institucional se ocupa Giandomenico Majone, «Décisions Publiques et délibération», en *Revue Française de Science Politique*, 44, 4, 1994, pp. 579-598. Contesta la concepción de la vida política como juego de suma cero y propone una interpretación en suma positiva por participación en un interés recíproco.

Political Theory, 22, 3, 1994. Trae una sección dedicada a «Responsability and Integrity», con estudios de Ruth W. Grant, en una lectura interpretativa en Rousseau, ampliada por Arthur Ripstein a Hegel, y sobre Nietzsche y Heidegger, en el caso de Leslei Paul Thiele.

Democrazia e Diritto, Revista del Centro de Estudios e Iniciativas para la reforma del Estado, en su núm. 4, 1993, estuvo dedicada a «Le fide delle democrazia», reuniendo entre otros los siguientes estudios: Pietro Barcellona, «Crisi dello stato nazionale e democrazia», pp. 3-15; Giusepp Cotturri, «Cittadini, magistratura, informazione: dal terzo al sesto potere», pp. 17-28; José A. Navarro, «Garantismo e democrazia», pp. 29-61 (garantismo jurídico; derecho y democracia en el garantismo; garantismo y principio de legalidad; límites del garantismo; legalidad, soberanía y obediencia; principio de legalidad y autonomía privada; garantismo y derecho civil).

Christian Savès, *Pathologie de la démocratie. Essai sur la perversion d'une idée*, Imago, París, 1994. Amenazas en el entorno de la idea democrática desde ciertos discursos liberales, así como desde el Estado-providencia. Faltan sin embargo las propuestas.

Elías Díaz, «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», en *Sistema*, 125, 1995, pp. 5-22. José Acosta Sánchez, «La articulación entre representación, Constitución y democracia. Génesis, crisis actual y Constitución española», y Eduard Tarnawski, «El tiempo de las democracias inciertas», ambos en *Revista de Estudios Políticos*, 86, 1994, resp. pp. 99-152 y pp. 153-194.

Vid. también, José M.^a Rosales, «Ciudadanía en Democracia: condiciones para una política cívica», en *Sistema*, 112, 1994, pp. 523 (Democracia como política cívica. Defiende la dimensión cívica o ciudadana de la política constituye como elemento común de las diferentes experiencias de gobierno democrático). *Id.* A., «Los argumentos del individualismo. En torno a la primera identidad liberal», en *Pensamiento*, 50, 1994, pp. 197-211 (aborda con carácter introductorio y expositivo la evolución desde el primer individualismo liberal, basado en el derecho de propiedad, hacia la idea de un individualismo racional, compatible con la defensa de la igualdad en las formulaciones de Hobbes, Rousseau, Kant, Hegel, Mull y Tocqueville).

Josep M.^a Felip i Sarda & Joaquín Martín Cubas, «La teoría posempirista de la democracia de Damilio Zolo. Una aproximación», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 287-303.

Jean-Marie Guéhenno, *El fin de la democracia*, Paidós, Barcelona, 1996. Sobre la fragilidad y quiebras democráticas a fin de siglo. Creciente subsidiariedad o secundariedad de la política como sistema organizador de la vida social. Alain Touraine, *¿Qué es la democracia?*, Temas de Hoy, Madrid, 1994. Relevante en especial la reflexión sobre la insuficiencia de las ideas de «libertad negativa» y resistencia al poder autoritario para base de una construcción democrática. También sobre democracia y mercado.

DERECHOS HUMANOS. DERECHOS FUNDAMENTALES. FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

Stephen Shute & Susan L. Hurley (ed.), *On Human Rights*, Basic Books, New York, 1993. Contribuciones de Rawls, Steven Lukes, Rorty, Lyotard y Elster. Debate sobre la universalidad de los derechos humanos; dependencia de la filosofía liberal occidental e inexportabilidad v. necesidades fundamentales análogas a cualquier organización humana. Centran los puntos de vista más representativos Rawls (visión universalista y fundamento de racionalidad esencial para cualquier concepción pública de la justicia y del orden social) y Rorty (fundamento racional del respeto a los derechos humanos, moralidad racional). Vid. también, H.C.F. Mansilla, «Principios Universales y valores particulares. El racionalismo occidental y las identidades sociales premodernas», en *Sistema*, 125, 1995, pp. 95-115.

Carlos Ruiz Miguel, «Sobre la protección de los datos personales automatizados», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 237-264. Rafael Bustos, «El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión», en *Revista de Estudios Políticos*, 85, 1994, pp. 261-290. Miguel Angel Aparicio Pérez, «Sobre la desobediencia civil y la desobediencia al derecho constitucional», y M. Atienza, «La otra solución. A propósito de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional», ambos en *Jueces para la Democracia*, 2, 3/1993.

Xenofobia, discriminación de minorías, quiebra y adecuación de los ordenamientos internos al Derecho internacional, universalismo, pluralismo cultural, etc. De ello, por extenso, la obra de Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994. También, reimpresión de *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías* (1992), Tecnos, Madrid, 1994.

Patrick Weil, «Immigration, nation et nationalité: regards comparatifs et croisés», en *Revue Française de Science Politique*, 44, 2, 1994, pp. 308-326, contiene una crítica valorativa de diversos materiales bibliográficos relacionados con la materia en los que se abordan modos y procesos de asilo, integración, incorporación, y sobre especificidad del Estado-nación y nacionalidad, en el marco de experiencias europeas (Francia, Alemania, España) y americanas. Vid. también, M.^a Luisa Espada Ramos, «Asilo e inmigración en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, 86, 1994, pp. 71-98. Javier de Lucas, «Las razones de la exclusión. ¿Qué derechos para los extranjeros?»

en *Jueces para la Democracia*, 18, 1/1993. Carlota Solé, «Conflictos raciales a la luz de la teoría de los juegos», en *Papers*, 1994, 43, pp. 161-168.

T. Faist, «Immigration, integration and the ethnicization of politics: A review of German literature», en *European Journal of Political Research*, 25, 4, 1994, pp. 439 y ss.

Sobre multiculturalismo «The Tapestry Vision of Canadian Multiculturalism», por V. Seymour Wilson, en *Canadian Journal of Political Science*, 26, 4, 1993, pp. 645 y ss. También, María Chiara Pevatolo, «Soggetti di diritto o animali culturali. Charles Taylor e il problema del multiculturalismo», en *Il Politico*, 168, 1994, pp. 137-159, sobre la obra de Taylor *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»*, Princeton, Princeton U. P., 1992. También, Javier de Lucas, «Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad», en *Documentación Social*, 97, 1994, pp. 73-90.

Paolo Bonetti, «Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 1994, pp. 3-83. Encarnación Carmona Cuenca, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 265-286.

Enrique P. Haba, «Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, "derechos" económicos», en *Sistema*, 125, 1995, pp. 59-74.

Solidaridad: Javier de Lucas, «El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente», en *Revista de Derecho ambiental*, 12, 1994, pp. 51-71. José Calvo González, «Přiblížení k demokratickému paradigmatu. Solidarita a evropská demokratická konstrukce», en *Střední Evropa. Revue pro Stredo-evropskou Kulturu a Politiku* [Europa del Centro. Revista para la Cultura y la Política Centro-europea, Praha], 49, 1995, pp. 326-345. (Paradigma democrático y solidaridad).

BIOÉTICA Y PROBLEMAS EN SU ENTORNO

Monográfico «Human Nature, Biology, and Justice», en *International Political Science Review*, 15, 4, 1994. Aunque en ciertos planteamientos se excede el contenido anunciado, destacar la introducción a cargo de Rogers D. Masters (pp. 323-326), así como «Of Facts and Values: A Bio-political Perspective», de Richards Shelly Hartigan, pp. 327 y ss, y «Paradox and Tragedy in Human Morality», de Pouywel Slurink, p. 347 y ss. De orden socio-histórico y en debate, «A Sociological Defense of Aristotle's Sexual Politics», por Larry Arnhart, y respuesta de James Bernard Murphy, «Aristotle, Feminism, and Biology».

Núm. especial de *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1, 1994, sobre «Bioética e Biodiritto». Entresacamos los siguientes trabajos: «Autonomía privada e scelte bioetiche», por Guio Alpa, pp. 3-10; «L'interesse del minore nella procreazione assistita», por Gila Ferrando, pp. 119-142; «Problema demografico e obblighi verso le generazioni future», por Antonella Liberti, pp. 161-180, y Carlo Augusto Viano, «La bioética defensiva e il fatto ella bioética», pp. 265 y ss. Varios estudios sobre el suicidio.

METODOLOGIA JURIDICA

Reimpresión del clásico Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994. Muy oportuna y largo tiempo demorada. También, Hans Martin Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Salvatore Mazzamuto y Lucia Nivarra (eds.), Giuffrè, Milano, 1993.

Droit Prospectif, 4, 1994, presentó el noveno Cahiers de Méthodologie Juridique, esta vez dedicado a «L'evaluation législative», distribuyéndolo en cuatro partes: Problemática de la evaluación legislativa, Evaluación legislativa en Francia, y en el Extranjero (Alemania, Bélgica, Canadá, EEUU y Suiza), y una última de recopilación

documental. Interesan en particular las contribuciones en la parte primera. Así, Genevieve Pignarre, «L'effet pervers des lois», pp. 1097-1140, Charles-Albert Morand, «L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quaternaire pouvoir», pp. 1141-1162, y Jean-Louis Bergel, «Appréciation méthodologique sur l'évaluation législative», pp. 1167-1174.

Se hallarán también materiales de interés en tema de producción jurídica y teoría de la legislación en el vol. 19, 2, 1994 de los *Legislative Studies Quarterly*, que en esta ocasión ha recogido varios trabajos sobre modelos de organización legislativa. Igualmente, en el núm. 3 de la misma anualidad, destacando el trabajo de Arthur Lupia & Mathew D. MacCubbins, «Who Controls? Information and the Structure of Legislative Decision Making», pp. 361 y ss.

Politica del Diritto, 26, 2, 1994 incluyó una sección de nueva y específica temática a la que rubricó como «Delegificazione», trayendo a ella la contribución de Patrizia Vipiana, «La delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche», pp. 317-362.

TEORIA DEL DERECHO

Recoger en primer lugar noticia de la edición de *Textos básicos de Teoría del Derecho*, a cargo de Francisco Javier Ansiátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1994. Compilación de materiales de para uso docente. Abarca la totalidad significativa de las directrices de contenido en Teoría del Derecho. Traducción impecable de textos. De enorme utilidad práctica en su disponibilidad conjunta.

En manualística, Luis Martínez Roldán y Jesús A. Fernández Suárez, *Curso de Teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

Paul Dubouchet, «Por une théorie normative de l'institution», en *Droit Prospectif*, 3, 1993, pp. 739-756 (sobre revisión el normativismo en el viejo institucionalismo jurídico apoyado en la idea de normas secundarias y normas primarias y en la noción de institución como sistema normativo complejo. Hauriou y Renard. Hart y Bobbio). Id., «La théorie normative du droit et le langage du juge», en *Droit Prospectif*, 2, 1994, pp. 657-690. Id. «Herméneutique et théorie normative du Droit», en *Droit Prospectif*, 3, 1994, pp. 735-767.

INTERPRETACION JURIDICA

Paul Brace & Melinda Gann Hall, «Integrated Models of Judicial Dissent», en *The Journal of Politics*, 55, 4, 1993, pp. 914 y ss.

Politica del Diritto, 25, 2, 1994, dedicó una de sus secciones a «Corte Costituzionale e opinione dissenziente». Los trabajos, de recomendable interés, van a firma de Adele Anzon («Foma delle sentenze e voti partecipari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto», pp. 229-240), Jörg Luther («L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca», pp. 241-266), Sergio Bartole («Opinioni dissenziente: problemi istituzionali e cautele procedurali», pp. 267-276), Alessandro Pizzorusso («Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale», pp. 277-280), Roberto Romboli («L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità», pp. 281-298), y Antonio Ruggeri («Per la introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione», pp. 299-316).

«Political Power and Judicial Review in Italy», por Mary L. Volcansek, en *Comparative Political Studies*, 26, 4, 1994, pp. 492 y ss. «Game Theory, Legal History, and the Origins of Judicial Review: A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison», por Robert Lowry Clinton, en *American Journal of Political Science*, 38, 2, 1994, pp. 285

y ss. «The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions», por Donald R. Songer, Jeffrey A. Segal & Charles M. Cameron, en *American Journal of Political Science*, 38, 3, 1994, pp. 673-696.

Gerard Timsit, *Les figures du jugement*, PUF, Paris, 1993, la obra está en línea con publicaciones anteriores como *Themes et sistemas de droit* (1986) y *Les noms de la loi* (1991). Aquí se examinan relaciones entre juez y ley bajo la descripción de Montesquieu. Los planteamientos son innovadores en varios aspectos sobre la clásica figura del poder judicial.

Juan Igartúa Salaverría, «Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales», en *Jueces para la Democracia*, 18, 1/1993. Aparecido posteriormente formando capítulo junto a otros cuatro («Libre valoración de la prueba y presunción e inocencia», «La valoración de la prueba y su control en la casación penal española», «La motivación de las sentencias y su control en casación» y «Control democrático sobre la valoración de la prueba en el proceso penal»), en *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

El vol. 15, 2, 1994 de la *International Political Science Review*, contiene una decena de colaboraciones al tema monográfico «The Judicialization of Politics». Torbjörn Vallinder hace la presentación observando el fenómeno a escala mundial. Siguen estimaciones ordenadas por países (EEUU, Alemania, UK, Francia, Holanda, Suecia, Canadá, Israel y Filipinas y Sudeste asiático). Vid. también, Massimo Morisi, «Jurisdicción y política. Viejas preguntas al hilo del caso italiano», en *Revista de Estudios Políticos*, 85, 1994, pp. 9-36, y Francisco Gor, «La salida de Tangentópolis pasa por llevar a buen fin los procesos». (Entrevista a Giuliano Turone), en *Jueces para la Democracia*, 21, 1/1994. Con anterioridad, «Protagonismo judicial y cultura de los jueces», por Roberto Bergalli, en *Jueces para la Democracia*, 19, 2/1993. De interés igualmente, Michele de Salvia, «Trasparenza della giustizia: equita del procedimento, presunzione di innocenza e informazione del pubblico. Dove collocare il punto d' equilibrio?», en *Rivista Internazionale dei Diritto dell' Uomo*, 3, 1993, pp. 608-623.

La sección «Controversy» de *American Political Science Review*, 88, 3, 1994, presenta de interés el estudio de Helmut Norpothe, Jeffrey A. Segal et al., «Popular Influence on Supreme Courts Decisions», pp. 711 y ss. Vid. también Domingo García Belaunde, «La interpretación constitucional como problema», en *Revista de Estudios Políticos*, 86, 1994, pp. 9-38.

Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pref. de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1994; centón para diversos enfoques y análisis en temas propios de esta sección, ramificables a teoría del derecho y teoría de la democracia. El A. indaga la tentativa teórica de aproximación crítica al normativismo kelseniano desde posiciones próximas al liberalismo filosófico y político iluminista. Vid. también, Letizia Gianformaggio, (ed.), *Le regioni del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Giuffrè, Milano, 1994. Trabajos de Gianformaggio, P. Costa, R. Guastini, M. Jori, C. Luzzati, M. Ripoli, V. Villa, R. Bergalli, M. A. Cattaneo, P. Ferrua, G. Fiandaca, D. Nelken, T. Padovani, S. Senese, M. Taruffo, E. R. Zaffaroni, M. Bovero, A. Contu, E. Lecaldeno, E. Resta, D. Zolo y Ferrajoli.

TEORIA ANALITICA DEL DERECHO

Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini. Ensayos de J. Aguiló, C. E. Alchourrón, M. Atienza, J. Ruis Manero, F. BVARoncelli, R. Caracciolo, Comanducci, G. C. Florida, L. Gianformaggio, R. Guastini, R. A. Guibourg, N. MacCormick, B. Manin, V. Petrev, L. Prieto Sanchís, Giappichelli, Torino, 1994.

RAZONAMIENTO JURIDICO

Neil MacCormick, «La argumentación y la interpretación en el derecho», en *Revista Vasca de la Administración Pública*, 36, 1993, pp. 201-220. Juan Igartúa Salaverría, «Conceptos indeterminados y hechos del Derecho», en *id.*, pp. 263-280.

También, Juan Vallet de Goytisolo, «Los principios generales en la interpretación del Derecho según el profesor Federico de Castro», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XVII, 2, 1994, pp. 5-20.

POSITIVISMO JURIDICO INSTITUCIONAL

No fue posible reseñar en la anterior *Crónica Bibliográfica* la aparición de la entrega núm. 2 de *Ratio Juris* concerniente a 1993: que incluyó tres estudios a cargo Ota Weinberger, «Institutional Theory of Action and its Significance for Jurisprudence», pp. 171-180, Carla Fallari, «Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison», pp. 181-189, y Massimo La Torre, «Institutionalism Old and New», pp. 190-210. Con posterioridad, también Ota Weinberger, «Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz», *Rechtstheorie*, 1994, 1, pp. 1-17 (*vid. infra*), y María Angeles Barrete Unzueta, «Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law» en *Ratio Juris*, 1994, 3, pp. 353-365, contrastando las doctrinas dogmáticas y principalmente sociológicas de Ehrlich y Weber y recogiendo las aportaciones teóricas más recientes relacionadas con las tesis de Weinberger y MacCormick (en distinto grado e índole, Rottleuthner, Ferrajoli y Baratta, Cotterrell, Ost y Kerchove, Luhmann, Ferrajoli y Opalek).

Un desarrollo de teoría jurídica que se reclama en la línea del positivismo jurídico institucional, el de Dick W. P. Ruiters, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Kluwer, Dordrecht, 1993. Trasciende la concepción del derecho como conjunto de normas. Validez jurídica desde la teoría de los actos de habla en Searle. Nociones de actos jurídicos institucionales y actos de habla «específicos» como categorías en la clasificación de actos y normas jurídicas. Tránsito de los hechos jurídicos institucionales a instituciones.

HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y LA CULTURA JURIDICO-POLITICA EN EUROPA

Angel Sánchez de la Torre, *La Tiranía en la Grecia antigua*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1994. Discurso de ingreso. Contestación a cargo de Manuel Alonso Olea. Ley, Derecho y violencia. Eficacia de un *nomos* óptimo. Perspectiva histórica de los regímenes tiránicos. Proyección de modelos históricos. Reflexión griega sobre la Tiranía.

J. M. Bermudo, *Maquiavelo, consejero de príncipes*, prol. de J. Solé Turá, Universitat de Barcelona, 1994. Introd.: la doctrina del mal. Principales contenidos: ideología y filosofía de Maquiavelo, republicanismo cívico (*Discorsi*), pensamiento político (*El príncipe*), apéndice sobre maquiavelismo en nuestro tiempo (excepcionalidad política, sus formas y los fines del Estado, legitimación normativista y consecuencialista, moral privada y pública, seguridad y solidaridad). *Vid. también*, «Patricide and the Plot of *The Prince*: Cesare Borgia and Machiavelli's Italy», por John T. Scott & Vickie B. Sullivan, en *American Political Science Review*, 88, 4, 1994, pp. 877-900. De otra parte, en eds. Cátedra, con introd. y notas e M. Pozzi, Baldassare Castiglione, *El Cortesano*.

Yves-Charles Zarka (ed.), *Raison et raison d'Etat. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVIe et XVIIe siècles*, Paris, PUF, 1994. El volumen agrupa un nutrido elenco de colaboradores y estudios. Sobre Maquiavelo, por Vasoli; sobre Botero y la racionalización de la actividad de gobierno, por Zarka, sobre Lucinge, por Baldini; sobre el antimachiavelismo de Campanella, por Germana Ernst; sobre Naudé, de nuevo por Zarka. Otros ensayos abordan las doctrinas del XVII examinando, por ejemplo Lazzeri, el pensamiento de Spinoza considerado crítico de la teorías de la razón de Estado en cuanto partidario de trasladar la racionalidad política a las estructuras institucionales. De la obra del republicano moralista Harrington se hace cargo Borot. Bouchilloux lo hace de la argumentación sobre la obediencia política de Pascal. Etc.

Simone Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, PUF, Paris, 1994. Nueva interpretación del Pufendorf y su contemporaneidad en la dialéctica moderna de positividad e idealismo jurídico. Concepción de la ley natural en Pufendorf. Derecho natural como deontica preexistente a la actividad creadora de normas.

«Alexis de Tocqueville: nuove categorie di interpretazione», por Roberto Giannetti, en *Il Politico*, 169, 1994, pp. 297-320, sobre la segunda parte de *Democracia en América* (individualismo metodológico, racionalidad de los actores individuales, participación, instituciones democráticas, cambio social).

Peter Borschberg, «*De Societate publica cum infidelibus*. Una obra juvenil de Hugo Grocio», en *Revista de Estudios Políticos*, 83, 1994, pp. 113-136. Paul Dubouchet, «La doctrine du droit public de Fichte», en *Revue du Droit Public*, 3, 1994, pp. 675-692.

Bernard Biancotto, *La pensée politique de Guglielmo Ferrero*, Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1994. En dos partes construidas como hipótesis y teorización: la idea de progreso y la noción de legitimidad.

Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Discurso de Ingreso en la Real Academia Española de la Lengua. Aborda los orígenes y evolución filosófica y política de la ley como producto de la libertad humana expresada a través de la voluntad general y construcción articuladora de los derechos individuales.

HOBBS

Pascuale Pasquino, «Thomas Hobbes. La condition naturelle de l'Humanité», en *Revue Française de Science Politique*, 44, 2, 1994, pp. 294-307. Reexamen de la idea de estado de naturaleza, doctrina de la obligación política y racionalidad de la obediencia a la ley, distinción entre autopreservación y derecho sobre todas las cosas.

HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y LA CULTURA JURIDICO-POLITICA ESPAÑOLA

Julián Viejo Yharrassarry, «El sueño de Nabucodonosor. Religión y política en la monarquía católica a mediados del siglo XVII», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 145-164. Ernest Lluch, «La España vencida de siglo XVIII. Cameralismo. Corona de Aragón y «Partido Aragonés» o «Militar», en *Sistema*, 124, 1995, pp. 13-42.

José Calvo González, «Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños del s. XVII: Francisco de Amaya», en *Revista de Estudios Antequeranos*, 2, 1994, pp. 359-371. Con carácter interdisciplinar combina investigación en historia del pensamiento jurídico en Andalucía y biblioteconomía.

En literatura política vasca de finales del siglo XVIII, Juan Fernández Sebastián (ed.), *La ilustración política. «Las reflexiones sobre la forma de gobierno», de José A. Ibáñez de Rentería*, Universidad del País Vasco, 1994.

De utilidad muy sobresaliente, Pedro Pascual, *Escritores y editores en la Restauración canovista (1875-1923)*. Eds. de La Torre, 2 vols., Málaga, 1994. Ley de imprenta de 1883, Ley de Propiedad Intelectual de 1879. Historia de la edición en España.

PENSAMIENTO ESPAÑOL CONTEMPORANEO (JURIDICO, POLITICO, MORAL)

Destacar el libro de Elías Díaz, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994 (reúne trabajos acerca de Ortega, Unamuno, Besteiro, Tuñón de Lara, González Vicén, Treves, Bobbio. También otras numerosas referencias, así a Tierno). Sobre éste último, Jorge Novella Suárez, «Tierno Galván y el Barroco», en *Sistema*, 121, 1994, pp. 5-27.

Jesús J. Sebastián Lorente. «La idea de Europa en el pensamiento político de Ortega y Gasset», en *Revista de Estudios Políticos*, 83, 1994, pp. 221-245. Para una recuperación de Ortega en los ambientes académicos de la filosofía española, Javier San Martín, *Ensayos sobre Ortega*, UNED, Madrid, 1994. También, José Ortega y Gasset, *Notas de trabajo. Epílogo...*, en ed. de José Luis Molinuevo, Alianza-Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 1995; reflexión en últimas lecturas, materiales de trabajos en preparación (Bergson, Cassirer, Heidegger, Levy Bruhl, etc.).

Pensamiento y cultura política. Francisco Tomás y Valiente, «Azaña. Su tiempo y el nuestro», en *Sistema*, 124, 1995, pp. 5-12. Fernando Salmerón, «El pensamiento de José Gaos. La filosofía política de los transterrados», en *Sistema*, 120, 1994, pp. 59-71. M.^a Lucrecia Rovalétti, «Xavier Zubiri o la inteligencia militante», en *Sistema*, 121, 1994, pp. 123-134.

Filosofía jurídica española: Benjamín Rivaya García, «En torno a la Universidad y la Guerra: el caso González Vicén. (¿Últimas noticias?)», en *Sistema*, 121, 1994, pp. 97-112 (pliego de descargo de González Vicén en el expediente de su depuración). Miguel Ayuso Torres, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Fundación Elías de Tejada, Madrid, 1994. Semblanza personal, con falta de distanciamiento, en momentos hagiográfica. Temas: pensamiento tradicional y su reconstrucción en la España contemporánea, filosofía neotomista y categorías existencialistas, «europeísmo» de las Españas, etc.

Francisco Abad, *Introducción al pensamiento español del siglo XX. Dos estudios*, Edit. Agora, Málaga, 1994. Enfrenta tareas pendientes en la historia del pensamiento español del siglo XX, como el análisis de la llamada «generación de 1914». Sobre ella y Ortega versa el primer cap. En el segundo, interna la trayectoria historiográfica de J. Antonio Maravall a través de categorías como estructura histórica, renacimiento, barroco, siglo XVIII, Edad de Plata, etc...

Identidad femenina y filosofía. M.^a José Lacalzada de Mateo, *La otra mitad del género humano. La panorámica vista por Concepción Arenal (1820-1893)*, Universidad de Málaga, 1994.

Biografía y obra intelectual. Sobre Aranguren, Feliciano Blázquez, *José Luis L. Aranguren. Medio siglo de la Historia de España*, prologado por Pedro Laín Entralgo, Ethos, Madrid, 1994. De la aventura intelectual y vital de Ferrater, *José Ferrater Mora. El hombre y su obra*, Salvador Giner y Esperanza Guisán (Eds.), en la colección de monográficos Τελοζ Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, núm 1, SIEU-Universidad de Santiago de Compostela, 1994. Colaboran por secciones Carlos Nieto Blanco, Fernando Salmerón, Ezequiel de Olaso, Josep-María Terricabras («Pensamiento y personalidad de José Ferrater Mora»); C. Ulises Moulines y José Echevarría («Integracionismo»); Serafín Vegas, Isidoro Reguera y José L. Barreiro («Ser y Senti-

do»); Prisciñe Cohn y, E. Guisán y Lluís Alvarez («De la materia a la razón práctica: ética y estética»); S. Giner («En la encrucijada»); Javier Muguerza, Jesús Mosterín, Victoria Camps («Semblanzas»). Cierra este libro homenaje una conversación de Giner con Ferrater y un apéndice bibliográfico de su producción investigadora preparado por C. Nieto Blanco.

De Emilio Lledó, *Memoria de la Etica*, Taurus, Madrid, 1994, Origen de la memoria ética, Aristóteles, recorrido hasta sistema de valores actual, crisis de la virtualidad comunicativa del lenguaje. También, *Días y libros. Pequeños artículos y otras notas*, con presentación de Mauricio Jalón, —Junta de Castilla y León— Consejería de Cultura y Turismo, 1994. Selección de breves escritos en muy diversa circunstancia y tema. Recordatorios personales, reflexiones sobre actualidad política, reseñas y críticas de libros. Una escritura siempre inteligente y sugestiva.

PENSAMIENTO EUROPEO CONTEMPORANEO. (JURIDICO, POLITICO, MORAL)

Dedicado a Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca y Roberto Michels, *Elitism and Democracy*, ed. e introd. de Robertino Ghiringhelli, Cisalpino, Milano, 1993. Recopila ensayos de Ettore A. Albertoni, («An introductory essay. Origins and development of Political Elitism», pp. 23-88; además los tres autores de referencia, sobre Arthur Livinston, Shumpeter, Buchanan y K. James H. Meisel) Stephen P. Koff («Mosca and intellectual life in America», pp. 89-104), G. Lowell & John Higley («Elitism in the context of american culture and political science: some personal observations», pp. 113-123), y Moshe M. Czudnowski («The elitist paradigm of G. Lowell and John Higley a critical appraisal).

Dedicado a Mannheim el núm. 62, 1993 de *RES. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, donde entresacamos: Emilio Lamo de Espinosa, «Introducción. En el centenario de Karl Mannheim (1893-1947)», pp. 7-16; Ignacio Sánchez Yncera, «Crisis y orientación. Apuntes sobre el pensamiento de Karl Mannheim», pp. 17-44; J. Carlos Gómez Muñoz, «El retorno de la sociología del conocimiento de Mannheim a una epistemología de corte weberiano», pp. 45-60; José M.^a González García, «Reflexiones sobre *El pensamiento conservador* de Karl Mannheim», pp. 61-82; Valentín Uson Pérez, «Karl Mannheim (1893-1947). La construcción social de la libertad», pp. 83-98; Javier Noya Miranda, «Clase, conocimiento y ciudadanía. La (des)legitimación del Estado del Bienestar en la perspectiva de la sociología del conocimiento de Mannheim», pp. 99-122. Otros trabajos, sobre una lectura actualizada de *Ideología y utopía*, o sobre *La sociología ante el problema generacional*, y un texto de Mannheim, titulado *El problema de las generaciones*. Finalmente, Sánchez Yncera aporta una compilación bibliográfica actualizada de los escritos de Mannheim.

Alfonso Ruiz Miguel, *Política, Historia y Derecho en Norberto Bobbio*, Fontamara, México, 1994. Lucia Triolo, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1993. Jean Baudoin, *La philosophie politique de Karl Popper*, PUF, Paris, 1994. O. Marcel, *La maladie européenne. Thomas Mann et le XX siècle*, PUF, Paris, 1993. Demetrio Velasco Criado, *Etica y poder político en M. Bakunin*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993. José Ignacio Lacasta Zabalza, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Talasa Ediciones, Madrid, 1994 (investigación culturalista de las ideas de Sorel en el contexto intelectual de su época, filosofía política, marxismo, socialismo, anarcosindicalismo, antisemitismo e interpretaciones).

Noan Chomsky, *Política y cultura a finales del siglo XX*, Ariel, Barcelona, 1994. Reune los textos de su participación en el seminario de la Universitat de Girona en ocasión de su visita el año 1992. «Perspectivas de libertad y justicia», «Poder y democracia», seguramente éste el más interesante, y «Creación y cultura al final del siglo XX».

Jean-François Niort, «La naissance du concept de Droit Social en France: une problématique de la liberté et de la solidarité», en *Droit Prospectif*, 3, 1994, pp. 773-794 (doctrina jurídica del individualismo clásico, crítica sociológica de la libertad, la síntesis solidarista, doctrina jurídica y Derecho Social).

Teoría del Derecho. Artículos de Franco Modugno y de Antonio d'Atena sobre el pensamiento Vezio Crisafulli y la teoría de las fuentes del derecho, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 1994, respect. pp. 487-532 y 533-551.

Teoría política contemporánea. Fernando Vallespín (ed.), *Historia de la Teoría Política*, 6, Alianza, 1995. Debates más actuales en ciencia política. En un primer bloque, Hannah Arendt, Hayek, R. Aron, I. Berlin, Escuela de Frankfurt (Marcuse, Horkheimer, Adorno). Para un segundo, Rawls, Habermas, Foucault, Rorty, Luhmann. Un cap. específico sobre «economicismo político» (Arrow, Amartya Sen, Neumann, Monrgestern, Taylor, Axelrod. Escuela de Chicago y de Virginia, etc.). Otro, igualmente, acerca del «pensamiento político español del siglo XX»: generación de 1914 y régimen franquista. Finalmente, sobre teoría política y tecnocratización, y globalización de la democracia liberal. Han intervenido en este vol., entre otros, Elena Beltrán Pedreira, Cristina Sánchez, José L. García de la Serrana, Julian Sauquillo, Josep M.^a Colomer, Ramón Cotarelo, Angel Valencia, Manuel Méndez Almazora, Elías Díaz y Rafael del Aguila.

Historia de la edición en Europa, *Giulio Einaudi en diálogo con Severino Cesari*, Anaya & Mario Mucnik, Madrid, 1994. Testimonio y guía de la buena parte de la intelectualidad y cultura europeas contemporáneas.

NIKLAS LUHMANN. JÜRGEN HABERMAS

El núm. 61, invierno 1994 de *New German Critique*, se ofreció en completo a Niklas Luhmann. El volumen está presentado por William Rash & Eva M. Knodt, bajo la rúbrica «Systems Theory and the System of Theory» (pp. 3-7). Figuran en adelante dos trabajos de Luhmann (pp. 9-23, y 25-37), respectivamente titulados «The Modernity of Science» y «Speaking and Silence». Los ensayos de crítica, comentario y de análisis en debate son: Harro Muller, «Luhmann's Systems Theory as a Theory of Modernity» (pp. 39-54); W. Rash, «In Search of the Lyotard Archipelago, or: How to Live with Paradox and Learn to Like It» (pp. 55-75); E. M. Knodt, «Toward a Non-Foundationalist Epistemology: The Habermas/Luhmann Controversy Revisited» (pp. 77-100); Cary Wolfe, «The Pragmatics of Epistemology in Rorty and Luhmann» (pp. 101-127); Andrew Arato, «Civil Society and Political Theory in the Work of Luhmann and Beyond» (pp. 129-142); Robert Holuub, «Luhmann's Rogeny. Systems Theory and Literary Studies in the Post-Wall Era» (pp. 143-165). El volumen cierra con un extenso (pp. 161-202) catálogo bibliográfico sobre el concepto «Öffentlichkeit», confeccionado por Arthur Strum.

Vid. también, André-Jean Arnaud y Pierre Guibentif (eds.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, LGDJ, Paris, 1993. Destacando la introducción, ocupada en el rescate de los perfiles jurídicos del pensamiento sociológico de Luhmann. Util bibliografía y sugestiva conversación.

El núm. 62, primavera-verano 1994 de *New German Critique*, dedicó una sección especial al tema «Habermas's Discourse Ethics». En ella participaron Thomas F. Murphy II, «Discourse Ethics: Moral Theory or Political Ethic» (pp. 111-135), y respuesta de Jean Cohen (pp. 136-148); James P. Sterba, «Benhabib and Rawls's Hypothetical Contractualism» (pp. 149-164); «Comments on Seyla Benhabib, "Situating the Self"», por Iris Marion Young (pp. 165-172); Seyla Benhabib, «In Defense of Universalism. Yet Again! A Response to Critics of "Situating the Self"» (pp. 173-189).

Otros estudios sobre Habermas en *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), *supra* Juan A. García Amado, «La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», en *Doxa*, 13, 1993, pp. 235-258, y Otfried Höffe, «Una conversione della teoria critica? Sulla teoria del diritto e dello Sta-

to di Habermas», *RIFD*, 2, 1994, pp. 270-290. *Vid.* también, Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Editions du Cref, Paris, 1994. Los dos caps. centrales, de los cuatro que componen la obra, tienen como temática el análisis del lenguaje desde el pensamiento habermasiano: así, «Droit et indécidabilité du langage: l'ambiguïté philosophique de J. Habermas», y «Au-delà de la théorie habermassienne du droit» (análisis del lenguaje y análisis del derecho; juicio jurídico e indecibilidad pragmática, etc.). En cuanto al primer y último cap., ambos sobre «procéduralisation du droit» y crisis en los modelos de democracia.

NORBERT ELIAS

REIS. Revista Española de Investigaciones Sociológicas, 65, 1994, organizó un monográfico sobre Norbert Elías. Coordinado por Ramón Ramos Torre y Helena Béjar reunió los siguientes trabajos. H. Béjar, «Norbert Elías, retrato de un marginado»; Ramos Torres, «Del aprendiz de brujo a la escalada reflexiva: el problema de la historia en la sociología de Norbert Elías»; José M.^a González García, «Norbert Elías: literatura y sociología en el proceso de civilización»; Fermín Bouzá, «Debatiendo con Norbert Elías: entre el yo y el nosotros»; Jürgen Kpcka, «Norbert Elías desde el punto de vista de un historiador»; F. Javier Noya Moranda, «¿Una economía moral internacional? Elías, Polanyi y la legitimación de la ciudadanía social europea»; dos textos de Norbert Elías presentados por los coordinadores: «Civilización y violencia. El destino de la lírica alemana del barroco. Entre la tradición cortesana y la traición burguesa».

H. ARENDT

Margaret Canovan, *Hannah Arendt. A reinterpretation of Her Political Thought*, Cambridge University Press, 1993. Como más original la interpretación de la teoría de la acción política como nostalgia de la antigua *polis* griega. Examina la producción de Arendt y algunos escritos inéditos.

Vid. también Yves Sintomer, «Pouvoir et autorité chez Hannah Arendt», en *L'homme et la société. Revue Internationale de Recherches et de Synthèses en Sciences Sociales*, 1994/3, pp. 117-131. Seyla Benhabid, «La paria y su sombra: sobre la invisibilidad de las mujeres en la filosofía política de Hannah Arendt», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2, 1993, pp. 21-36.

FOUCAULT

Biografías. Jeannette Colombel, *Michel Foucault. La clarté de la mort*, Jacob, Paris, 1994. Traslada la memoria de su conocimiento personal durante las campañas de los 70 contra las prisiones o a favor de los disidentes. Refiere el proyecto de un viaje a Checoslovaquia, que no llegó a realizar. Reflexiones sobre sus análisis de micropoder y biopolítica tomados como contribuciones fundamentales en el examen de las sociedades post-totalitarias. Estudio de la arqueología del saber, de los trabajos acerca de la locura, sexualidad, sujeto moral y muerte.

Un estudio de especial finura interpretativa por Pedro M. Hurtado Valero, *Michel Foucault. (Un proyecto de Ontología Histórica)*. Lib. Agora, Málaga, 1994. Prolongación del pensamiento foucaultiano, del pensar y del pensar de otro modo, sobre una ontología «del presente» que indaga las formas históricas en la que el sujeto se constituye como experiencia en el seno de la práctica, tomadas en su ser puro de eventos, y sobre una ontología «del porvenir» donde, despertando de nuestras evidencias, indaga formas desconocidas de ser.

PRAGMATISMO

Political Theory, 22, 3, 1994, «Pragmatism and Liberalism Between Dewey and Rorty», por Richard Shusterman, pp. 391-412. Richard Rorty, «Feminismo y pragmatismo», en *Revista internacional de Filosofía Política*, 2, 1993, pp. 37-63.

Wolf Heydebrand, «Pragmatism and Technocratic Theory: The Contemporary Role of Legal Pragmatism and Technocratic Justice», en *Rechtstheorie*, 1994, 1, pp. 19-42.

MILL. BENTHAM. UTILITARISMO

John Stuart Mill, *Essais sur Tocqueville et la société américaine*, introd. de Patrick Thierry, trad. de P. Thierry, P.-L. Autin et al., Vrin, Paris, 1994. Edición de textos menores. Se trata de dos reseñas de Mill a *De la démocratie en Amérique* publicadas entre 1835 y 1840. Valioso el estudio preliminar de Thierry. Los textos destacan las preocupaciones e intereses: democracia de clases medias, igualdad de condiciones, etc. También, John Stuart Mill, *Autobiographie*, trad. de G. Villeneuve, introd. y notas de M. Robson, Aubier, Paris, 1993. Fundamental en el conocimiento de la formación intelectual de Mill. Ascendencia paterna, autodidactismo, lecturas, etc. La revista *Esprit*, de junio 1994, publicó al cuidado de P. Bouretz un inédito en lengua francesa de Mill, titulado «Discours sur la perfectibilité». Su tema principal es el mejoramiento y excelencia moral, concediendo en ello absoluta relevancia a la educación y opinión pública. De Mill, por último, Ana De Miguel, *Cómo leer a John Stuart Mill*, Júcar, Madrid, 1994 (divulgativo y no obstante riguroso; novedades introducidas al corpus teórico de Bentham; fundamentación de la moral, teoría democrática y élites; principios económicos; intervencionismo estatal; emancipación de la mujer; apéndice de comentario a un fragmento sobre *Del gobierno representativo*).

Kevin Milligan & Robert Roth, (ed.), *Regards sur Bentham et l'utilitarisme*, Droz, Geneve, 1993. Reseñar en teoría jurídica las colaboraciones de Michel van de Kerckove, «Le système des preuves en droit chez Bentham», y J. Bouveresse, «La théorie des fictions chez Bentham». Sobre lo último, *vid.* también, más por extenso, C. Laval, *Jeremy Bentham. Le pouvoir des fictions*, PUF, Paris, 1994.

Arthur Kaufmann, «Die Lehre von negativen Utilitarismus», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1994, 3, pp. 476-488.

Τελοζ. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas

Vol. III, 1, 1994. En las secciones habituales («Utilitarismo clásico», «Debate contemporáneo» y «Ética aplicada») trabajos de: Fred Rosen, «Es Bentham utilitarista?», pp. 11-26; Utilidad y autonomía de la dogmática jurídica, por Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz (pp. 948), primera parte de «Utilitarismo y Teoría del Desarrollo Moral», sobre crítica de las teorías cognitivas y su fundamento kantiano, a cargo de José Luis Tasset (pp. 49-83), y sobre el estado de la moral en Italia, a medio camino entre la ética teórica y la aplicada, de Eugenio Lecaldano (pp. 87-106). Junto a ello, la creación de un apartado nuevo, que lleva por encabezamiento «Discusiones contemporáneas sobre la Libertad», inaugurado por José Vilas Nogueira con «Identidad cultural, conflicto cultural y violencia», pp. 109-124 (también en *Revista de Estudios Políticos*, 86, 1994, pp. 229-242). El resto de contenidos se maquetan en secciones de novedades bibliográficas y revista de libros y publicaciones periódicas.

Vol. III, 2, 1994. Para esta ocasión, dos investigaciones sobre Hume; sobre su pensamiento utilitarista, por Margarita Costa (pp. 916), y acerca de identidad personal y yo moral, por Joaquín Clotet (pp. 17-28). En «Utilitarismo clásico», estudio dedica-

do a la filosofía moral de T. H. Green, entre kantismo y consecuencialismo, por David Weisntein, pp. 31-58, y de Ana De Miguel sobre el problema del paternalismo en Mill, pp. 59-70. A1 «Debate contemporáneo» suman trabajos Philip Pettit & Geoffrey Brennan («Consecuencialismo restrictivo», pp. 73-98) y Pedro Mercado Pacheco («Análisis económico del Derecho y Utilitarismo: concordancias y divergencias», pp. 99-123). Se incorpora igualmente una entrevista con Amartya K. Sen, realizada por María Elósegui, y nota biográfica a cargo de Carmen Verde, (pp. 127-132). [En otro lugar de Amartya K Sen, «Codicci morali e successo economico» *Il Mulino*, 352, 1994, pp. 187-200].

Utilitas

Vol. 6, 2, nov. 1994. «Articles», entre otros, «Consequentialism, Moral Responsibility, and the Intention. Foresight Distinction», por J. Justin Oakley & Dean Cocking, pp. 201-216; «Epicurus as a Forerunner of Utilitarianism», por Geoffrey Scarre, pp. 219-232; «Obedience to Rules and Berkeley's Theological Utilitarianism», por Matti & Heta Hayry, pp. 233-242. Sobre Mill y feminismo: «Conflictins Principles or Completing Counterparts? J.S. Mill on Political Economy and the Equality of Women», de Michele Green, pp. 267-286, y «J.S. Mill and Harriet Taylor on Women and Marriage», de Susan Mendus, pp. 287-299. La publicación incluye recientes novedades en los catálogos bibliográficos de Bentham y Mill.

PENSAMIENTO POSMODERNO: SOCIEDAD, CULTURA, LITERATURA DERECHO

«Courage and Comedy in Plato's Laches» por Aristide Tessitore, en *The Journal of Politics*, 56, 1, 1994, pp. 115-133.

Chantal Millon-Delsol, *L'irrévérence. Essai sur l'esprit européen*, Mane, Paris, 1993. Examina orígenes y evolución de Europa arrancando tomados desde Jerusalén, continuando en Atenas y Roma. De allí perfila la esencia de un espíritu crítico y de contestación y revuelta consigo mismo. Contiene interpretaciones históricas y de pensamiento algunas muy atrevidas, y acaso no siempre suficientemente documentadas.

Pauline Maisani & Florence Wiener, «Réflexions autour de la conception post-moderne du droit», en *Droit et Société*, 27, 1994, pp. 421-441: noción de complejidad, crisis del derecho (racionalidad, efectividad, legitimidad), voluntad de democratización jurídica, ruptura epistemológica y nuevo paradigma. Vid. también, Michel Vakaloulis, «Modernité avancée et modernisation "post"-moderne. Notes théoriques d'une recherche», en *L'homme et la société. Revue internationale de recherches et de synthèses en sciences sociales*, 1994/3, pp. 5-18.

En teoría política, teoría de la democracia y posmodernidad: H.C.F. Mansilla, «Los enfoques postmodernistas frente a las ambigüedades de la democracia y el desarrollo», en *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 79-112.

Rómán Alvarez (ed.), *La presencia ausente. Perspectivas interdisciplinarias de la posmodernidad*, Universidad de Extremadura, 1994. Intento de delimitación de la idea de posmodernidad bajo perspectivas que abarcan desde la sociología y las artes visuales, a la literatura o la filosofía de la ciencia. Algunos planteamientos de singular relevancia: la mujer en el mundo post-ilustrado, o el renacimiento de lo barroco. Trabajos de Christopher Norris, sobre la posmodernidad de la ciencia, Rosa M.^a Rodríguez Magda, «Mujer y transmodernidad», o de Juan Luis Moraza, «100% gramática 100% dramática». En literatura norteamericana y poesía y narrativa anglosajona, Francisco Collado Rodríguez y Manuel Brito. Descarta el «Diccionario incompleto de la posmodernidad», por M.^a Carmen Africa Vidal. José Marcelo elabora una exhausti-

va y rica relación bibliográfica general sobre posmodernidad. Vid. también, Agnes Heller & Ferenc Féher, *La modernidad y la liberación del cuerpo*, Península, Barcelona, 1995. Precariedad en la coexistencia de los valores de la libertad y de la vida para con el sexo, la salud, el medio ambiente y la raza.

Posmodernismo y religión. Ernest Gellner, *Posmodernismo, razón y religión*, Paidós, Barcelona, 1995. Antropología, constructivismo y hermenéutica.

LENGUAJE. SEMANTICA. SEMIOTICA

Jaime Nubiola, *La renovación pragmatista de la Filosofía analítica. (Una introducción a la filosofía contemporánea del lenguaje)*, Eunsa, Pamplona, 1994. Resurgimiento de la filosofía del lenguaje desde el influjo del pensamiento del último Wittgenstein, Ch. S. Peirce y la tradición pragmatista americana. Renovación pragmatista haciendo en la lógica instrumento multidisciplinar. Relaciones de la filosofía del lenguaje con la lingüística, la teoría de la comunicación, la semiótica, etc.

En Oñati Proceedings, 1994, *Legal Semiotics and The Sociology of Law*, Bernard S. Jackson (ed.), con más de una docena de contribuciones siendo de relevante interés, Eric Landowski, «Deux points de vue pour une socio-sémiotique» (pp. 9-21); Domenico Carzo, «Le droit comme fait social total» (pp. 23-53); Leon Sheleff, «Four Truths. Legal and Political, Judicial and Historical» (pp. 73-96); «Towards and Interdisciplinary Model of Legal Communication», Bernard S. Jackson (pp. 97-110), seguido de reflexiones críticas a cargo de David Nelken, «Rules and Stories: a comment on Jackson» (pp. 111-118); Antoine Garapon & François Paychere, «Sociologie juridique et sémiotique juridique» (pp. 133-150), y «Silence in the Legal Process: a Socio-pragmatic Moel», por Dennis Kurzon (pp. 297-332).

International Journal for the Semiotics of Law

Se completó la edición de las tres entregas (núms. 19, 20, y 21) correspondientes al vol. VII, 1994. Entre sus contenidos indicar en particular el monográfico del núm. 19 sobre «Linguistics and Legal Discourse», coordinado por Dennis Kurzon, en el que también intervienen Tarja Salmi-Tolonen y José De Sousa E. Brito. Para el 20, los trabajos de Rolando Gaete («Hermeneutical Popperism and the Play of Justice», pp. 115-131), Eveline T. Feteris, que se ocupa de los recientes desarrollos en teoría de la argumentación (pp. 133-153), Roberta Kevelson, que a propósito de la Lex Talionis lo hace sobre equivalencia y evolución en semiótica jurídica (pp. 155-170) y Bernard S. Jackson, con «Some Semiotics Features of a Judicial Summing Up in a English Criminal Trial» (pp. 201-224). En el núm. 21 comienzan a publicarse parte de los estudios presentados al X.º Coloquio Internacional de la IAS, «*Images of Justice*» (Burdeos, 1994); así, Kelvelson, «Icons of Justice/ Spirit of Laws» (pp. 227-239), y Michael K. Green, «Images of Justice» (pp. 253-293), Air Hirvonen («Reading *Hamlet*. The Delay of Justice» (pp. 295-310). Otros estudios: Monica Den Boer, «Deictic References to Space and Time in Criminal Evidence» (pp. 295-310), y Bernard S. Jackson, «Envisaging Law» (pp. 311-334).

NARRATIVISMO. MATERIALES PARA UNA TEORIA NARRATIVA DEL DERECHO

Julia Kristeva, *Las nuevas enfermedades el alma*, Cátedra, Madrid, 1995. Utilidad del relato y la construcción narrativa en la práctica psicoanalítica y terapéutica. Tam-

bién caps. de señalado interés los titulados «Secretos de un analista», pp. 175-184, Y «Tiempo de mujeres», pp. 185-205.

Narrativismo e interpretación jurídica: José Calvo González, «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)», en *Poder Judicial*, 33, 1994, pp. 33-43. Administración de Justicia y virtualización narrativa: María Rosaria Ferrarese, «La giustizia penale aggregata. Judicial intelligence e meccanismi narrativi», en *Politica del Diritto*, 4, 1994, pp. 653-666.

SOCIOLOGIA. SOCIOLOGIA JURIDICA

Nueva edición en PUF, 1994, 415 pp., de la *Sociologie juridique* de Jean Carbonier. Incorpora trabajos entre 1960 y 1970. Tres perfiles fundamentales: sistemático, en orden a la posición de la sociología jurídica en el «árbol de conocimiento»; prospectivo, por relación a reglas y métodos en el trabajo, convirtiendo a la sociología del Derecho en profesión de sociólogos y juristas; teórico. Temas específicos como el de regla jurídica y producciones normativas, justicia. La organización de los textos en «notes et noeuds» o «sillons et sillages» muestra la posición del A. respecto a recientes y más novedosas elaboraciones y experiencias jurídicas y sociológicas.

Entre las publicaciones del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, encontramos (Oñati Working-Papper 2) *Oñati Thesaurus. Work in Progress Papers*, Steve Carr & Anré-Jean Arnaud, 1993. Allí, el trabajo de Ernesto Martínez Díaz de Guereñu, «Old and New Sociological Categories. Materials for an exogamic reflection», pp. 21-25 (visión interdisciplinar, en especial desde la biología, de las categorías o nociones fundamentales del Derecho y la Sociología).

Claude Gauier, «Corporation, société et démocratie chez Durkheim», en *Revue Française de Science Politique*, 44, 5, 1994, pp. 836-855. Relevancia de la categoría de «corporación» en su teoría social junto a otras como «solidaridad orgánica», más estudiada. Traslada su reflexión en aprovechamiento para la comprensión de las crisis de integración social y socialización política.

Fundación FOESA. *V.º Informe Sociológico sobre la situación social en España*, 2 t., Fundación Foesa, Madrid, 1994. Como un dibujo insistido de la realidad sociológica española. Trabajo empírico sobre variables como población, estructura social, desigualdad, familia. Sobre ello, comparativamente respecto de otros informes (A. De Miguel, o S. Del Campo) en el t. 1, «La España del cambio», pp. 1-145. De interés específico en orden a la sociología jurídica, el trabajo de Juan José Toharia, cap. 4 (El sistema político): 4. 6. «La Administración de Justicia» (aspectos de organización e imagen de la justicia-administración de Justicia), pp. 651-674. Igualmente, resaltar la novedad sobre anteriores informes Foessa en t. 2, cap. 13: «Tecnologías para la Información: la conclusión de la década», pp. 2074-2283.

Profesiones jurídicas y Derecho Comparado. Fue tema monográfico elegido en el núm. 3 de 1993 por la *Revue Juridique de Droit Comparé*. Repaso por países (Alemania, Países Bajos, Inglaterra, EEUU), junto a estudios sobre abogacía en Francia y Bélgica.

Sociologia del diritto

Anualidad 1994, núm. 1 y 2. Destacando en el primero, dirigido a diferentes facetas del pluralismo, Massimo Corsale, «Alcuni modi teorici del modello pluralistico», pp. 15-30; Javier de Lucas, «Hipocresías y falacias en torno a la inmigración extracomunitaria: el caso de España», pp. 31-45; Alessandra Facchi, «Pluralismo giuridico e società multi-etnica: proposte per una definizione», pp. 47-58; Anna Rosa Favrettop, «Pluralismo e micro-realtà sociali», pp. 59-84, y Vittorio Olgiati, «Il pluralismo giuridico come lotta per il diritto (e la follia teorico-metodologica di una recente pro-

posta)», pp. 97-128. Para el núm. 2, Elías Díaz, «¿Bobbio *versus* Bobbio? Dualismo analítico y razón práctica», pp. 5-18 («discurso de presentación» para la investidura de Bobbio como Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid), y María Rosaria Ferrarese, «Argomenti e interessi nei processi di decisione giuridica», pp. 151-162.

CLASICOS. FACSIMILES Y REEDICIONES

Francisco Sánchez de las Brozas, *Doctrina del Estoico Filósofo Epicteto, que se llama comúnmente Enchiridión*, Ed. a cargo de Luis Gómez Canseco, Colección Clásicos Extremeños, Diputación de Badajoz, 1992. El ed. en su introducción plantea el estoicismo como moral en la Contrarreforma, investiga la idea de actividad moral en el Brocense, concreta la recepción de Epicteto en España, examina la doctrina del «Enchiridión» y ofrece balance de las ediciones registradas. La reproducción se lleva sobre la salmantia de 1600, anotando la variantes con otras posteriores.

Nunca habrá de tenerse por bastante el reconocimiento a la labor de promoción investigadora que en nuestro país vienen favoreciendo y desarrollando con importante éxito, rigor y nivel científico algunos organismos públicos de la Administración. Este es el caso, fuera de toda discusión, en Junta General del Principado de Asturias. Su actividad editorial lleva recuperados desde el año 1992 en su colección «Clásicos Asturianos del Pensamiento Político» materiales de interés sobresaliente. 1. Gaspar Melchor de Jovellanos, *Memoria en Defensa de la Junta Central*, 2 t. (Memoria y Apéndices), con estudio preliminar y notas de José Miguel Caso González (1992); 2. Francisco Martínez Marina, *Principios Naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, 2 t. (Principios naturales del gobierno civil y político, y Principios naturales de la moral), con estudio introductorio de Joaquín Valera Suanzes (1993); 3. José del Campillo y Cossio, *Dos escritos políticos* (Lo que hay de más y menos en España, y España despierta), con estudio preliminar y notas de Dolores Mateos Dorado (1993); 4. Pedro Rodríguez Campomanes, *Escritos regalistas*, 2 t. (Tratado de la Regalía de España, y Juicio Imparcial sobre el Monitorio de Roma), con estudio preliminar y notas de Santos M. Coronas González (1993); y 5. Alvarez Flores Estrada, *Escritos Políticos*, con estudio preliminar de Manuel Jesús González (1994).

También, nuevamente, unas líneas como deuda extensible (*vid.* nuestra anterior *Crónica*, sobre *El libro ilustrado. Jovellanos lector y educador*, p. 605) por referencia a algunos de los actos celebrados con motivo del CCL Aniversario del nacimiento de Jovellanos. Reseñar así la publicación del excelente catálogo *Jovellanos. Aficionado y Coleccionista*, a cargo de Javier González Santos, Fundación Municipal de Cultura, Educación y Universidad Popular, Caja de Asturias — Ayuntamiento de Gijón, 1994. Se ocupa en «Jovellanos y las Bellas Artes», de los escritos artísticos de Jovellanos y experiencias en Sevilla, Madrid, Asturias y Gijón, Mallorca y otra vez Sevilla. Para «Jovellanos coleccionista», el estudio y reconstrucción de su galería artística.

VII

CRITICA BIBLIOGRAFICA

Margarita BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Tecnos, 1994, 152 páginas.

El profesor García de Enterría presenta este libro, que elogia merecidamente, como un ejercicio de introspección que persigue clarificar el uso intuitivo de principios que hace el jurista cuando ordena los conceptos legales para aplicarlos. Hay ciertamente aquí un esfuerzo de clarificación conceptual de los principios jurídicos, si bien se lleva a cabo sin tratar de racionalizar las intuiciones que sobre ellos tienen los juristas. Afortunadamente, porque esas intuiciones son tan diversas e irreductibles que difícilmente podría tener éxito la tarea de armonizarlas. En lugar de perseguir ese objetivo imposible la autora acierta a exponer de modo convincente su propia concepción de los principios, que no deja de apoyar en la de otros autores ya consagrados, los cuales no forman ni mucho menos el conjunto de la doctrina. Veamos sucintamente sus tesis.

En su introducción al concepto, Beladiez concibe a los principios jurídicos como el fundamento del Derecho y muestra cómo las diferentes tendencias dogmáticas sobre dicho fundamento definen los principios de diferente forma. Tras repasar esta evolución concluye que el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una determinada comunidad ha considerado valioso, ya sea la ley divina, la ley positiva o las convicciones jurídicas de la comunidad. Esta última sería la percepción actual, de la cual se desprende una concepción de los principios como ideas jurídico-éticas de una comunidad. Ante la discusión sobre si tales ideas han de estar reflejadas en textos positivos para ser consideradas valores jurídicos, la autora propone una respuesta negativa. Según ella, una vez superada la concepción clásica de la ley no hay razones para negar juridicidad a principios de «Derecho natural». En particular, sostener que los principios generales del Derecho provienen directamente de la sociedad no genera mayor inseguridad jurídica que permitir su inducción desde los textos positivos; y por lo demás es posible apoyar en éstos virtualmente cualquier principio. Este enfoque conlleva negar la calificación de principios jurídicos a aquellos preceptos no escritos contenidos en el Derecho positivo pero que no se corresponden con las convicciones de la comunidad. Cuando se aplican tales preceptos no se aplica un principio, sino un texto positivo analógicamente (p. 38). La analogía *legis* no es fuente de principios jurídicos; es más bien la analogía *iuris* lo que permite conocerlos.

Ahora bien, ¿cuáles son los principios vigentes? ¿cómo se reconocen? El criterio de la evidencia no sirve sino para unos pocos principios cuya relevancia en la comunidad no ofrecen dudas, como ocurre con el de buena fe. El criterio de que el orden de valores de la comunidad está condensado en las instituciones jurídicas, el cual permite asegurar que son principios jurídicos los que se ajustan a ellas, no garantiza sin embargo la identificación de todos los principios. La razón es que algunos principios son ideas que no cristalizaron en instituciones ni tienen su origen en la autonomía de la vo-

luntad que está detrás de éstas. Beladiez sugiere que los principios generan instituciones, y no a la inversa; por eso el criterio que permita reconocer los principios servirá al mismo tiempo para fundamentar las instituciones en los valores sociales. El problema es que no existe un criterio infalible para determinar cuándo una idea constituye un valor propio de la comunidad. La vigencia de un principio jurídico depende de que esté generalizado en la comunidad el sentimiento que permita reconocerlo, y es imposible determinar el momento en que esto sucede o ha dejado de suceder. «La única forma de *demostrar* la vigencia social de un valor o, lo que es lo mismo, la existencia de un principio es mediante su propia aplicación» (p. 55). Antes de ello, y a falta de prueba fehaciente, el conocimiento de los nuevos principios se lleva a cabo argumentando que no se trata de valoraciones personales sino de un sentimiento general y *objetivo* de la comunidad. La transformación de los valores sociales en principios jurídicos se realiza primero mediante esta objetivación, y posteriormente se afianza al ser aplicados y dar lugar a otros datos que llegan a hacer evidente su existencia. Para mostrar la objetividad de un sentimiento el jurista utilizará diversas técnicas, tales como aludir a los precedentes jurídicos o instituciones en los que pudo influir el principio, a principios conexos ya consolidados, etc. Pero Beladiez reitera que lo decisivo es que haya un sentimiento en la comunidad, y que por muchos datos objetivos que pudieran reunirse respaldando la existencia de un principio el jurista puede negarla si considera que éste no expresa verdaderamente un valor de la comunidad. Por eso acaba retomando a regañadientes el criterio de la evidencia como único medio de afirmar con relativa seguridad que nos encontramos ante un principio jurídico (p. 62). No obstante insiste en que los principios cuya vigencia es discutida, por lo que producen soluciones contradictorias y son menos aplicables, no por ello carecen de eficacia jurídica.

Al examinar la naturaleza jurídica de los principios, Beladiez parte de la constatación de su fuerza de obligar en cuanto fuentes del Derecho y señala que este carácter prescriptivo los asimila a las normas. Pero al mismo tiempo reconoce que la diferente estructura de normas y principios permite adoptar un concepto de norma que excluya a los principios. Dicha estructura peculiar de los principios la resume en que no son proposiciones jurídicas por carecer de un supuesto de hecho definido. Esto trae consigo una menor eficacia cualitativa que otras fuentes del Derecho, pues «su mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado» (p. 84). Para Beladiez los principios nunca son *fundamento jurídico suficiente para demandar pretensiones activas*. Es ésta una tesis atrevida que contrasta con la sugerente interpretación de los principios como «mandatos de optimización», propuesta por Alexy. Beladiez argumenta que los principios imponen deberes negativos porque no todos los valores jurídicos de la comunidad dan lugar a derechos subjetivos típicos activos. Así ocurre a su juicio con los «principios rectores de la política social y económica» que figuran en el capítulo tercero del título I de nuestra Constitución. Estos principios tienen valor jurídico pero no imponen obligaciones positivas, pese a que su redacción pueda llevar a pensar lo contrario, sino que imponen únicamente el deber de no actuar contra los valores que consagran.

La diferencia de los principios con las demás fuentes del Derecho no es funcional, pues desempeñan idéntica función, sino estructural: carecen de un supuesto de hecho definido *a priori* y expresan el mandato genérico de que se respete cierto valor. Estas características hacen que tengan una aplicación mayor que cualquier otra norma, y según Beladiez explican que los principios parezcan realizar funciones distintivas, tales como informar la interpretación o integrar las lagunas legales.

¿Cuál es la fuerza de los principios como fuentes del Derecho? La tesis de este libro es que, pese a ser fundamentos del Derecho, no son «superfuentes» que nieguen validez a toda norma que los contradiga. La razón de esto es la existencia de un principio de constitucionalidad que sitúa la Constitución, y los valores que ésta recoge, en el escalón superior de la jerarquía normativa. Y en nuestra Constitución destacan el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, los cuales conllevan la supremacía de la ley frente a los principios generales, salvo que tengan ellos mismos rango constitucional. Definida esta jerarquía de fuentes, Beladiez sostiene que puesto que las normas jurídicas han de estar fundadas en los principios, éstos tienen una «función» perma-

nente de control directo de las demás normas sin rango de ley formal. «Por esta razón —nos dice—, el juez, o en su caso la Administración que se encuentren con un reglamento contrario a un principio general del Derecho no podrán fundamentar su decisión acudiendo al mismo [se entiende que al reglamento], sino que deben acudir a otra fuente de Derecho distinta» (p. 114). Estas ideas se complementan con un análisis de las relaciones jerárquicas entre leyes y principios (cuya clave se sitúa en la posibilidad de conocimiento fehaciente de la norma), y entre los propios principios (los cuales se presentan sin jerarquización jurídica, por lo que deben ser ponderados en cada caso para resolver conforme al valor que en aquél se considere preferente).

El libro termina clasificando los principios jurídicos (su tesis es que la única clasificación con consecuencias normativas es la que los divide en constitucionales y no constitucionales) y distinguiéndolos de otras figuras afines. En concreto los distingue de los principios del Derecho positivo, como el «principio de autotutela» de la Administración. Beladiez considera que éstos no son estrictamente principios jurídicos, sino que tienen el propio carácter legal de las leyes que los expresan. En cambio incorpora a su noción de principios jurídicos la de valores superiores, por cuanto que la eficacia jurídica de ambos es idéntica, pese a que los valores pudieran tener mayor «densidad prescriptiva».

Como espero haber mostrado, el libro de Beladiez defiende ideas del mayor interés. Si bien en ocasiones estas ideas son polémicas, las explicaciones que ofrece de las mismas están notablemente trabadas entre sí y conforman un enfoque muy razonable de los problemas doctrinales que plantean los principios. Sin estar plenamente de acuerdo con todas sus tesis, entiendo que pueden ser perfectamente asumidas. Por mi parte creo preferible emplear un concepto de principios jurídicos que incluya no sólo los «principios generales del Derecho» de rango infralegal, sino también todas las normas jurídicas que tienen la estructura de principios, aunque se encuentren incorporadas en una ley o en la Constitución. Y por lo demás no simpatizo con la percepción de los principios como origen de deberes puramente negativos, pues el cumplimiento pleno de los principios exige acciones que protegen en la mayor medida posible el valor promovido, y ni siquiera otros principios opuestos pueden justificar que no se llegue a cierto nivel mínimo de realización de dicho valor.

Se trata éste, en fin, de un libro enjundioso e importante. Las ideas aparecen expuestas con claridad y determinación, aunque no sin ciertas reiteraciones. Así al comienzo del tercer capítulo la nota 3 menciona a Esser y Betti para ilustrar el debate sobre la positividad de los principios jurídicos, cuando dichos autores ya habían aparecido citados con el mismo motivo (aunque pareciera que en distinto bando) en la nota 28 del primer capítulo. En cualquier caso, y más allá de las pequeñas imperfecciones que pudieran detectarse, es de agradecer que uno de los principales rasgos de este libro es que a medida que se lee se sabe lo que la autora quiere decir, y lo que dice es interesante.

Joaquín R.-TOUBES MUÑIZ

Norberto BOBBIO, *Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea*, Roma, N.I.S., 1993, 231 páginas.

Son más de cuarenta años los que contemplan la evolución del discurso filosófico-intelectual de Norberto Bobbio en torno a la relación de los intelectuales con el poder. Considerando que en este libro se reproducen los artículos más representativos de este filón de la obra bobbiana, no sería difícil arribar a la conclusión de que su trabajo no supera la categoría de una simple recopilación de ensayos. Sin embargo, es el propio autor quien se apresura a desmentir dicha afirmación (p. 16), justificando en una magnífica introducción las razones y motivos fundamentales que le han decidido a publicar esta colección de escritos.

El hilo conductor que ha guiado el argumento del profesor turinés se caracteriza por su afán de despejar las incógnitas, dudas y acusaciones suscitadas en torno a la figura del intelectual. Para ello, nuestro autor fundamenta su planteamiento en el análisis de tres tradicionales errores que han fomentado en buena medida la connotación negativa de lo que en términos bobbianos se denomina «il potere ideologico» (p. 12): en primer lugar, la falsa generalización en la que incurren la mayoría de los reproches que se vierten en contra de la función desempeñada por los intelectuales, ignorando con esta injusta condena global la ingente cantidad de direcciones, además de la variedad de postulados y de teorías existentes dentro del mundo de la cultura; otro clásico error es el de que, partiendo de una concreta coyuntura histórica, termina elaborando juicios categóricos que con el paso del tiempo se tornan obsoletos; por último, como tercer motivo de confusión, está la incapacidad de distinguir una perspectiva crítica descriptiva (lo que los intelectuales son), de una visión prescriptiva (lo que los intelectuales deben ser).

Esbozadas ya las líneas directrices a las que responde el análisis efectuado por Bobbio, no resultaría aventurado clasificar en tres bloques los artículos que se integran en este libro:

a) Un primer grupo estaría formado por los ensayos que afrontan la conexión entre los intelectuales y el poder desde una perspectiva descriptivo-fenomenológica, esto es, a través de una orientación destinada a esclarecer tal concepto. Sobre este particular merecen especial mención títulos como «Intelletuali e classe politica» (p. 31 y ss.), donde se establecen los presupuestos y las condiciones para posibilitar el diálogo entre los hombres de la cultura y la clase política; de un lado, que los intelectuales deben constituir una clase independiente, y de otro, que como categoría autónoma ha de estar dotada de una función política que la distinga de otros colectivos sociales también influyentes. Para ilustrar su esquema, Bobbio expone las teorías defendidas a este respecto por Julien Benda (*La trahison des clercs*), Karl Mannheim (*Ideologie und Utopie*), José Ortega y Gasset (*España invertebrada* y *La rebelión de las masas*) y Benedetto Croce (*Storia d'Europa*). En cualquier caso, y a pesar de que Bobbio se muestra en desacuerdo con estos planteamientos —de la que es innegable su heterogeneidad de criterios— todos estos autores coinciden en presentar a los intelectuales como a un grupo homogéneo y diferenciado socialmente.

De especial relevancia goza «Intelletuali» (p. 151 y ss.), un artículo en el que a parte de realizar un análisis prospectivo de esta noción, nuestro autor lleva a cabo una esquematización de la tipología intelectual existente en el decurso de la historia, así como de los problemas que tradicionalmente se les han planteado, fundamentalmente el de incurrir en una abstracción que les impida responder a las cuestiones formuladas cotidianamente en la vida práctica, de donde se desprende una segunda acusación, la de propender a un nihilismo que contribuya a la erosión del sistema social. Naturalmente, Bobbio trata de despejar ambas interrogantes, aunque finalmente reconoce que el dilema ideal-práctico se presta tan sólo a una solución provisional, ya que dicho contraste se prolongará ineludiblemente a través de los tiempos (p. 177).

Completan esta primera sección dos escritos correspondientes a su primera etapa, «La forza non politica» (p. 23 y ss.) y «Due paradossi storici e una scelta morale» (p. 25 y ss.), y en los que es interesante comprobar cómo desde el inicio de su extensa

producción iusfilosófica, el profesor turinés se preocupó de resaltar los valores de la cultura, como alternativa al poder dimanante del mundo de la política y como auténtica opción moral dotada de total licitud y autonomía.

b) El segundo apartado estaría compuesto por aquellos trabajos que abordan la crítica a la función de los intelectuales desde el punto de vista descriptivo. No es casual que este bloque temático se inicie con «Jules Benda» (p. 37 y ss.), un estudio centrado en la figura y la obra de uno de los pensadores más controvertidos de la filosofía europea de la primera parte del siglo XX, absolutamente intransigente contra toda manifestación irracional, romántica, emotiva y, por ende, antidemocrática; de ahí que Benda arremeta contra los falsos intelectuales (sobre este particular Bobbio reproduce la polémica sostenida entre el propio Benda y su principal antagonista, Bergson), y contra toda manifestación cultural que no esté comprometida con su época.

Todas estas consideraciones aproximan a Bobbio a las primeras conclusiones, de modo que, si de un lado nuestro autor defiende el papel mediador adoptado por los intelectuales ante la disyuntiva política-cultura, de otro apuesta por el diálogo racional y la tolerancia, virtudes esenciales que deben presidir cualquier relación. Dichas reflexiones se ponen de relieve en «Política e cultura» (p. 55 y ss.), «Considerazioni sugli appelli degli uomini di cultura alle autorità politiche» (p. 67 y ss.), «Intelletuali e potere» (p. 113 y ss.) y «Della presenza della cultura e della responsabilità degli intellettuali» (p. 135 y ss.).

c) La última serie de artículos se iniciaría con un estudio retrospectivo e histórico del fascismo, como una experiencia vivida por todos los filósofos del Derecho contemporáneos a Norberto Bobbio, en «Cultura e fascismo» (p. 75 y ss.) y «Se sia esistita una cultura fascista» (p. 101 y ss.), se efectúa un riguroso análisis de la génesis, desarrollo y posterior ocaso de un movimiento al que Bobbio se niega a otorgarle el grado de «cultura», ni siquiera en su acepción negativa, proporcionando esta cuestión uno de los episodios más apasionantes del libro, en particular su debate con Nicola Trafaglia y Enzo Golino, fervientes defensores de una revaloración del fascismo como cultura negativa. En contra de sus argumentos, Bobbio aduce la falta de originalidad del fascismo, fruto de una simbiosis entre las corrientes idealistas y espiritualistas, demostrando que tanto la persistencia de la doctrina cultural liberal durante el fascismo y la relativa facilidad con la que las nuevas ideas y teorías del pensamiento europeo se han difundido entre los intelectuales formados durante el período totalitario, son datos significativos de la debilidad de las convicciones fascistas, sobre todo si se tiene en cuenta que los principales representantes de esta supuesta cultura (Rocco, Gentile o Volpe) realizaron sus principales aportaciones filosóficas y jurídicas con anterioridad a la etapa dictatorial de Mussolini.

El período de la posguerra exigía una reconstrucción de Europa, resurgiendo con fuerza el empeño por recuperar para sus intelectuales el papel que les había correspondido tradicionalmente en la lucha por la libertad y el progreso de la humanidad, y reivindicando por ello la restauración de la «vocación universal europea», perdido a causa de las cruentas guerras que azotaron a nuestro continente durante medio siglo. Apoyándose en una concepción progresiva de la historia, y realizando un profundo examen del bagaje cultural de Occidente, Bobbio confía más en la idea de una Europa unida desde una perspectiva cultural que política. Testimonio de esa inquietud sentida por nuestro autor respecto a la necesidad de recobrar un protagonismo que no continúe postergando a los intelectuales del Viejo Mundo a un plano secundario, son sus ensayos «Grandezza e decadenza dell' ideologia europea» (p. 179 y ss.) y «L'Europa della cultura» (p. 193 y ss.).

El libro concluye con dos artículos en los que el profesor turinés aboga por el compromiso de los intelectuales con los conflictos que se le plantean en su realidad, evitando así su aislamiento en posiciones utópicas. De esta forma, en *Tolleranza e verità* (p. 207 y ss.), se examina la evolución histórica del principio de tolerancia, antaño denostado por muchas doctrinas religiosas, y hoy encumbrado como valor fundamental para la comunicación humana. Sin embargo, añade Bobbio, no siempre ha de desestimarse toda intolerancia, sobre todo cuando está en contraposición a cualquier posibilidad de tolerancia negativa, es decir, a aquellos supuestos en los que coar-

tando la conciencia del individuo, no se acepta ninguna objeción a la afirmación dogmática de una verdad absoluta. De este razonamiento se infiere la predisposición de nuestro autor a respetar incluso a los intransigentes, puesto que en su opinión es preferible una libertad en peligro que una absoluta supresión de las mismas. Precisamente en «Né con loro, né senza di loro» (p. 213 y ss.), donde critica al comunismo, Bobbio encuentra la excusa adecuada para sentar las bases que deberían regular el «*modus operandi*» de los intelectuales en un contexto democrático, solidario y libre.

En definitiva, no es una mera antología la que en este volumen se nos presenta, sino un selecto y ponderado tratado en torno a las cuestiones causadas por el vínculo establecido entre el poder político y el «poder ideológico», permitiendo además acceder a una completa visión panorámica de la filosofía política bobbiana.

Fernando H. LLANO ALONSO

Manuel CALVO GARCIA, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genalogía de la hermenéutica del control social)*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 1989, 161 páginas.

1) Aspectos generales

La recensión de un libro puede hacerse sin que se convierta en una operación rutinaria ni en el consabido elogio a un amigo. Lo que ocurre es que la tarea de *despersonalizar*, necesaria para hablar de ideas y no de seres humanos, lleva mucho trabajo. Hay que leerse a fondo el libro, para empezar. Y luego decir lo que se piensa. Lejos, muy lejos, de esa costumbre que los historiadores describen como el «yo-te-cito-para-que-tú-me-cites». Que en nuestro campo «iusfilosófico», algo más barroco, podría describirse como «del texto, abajo, ninguno». Es decir, las habituales inclusiones o exclusiones de los autores según las conveniencias del momento, que pueden no guardar nexos alguno con la ciencia.

Sin embargo, los añejos comentarios de libros, *Wirtschaft und Recht...* de Stammer por Croce, por poner un ejemplo, no son propuestas de tono menor en el ideario de un autor. Están hechos con seriedad y esfuerzo. Con mucho esfuerzo.

Bien, pues tras estos propósitos y modelos tan difíciles de imitar, este comentario del libro de Manuel Calvo García quiere poner de manifiesto varias cuestiones.

La primera de todas. Es ya un lugar común echar de menos en nuestras investigaciones gremiales los estudios del «Derecho como instrumento de control social». Se puede ir algo más lejos y sostener que se indaga poco sobre todas las formas, y entre ellas el Derecho, de control social. Sin embargo, este libro de Calvo García cubre más que sobradamente esta inquietud acerca de los mecanismos sociales que refuerzan el ejercicio controlado del Poder.

Este libro se abre paso, además, entre la historia cultural del barroco y aledaños y el surgimiento del Poder político. La historia está muy devaluada por la moda que le adjudica inmediatamente algún «ismo» (historicismo u holismo, o los dos adjetivos al alimón). Es una mirada con las gafas del viejo Popper que habría que volver a graduar, dada la anciana edad de estas observaciones. Nada originales, pues ya fueron formuladas las críticas a las «predicciones» históricas por cierta y francesa «filosofía de la vida». Varias décadas antes. A fines del pasado siglo, exactamente. Con menos alharacas y mayor sencillez. Empero, so pretexto de proteger a la Filosofía del Derecho de una «historia de las ideas», se soslaya el elemento histórico de la reflexión metodológica. Que, junto al otro renegado epistémico ya indicado en su día por Gómez Arboleya, el factor «sociológico», viene a dar cierto sentido *crítico* —de la historia y la sociología nacen las comparaciones— a una asignatura que casi siempre debería de haberlo poseído. Ahí, desde ese enfoque cultural, puede hablarse con mayor puntería de ese sonsonete de nuestra profesión sobre las insuficiencias estudiantiles del «Derecho como instrumento de control social».

Perspectiva histórico-sociológica que le conduce a Manuel Calvo a tomar como presupuesto de salida que «el autoconocimiento es una de las claves del antropocentrismo de la filosofía práctica, moral y política, en los siglos XVI y XVII». Certero. Tanto como lo es el aserto de la conexión de este fenómeno con la «filosofía moral estoica». Son formas semejantes para sociedades y problemas muy distantes. Como los siglos que median entre Séneca y Spinoza. El argumento de Cicerón sobre la necesidad de embridar los desordenados apetitos humanos adquiere una nueva dimensión en los siglos XVI y XVII. No obstante, ya no es lo mismo. El orden estoico del desorden responde con su prestigio a unas nuevas intenciones.

«El control de las pasiones, la concordia del alma, es según la filosofía estoica el sumo bien del hombre». El autodomínio de las pasiones es en los siglos XVI y XVII uno de los superiores bienes a conservar para muchos pensadores. El sumo bien de toda una sociedad ideada. Una sociedad en la que es patente este razonamiento estoico de no pocos intelectuales descollantes.

Un poso estoico en el fondo de cierto «pesimismo antropológico» al que Calvo da gran relieve y que constituye el eje de la estrategia de control social expuesta en la obra. El señor de Montaigne, Maquiavelo, Luis Vives, que renuncia a saber la esencia aristotélica del alma para «saber cómo es y cuáles son sus operaciones». Completa el cuadro Hobbes al rebasar «el programa de introspección psicológica» en la exposición de los mecanismos del sustrato anímico humano del poder. Bodino, Pico della Mirandola, Baltasar de Castiglione y otros autores no menos atrayentes, son removidos en sus textos por Calvo en una descripción a la que no le falta su orden y concierto. Pero todo esto ya no es mera pervivencia residual —por su prestigio— del estoicismo. Aquí hemos llegado ya a la siguiente y punzante proposición de esta obra: «El autodomínio, al igual que la coacción social, incide sobre el individuo para transformarlo, para perfeccionarlo y adaptarlo a las formas de vida social». Donde todo viene dado socialmente, cada vez más, «por los imperativos del perfeccionamiento humano».

El librito termina con un discutible e inquietante Baruch de Spinoza. Que no es el frugal pastor de la holandesa y semítica piara de Epicuro al que estamos acostumbrados. Ni el herético de Gabriel Albiac o ese miembro de la «nação» hispano-lusa de Amsterdam en *La sinagoga vacía* (1987). Excelente libro, por cierto, atentísimo al Derecho natural y a los aspectos jurídicos en deslinde con las religiones de la época. Spinoza, en la visión documentada de Calvo, no es, o prescinde de ello, el amigo de la tolerancia de los hermanos Witt y los «Colegiantes». En este libro aquí reseñado el judío holandés aparece empeñado en «desarrollar las posibilidades prácticas de la obediencia convencido de la eficacia de los órdenes religiosos como instrumentos de dominación», tras su estudio comparativo de las experiencias pasadas de la sociedad hebrea. Inmerso en esa fuerte labor —no solamente spinoziana— «de restaurar los mecanismos de control social de la religión sin la religión, con la finalidad de hacer del hombre un ser libre y verdaderamente autónomo». Y responsable, cabe añadir.

Manuel Calvo hace la salvedad de «algunas cautelas “democráticas” y liberales», para concluir «que la obediencia de la que habla Spinoza no es sino un mecanismo de autoimplicación anímica, interna del individuo en el poder de la autoridad». Esto «se deriva de la propia utilidad racional que esta subjetivización de las formas de poder comporta para el individuo».

2) Críticas en forma de duda

Vaya por delante que, tratándose de «dudas», estas meditaciones no desean vencer sino ser expuestas. Exhibirse en su sentido noble.

2.A) ¿Por qué las cautelas de Calvo de Spinoza son «democráticas» y lo democrático se entrecomilla? Como el que esto se pregunta es de formación antigua, el asunto de la democracia se le presenta alternativamente como la «posesión» en los sueños del cielo conceptual de Rudolph von Ihering. Proteica. Unas veces en un paripé en el que los poderes públicos dialogan con el ciudadano en absoluto silencio (el famoso «silencio administrativo»). Otras es un *proceso* muy serio, como el del póstumo y denostado (y desconocido por los denostadores españoles) Georg Lukàcs en su *Demokratisierung heute und morgen* (1985). Es decir, sin que las biografías ni el contexto histórico sean siempre decisivos o de fiar, no se pueden arrojar por la borda unas y otro. Triste o alegremente. Spinoza es también su propio *tiempo* y su misma vida.

La idea spinoziana de la *obediencia*, concepto en el autor desarrollado y depurado sucesivamente, no es precisamente, como se desprende del estudio de Calvo, un llamamiento de un rebelde a la rebeldía. Es más, tomando de prestado a Vázquez Montalbán su ironía, lo obediente se asocia a la «madurez». Y hay sociedades tan maduras históricamente —la nuestra entre otras— que a veces parecen un auténtico melonar.

No obstante, la sociedad de Spinoza caminaba por otros lejanos andurriales, pues justo empezaba a conocer una modernidad en ciernes.

Spinoza, por tanto, algo en su contexto. No estaría de más, Quedaría quizá mejor parado o compensado. Ya que en el libro de Calvo aparece un tanto unilateralmente con un teorizador del «autodominio» al servicio del Poder. Por cierto, ¿de qué Poder?

Spinoza es también el soberano crítico epistemológico de Descartes que Hegel nos ha dejado para la posteridad y la «bestia negra» de Vico que califica su ideario de «filosofía de mercaderes». Que algo de eso había y no era del gusto del genial católico napolitano, poco moderno en este punto.

2.B) ¿A dónde va a parar tanto y tanto *pesimismo antropológico* en los siglos XVI y XVII? Existe esa *estrategia* y está bien cogido su «valor estratégico». Como lo asevera magistralmente Bacon en la obra de Calvo cuando habla de conocer «la condición de la serpiente: su vileza y la forma en que se arrastra», para destripar psicológicamente la maldad y rescatar así al hombre honesto «autodominado».

Sólo que no somos serpientes ni palomas. Ese «piensa mal y acertarás», como afirmaba Bergamín y aquí a vuelapluma se rememora, es el frontispicio de la estupidez y la antesala del cilicio gratuito. En la historia de la cultura, en la nuestra también, siempre ha habido quien era partidario de «pensar bien» con el riesgo de equivocarse, que es la única forma humana de aprender. El trato sin tretas, dándole la vuelta a nuestro Baltasar Gracián.

Hispánicas morales a parte, *históricamente*, en los siglos XVI y XVII, y más adelante, en Francia, el *optimismo* y la literal «alegría de vivir» tuvieron un vigor increíble. El «pirronismo», el racionalismo apologetico de Fénelon, los *libertinos*, que así se les llamaba y eran tan odiados por los hugonotes como por los católicos. ¡Y las mujeres! Que ya estaban ahí, tomando partido a favor de Perrault y los modernos en la clásica disputa literaria contra los antiguos. Las «mouers féminines», las crítica social de la castidad, ante el horror de una devota Madame de Sévigné, asidua visitadora de los conventos jansenistas. La *naturaleza caída* de Hobbes se ha levantado y se nombra a los «epícureos o libertinos» junto a los «ateos y deístas». Un vasco, Saint-Cyran, capitanea las huestes jansenistas. Otros dos, Francisco de Xavier e Ignacio de Loyola, corazón y disciplina, inspiran de modo diverso al sector católico. Sector lleno entonces de santos auténticos. Entre unos y otros, ese entrañable y frágil de salud Blas Pascal... Duró tanto en la cultura gala lo del pesimismo-optimismo, que, a fines del pasado siglo, la *Revue des deux mondes* todavía se encoraginaba por la «decadencia» libertina y tomaba partido por los jansenistas y Pascal. Lo cierto es que el «optimismo» social fue un fenómeno ideológico de histórica envergadura y prolongada duración.

Que Montaigne puede que sea también el que dialoga con el futuro rey de Francia en el *Enrique IV* de Heinrich Mann.

2.C) «A partir del siglo XVI, el Estado se muestra cada vez más interesado en el control social de sus súbditos». Un «Estado moderno», que hereda lo medieval. Y al fondo del análisis de Manuel Calvo, José A. Maravall. Y detrás de esta crítica, sucesivamente, Ramiro Rico, Antonio Hespanha y Bartolomé Clavero. Nicolás Ramiro Rico, en sus notas sobre la soberanía de los años cincuenta recogidas en el volumen *El animal ladino* (1980) decía que en Bodino no hay un Estado sino una teoría de los «poderes concurrentes». El soberano triunfa y lo es porque se impone a los demás poderes. Es inimaginable un soberano sin lucha, sin obstáculos vencidos, «fuera de concurso». Porque hay más *poderes* y no está solo.

¿Qué es ese «Estado moderno» en los siglos XVI y XVII? Según Antonio Hespanha, en su acuñada y expresiva fórmula, *As vésperas do Leviathán* (1986). Vísperas, no un Estado. Un *proceso*, no un resultado definido. Según Bartolomé Clavero en *Tantas personas como Estados* (1986), los intelectuales contemporáneos del «Esta-

do moderno» ni lo conocieron ni lo teorizaron. Estamos ante una entidad renacentista y barroca delimitada, al uso de Maravall, con útiles conceptuales de la historiografía liberal del siglo pasado.

Las consecuencias del «efecto Maravall» en el libro de Calvo son de menor entidad. Como lo suelen ser casi todas las disquisiciones sobre el método, como si esto fuera un ciencia-ciencia, cuando haya trabajo, documentación e inducción. Y en las páginas de la *Teoría de las pasiones* se manifiesta todo ello con la debida plenitud. Aún y todo, queda en el aire una excesiva idea de «unidad» del Poder y una «uniforme» sociedad que no lo era tanto, como tampoco había allí únicamente esos «valores estratégicos del pesimismo antropológico» como teoría dominante.

Dos impertinencias: a) el verbo «implementar» no está en los diccionarios; se pueden inventar palabras, pero, mientras no seamos unos Gómez de la Serna (¡qué más quisiéramos!), no sobra en el oficio un cierto ajuste a las normas oficiales b) el subtítulo abigarrado «genealogía de la hermenéutica del control social», tras Gracián, queda más hermoso y conciso en el título *Teoría de las pasiones* sin más; por otro lado, a la «genealogía» le puede ocurrir lo que al concepto de «plausible» en el barroco, que sirva para todo, para aplaudir o posibilitar lo que fuere, e, incluso, no es el caso, para legitimar la huida de la sociología y de la historia tomando en vano el nombre de Nietzsche.

José Ignacio LACASTA ZABALZA

Amedeo G. CONTE, *Filosofía del lenguaje normativo II. Studi 1982-1994*. Prólogo de Norberto Bobbio, Turín, Ed. Giappichelli, 1995.

Recuerda Norberto Bobbio en el Prólogo, un Prólogo con forma de *Carta abierta*, que ya desde 1957 intuía que su entonces joven discípulo Amedeo Conte contribuiría a hacer de la lógica deóntica una disciplina universitaria. De ello constituye una buena prueba la aparición del volumen *Filosofía del lenguaje normativo II. Studi 1982-1994* (coincidente con la aparición de la segunda edición del primer volumen: *Filosofía del lenguaje normativo I. Studi 1965-1981*), que incluye nueve trabajos de Conte: *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein* (1983), *Fenomeni di fenomeni* (1986), *Deontico vs. dianoetico* (1986), *Minima deontica* (1988), *Wittgenstein non Postumo* (1989), *Validità atetica* (1990), *Deontica aristotelica* (1992), *Incoerenza costitutiva* (1992), *Deontica wittgensteiniana* (1993) y *Performativo vs. normativo* (1994).

Retomando a Aristóteles, Conte define la «Deóntica» como la «teoría del “Sollen” en tanto que “Sollen”», como la «teoría del “deber ser” en tanto que “deber ser”». Así como la *Metafísica*, como «teoría del “ser” en tanto que “ser”», estudia el ser en su «constitutiva onticità», la *Deontica* estudia el deber ser en su «constitutiva deonticità». Los principales campos de estudio de la Deóntica son: 1) La teoría de las reglas constitutivas; 2) La teoría de la validez deóntica; 3) La pragmática del lenguaje normativo; 4) La lógica del lenguaje normativo:

1) Las reglas constitutivas son conceptuadas por Conte como el «“*prius*” de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición (eidética) de concebibilidad, condición (alética) de posibilidad y condición (noética) de perceptibilidad». No versan sobre actos, situaciones o entidades cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan y, en ella, su praxis.

Dentro de las reglas constitutivas, Conte distingue las reglas «eidético-constitutivas» de las reglas «anankástico-constitutivas»: A) Desde el punto de vista *ontológico*, las reglas eidético-constitutivas *son* condición necesaria de las actividades sobre las que versan: «X cuenta como Y», «X tiene el valor de Y»; las reglas anankástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor: «X debe ser N para contar como Y», «X debe ser N para tener el valor de Y». B) Desde el punto de vista *semiótico*, las reglas eidético-constitutivas *determinan* la *connotación* de los términos que designan la praxis constituida por las reglas; las reglas anankástico-constitutivas *no determinan*, sino que *presuponen* la *connotación* de los términos que designan la praxis constituida por las reglas: es decir, establecen su *denotación* al poner condiciones necesarias de validez de las entidades designadas por estos términos.

Esta distinción es relevante porque profundiza en una cuestión central en relación con el fundamento de la Lógica Deóntica: la diferenciación entre la necesidad «no-normativa» (y los conceptos modales no-normativos de posibilidad, imposibilidad y contingencia) y la necesidad «normativa» (y los conceptos modales normativos de permisión, prohibición e indiferencia). El «deber anankástico» es un ejemplo de necesidad normativa *no* deóntica.

2) La teoría semiótica de la validez deóntica se basa en la tricotomía «validez sintáctica» vs. «validez semántica» vs. «validez pragmática».

La validez sintáctica, predicable de status deónticos (de «hechos» normativos: obligaciones, prohibiciones, permisos), es la validez «relativa a reglas constitutivas sobre la validez, a las reglas constitutivas de un ordenamiento que determinan la *sintaxis de validez* de dicho ordenamiento». Es decir, es relativa: a) a un ordenamiento (ya que es validez *en* y *por* un ordenamiento), b) dentro del ordenamiento, «a la regla constitutiva llamada Norma Fundamental (*Grundnorm*)».

La validez semántica, predicable de enunciados deónticos (enunciados como «el comportamiento C es obligatorio», «el comportamiento C está prohibido», «el com-

portamiento C está permitido»), es el valor correspondiente a la verdad que se predica de enunciados no deónticos, de enunciados adeónticos. La validez semántica de un enunciado deóntico depende de su correspondencia con un status deóntico constituido en un ordenamiento y por un ordenamiento.

La validez pragmática, predicable de actos deónticos (por ejemplo, de actos jurídicos como el matrimonio o el testamento), depende de las condiciones de validez puestas en un ordenamiento por reglas anankástico-constitutivas.

3) Dentro de la pragmática del lenguaje normativo, destaca la cuestión de la ambivalencia pragmática de los enunciados deónticos. Un enunciado deóntico es pragmáticamente ambivalente porque es susceptible de enunciaciones heterogéneas: se enuncia deónticamente si es un enunciado deóntico prescriptivo, y se enuncia adeónticamente si es un enunciado deóntico descriptivo. Ejemplos clásicos de enunciados deónticos descriptivos son, para Conte, los «*Sollsätze*» kelsenianos, los enunciados apofánticos sobre el «*Sollen*».

Conte aclara que su tesis de la ambivalencia pragmática de los enunciados deónticos no implica la tesis de la ambigüedad semántica (según se enuncie por un legislador o por un sociólogo) de enunciados adeónticos de la forma «La acción A se castiga con la sanción S». Tanto el legislador como el sociólogo pueden enunciar, por ejemplo, el enunciado «El homicidio se castiga con veinte años de prisión» sin que en ninguno de los dos casos el enunciado sea semánticamente ambiguo. En el primer caso, el legislador *constituye* una *regla*, asume como *thésis* la *relación* entre el *homicidio* y la *pena* de veinte años de prisión *prescribiendo* dicha sanción para dicho acto. En el segundo caso, el sociólogo *constata* una *regularidad*, analiza la *relación* entre la *norma* que castiga con veinte años el homicidio y la *realidad social describiendo* una situación.

4) Desde la perspectiva de la lógica del lenguaje normativo, es de resaltar cómo Conte alerta sobre un triple riesgo de falacia naturalista:

a) Constituye una falacia naturalista «noética» definir un concepto deóntico mediante conceptos adeónticos.

b) Constituye una falacia naturalista «dianoética» derivar un enunciado deóntico de enunciados adeónticos. El hecho de que una norma sea *dianoética* o inferencialmente válida no implica que tal norma sea *deónticamente* válida en el ordenamiento en el que son *deónticamente* válidas las normas de las que deriva, las normas respecto a las cuales es *dianoéticamente* válida. La validez deóntica de una norma no es relativa a las normas de las que depende su validez dianoética, sino a las reglas constitutivas que, *en y por* un ordenamiento, condicionan tal validez deóntica.

c) Constituye una falacia naturalista axiológica derivar la *verdad deóntica* de un enunciado deóntico de su *verdad adeóntica*.

En conclusión, es éste un volumen que, en palabras de su autor, no pretende responder a cuestiones de la Deóntica, concebida como ciencia filosófica, sino determinar precisamente cuáles son esas cuestiones. Los trabajos que incluye este libro constituyen «momentos de una crítica de la razón deóntica».

Carlos ALARCON CABRERA

José Antonio ESTEVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Editorial Trotta, 1994, 157 páginas.

En las últimas décadas, la filosofía política y jurídica se ha enfrentado, entre otros, a un problema candente: la crisis de legitimación de la democracia representativa y su reiterado cuestionamiento, a menudo por quienes debieran ser decididos valedores suyos. La crisis de legitimación va acompañada de una crisis de obediencia. Las posturas que defienden una obligación de lealtad y obediencia hacia el sistema democrático adoptan actitudes defensivas.

La literatura académica (y no académica) sobre obediencia y desobediencia al Derecho ha experimentado un crecimiento muy notable en los últimos años. Estas reflexiones ponen sobre el tapete los elementos dinámicos, de conflicto, de cambio que caracterizan a las democracias modernas. España no ha sido ajena a esta corriente. Muchos autores han abordado el tema de la desobediencia, y en particular de la desobediencia civil, desde diferentes perspectivas. No es de extrañar que los aspectos de delimitación conceptual y de justificación ocuparan, en un primer momento, un lugar preferente.

En estos días es posible afrontar empresas de mayor calado y complejidad. El debate se centra, actualmente, en el papel que la desobediencia puede jugar, en su caso, dentro de un sistema político democrático, su alcance y sus límites. A este respecto, el presente libro del Profesor Estévez Araujo (que prosigue un itinerario iniciado con la publicación, en 1984, de un importante artículo en *Mientras Tanto*) plantea clara y correctamente los términos esenciales del debate.

En este libro, la desobediencia civil es, en no poca medida, un pretexto para reflexionar sobre el Estado democrático y los derechos fundamentales en la antesala del siglo XXI. Pretexto, sí, pero honesto y riguroso. Honestidad y rigor intelectuales que caracterizan todo el desarrollo del trabajo del profesor Estévez.

El autor confía en que una interpretación de la Constitución como proceso, no reservada a los operadores jurídicos, sino abierta a la opinión pública, tendrá un carácter progresista. Esto es, que siempre será deseable que el Derecho se amolde a las exigencias de la opinión pública. Estévez señala que los elementos autónomos y dinámicos que impulsan la opinión pública, en un sentido participativo, constituyen la «sociedad civil»; y que la sociedad civil se caracteriza, precisamente, por su compromiso con la preservación y la ampliación de las libertades.

Como ha indicado el Prof. Aparicio Pérez, en un comentario a esta obra¹, aquí se apuesta por una concepción de la Constitución como proceso participativo, permanentemente abierto al cambio, flexible y pluralista. La Constitución no es «algo dado», ni se agota en una formulación lingüística definitiva, sino que sus contenidos fluyen y se transforman constantemente, en relación con las estructuras sociales y políticas. Sin embargo, y coincido en ello con el profesor Aparicio, creo que no era necesario recurrir a fuentes como Peter Haberle o John Hart Ely para fundamentar esta idea de la Constitución como proceso (sobre éstas y otras cuestiones escribió, por ejemplo, Manuel Aragón en su «Constitución y Democracia»).

La tesis central de Estévez, desarrollada ampliamente a lo largo del Capítulo 2. del libro, «La Constitución como proceso», es que el texto constitucional no ofrece garantías materiales, de contenido, frente a una hipotética «tiranía de la mayoría», sino una garantía procedimental: la posibilidad de cambio, la participación más amplia posible en el proceso de toma de decisiones, el derecho a la crítica y a la discrepancia, etc. Tomando como referencia la obra de Schmitt, Smend y Kelsen, Estévez concluye que el Tribunal Constitucional, como garante de la Norma Suprema, debe asumir una

1. «Sobre la desobediencia civil y la desobediencia al derecho constitucional», *Jueces para la Democracia* 20, 3/1993, pp. 30-32.

concepción restrictiva de sus funciones, y abstenerse de «gestionar el margen de ambigüedad de las disposiciones constitucionales». Este margen correspondería, por el contrario, al legislador y, en última instancia, a las fuerzas políticas mayoritarias.

Aquí viene a cuento describir la postura de Ely en *Democracy and Distrust*, con su análisis de conceptos como «discriminación» o «prejuicio», y su apuesta por la interpretación de la Constitución como garante de que las minorías aisladas y sin voz sean agentes activos del proceso político. En Haberle, por otro lado, la interpretación constitucional es un proceso en el que participan todos los agentes sociales y, por tanto, en el que juega un papel clave la noción de opinión pública.

El concepto de «opinión pública» manejado por el Prof. Estévez plantea diversas cuestiones, y no todas de fácil solución. En primer lugar, creo que debe trazarse una distinción entre una opinión pública «general», pasiva e inerte a menudo, y la opinión pública particular de los grupos y movimientos que canalizan una protesta. Aquí la duda principal se centra en medir la representatividad de estos movimientos sociales, y hasta qué punto pueden reflejar una opinión pública ilustrada, crítica y racional, o sólo un fragmento limitado y parcial de ésta.

Otro problema, también relacionado con la medición de la opinión, es la fiabilidad de las encuestas, o de medios alternativos de medida. Estos medios están sometidos a discusión y su rigor científico se ha cuestionado en más de una ocasión. Cuanto más se estandarizan, se ajustan a parámetros estrictamente cuantitativos, menos pueden captar los matices y las perplejidades de la opinión pública. E incluso, cuando se efectúan con el máximo rigor, pueden proyectar actitudes primarias, instintivas o poco razonadas, u opiniones que forman parte de un clima eventual de opinión y pronto pasarán al olvido.

Por último, no debe olvidarse que la opinión pública puede adoptar posiciones más conservadoras o regresivas en determinadas cuestiones. Y ello en relación, incluso, con interpretaciones sesgadas de la Constitución que sepultan sus potencialidades. No es absurdo pensar que la opinión pública evolucione, en el futuro, hacia posturas menos satisfactorias o menos progresistas, a la vista de fenómenos como el control y la monopolización de la información. Se echa de menos una reflexión de José A. Estévez sobre estos temas, de plena actualidad, que podría llevar a plantear la posibilidad de una desobediencia no contra las autoridades políticas, sino contra grupos de presión y contra los «actores usufructuarios de la esfera pública».

En el Capítulo 3, eminentemente descriptivo, el profesor Estévez pretende, según declara, «analizar el modo como una doctrina jurídico-constitucional dilatada en el tiempo —la alemana— interioriza el cambio de estructura en los derechos fundamentales que supone el paso del Estado liberal al Estado social». Para ello comienza con Carl Schmitt, y su *Teoría de la Constitución*, en la que argumenta que sólo los derechos de libertad, propios del Estado burgués de Derecho, pueden ser interpretados como derechos fundamentales que limitan al legislador. Los derechos sociales y las «garantías institucionales» son creaciones de los poderes públicos, por lo que están sometidos a limitaciones.

El segundo autor analizado es Günther Dürig, representante de la corriente iusnaturalista desarrollada en Alemania después de la II Guerra Mundial, con su concepción de los derechos fundamentales como valores. Los valores son eternos, intangibles, y previos a su reconocimiento constitucional. La cúspide del sistema está ocupada por el valor «dignidad humana», que se resuelve en los derechos del hombre.

Después de analizar la postura de Haberle al respecto, y enunciar cómo se ha producido una transformación en la interpretación de los derechos constitucionales, expone la teoría de Alexy: los derechos son principios, su extensión no puede determinarse *a priori*, como tampoco sus límites, sino que deben ser ponderados caso por caso.

Caben, al menos, dos lecturas de la «tesis de los derechos» en sede de desobediencia civil: A.— Existe un derecho a la desobediencia, en ciertas condiciones, en las que aquélla no resultaría ilegal; B.— la desobediencia practicada en defensa de los derechos fundamentales está justificada. Mientras que Ralf Dreier se orienta en la segun-

da dirección, de los trabajos de Ronald Dworkin pueden extraerse argumentos en pro de ambas posturas.

Dreier ha afirmado que, en un Estado democrático de Derecho, «no existe ninguna desobediencia cuya justificación no pueda ser intentada, cosa que, por lo general, sucede invocando el Derecho positivo, especialmente los derechos fundamentales y los principios constitucionales»².

El Prof. Javier De Lucas opta por aproximar a Dworkin hacia esta segunda lectura: para él, Dworkin no defiende un derecho «fuerte» a la desobediencia civil, en sentido estricto, sino que ésta es, en ciertos supuestos, «algo que no está mal hacer», algo que está justificado³. Una interpretación similar parece hacer Marina Gascón: «existen unos principios morales, que a la vez pueden ser jurídicos... cuya violación justifica la desobediencia al Derecho»⁴.

Otros autores observan que a menudo los desobedientes afirman actuar conforme a Derecho, y no infringiendo ninguna norma jurídica válida. No se limitan a invocar derechos morales, sino que ejercitan verdaderos derechos constitucionales y legales. Estos ciudadanos tienen, pues, el derecho de desobedecer una norma *prima facie* jurídica⁵, y no merecen sanción alguna por ello.

Los diversos razonamientos presentados en favor de un derecho a la desobediencia civil, hasta ahora, pueden ser clasificados en dos grupos. Los primeros argumentos tratarían de definir la desobediencia como una forma o modalidad de ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; los segundos afirmarían el reconocimiento constitucional de un derecho subjetivo a la desobediencia civil, autónomo e independiente de otros derechos.

Sobre la caracterización de la desobediencia civil como acto de ejercicio de derechos fundamentales deben efectuarse algunas precisiones. Primera, que buena parte de los actos que la doctrina engloba bajo este rótulo no pueden calificarse, con rigor, de actos de desobediencia al Derecho. El ejemplo más claro es el de una manifestación arbitrariamente prohibida por las autoridades gubernativas; otro más complejo es el de una sentada pacífica y preavisada ante una dependencia oficial. La historia de la desobediencia civil en los EE.UU. ofrece ejemplos de ambos supuestos:

— en el caso *Williams v. Wallace*, en 1965, el juez Johnson declaró lícita una manifestación que había sido prohibida por las autoridades locales, con base en la siguiente argumentación: el valor del derecho constitucional de libre expresión debe ser contrapesado con los efectos de su ejercicio; cuanto mayor sea el agravio denunciado, más contundencia en la forma del ejercicio del derecho estará justificada; ante la gravedad y amplitud de la discriminación racial, no cabe duda que es legítimo manifestarse por calles y carreteras para dar publicidad a esos agravios; en suma, la extensión del derecho de libre expresión ha de medirse con la intensidad del mal que ocasiona la protesta⁶.

— en el caso *Brown v. Louisiana*, en 1966, cinco ciudadanos negros fueron procesados por sentarse en el suelo en una biblioteca pública «segregada», y negarse a salir de ella. El Tribunal Supremo les absolvió porque «una protesta pacífica en una

2. DREIER, Ralf: «Derecho y Moral», en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.): *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 71-110, aquí p. 74.

3. DE LUCAS, Javier: «Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin», *Doxa* 2 (1985), pp. 197-207, aquí p. 197.

4. GASCÓN, Marina: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, aquí p. 209.

5. Ver PECZENIK, Alexander: «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa* 8 (1990), pp. 89-109.

6. Cfr. HALL, Robert, T.: «Legal Toleration of Civil Disobedience», *Ethics* 81 (1971), pp. 128-42, aquí p. 133.

biblioteca pública está protegida por la Primera Enmienda, si no interfiere con terceros y tiene lugar donde y cuando los desobedientes puedan estar presentes»⁷.

He utilizado dos ejemplos del derecho norteamericano, porque en ese país se ha producido el debate más activo sobre el tratamiento jurídico de la desobediencia civil, generando una amplísima jurisprudencia⁸. Por otro lado, esta jurisprudencia es bien conocida por los autores españoles que han estudiado el tema, y el Prof. Estévez Araujo no es una excepción. Pues bien, uno de los méritos del trabajo de José A. Estévez es que sitúa el análisis jurídico de la desobediencia en el marco de textos constitucionales de nuestro inmediato entorno, extrayendo, por ello, consecuencias directamente aplicables al Derecho español. Por ejemplo, frente al habitual énfasis en la conexión desobediencia civil — libertad de expresión —, típico de los tribunales norteamericanos para posibilitar la aplicación de la Primera Enmienda⁹, Estévez recurre asimismo a los derechos fundamentales de participación y de manifestación como fundamento jurídico de actos de desobediencia.

En esta línea, es preciso traer a colación la importante Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, n.º 59/1990, de 29 de marzo, en Recurso de Amparo 1.639/1987. En ella se declaró lícita y conforme a Derecho una manifestación realizada por unos 160 trabajadores del campo, de la provincia de Huelva, para protestar contra la normativa sobre desempleo y subsidio agrario, ocupando la carretera nacional 431 e impidiendo así la circulación de vehículos en ambos sentidos. Al cabo de un tiempo, requeridos por la Guardia Civil, dejaron expedita la carretera. El Tribunal Supremo dictó condena, por estimar probada la comisión de un delito de desórdenes públicos (art. 246 del Cód. Penal). El T.C., por contra, estimó que los actos enjuiciados constituían un ejercicio del derecho de libre manifestación pública, protegido por el art. 21 de la C.E., que debe prevalecer sobre los bienes jurídicos de «orden», «paz pública» o «libre circulación» que están detrás del art. 246 del C. Penal.

Estévez dedica, precisamente, el Capítulo quinto y último de su libro al estudio de «la desobediencia civil como participación en la defensa de la Constitución». En este Capítulo, insinúa que la defensa de los valores y principios constitucionales está insuficientemente procedimentalizada, y que un Tribunal Constitucional, en cuanto órgano jurisdiccional, carece de la legitimidad suficiente para materializar los derechos fundamentales, para asignarles un peso específico, pues ésta es una tarea eminentemente política. Como solución, propugna la apertura del proceso de interpretación constitucional a todos los ciudadanos, a la opinión pública, con lo que el T.C. se limitaría (y no es poco) a garantizar el carácter abierto, pluralista y participativo de estos procesos.

El problema que aquí se plantea, lógicamente, es cómo interpretar en este contexto una resolución del T.C. que no ofrezca a los derechos fundamentales la protección exigida por los desobedientes. O, lo que es similar, una decisión que resuelva el «test de constitucionalidad» en sentido contrario al pretendido, confirmando los argumentos jurídicos de las autoridades y rechazando los de quienes desobedecen. A mi juicio, esta situación (que no es hipotética, sino la más frecuente) demanda ya soluciones estrictamente políticas, y no jurídicas, pues lo que está en juego es un cambio del sistema jurídico, de sus elementos, y no un cambio en su interpretación o aplicación.

En España tenemos un ejemplo elocuente, que es el de la Ley 48/1984, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, ley que superó con éxito un «test de constitucionalidad» en las Sentencias T.C. 160/87 y 161/87, am-

7. Cfr. MACGUIGAN, Mark R.: «Obligation and Obedience», en PENNOCK, J.R., y CHAPMAN, J.W. (eds.) *NOMOS XII. Political and Legal Obligation*, Atherton Press, N. York, 1970, pp. 46-54, aquí p. 52. Hay en esta sentencia un voto particular del magistrado Hugo Black.

8. Ver, por ejemplo, la amplísima lista de casos recogidos en «Sentencing in Cases of Civil Disobedience», *NOTA de la Columbia Law Review* 68 (1968), pp. 1508-37, y agrupados según un orden sistemático.

9. Vid. al respecto KATZ, Bárbara J.: «Civil Disobedience and the First Amendment», *U.C.L.A. Law Review* 32, 4 (1985), pp. 904-19.

bas de 27 de octubre. Desde ese momento, los órganos de adjudicación, los jueces y tribunales, no pueden desentenderse de esa Ley, y deben aplicarla como norma válida que es. A partir de esta constatación, la conducta de los insumisos y sus actos de desobediencia civil, en cuanto tipo, son *prima facie* antijurídicos. Cabrá realizar una aplicación ponderada, caso por caso, de los bienes en juego, llegando incluso a la absolución del insumiso (como en las Sents. del Juzgado de lo Penal 4, de Madrid, de 3 de febrero de 1992, y del Juzgado de lo Penal 20, de Madrid, de 16 de enero de 1993). Pero nos encontramos, no ante una justificación jurídica de la desobediencia, sino ante excusas jurídicas para la desobediencia, que es algo diferente ¹⁰.

Como ocurre con la conocida tesis de Donald Davidson (aunque los individuos pueden ser localmente irracionales en su conducta, presuponer su racionalidad global como marco de referencia es ineludible si queremos comprender la acción humana), aquí el carácter antijurídico de la desobediencia civil opera como decorado imprescindible para comprender lo que ha significado y significa este tipo de desobediencia al Derecho. Si bien pueden darse casos de desobedientes absueltos, la ilegalidad *prima facie* de sus actos es algo que tienen en común con muchos otros desobedientes condenados. Lo que define a la desobediencia civil es el uso de medios aparentemente ilegales, como regla, para conseguir fines políticos: es el hecho de violar una norma lo que da a esta desobediencia su valor simbólico y su fuerza persuasiva, porque plantea dramáticamente, a la opinión pública, el caso de unos ciudadanos responsables abocados a sufrir penas severas si se guían por sus convicciones.

El Prof. Estévez dedica las últimas páginas del libro a las condiciones que debe reunir una desobediencia civil que aspire a estar jurídicamente justificada. Su carácter público, no violento, su proporcionalidad, son requisitos perfectamente atendibles. Entiendo, asimismo, que Estévez valora como importante el requisito de la inexistencia de «posibilidad de derogación» por otros medios. Lo que ocurre es que la doctrina tradicional venía dándose por satisfecha con la existencia de medios jurídicos («remedios») para modificar o derogar la ley que se rechaza; con lo que en una democracia parlamentaria no había campo, prácticamente, para justificar la desobediencia.

Creo que Estévez va más allá y que éste es otro de los aciertos de su trabajo. No basta con que las normas prevean mecanismos de cambio legislativo, o la alternancia de partidos políticos. Es preciso que esos mecanismos estén abiertos a todos los grupos sociales por igual, y que la opinión pública pueda utilizarlos libremente para apoyar sus iniciativas. Cuando el proceso de formación de la opinión pública está fuertemente oligopolizado, en manos de un reducido número de grupos empresariales, cuando los medios de comunicación están fuertemente concentrados (España es un buen ejemplo, sin olvidar el de Italia, con sus consecuencias), los cauces estrictamente institucionales son insuficientes.

Parece claro que en el fondo de todas las campanas de desobediencia civil existe un elemento «comunicativo» al lado de otro «participativo», y que ambos están estrechamente imbricados. Los ciudadanos se ven obligados a manifestarse, a salir a la calle, incluso a desobedecer públicamente alguna norma legal, para conseguir audiencia por parte de los medios de comunicación. Sólo recurriendo a alguna forma de desobediencia civil, fuertemente simbólica, estos ciudadanos consiguen que sus demandas sean recogidas, difundidas, y generen respuestas por parte de los poderes públicos. La desobediencia es un medio para provocar en las autoridades una argumentación, un discurso de respuesta, una justificación de sus políticas y de sus proyectos legislativos.

10. En relación con la primera de estas Sentencias, dictada por el magistrado José Luis Calvo Cabello, han surgido gran cantidad de materiales. Algunos de ellos pueden examinarse en *Ley y Conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, edic. a cargo de Gregorio PECES BARBA, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III / B.O.E., Madrid, 1993. También son de gran interés los artículos que al respecto ha publicado Manuel Atienza.

El Prof. Estévez propone reemplazar la clásica distinción entre desobediencia civil directa y desobediencia indirecta por la distinción entre «desobediencia como test de constitucionalidad» y «desobediencia como ejercicio de un derecho». La primera se utilizaría en el curso de campañas de protesta contra leyes determinadas, cuya validez jurídica está sometida a cuestión: los reparos morales y políticos contra la ley pueden operar como reparos jurídicos. La segunda surge como respuesta a decisiones restrictivas de derechos adoptadas por las autoridades en el curso de protestas en origen perfectamente legales. La primera forma de desobediencia tiene por destinatario al Legislador, y la segunda al Ejecutivo.

Retomando la distinción que antes esboqué, puede entenderse que en el primer caso estamos ante una desobediencia civil justificada, en cuanto que probar la validez de una norma de constitucionalidad discutida, mediante su incumplimiento, es un acto que puede quedar cubierto por una causa jurídica de justificación (como ocurre con diferentes sentencias en casos de insumisión). En el segundo, estamos ante una desobediencia civil como forma o modalidad de ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Un aspecto que no me gustaría pasar por alto, y en el que me parece que Estévez no se detiene especialmente, es el análisis de los diferentes papeles que los operadores jurídicos juegan en la desobediencia civil. En el libro se plantea, como es lógico, el papel de las autoridades políticas, Parlamento y Administración, pero queda un poco en el aire la función a asumir por los jueces. No olvidemos que, en muchos casos, los jueces pueden realizar una interpretación alternativa del Derecho, en la línea propuesta por Estévez, y dejar sin sanción actos concretos de desobediencia. En el límite, la desobediencia podría configurarse como actividad conforme a Derecho en cuanto fuera, sistemáticamente, aceptada como tal por los Tribunales. Sin embargo, y me refiero en particular a la desobediencia como test de constitucionalidad, el propósito de los desobedientes no es ese (su absolución reiterada) sino la derogación de la ley rechazada. Y nos encontramos ante la paradoja de que una de las armas políticas más sólidas para promover esa derogación es, precisamente, la constatación de que muchos desobedientes, ciudadanos perfectamente responsables y leales a la Constitución, están sometidos a penas y castigos legales por sus convicciones. Como ocurre en otras cuestiones, el sentido en que debe orientarse la función jurisdiccional es un problema complejo y controvertido: la resolución, aparentemente óptima, de casos particulares no ofrece respuesta al problema político de fondo que se había planteado. Este es un tema que, a buen seguro, será tratado con interés en los próximos años.

Rafael HERRANZ CASTILLO

William W., FISHER III, Morton J. HORWITZ, Thomas A. REED, *American Legal Realism*, Oxford, University Press, 1993, 326 páginas.

El libro objeto de la presente reseña es una recopilación de extractos de escritos firmados por juristas adscritos al movimiento realista americano, efectuada por los profesores norteamericanos William W., Fisher, Morton J. Horwitz y Thomas A. Reed. Estos, tal y como afirman en la introducción del volumen, no se han limitado a reproducir textos que podrían considerarse «clásicos», sino que han tratado de presentar escritos de otros autores menos conocidos, con la intención de ofrecer al lector una perspectiva global de lo que el movimiento realista americano supuso, y del entorno de pensamiento y de preocupaciones intelectuales y prácticas en el que se desarrolló.

El volumen está dividido en una introducción y ocho capítulos, dedicados cada uno de ellos a ocho «temas» que, por su propia naturaleza, o por el enfoque especial con el que fueron abordados, son considerados como característicos del pensamiento realista. Cada capítulo comienza con una presentación general por los editores del contexto social, económico, político e intelectual que rodeaban a las cuestiones que configuran cada tema, y con una indicación de las notas generales del pensamiento realista en este respecto. El libro se completa con una interesante bibliografía de fuentes primarias y secundarias.

En general, los editores presentan un retrato del realismo como un intento de desarrollar un nuevo pensamiento jurídico, localizado en el período entre guerras, y opuesto al dominante, al que llaman el *classical legal thought*, de espíritu formalista, y de mentalidad conservadora en lo político y social. Los realistas, por el contrario, estaban interesados por la justicia social, y por una transformación de los métodos de decisión jurídica, que permitiera superar los defectos del conceptualismo y del pensamiento silogístico por medio de la toma de conciencia, por parte del operador jurídico, de las políticas sociales involucradas en el derecho, y de la importancia del auge que las ciencias sociales estaban experimentando en aquella época. Es de destacar que los editores no vacilan en dar al movimiento realista americano una definida orientación política progresista, que es el patrón con el cual enjuician supuestas «desviaciones», cometidas por alguno de los miembros del movimiento (como, por ejemplo, el Pound tardío).

Por otra parte, los editores son conscientes del carácter difuso del movimiento realista americano, que no permite identificar su pensamiento con nitidez, ni tampoco establecer una lista de «realistas», de la que se pueda predicar que los comprende a todos, o que no incluye a nadie que no deba estar en ella: las ideas consideradas como características del realismo ya habían sido anticipadas por grandes juristas anteriores a ellos, como Holmes, Pound y Cardozo; por otra parte, los autores considerados como «realistas» no presentaban un ideario común, y nunca se organizaron en la forma de una «escuela» de pensamiento. A la vista de esto, los editores prefieren utilizar como criterio de selección de autores el de la oposición al *classical legal thought*.

Los ocho capítulos en que se divide el libro están titulados de la siguiente forma: 1) Antecedentes; 2) La polémica en torno al significado del realismo; 3) Los contratos y el mercado; 4) La crítica de la distinción entre lo público y lo privado; 5) El derecho y la sociedad corporativa; 6) El razonamiento jurídico; 7) El derecho como ciencia social; 8) La enseñanza del derecho y el trabajo académico. Los textos seleccionados consisten en escritos de corte general, otros relativos a cuestiones doctrinales concretas, y decisiones judiciales importantes.

El capítulo de antecedentes comprende extractos de escritos de Oliver W. Holmes (de *The Common Law* —1881—, de «The Path of the Law» —1897—, y de su voto particular en *Lochner v. New York* —1905—); de James B. Thayer («The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law» —1893—); de Roscoe Pound («Liberty of Contract» —1909—, «Law in Books and Law in Action» —1910—); de John Chipman Gray (*The Nature and Sources of the Law* —1909—), y de Wesley Newcomb Hohfeld («Some Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning» —1917—).

ning» —1913—). Todos estos son considerados como precursores del movimiento realista. De Holmes han tomado los textos donde se encuentran sus afirmaciones de que «la vida del derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia», o donde formula la «teoría del mal hombre», y la concepción del derecho como las profecías de lo que los tribunales harán; así como su idea de la separación entre derecho y moral; Thayer es seleccionado por su crítica de la forma en que los tribunales norteamericanos estaban enjuiciando la constitucionalidad de la nueva legislación social, mediante interpretaciones sesgadas de la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal; a Pound se le presenta defendiendo la necesidad de aplicar el análisis sociológico al derecho, criticando la ideología liberal clásica, que confía ciegamente en la idea del *self-reliant man*, y abogando por la justicia social; de John C. Gray se destaca su tesis, consistente en que las inclinaciones políticas de los jueces afectan a sus decisiones, y que en ocasiones aquéllos cumplen un papel renovador del derecho; por último, Hohfeld aparece exponiendo su teoría de la descomposición de cualquier relación jurídica en ocho categorías básicas (derecho/no derecho; privilegio/deber; poder/incapacidad; inmunidad/responsabilidad) que forman parejas de opuestos (así se presentan aquí) pero también de correlativos (pues, en las relaciones jurídicas, el derecho de una parte, por ejemplo, comporta un correlativo deber de la otra); esta teoría ejerció poderosísima influencia en muchos autores considerados como realistas.

El capítulo segundo, dedicado a la controversia de los años 1930-31 en torno al significado del realismo, informa sobre la polémica producida entre Llewellyn y Pound, y originada por la publicación por Llewellyn de un artículo bajo el título «A Realistic Jurisprudence — The Next Step» en la *Columbia Law Review* —1930— donde Llewellyn, que ha ensalzado a Pound por haber dado importancia a las prácticas surgidas en torno al derecho, como elementos para su estudio, le considera como aún «parcialmente atrapado por el pensamiento tradicional en torno a preceptos, propios de una época que está quedándose atrás»; los editores, por su parte, hablan de un Pound que en aquel momento se había vuelto «oracular y conservador», irritado por las ideas iconoclastas de autores como Jerome Frank y Karl Llewellyn, y aún así interesado en dar el *placet* al nuevo movimiento, no sin antes verter sobre éste algunas advertencias; con tal objeto escribe un artículo titulado «The Call for a Realist Jurisprudence» —1931— en el que traza una descripción del movimiento realista que lo hace pasar por una escuela de pensadores que creen que *su* verdad es *la* verdad, y que los hechos del derecho son lo único que cuenta, despreciando así los problemas del deber ser del derecho. Además, Pound imputa a los realistas una serie de defectos (fe ciega en las cifras, unilateralismo intelectual, particularismo en el estudio de los fenómenos jurídicos, y compromiso moral con los intereses del comercio, despreciando el interés social general). A continuación Pound presentará su versión sobre lo que debería ser un programa realista, en términos más moderados que los que, según él, defienden los representantes de la nueva corriente. Llewellyn respondió a este artículo con otro, «Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound» —1931—, en el que pide a Pound citas concretas de textos de realistas, que muestren los defectos aducidos, pero sin esperar a que aquél lo haga, se lanza a un análisis bibliográfico de los escritos de aquéllos a quienes por la época Pound podría haber considerado como representantes del nuevo movimiento, demostrando que las críticas de aquél carecen de fundamento; después, en la segunda parte de su artículo, emprenderá una descripción de los que pueden ser aceptados como puntos comunes del realismo jurídico americano. Allí negará la existencia de una *escuela* realista, y señalará los que a su juicio son los rasgos principales del movimiento.

El tercer capítulo se dedica al tema de los contratos y el mercado. Los editores explican la evolución del derecho contractual en los EE.UU., caracterizada por la expansión de la institución contractual a relaciones jurídicas anteriormente regidas por un *common law* imperativo, y por la aceptación general de la «teoría de la voluntad» y del formalismo en la interpretación de los contratos; tras ello, describen cómo, a finales del siglo XIX, vuelve a tomar cuerpo el intervencionismo del estado en la vida económica, con legislaciones restrictivas y de derecho imperativo, destinadas a controlar los problemas que el proceso de industrialización del país estaba causando, en el sentido

de desprotección del trabajador y de los consumidores; cómo el Tribunal Supremo de los EE.UU., reacciona contra el legislativo, declarando inconstitucional buena parte de esta nueva legislación, apoyándose en una interpretación sesgada de la 14.^a enmienda de la Constitución, concebida originalmente para la protección de las libertades de los antiguos esclavos, y ahora convertida en base de la *freedom of contract* y del derecho al *substantive due process* (entiendo como tal el proceso que respeta el derecho de propiedad). Por último, exponen la reacción de los críticos del liberalismo, que no son otros que los realistas: éstos denuncian las inconsistencias internas de la concepción clásica; niegan que se pueda explicar toda la doctrina contractual sobre la base de unos pocos principios generales; señalan que los cambios sociales y económicos obligan a redefinir dicha doctrina; y afirman que las obligaciones contractuales no tienen su fuente en la voluntad de las partes, sino en la del Estado, y en nociones judiciales como política pública, bienestar, justicia, corrección y error. Ilustran esta exposición extractos de textos de Arthur L. Corbin («Offer and Acceptance, and Some of the Resulting legal Relations» —1917—); de Nathan Isaacs («The Standardizing of Contracts» —1917—); de Karl N. Llewellyn («What Price Contract? —An Essay in Perspective» —1931—); y de L.L. Fuller y William R. Perdue, Jr. («The Reliance Interest in Contract Damages» —1936/37—).

En el cuarto capítulo se aborda la crítica realista a la distinción entre lo público y lo privado. Esta distinción, proveniente del siglo XIX, y producto de la ideología liberal clásica, fue discutida por los realistas, quienes se empeñaron en demostrar el carácter extensivo de la coerción, y no privativo del estado; el efecto que el derecho de propiedad y de los contratos producen, bajo la forma de otorgamiento de poderes a los propietarios para regular la vida y las situaciones jurídicas de los demás, hasta el punto de poder llegar a confundirse con la soberanía, como sucedió en la Edad Media, que las políticas públicas determinan el contenido del derecho privado (en el fondo, el *laissez-faire* es la consecuencia del otorgamiento estatal de poderes a los particulares); y que como consecuencia, el estado es responsable en un grado importante de la distribución de la riqueza y del poder. Los editores resaltan la importancia política de esta forma de argumentar, en cuanto ataque a la opinión conservadora de que la política intervencionista era anómala, y necesitaba de una justificación especial. A este contenido responden los extractos que componen este capítulo, sobre textos de Robert L. Hale, («Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercitive State» —1923—); de Morris R. Cohen, («Property and Sovereignty» —1927—); de Louis L. Jaffe («Law Making by Private groups» —1937—); y sobre el voto particular de Jerome Frank en *M. Witmark & Sons v. Fred Fisher Music Co.* —1942—.

En el quinto capítulo, los editores presentan extractos de textos realistas relacionados con la en aquel momento nueva y emergente sociedad corporativa. describen el proceso de organización social y económica en los EE.UU., producido entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial, la transformación de la estructura empresarial, desde empresas sostenidas por pequeños grupos y que se ocupaban de un solo aspecto de la producción, hasta los grandes grupos que cubren múltiples facetas de la misma y son sostenidos por grandes masas de accionistas; y la progresiva complicación e interconexión del sistema económico, que creaba nuevas formas de dependencia económica, frente a las que se respondió con nuevas formas de organización.

Los realistas se esforzaron por resaltar la inadecuación de las viejas reglas e instituciones frente a la nueva situación económica, y que exigía cambios en tres órdenes de materias:

a) En primer lugar, se reclamaba una nueva concepción de la responsabilidad contractual y extracontractual, que debía inspirarse por patrones objetivos y abandonar el criterio de la culpa (en este sentido se expresa el texto extractado de Harold J. Laski: «The Basis of Vicarious Liability» —1917—. Igualmente, la opinión de Holmes en el caso *Vegeahn v. Guntner*, 1896, que aceptaba la licitud de la organización de los trabajadores para formar piquetes y su no responsabilidad por los perjuicios ocasionados, sobre la base de que están haciendo competencia para su propia subsistencia).

b) En segundo término, se reivindicaba una nueva forma de regulación, por vía legislativa o administrativa, de las relaciones internas y externas de las corporaciones (así, la opinión del juez Brandeis en *International News Service v. Associated Press* —1918—; también, el extracto de la obra de James L. Landis *The Administrative Process* —1938—, donde se elogia la capacidad regulativa de los administradores profesionales, dedicados a esa tarea en exclusiva, y ajenos a las turbulencias políticas).

c) Por último, los realistas proponen una nueva concepción de las corporaciones, como resulta de los textos de John Dewey, en «The Historic Background of Corporate Legal Personality» —1926—, donde señala el doble uso que se ha hecho siempre de toda teoría respecto a la personalidad jurídica, y de Adolf A. Berle y Gardiner C. Means, en *The Modern Corporation and Private Property* —1932—, donde se describe cómo la corporación ha efectuado la separación entre propiedad y control del capital, por medio de la multiplicación de los propietarios, y ha creado nuevas relaciones jurídicas, en el interior y en el exterior de la corporación.

En el sexto capítulo, los editores se dedican a recopilar textos realistas en torno a problemas de razonamiento jurídico. En este terreno, describen el pensamiento realista como desdoblado en dos vertientes: críticas del estilo de razonamiento dominante, y propuestas para una mejor resolución de conflictos. En la base, una teoría del derecho, entendido como profecías de las decisiones judiciales; de acuerdo con ella, la lógica deductiva es poco útil; no es posible derivar soluciones particulares de reglas generales (tesis que es motivo de la controversia entre Holmes y Brandeis en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon* —1922—); en realidad, el juez se suele enfrentar a la necesidad de elegir dos o más principios o categorías jurídicas opuestas entre sí, para decidir la solución del caso (esto es lo que tratan de mostrar los escritos extractados de Max Radin, «The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think» —1925—; de Herman Oliphant, «A Return to Stare Decisis» —1928—; y de Karl N. Llewellyn, «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed» —1950—).

En las decisiones de los jueces intervienen, además de la lógica, otros factores: corazonadas (Joseph C. Hutcheson, Jr., «The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision» —1929—), factores psicológicos (Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930), y factores sociales (Félix S. Cohen, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach» —1935—); tomada la decisión, luego se racionaliza y legitima con los argumentos tradicionales.

Los editores caracterizan las propuestas de los realistas de reforma del derecho americano con tonos más pobres; reclamaron una base empírica para las elaboraciones conceptuales (como lo ilustra el extracto que se presenta de la obra de Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* —1921—, y el artículo de John Dewey, «Logical Method and the Law» —1924—), y una descomposición de conceptos complejos en categorías más simples y restringidas (Cohen); efectuada esa descomposición, aún queda valorar, de acuerdo con políticas públicas determinadas, la estructura de las relaciones jurídicas y proponer, en su caso, su reforma. Por otra parte, reclamaban una aplicación teleológica del derecho, y que las normas jurídicas expresaran la finalidad que con ellas se persigue de forma explícita. Aún así, se presenta a los realistas reclamando de los jueces la modificación de las reglas, en caso de que estén en desacuerdo con los objetivos expresados en ellas. La postura realista en torno a valores es aún más difusa: oscila entre el pluralismo ético y ciertas ideas progresistas, y se sustancia en una elusión de los problemas morales, bien postponiendo su estudio, bien optando por posturas de descubrimiento del deber ser del derecho, de un derecho inmanente, en las prácticas sociales.

En «El Derecho en cuanto Ciencia Social» (cap. 7.º), los editores dan cuenta de la enorme cantidad de confianza depositada por los realistas en la sociología, como instrumento para la reforma del derecho, y para la liquidación de la necesidad de separar el «ser» del «deber ser» en el derecho.

Como ilustración de esta confianza, se presentan extractos del famoso «informe Brandeis» en el caso *Muller v. Oregon* —1908—; del artículo de W.W. Cook, «Scientific Method and the Law» —1927— donde informa de la caída del predominio de la visión mecanicista del mundo físico y natural, del descubrimiento de que la deducción lógica depende enteramente de la forma de las premisas, y no de sus contenidos de significado, y de la entrada en lo que él llama «la era de la relatividad», caracterizada por la toma de conciencia de los postulados que subyacen inconscientemente al pensamiento, por el abandono de la pretensión de que el derecho puede ser completamente explicado desde el punto de vista de la mecánica, y por el reconocimiento de las limitaciones de la actividad clasificatoria y de la lógica deductiva; todo lo cual contrasta con el pensamiento inductivo-deductivo propio del derecho, que desatiende el papel del abogado de predecir acontecimientos futuros, y el del juez de creación de nuevo derecho cuando resulte necesario, con las miras puestas en fines socialmente deseables y en los modos de decisión más adecuados para alcanzarlos.

De *The Cheyenne Way*, de Llewellyn y E.A. Hoebel (1941), se extracta el capítulo dedicado al homicidio y lo sobrenatural, dándose así una muestra ajustada del trabajo de antropología jurídica que estos autores desarrollaron con los indios Cheyenne, y que además concluye con el desarrollo por Llewellyn de un conjunto de reglas que expresan las prácticas Cheyenne en torno al homicidio; de Underhill Moore y Charles C. Callahan, se extracta el artículo «Law and Learning Theory: A Study in Legal Control» —1943—, donde se muestran los resultados —por otro lado no muy sugerentes— de los estudios de conductas relacionadas con el aparcamiento de automóviles en zonas de estacionamiento limitado.

El último capítulo de este volumen está dedicado a recopilar algunos textos realistas que tuvieron como objeto de sus consideraciones los problemas de la reforma de la enseñanza del derecho y de la actividad académica; comienzan los editores con una breve exposición de los avatares de la enseñanza del derecho en los EE.UU., entre mediados del siglo XIX, con la aparición del *case method*, y los movimientos de reforma del primer tercio de este siglo, no sin echar una ojeada a sus aspectos discriminatorios, elitistas y racistas. En general, la idea que prevalecía era que las facultades de derecho se habían vuelto demasiado académicas y alejadas de la vida del derecho; como remedio, se propugnó la incorporación de la economía, la psicología, la sociología y la ciencia política a las enseñanzas de las facultades de derecho.

En este sentido se pronunció el *Summary of Studies in Legal Education* —1929—, editado por Herman Oliphant como conclusión de las discusiones sobre reforma curricular en Columbia, que propugnó una reorganización de las asignaturas en torno a patrones funcionalistas. Thurman W. Arnold (en «Institute Priests and Yale Observers —A Reply to Dean Goodrich») postuló la necesidad de distinguir una ciencia *del* derecho y una ciencia *sobre* el derecho, a fin de poder situar en su contexto adecuado las críticas que la actividad académica sobre el derecho estaba recibiendo de los realistas. Y Fred Rodell, en «Goodbye to Law Reviews», puso en la picota el estilo recargado y altisonante de los autores de artículos en revistas jurídicas, así como su dedicación en los mismos a minucias conceptuales poco relacionadas con necesidades reales.

Félix Francisco SANCHEZ DIAZ

José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid, Talasa, 1994, 400 páginas.

La publicación del libro de J.I. Lacasta es una tentativa lúcida de rescatar el ideario de Sorel que, por su polémica y contradictoria personalidad, había caído en el rechazo o peor aún en el olvido, a pesar del gran predicamento que tuvieron algunas de sus obras en la Francia e Italia de comienzos de este siglo. Aunque sólo fuera por este motivo, esta obra es merecedora de atención. Siendo esto cierto, sin embargo, la recuperación de un pensamiento «actual» y digno sin duda de ser tenido en cuenta no debe oscurecer que el trabajo que comentamos debe celebrarse, además, por su fuerza y la erudición cultural desde la que ha sido abordado. Teniendo en cuenta estos antecedentes, este comentario se va a articular a partir de tres puntos, fundamentalmente. En primer lugar, una presentación del libro y de las intenciones del autor en su intento de «rescatar» el pensamiento de Sorel y su significado cultural e histórico. En segundo lugar, se atenderá a las cuestiones que se abordan en la trastienda sociológica del pensamiento de Sorel (una de las más valiosas aportaciones metodológicas y de contenido de J.I. Lacasta). Para finalizar, en tercer lugar, esta revisión se centrará en la crítica del «antisemitismo» de Sorel. Entendiendo que este dato no es una mera anécdota en su pensamiento y que el autor, aunque aborda el tema, en alguna medida lo escamotea al desplazarlo hasta el epílogo, cuando debiera haber sido una de las claves a tener en cuenta para la reconstrucción de su pensamiento y en especial para valorar su «antidemocratismo».

El pensamiento de Sorel debe situarse en medio del alboroto producido por el *fin de siècle* francés y la tentativa de la III República de mostrar una capacidad racionalizadora de reducción de conflictos y de realización del ideal republicano mediante reformas pacíficas. Frente a esta situación aparece un Sorel enérgico y decidido a cambiar el rumbo de la vida política y religiosa. Su crítica radical le lleva a situarse en una posición desconcertante que ha dado lugar a un largo periplo de «transmigraciones» de su pensamiento desde las posiciones conservadoras más acérrimas hasta los planteamientos revolucionarios más radicales, tanto en el foro político como sindical. La simultaneidad de su utilización desde posiciones que se auto-reclaman de «derechas» o de «izquierdas» llama especialmente la atención, hasta el punto de que recientemente Bobbio ha significado «la interpretación ambiguamente contrastante» de este autor¹. El propio autor del libro que comentamos, a pesar de sus esfuerzos por superar esta tensión y rescatar los valores del pensamiento de Sorel en sí mismo, no escapa a la misma, como puede apreciarse a *sensu contrario* en la constante insistencia en subrayar la originalidad de su pensamiento y en su justificación. El «malditismo» de Sorel persigue a J.I. Lacasta y le lleva a un singular esfuerzo de justificación, único punto en el que este brillante libro puede adolecer de algún flanco débil.

A J.I. Lacasta le obsesiona mostrar, siempre que tiene ocasión, la autonomía y originalidad del pensamiento soreliano. Alejándose así de aquéllos que lo han valorado como una «mezcla de Marx y de Nietzsche». La originalidad del pensamiento soreliano reaparece como un parpadeo en muchas de las páginas de este libro, incluso para referirse a la deuda de Sorel con respecto a «los materiales morales recibidos» [débito que, con gran plasticidad, el autor del libro colorea con un trazo fuerte y seguro calificándolo de «no esclavizado» (p. 80)]. En la mayoría de las ocasiones, la singularidad de su pensamiento es perfilada con coletillas como el uso constante de la expresión «muy de Sorel» detrás de comentarios acerca, por ejemplo, de la «presencia de una brújula ética de origen teórico proudhoniano» (p. 73). Este ahínco también se observa en la reacción del autor frente a la calificación de Sorel como «imitador» o «epígono» de la figura de Croce por algunos pensadores como Gramsci, Bergson, Renan y Proudhon. Frente a esta valoración, que considera exagerada, «un tanto distorsionada

1. BOBBIO, N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, 2.^a ed., trad. A. Picone, Madrid, Taurus, 1995, p. 73 ss., esp. p. 74-75.

y algo páfida» en el caso de Gramsci, se resalta, por un lado, la sorpresa de esta «anómala postura doméstica en un ser tan independiente y creativo» (p. 119) y, por otro, se reconduce ese sometimiento soreliano que parece apartarlo de una dimensión propia y original a nada más que cierta ambigüedad. Algo que sería característico de la época y que, como se señala, es típica del «panorama de los personajes de Flaubert». Dentro de esta óptica literaria flaubertiana, la presencia de ocasionales «niñerías» o «incomprensibles manías» no desmerece la lucidez del pensamiento soreliano (p. 120). Por último, también el análisis de los componentes del estilo de Sorel apuntalaría su autenticidad, su originalidad estilística e ideológica. El «gozne estilístico» soreliano aparece magistralmente conectado con su actitud moral de búsqueda de «lo verdadero», con su peculiar sensibilidad hacia el valor de la tradición, en la vertiente histórica de las democracias rurales frente a las urbanas y en la de la tradición creadora fundamentada en el uso de los moldes clásicos (p. 131).

El conato por dejar patente la originalidad del pensamiento de Sorel se complementa con la apología de su actualidad. En este sentido, el autor del libro que comentamos realza la vigencia de su pensamiento, insistiendo en que muchas de sus ideas «llegan sin diluirse hasta la recta final del siglo XX» (pp. 122-123). Desde esta perspectiva, la argumentación se desdobra en varias vertientes. Así, por ejemplo, la crítica soreliana «a la ley de uniformidad social a través de las instituciones estatales integradoras», plenamente vigentes en la ideología del progreso y la democracia de la III República francesa. En concreto, frente a esta fuerza centralizadora del «Estado-nación aparecen en el nuevo mapa europeo de finales de siglo, la pervivencia de etnias y nacionalidades como fuerzas centrípetas» (p. 124). Paralelamente se hace un esfuerzo titánico en no oscurecer la contemporaneidad de la perspicacia de Sorel para estudiar algunas de las «cuestiones axiales de su época» (p. 125).

Adentrándonos en cuestiones más profundas, mayor interés tiene el retrato que J.I. Lacasta hace del telón de fondo que tiene el pensamiento de Sorel. El autor consigue, con unas pocas pero precisas y brillantes pinceladas, que el lector no pierda conciencia de la ebullición política, social, cultural y moral de la Europa central de fin de siglo y más particularmente de la Francia de la III República. El profundo buceo intelectual que se realiza en la obra soreliana, se conecta con el discurso y las opiniones de los más relevantes políticos y pensadores contemporáneos en juegos comparativos plagados de guiños eruditos. Sólo dos objeciones. En primer lugar, el alarde de cultura y de referencias, que puede llegar a ser excesivo, puede ir en detrimento de la claridad expositiva haciendo difícil la lectura del libro, que por lo demás está estupendamente escrito. En segundo lugar, el autor se extiende en visualizar la Francia de Sorel y, aunque lo hace lúcidamente, ésta queda pautada en clave soreliana, con lo cual se insiste en su «decadencia» o es atisbada a través de la lente la vieja Antioquía o «metrópoli de cortesanos, charlatanes y mercaderes» (p. 135). No salen mejor parados los intelectuales a quienes se califica de «pléyade socialmente haragana» presente en las democracias urbanas de la III República.

Para perfilar más nítida y luminosamente el retrato de Sorel, se recurre a extensas referencias intelectuales que pretenden dar cuenta de la admiración que despertaban en Sorel otros intelectuales. Desde esta perspectiva se intuye ingeniosamente la equidistancia entre Sorel y Flaubert. Más concretamente, entre el «espíritu de invención» soreliano y «la imaginación, lo onírico y hasta lo psicoanalítico» de *La tentación de San Antonio* de Flaubert (p. 85, 99). Al mismo tiempo que capta con brillantez la personalidad antidecadente de Sorel, destaca el deleite con el que Flaubert «se regodea en la decadencia cartaginesa» como «dos momentos franceses diferentes» (p. 100 y 109). De uno de estos juegos surge una de las claves simbólicas del libro, el uso de la figura del discrepante Hilarión. J.I. Lacasta ve en el tentador Hilarión un nítido reflejo de la personalidad intelectual de Sorel. Es Hilarión el conductor de herejías, el tentador peligroso e infatigable, un dubitativo que interroga, un ser en vigilia que «pone en jaque» a quien le escucha (p. 34).

Para el autor, lo de «poner en jaque» es un atributo que puede compartir la filosofía de Sorel en su actitud, propiamente herética y antidogmática, hacia Marx y el «marxismo». Actitud crítica con respecto a la cual se resalta no sólo el profundo conocimiento de

Sorel sobre Marx y su obra, sino también que su estudio se basa en una «comprensión nada trivial del filósofo alemán» (p. 113). En opinión del autor, Sorel posee una gran lucidez al analizar la obra marxiana, distinguir la presencia de «otro Marx nada *necesario* en su argumentación» (p. 114), y concluir ajustadamente que «el verdadero marxismo no es tan absoluto en sus previsiones» (p. 115). Por el contrario, son los descendientes de Marx los que son realmente previsores del plan social descriptivo. Esto no obsta para que el propio Marx sea criticado por Sorel «con no poco ojo clínico, en un análisis que hay que tener bien en cuenta, pues existe un Marx imbuido de *prejuicios hegelianos*» (p. 114). Por otro lado, la comparación con Hilarión no impide que se resalte lúcida-mente que Sorel es un hereje que no sólo incordia, sino que fundamentalmente teoriza (p. 34).

Al hilo de estos juegos surge también una de las propuestas más interesantes del libro, la consideración de que lo económico o lo religioso de una época es construido por Sorel desde un enfoque sociológico que intuye esas realidades, para después analizarlas como manifestación de, en palabras de Bergson, «lo consciente e inconsciente» (p. 9 y 187). Esta perspectiva sociológica utilizada por Sorel para pensar y construir sobre Marx o el marxismo, sobre la religión o la ética y otras múltiples cuestiones, evitando caer en «la obsesión historicista por los hechos concretos y su repercusión documental» (p. 188). Sintonizando con este planteamiento, J.I. Lacasta también quiere eludir el reduccionismo historicista y busca una rearticulación del pensamiento de Sorel como manifestación tanto de lo consciente como de lo inconsciente, lo cual redundaría en la importancia de la perspectiva sociológica en la reconstrucción de su pensamiento. Con esta finalidad, se apoya, singularmente, en la profusa correspondencia mantenida por Sorel con amigos y contemporáneos como el propio Bergson, Croce, Labriola, Pareto, Michels, Halévy y su discípulo Berth.

Al autor le interesa, especialmente, recomponer, dentro de esa «sociología de lo inconsciente», la arraigada y fructífera veta moral de Sorel. Para lo cual rastrea con gran precisión y conocimiento en la obra proudhoniana, además de encontrar sus concomitancias con las ideas anticapitalistas de Péguy en medio de la vorágine de la III República francesa. Sorel, al igual que Péguy, está molestandamente impresionado por el perverso efecto de las grandes ciudades en el resquebrajamiento espiritual de las costumbres, lo que le hace volver la vista atrás hacia la vida rural. Esta mirada retrospectiva hacia las «democracias rurales» viene determinada por «su personal sensibilidad ante el valor de la tradición» (p. 133). La cual es para Sorel mucho más convincente que «artefactos tales como la voluntad general o el hombre abstracto», que Sorel detecta en las democracias urbanas. La decadente Antioquía es así contrapuesta a la Esparta Soreliana (p. 135).

La raíz proudhiana es captada por J.I. Lacasta cuando contempla críticamente la veta «puritana» de Sorel. Para éste, la familia es el elemento esencial de la civilización y, dentro de ella, la mujer deberá ocupar el «escalón subalterno», sometida a «deberes especiales», concebidos «por la inhumana categoría del «concubinato» en la teoría eclesial católica» (p. 107). El autor sigue a lo largo del libro rastreando este carácter «más bien ñoño» de la filosofía moral de Sorel en lo referente a la mujer cuando, por ejemplo, se propone como uno de los objetivos «paliar la disolución de las costumbres femeninas» como consecuencia de la emancipación que estaban alcanzando algunas de las mujeres de las clases altas en medio de los «días barrocos» propios de la III República francesa (p. 139-140).

En esta sociología de «lo inconsciente» también encuentra el autor el hilo soreliano que conecta la trayectoria del marxismo con el cristianismo, porque el pensamiento judeocristiano es buena parte «del patrimonio ético del movimiento obrero y sindical» (p. 53). Papel histórico que no ha sido apreciado por los escritores socialistas. Las analogías entre socialismo y cristianismo aparecen nítidamente perfiladas por la pluma ágil del autor en un continuo ir y venir por la biografía intelectual soreliana. Con la misma frescura, consigue que emerjan las carencias del socialismo desde el horizonte proudhoniano del que está imbuido Sorel. En este sentido, «al socialismo le sobra la superstición de la ciencia» y le falta, en boca del propio Sorel, «el reconocimiento expreso de la necesidad de los impulsos morales, del factor moral a secas» (p. 92). Por-

que las cuestiones espirituales que tan hondamente preocupaban a Sorel, por ser la única palanca capaz de transformar en profundidad una civilización, no pueden resolverse con «la ciencia» y el «progreso», como muy bien hila aquí el autor (p. 94). Para Sorel el sentimiento del misterio que caracteriza «lo religioso» está ligado estrechamente al pesimismo. Posición desde la que se distancia, tal y como lo ha intuido lúcidamente J.I. Lacasta, de la utopía del «progreso», de la ciencia positivista que todo lo puede y, en definitiva, del marxismo a gusto de la época en tanto que «causal», «necesario», «dialéctico», «científico», «progresista» y por todo ello optimista (p. 55).

En medio de este enfoque sociológico, se rescata, por último, la influyente presencia de la ciencia y la tecnología en la obra soreliana (para ello se apoya en parte en su profuso conocimiento directo de la obra de Sorel y en la de Bergson). Desde esta posición cientifista, el autor resalta magistralmente, la diferencia de Sorel con algunos de «los marxistas» o descendientes de Marx, en su objetivo de presentar el proyecto soreliano como autónomo y genuino. En este sentido, Sorel establece unos límites a las aspiraciones de conocer y prever de la ciencia. Ello le lleva a rechazar todo principio de causalidad y toda idea de «necesidad» para la historia, sumándose con ello al análisis bergsoniano. Y, desde otro punto de vista, a desembocar a una considerable distancia de la línea filosófica engelsiana de la causalidad, seguida también por Lenin. Más concretamente, se conecta a Sorel, en su rechazo a teorizar sobre el mañana, con una de las direcciones de Marx. Particularmente con la crítica de éste a los «programas detallados para el porvenir social» (p. 108). Por ello, esa inspiración científica y tecnológica da razón, en parte, de su rechazo «a las ilusiones del progreso» y al entusiasmo característico entre los socialdemócratas, esto es, de su refutación al dogmatismo del «plan social descriptivo», característico de los seguidores de Marx. Reflexión que además le permite entresacar un fundamental punto de conexión al autor entre Sorel y Gramsci, (pp. 111-112).

Mayores reservas críticas encontramos en otra de las líneas, curiosamente sólo esbozada por el autor, como es la del *antisemitismo* de Sorel. J.I. Lacasta, quizá seducido por la grandiosidad del pensamiento de Sorel, se aferra inútilmente a presentárnoslo como un rasgo más, en el que no va a profundizar hasta el epílogo, posiblemente para no ensombrecer la altura intelectual de Sorel. En este sentido, si bien se reconoce la «no poca incoherencia» que supone la inclusión de este repugnante elemento antisemita en la biografía política de Sorel, se intenta una y otra vez que, a los ojos del lector, dicho carácter no contamine la grandiosidad intelectual soreliana con comentarios como los siguientes: «pero ese plano biográfico-político no se puede trasplantar directamente a la filosofía»; «al soslayo de esta políticamente controvertida conducta vital, Sorel (...) prosigue su propio, algo sonambulesco y difícil destino intelectual»; «entre la biografía de Sorel y la evolución de sus ideas, no existe un acoplamiento», concluyendo que «las biografías por sí mismas explican lo que explican y nada más. Y, en ocasiones como esta, más bien poco» (p. 78).

Mucho más adelante, ya en el epílogo, el autor aborda más abiertamente y con algo menos de miedo el repugnante antisemitismo soreliano; si bien, todavía algo acorado por la posible descalificación u olvido del grandilocuente e ingenioso pensamiento soreliano que pudiera surgir en el lector. Así, por ejemplo, existe un empeño constante de mostrar cómo «una línea estricta o unilateralmente biográfica puede llegar a ocultar su pensamiento, todo ello no es óbice para que pueda notarse en él un recio antisemitismo» (p. 345). En el fondo, late una más que dolorosa preocupación de que el descubrimiento por el lector del antisemitismo cerril de Sorel provoque, una vez más, la desvirtuación de la obra soreliana. Inquietud que emerge con fuerza en boca del autor cuando comenta «en el supuesto de Sorel lo que más ha desvirtuado su obra y su aguda producción intelectual, fuera de su tiempo, ha sido probablemente los intérpretes y las interpretaciones» (p. 361).

Los temores de J.I. Lacasta están fundados². Pero aún estando de acuerdo en que

2. Véase como ejemplo reciente de ese tipo de aproximaciones parciales, la vinculación del sindicalismo revolucionario de Sorel con el nacimiento del fascismo italiano, en Zeev STERNBELL, *El nacimiento de la ideología fascista*, trad. O. Pellisa, Madrid, Siglo XXI, 1994.

no puede desvirtuarse gratuitamente el pensamiento de Sorel sin valorarlo globalmente, este *pequeño detalle* del «antisemitismo», como su «antidemocratismo», no pueden dejar de ser tenidos en cuenta. Más aún, puede considerarse definitorio del talante intelectual de Sorel y por ello debiera de haber servido para cribar críticamente su pensamiento desde un comienzo y no sólo en el epílogo. Si miramos a Sorel a través de la lente de su antisemitismo, muchos de sus atributos se desvanecen en el aire. El irracional antisemitismo oscurece hasta la negrura su humanismo, la «ladera humana» de la que se habla en el libro, en boca de Bergson, para explicar el sustrato de los ensayos religiosos sorelianos (p. 32). Pueden traerse aquí a colación las reflexiones de Kolakowski acerca del antisemitismo como actitud de esencia irracional que «resulta inaccesible a toda crítica» y por ello no necesita de argumentos racionales ni tampoco se le puede oponer argumento alguno porque «el antisemitismo es anticultura y anti-humanismo, antiteoría y anticencia»³. Para Michels lo que Sorel reprocha a los judíos es «su pertenencia al capitalismo internacional» (p. 41). En este punto al menos, Sorel no es nada original. Históricamente, el antisemitismo como ha intuido brillantemente Kolakowski ha funcionado como «un símbolo negativo abstracto», susceptible de ser asociado con cualquier situación «cuando se pretende mostrar ésta al mundo como algo negativo»⁴.

En su afán de salvar ideológicamente a Sorel, el autor rebusca con inteligencia y perspicacia en autores como Bloch, quien considera que tanto Nietzsche como Sorel no «laboraron conscientemente para su utilización fascista» (p. 48). Paralelamente, con el mismo objetivo de no caer en una simplificación ideológica de Sorel trata de aunar a éste junto con Benjamin alrededor del «mito social» y con ello alejar a aquél del «mito nacional» de Schmitt, (p. 49). Con el mismo objetivo el autor logra brillantemente rescatar márgenes diferenciadores entre el antisemitismo soreliano: «no es el judaísmo como religión lo que Sorel desprecia sino los judíos sin su religión» (p. 348) o el intento de conectar el más que reprobable irracionalismo de Sorel hacia los judíos con «un antisemitismo de cuño francés», tratando inútilmente de rebajar el condenable racismo de Sorel (p. 349). Sin embargo, esta actitud matizada trae a la memoria el «símbolo negativo abstracto» de Kolakowski en el que Sorel coloca a los cosmopolitas judíos europeos «que viven al margen de la producción», que «se ocupan de la literatura, la música, las especulaciones financieras» y por tanto «no están impresionados por lo que en el mundo hay de necesario» (p. 347). Actitud antisemita que como el propio J.I. Lacasta señala se recrudece hasta lo «escabroso» a partir de 1912 y hasta el fin de sus días en 1922 (p. 349).

A pesar de estas precisiones realizadas por el autor para alejar la sombra del fascismo que se proyecta sobre la cabeza de Sorel, no puede pasarse por alto que el antisemitismo sólo puede ser reaccionario, como puede comprobarse en algunos episodios y disputas tangenciales. Aunque pueda estarse de acuerdo con el autor respecto a que la toma de posición de Sorel en relación al «caso Dreyfus», en el que este oficial judío es castigado injustamente por espionaje, no es sólo un problema de antisemitismo, tampoco puede eludirse que la posición de Sorel frente a los defensores de Dreyfus conecta con alguna viejas raíces antidemocráticas.

El «caso Dreyfus» constituye uno de los elementos en los que se apoya J.I. Lacasta para desentrañar hábilmente que la reyerta y enfrentamiento entre los franceses defensores de la inocencia o culpabilidad del oficial no es más que la superficie que envuelve unas presiones mucho mayores y fuertemente enraizadas en la historia y cultura francesas. Es la Francia jacobina y la antijacobina las que salen ruidosamente a la luz, son las ideas de la democracia y su antecedente de la Revolución francesa las que se ponen en entredicho por los antijacobinos. Sorel se alineó junto a Taine, Tocqueville y Proudhon para arremeter contra el jacobino Jaurés. De la mano de aquéllos, Sorel rechaza la Revolución del 89 porque «no ha fundado nada, no nos ha liberado sino que

3. Vid. KOLAKOVSKI, L., *El hombre sin alternativa*, trad. A.P. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1970, p. 201.

4. *Ibidem*, pp. 204-205.

nos ha cambiado de miseria y en consecuencia, necesitamos una Revolución nueva, organizadora y reparadora para llenar el vacío dejado por la primera» (p. 64).

La disputa entre Sorel y el historiador y líder parlamentario del socialismo Jaurés es por ello y en primer lugar política. La cual se materializa en el rechazo por aquél del «edificio turbio» de la democracia parlamentaria, a la que opone «la construcción antiparlamentaria» de las Bolsas de Trabajo que «es preciso hermanar en sus cimientos con esa Revolución política de 1789 sin revolución social efectiva» (p. 73-74). En cualquier caso, la alineación de Sorel contra los defensores de Dreyfus conecta con algunas viejas raíces antidemocráticas, pero sin olvidar las antisemitas de la cultura francesa. Reflexión que no emerge con fuerza hasta el epílogo.

Por último, se hace una tentativa adicional para que el antisemitismo de Sorel no oscurezca su ser y su pensamiento, con el objetivo de salir al paso de la severa crítica dispensada por Kowalewski sobre la contradicción del antisemitismo soreliano con la esencia «marxista-revolucionaria». Para este autor tanto el antisemitismo como el antidemocratismo soreliano proyectan, al menos, una sombra de duda sobre el posible carácter marxista-revolucionario de Sorel (p. 363). J.I. Lacasta adopta un talante soreliano frente a este tipo de críticas con el objetivo de relativizarlas. Al contemplar el problema a través de la lupa soreliana, el autor logra rescatar que, para un autor tan poco dado a las esencias, el asunto de ser o no ser un «marxista revolucionario» no era ni con mucho fundamental (p. 363-364). Lo interesante es quedarse en algo más modesto, «como es sencillamente estudiar el pensamiento soreliano, en lugar de responder a esta imposible espiral labriolana que mezcla inspiración-identidad-legitimidad y marxismo revolucionario» (p. 364). Por lo demás, al hacerlo, se constata el excelente conocimiento y análisis soreliano de «la obra de Marx y sus consecuencias».

Por último, señalar que J.I. Lacasta, a pesar de las contradicciones señaladas, tampoco permanece pasivo ante las actitudes «antidemocráticas» de Sorel. Sus clarividentes críticas al «apoliticismo» y al talante antidemocrático de este autor son extractadas, primero, y reforzadas, a continuación, de la mano de Bernstein y Racca. A partir del apoliticismo soreliano y su concomitante rechazo de los partidos políticos en favor de las «organizaciones sindicales obreras» se comenta, primero, cómo la «sociedad proletaria soreliana» en la que las funciones del antiguo Estado son recogidas por estas «organizaciones sindicales obreras», «sin partidos políticos variados o formaciones plurales» puede dar lugar a un nuevo Estado que «amenaza con ser mucho más tiránico y absoluto que el actual» (p. 373). Para apuntar, en segundo lugar, el «grave riesgo que correrían en ese horizonte, uniformizado por el trabajo, los seres vagabundos, vagos, borrachos sin remisión, amigos de lo ajeno, delincuentes y marginales que tienen la obsesión de poblar las sociedades contemporáneas de Sorel y las nuestras» (p. 374).

Sin embargo, nuevamente, movido posiblemente por el profundo respeto intelectual que Sorel ha despertado en él, J.I. Lacasta hace un esfuerzo más en matizar alguna de estas críticas, mediante su contextualización histórica y social. En este sentido, se pretende que el lector no pierda de vista la ubicación temporal de la obra soreliana, a principios del XX, para proceder a su «crítica ideológica»; porque «su enfrentamiento a la democracia no quiere decir lo mismo a principios de siglo que cuando éste casi se despide» (p. 377). Ahora bien, siendo esto cierto no debe hurtarse una conclusión evidente: el escoramiento de Sorel hacia soluciones no sólo alternativas, sino muchas veces antidemocráticas. El enfrentamiento soreliano a la «nueva racionalización» de la III República francesa como portadora de un discurso «fofo de un progreso pacífico y sin historia» y elemento esencial de la democracia moderna explica, en parte, para Donzelot, el recorrido y la conexión de Sorel con algunos de los movimientos totalitarios que estaban surgiendo a principios del siglo XX. En concreto, el denominador común de sus pasiones sucesivas: marxista, anarquista, sindicalista, católica, mussoliniana y leninista es precisamente su irresistible aversión a la democracia ⁵.

5. Vid. DONZELOT, J., *L'invention du social*, París, Fayard, 1984, p. 114-120.

A pesar de que las últimas páginas se deslizan en un tono crítico, haciendo balance de los pros y los contras del trabajo de J.I. Lacasta ha de reconocerse que rescatar el ideario de Sorel es no sólo un acto valiente, sino también de gran utilidad para pensar el fin de siglo al que estamos abocados. La actualidad del pensamiento soreliano, tantas veces reivindicada a lo largo de las páginas del libro que comentamos, se hace evidente por sí misma a medida que se avanza en su lectura, al igual que el interés y la densidad del pensamiento de este autor. Sin embargo, esta contemporaneidad e interés no se hubieran visto empañados si se hubiera hecho mayor hincapié en las sombras que se proyectan sobre la figura de Sorel al socaire de su antisemitismo y antidemocracismo. Las rancias polémicas sobre si Nietzsche o Kelsen, por poner dos ejemplos bien distintos, fueron «culpables» del surgimiento de la ideología o legitimaron jurídicamente las atrocidades del nacionalsocialismo ya no dan más de sí y debieran abrirse camino lecturas más desprejuiciadas y ponderadas del pensamiento de este tipo de autores, superando la necesidad de las adhesiones incondicionales y los pensamientos globales. En Sorel, como en los autores anteriores o en otros, se pueden encontrar perspectivas valiosas y apreciaciones erradas o criticables. Por eso, hacer aflorar o reconocer los aspectos negativos del ideario de éste no puede representar un pretexto, ni mucho menos justificación, para obviar sus brillantes reflexiones sobre la situación social, política y ética de la Europa occidental de *fin de siècle*. El sugerente estudio que J.I. Lacasta compone con rigor y amenidad nos brinda la ocasión de acceder a lo más valioso del pensamiento soreliano. En definitiva, estamos ante un libro oportuno que consigue reparar el inexplicable olvido en el que se ha visto obligado a vagar el ideario de Sorel. Un libro que, además, se lee gustosamente por estar magníficamente escrito, aunque se echa en falta quizá un mayor orden expositivo y un discurso algo más personal, sin recurrir tanto a los entrecomillados, con lo que el autor podría habernos facilitado en mayor medida su lectura.

Teresa PICONTO NOVALES

Friedrich MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, 2.^a ed., completamente reelaborada, ampliada y actualizada, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, 464 páginas.

La instauración de la Teoría del Derecho en nuestros Planes de estudio jurídicos, adscrita al Área de conocimiento de «Filosofía del Derecho, Moral y Política», invita a abrir un debate que, en la medida de lo posible, contribuya a clarificar su sentido y a promover eventuales acuerdos sobre los métodos y enfoques de la nueva disciplina. Friedrich Müller es un interlocutor versado y estimulante para conocer las rutas actuales de la Teoría del Derecho, a quienes deseen recorrerlas con seguridad y provecho. Se trata de una figura prestigiosa de la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional de Alemania, que ocupa la cátedra de estas disciplinas en la Universidad de Heidelberg. Su obra *Strukturierende Rechtslehre* constituye en efecto, un síntoma ejemplar de los modos actuales de tratar teóricamente el Derecho.

El libro se articula en dos partes: la primera supone una profunda reelaboración ampliada y actualizada de su anterior volumen sobre la estructura de la norma y la normatividad de *Normstruktur und Normativität*, Berlín, 1966; la segunda proyecta esos esquemas normativos a la labor de los juristas en el terreno de la Metodología y de la Dogmática jurídica. La clarificación del significado de las normas y la elaboración metódica y teórica de las mismas son los «géminis» en el zodiaco de la concepción jurídica de Müller. Ambos empeños doctrinales tienen en común su referencia a la estructura normativa. Uno y otro consisten en aproximaciones teóricas, teoría y metateoría de las normas, que tienen la condición constitutiva de dirigirse a elucidar la estructura de la normatividad.

Friedrich Müller define su concepción como una teoría estructural post-positivista de la norma jurídica (*nach-positivistische Strukturtheorie der Rechtsnorm*). Entiende por dicha teoría aquella que supera el positivismo jurídico tradicional, en particular, su identificación de la norma con su mera expresión lingüística. Müller opone a esa versión del positivismo una teoría de la norma abierta a la realidad social. Mediante esa apertura la dimensión vital y empírica de las normas permite superar la imagen formalista del sistema jurídico y del Estado de Derecho, tal como se desprendía del positivismo jurídico tradicional.

Para explicitar los aspectos nucleares de su teoría post-positivista, Friedrich Müller recurre a una distinción, de la que ya tuvo oportunidad de ocuparme al tratar de la interpretación constitucional (Cfr. mi libro, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5.^a ed., 1995, pp. 257 ss.). Se refiere a su concepción de la norma como estructura en la que se integran, en relación de mutua dependencia, el «programa normativo» (*Normprogramm*) y el «sector normativo» (*Normbereich*). El primer término designa al mandato o prescripción contenido en la norma que delimita su objetivo y proyecciones, mientras que el segundo hace referencia al ámbito de la vida social que el «programa normativo» ha seleccionado o acotado como objeto de su regulación.

La norma es un proyecto o programa vinculante que abarca en la totalidad de su estructura tanto lo que el texto normativo regula, según la concepción tradicional de las normas, como lo que programáticamente se infiere que puede llegar a ser reglado. Esa regulación futura viene dada por la conexión de la norma texto y programa con los ámbitos vitales conformadores de la esfera o «sector normativo», es decir, de las realidades sociales sobre las que la norma se va a proyectar (pp. 147 ss. y 184 ss.).

Müller profesa el culto a la dimensión real y concreta del Derecho y, por ello, insiste, casi obsesivamente, en contraponer al concepto formal y abstracto de norma, su alternativa en favor de un proceso práctico de estructuración concreta y empírica de la normatividad. Su enfoque propugna una mediación constante entre la estática del texto normativo, la dinámica de su dimensión programática y sus proyecciones «sectorial normativas» en los ámbitos de la realidad social.

Ese mismo afán de concreción se advierte en la teoría de Müller sobre los derechos fundamentales constitucionales. A tenor de sus tesis, los derechos fundamentales

son sectores concretos de la vida individual y social vinculados con el disfrute de la libertad, que han sido objeto de protección jurídica mediante su reconocimiento como «sectores normativos» en el desarrollo del «programa normativo» de la Constitución. Friedrich Müller desarrolla su doctrina sobre la relevancia concreta de los derechos fundamentales al estimar que el contenido de cada derecho fundamental viene determinado por el juego del «programa normativo» y el «sector normativo» de los distintos derechos. Pone, asimismo, especial empeño en la determinación de los supuestos de hecho de cada una de las libertades sobre los que se debe proyectar la garantía de la protección constitucional, y que, al propio tiempo, conforman el punto de partida para las argumentaciones encaminadas al pleno desenvolvimiento de los programas normativos constitucionales (pp. 201 ss.).

La concepción normativa expuesta por Friedrich Müller en la primera parte del libro tiene su correlato en las reflexiones metodológicas y dogmático-jurídicas que constituyen el objeto de la segunda parte. Para Müller existe una profunda interrelación entre el concepto de norma y los procesos que conducen a su interpretación y aplicación, hasta el punto de que, para él, se trata de dos aspectos de una misma realidad. Así, a la estructuración de la normatividad, le corresponde una estructuración de los procesos de decisión jurídica y, en definitiva, la labor científica y práctica de los juristas. Esa íntima e indeclinable conexión se cifra en que, a juicio de Friedrich Müller, las normas no poseen un sentido y alcance predeterminado y completo. El sentido de las normas no se agota en su expresión literal; ésta es sólo una de sus dimensiones (la del texto y sus proyecciones lingüísticas a través del «programa normativo»). Pero es necesario completar ese aspecto con la referencia a los datos de la experiencia concreta de la realidad social, que habrán de ser elaborados como «sectores normativos» por la Teoría jurídica (pp. 225 y ss.).

El incuestionable interés y rigor de los planteamientos de Friedrich Müller invitan a esbozar algunas observaciones, que pretenden prolongar determinadas cuestiones sugeridas por su análisis más que a criticarlas:

a) En primer término estimo como certera la tesis de Müller que vincula y amplía el concepto de norma con los procesos argumentativos que se prolongan en su interpretación y aplicación. Quizás sería interesante confrontar esta tesis con la actual metamorfosis en el concepto de norma que tiene consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función doctrinal. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como «norma dato», es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de «norma resultado», que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos. De ello, se desprende que para las corrientes jurídico-metodológicas actuales la norma no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso de elaboración e interpretación en el que a la doctrina le corresponde un protagonismo incuestionable (*cf.* mis libros: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 254 ss. y *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 48 ss.).

b) Otro aspecto que, a mi entender, merecería un desarrollo más detenido es el referente al significado normativo de los valores y principios, temática que tanto protagonismo ha recabado en la Teoría del Derecho y el constitucionalismo de nuestro tiempo. La estructura normativa que se desprende del enfoque de Friedrich Müller está pensada para explicar las normas formuladas a través de reglas (*rules*) o disposiciones específicas, y no pone idéntico énfasis en la consideración de los interesantes problemas que para la interpretación del Derecho y, en particular, de los derechos fundamentales suscita la normatividad de los valores y de los principios. Quizás sea éste un punto merecedor de un ulterior trabajo de Müller dirigido a clarificar las manifestaciones de la normatividad a través de valores y principios.

c) Suscita también cierta dosis de perplejidad la propia caracterización que de su doctrina realiza Müller como Teoría del Derecho post-positivista. La teoría jurídica propugnada por Müller es positivista en cuanto concibe la Teoría del Derecho como una teoría de las normas jurídicas positivas. En función de esa fidelidad a las normas denunciará las posturas decisionistas y sociologistas, por los riesgos que entraña el ar-

bitrio judicial y la aplicación del Derecho al margen de los parámetros normativos. Prosigue, de este modo, los planteamientos ya enunciados en su libro *Richterrecht* (Duncker & Humblot, Berlín, 1986). Ahora bien, es la suya una teoría post-positivista que, por tanto, pretende desmarcarse del positivismo jurídico tradicional, en cuanto intenta posibilitar una apertura de la normatividad hacia la realidad social. No obstante, ese empeño le lleva a ampliar hasta tal punto el concepto de norma jurídica que, inevitablemente, incurre en concomitancias con algunos presupuestos sociológicos e, incluso, iusnaturalistas. Así, su esfuerzo por distinguir su concepción estructural de la normatividad ligada a las exigencias concretas y reales de la experiencia respecto de las teorías de la «naturaleza de las cosas» (*Natur des Sache*) (pp. 94 ss. y 175 ss.); así como su crítica a la separación kelseniana entre el «ser» y el «deber ser» (*Sein/Sollen*) y su intento de superar ese dualismo (pp. 328 ss.), le aproximan, quiéralo o no, a determinadas tesis actuales del iusnaturalismo metodológico y crítico.

Estimo, en definitiva, que el prefijo «post» posee un doble sentido, en cierto modo, contradictorio. Puede aludir a lo que «está detrás de algo» en el tiempo y lo prosigue. En esa acepción se emplea, por ejemplo, en expresiones tales como las que se refieren a los movimientos culturales «post-clásicos», «post-medievales» o «post-románticos». Pero, en otras ocasiones con ese prefijo se quiere marcar una oposición y ruptura respecto al fenómeno o movimiento cultural al que antecede. Tal es el caso de la expresión «post-modernidad», que representa la superación y la negación de las concepciones y los valores modernos. Friedrich Müller parece querer utilizar el término «post-positivismo» en la primera acepción, no obstante, el análisis de sus tesis ofrece argumentos para inferir que, en realidad, su concepción se halla más próxima a la segunda.

El profesor Friedrich Müller forma parte de una generación de prestigiosos iuspublicistas y constitucionalistas germanos que ha deparado relevantes aportaciones a la Teoría y la Filosofía del Derecho de nuestro tiempo. Baste recordar las contribuciones debidas a: Alexy, Denninger, Dreier, Haberle, Hesse, Starck, Zippelius. A estos nombres habría que agregar bastantes otros de talla nada inferior. La altura intelectual de estas figuras no es arbitraria. Aunque midiésemos sólo su fabulosa capacidad de trabajo y la envergadura de su producción, nos encontraríamos con la grandiosidad. Juntos representan uno de los más importantes núcleos de la cultura jurídica actual. El que Friedrich Müller pertenezca, con pleno derecho, a esa galaxia de pensadores es razón suficiente para que se haga acreedor del reconocimiento de su labor científica, de la que es testimonio persuasivo la obra aquí reseñada.

Antonio-Enrique PEREZ LUÑO

Lygia NÉGRIER-DORMONT y Stamatios TZITZIS, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, Préface de Hans-Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Postface de George C. Christie, París, Litec, 1994, XVII+182 páginas.

Lo primero que en estas líneas ha de registrarse relaciona con el demostrado provecho que la colaboración intelectual entre cultivadores en áreas del conocimiento diferentes reporta para la comunidad científica cuando ese trabajo conjunto se idea a partir de una bien meditada organización metodológica y cumple a lo largo de todo su desarrollo con sostenido rigor. El argumento en torno a las numerosas dificultades que la especialización funcional presenta para la realización de proyectos pluralmente participables es sobre todo una débil coartada de la perpetuación de espacios excluyentes y de una dialéctica ritual de la autonomía científica, basada por lo común más en motivos administrativos o de circunstancial expectativa político-universitaria que en serias y atendibles razones de investigación y docencia. Con todo, es éste un trance de incompreensión y un trámite a prueba que, según parece, inevitablemente deben soportar tales iniciativas desde su propuesta y aparición, durante su desenvolvimiento y práctica y hasta, a veces mucho más allá de lo razonable, también después de la comprobación de positivos resultados. Conocidas son en ese sentido las situaciones históricamente originadas alrededor de las experiencias emergentes que luego hemos identificado como sociología jurídica, informática jurídica, semiótica jurídica, bioética y bioderecho, o como enfoques alternativos y enriquecedores de filosofía de los derechos ...; y esto, aun sin mencionar el debate actual del «radicalismo jurídico» a través de los multifacéticos y día a día más extendidos «Critical Legal Studies» (Law and Literature, Law and Economy, Legal Feminism, etc.). Es por todo lo anterior que quienes hacemos de lo periférico y excéntrico, e incluso descentrado, profesión de fe estética y algo más, esto es, de igual modo un valor relacional y perspectivo, sentimos enorme satisfacción cada vez que sobre el continuo del paisaje académico se muestran nuevas panorámicas.

Esa revelación no es, en el caso de la colaboración entre Négrier-Dormont y Tzitzis, producto de la improvisación; por el contrario, se asienta en previas y muy sólidas líneas de investigación que en absoluto pueden considerarse una mera sugestión de quien esto escribe, ni tampoco simples tentativas. Así, en Négrier-Dormont, Presidenta del Centro Internacional de Ciencias Criminales de París y profesora de Criminología y Antropología filosófica, constituyen antecedentes necesarios de esta obra trabajos como *Criminologie d'action et de passion*, París, Le Cours de droit, 1989-1991 (3.ª ed.), *La criminologie dans la cité*, París, Erasme, 1990, o *Criminologie*, París, Litec, 1992. En cuanto a Tzitzis, Director de Investigación del CNRS y de la Sección de Filosofía Penal del Centro de Filosofía del Derecho en la Universidad París II (Panthéon-Assas), su trayectoria va dada por más de una década de estudios. El A. menciona explícitamente: *La philosophie de la peine dans l'Antiquité hellénique*, Université de Paris-II, 1981 (su thèse de doctorat); «La philosophie de la paine chez Thomas Hobbes», en *A.Ph.D.*, 1984; «La loi et le châtement chez Richard Cumberland, adversaire de Hobbes», en *Revue historique de droit français et étranger*, 65, 1987; «Le droit à la Jouissance, La Jouissance des droits», en *Philosophia*, 17-18, 1987-1988; «Che cos'è la Filosofia del Diritto penale», en *R.I.F.D.*, LXIV, 1987, y «Philosophie pénale: engagement théorétique et praxeologie», en *Revue internationale de philosophie penale et de criminologie de l'acte*, 3-4, 1992-1993. No obstante, su dedicación a esa temática de filosofía penal es abiertamente más abundante¹. Ello ha permitido que el

1. Es ciertamente posible una enumeración más exhaustiva. Nuestra *Crónica Bibliográfica* en las páginas de este *Anuario* a lo largo de los últimos años (1991-1994), así como en el presente t. XII, ha tratado de hacerse eco de su continuado trabajo. De allí, y aún con anterioridad a esas fechas, entresacamos los siguientes títulos: «La notion de rétribution dans la philosophie politique

esfuerzo de conjunción entre ambos —donde, además de criminólogos y filósofos del derecho, también aprovecharán los historiadores del derecho— rebase ahora la línea de lo interdisciplinar abriendo un campo investigador del todo original.

Respecto a la obra en sí, su contenido puede resumirse en el propósito de ofrecer tanto una interpretación acerca del carácter y naturaleza de la «criminologie de l'acte», como de su raigambre y significación en el ámbito de la filosofía del derecho penal. La interna distribución responsabiliza de lo primero a Negrier-Dormont (caps. I, VI, VII y IX), mientras para Tzitzis queda lo segundo (caps. II, III, IV, V y VIII). Así, pues, de un lado, la descripción junto a proyección normativa; desde el otro, y coordinadamente a aquél, la fundamentación. El resultado irá finalmente reunido y condensado en el cap. X. Yendo al pormenor se hallará lo siguiente. En el cap. I, las nociones «d'acte» y «d'actuel» como objetivo y objeto de la disciplina criminológica que con ellas se identifica. Si mi lectura no es enteramente desacertada diría que allí se plantean ideas base e introductorias relativas, de una parte, a la enunciación del acto delictivo, y de otra, la formalización de lo actuado, determinando una concepción de la criminología en temporalidad antes presencial («acte dans l'actuel») que de pretérito o antecedente, y luego dirigida al futuro o provenir en su dimensión preventiva y educadora. El cap. II, que estudia la formulación histórica de la filosofía penal desde los presocráticos hasta el moderno positivismo jurídico. En ello se identificará para estatuto fundacional u ontológico la categoría ético-penal de retribución (*tisis* y *dikè*) como *némesis* o justicia esencialmente punitiva, ya presente la filosofía jurídica de Anaximandro y Heráclito. Al cap. III va remitido el análisis semántico de otras expresiones de igual modo determinantes y también originadas desde el pensamiento griego (*hybris*, *adikia*, *phainomenon*, *drômenon*, *gignoménou*) para la conformación el *logos* del delito. En su esclarecimiento es advertible el núcleo esencial del cambio que la Modernidad tendencialmente opera frente a la Antigüedad; esto es, la transformación del inicial interés por la sanción del acto injusto en posterior inclinación hacia el delincuente procurando humanizar el castigo y procurar la resocialización. Lo demuestra más detenidamente el cap. IV, acudiendo a la presentación y análisis de la idea de *cosmos* en la experiencia de presocráticos y trágicos, armonizada en la de *hybris* como inexorable exigencia punitiva sobre el culpable; modelo sacralizado del universo y de la vida que el Estado y la soberanía suplantán en la edad moderna produciendo artificio de apariencia y, subsiguientemente, algoritmia punitiva del positivismo. El cap. V

de Thomas Hobbes», en *ARSPJ* 1982 LXVIII/4; «La philosophie pénale de Sade a la lumière de son hédonisme», en *Revue Pénitentière et de Droit pénal*, 1, 1990; «Une axiologie du droit e punir», en *EYΔΙΚΙΑ*, 1, 1991; «Éthique et légalisme: Hécube et Shylock», en *Constats et Prospective. Revue Internationale de Criminologie et Philosophie du Droit Pénal*, 1-2, 1991; «Le chatiment tragique», en *Archipel Egéen*, 1, 1991; «Le Droit du Mort (*dike thanonton*) et les Droits de l'Homme», en *RIFD*, 3, 1991; «Prolégomenes a la gnoseologie du juste et du droit», en *Revue internationale de philosophie penale et de criminologie de l'acte*, 2, 1992; «Violence et discours dialectique», en *id.*, 3-4, 1992-1993, o «Le Prométhée d' Eschyle au regard sadien: violence sans droit», en *id.*, 5-6, 1994. Debe igualmente destacarse el decisivo apoyo que su intervención ha representado para la edición de *Constats et Prospective. Revue Internationale de Criminologie et Philosophie du Droit Pénal*, de *EYΔΙΚΙΑ*, *Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droit* (Atenas), junto a A. Kélessidou, y de la *Revue Internationale de Philosophie Pénale et de Criminologie de l'Acte*, en unión de Kélessidou y J.-M. Trigeaud. Para estudios en índole diversa a la ya referida, entre otros: «Scolies sur les nomina d' Antigone représentés comme droit naturel», en *APhD*, 33, 1988; «Eros et Justine chez Platon», en *Eros et Droit en Grece classique*, París, Les Belles Lettres, 1988; «Nomos et Thésis. Expressions du langage juridique. De la Polis au cosmopolitisme», en *Langage et Droit a travers l'Histoire*, Leuven-Paros, Peeters, 1989; «L'art du législateur: l'inspiration platonicienne chez Sade. Utopie et réalité», en *On Justice*, K. Boudouris ed., Atenas, 1989; «De la Justice hellénique aux Droits d l'Homme de la Revolution française», en *APhD*, 36, 1991; «Raisonnement et Éthique juridiques», en *Le Raisonnement*, Université de Toulouse-le-Mirail, 1993; «Controverses autour de l'idée de nature des choses et le droit naturel», en *Rechtstheorie*, 24, 1993, o «Modele de procedure absolutiste chez Thomas Hobbes», en *L'Educazione giuridica VI* (Modeli storici della procedura continentale), A. Giuliani & N. Picari (eds.), Perugia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

recupera para el diseño de la «Criminologie de l'Acte» aquello que de la concepción antropológica griega llega hasta la actualidad, por reválida en contraste de distinto grado y diversa índole según cada caso, a través del pensamiento filosófico de Descartes, Sade, Kant, Nietzsche, Schopenhauer, G. Marcel, Sartre o Jaspers; y es la recuperación de los valores de conciencia, libertad y voluntad expresados en el *agôn*, personal. El horizonte de la criminología del acto a la luz de la filosofía penal consiste en reasumir la figura del delincuente en su condición onto-axiológica de persona. Su norte se dibuja, pues, más profundo que en las aproximaciones del individualismo idealista, que en los retrocesos existencialistas o que en las verticalidades metafísicas de indisimulada vocación teológica. El cap. VI trae, insistido, ese mismo dibujo perfilándolo en la autonomía personal como acciones-reacciones de la libertad electiva y el impulso de actuar de los sujetos (delincuentes). Donde el cap. VII, se repasa el comportamiento delictuoso con base en una axiogénesis comunicada de intencionalidad y contención positiva; es el planeamiento arquitectónico de la criminología del acto a partir de los elementos subjetivos en la infracción y el orden normativo jurídico penal existente, esto es, criminología del acto sobre lo actuado. Con el cap. VIII penetramos en el terreno de la moderna victimología introducidos en él desde la noción griega de *thyma* o víctima. Su fondo religioso trasluce con un sentido sacrificial, por lo que la *thyma* alinea con *sphagion*. La orientación de esta tymatología, unida a la idea de inocencia, hace ver de qué manera la pretensión victimológica en la antigüedad helénica enfoca más y primordialmente al perjuicio que, como sucederá en el como moderno, a la víctima. El prisma responsable transmutar aquella dimensión punitiva se encuentra en el discurso sobre los derechos subjetivos del delincuente (delincuencia y derechos humanos; dignidad, igualdad, clemencia). Finalmente, el cap. IX aborda las perspectivas criminológicas de la victimología situando los puntos cardinales del debate doctrinal, su pasado, su estado presente y su porvenir. En vista a esto último se declara expresa adhesión al rumbo metodológico-empírico y hacia las elecciones temáticas (*investigación y evaluación del hecho concreto tal como es*) seguido por el Centro de criminología comparada de Montréal (Québec. Canadá).

Hasta aquí, de forma sintética pero al completo, lo expuesto por Négrier-Dormont y Tzitzis. Naturalmente, queda aplazada para más adelante estimar la acogida que su empeño obtenga. Oportuno es, sin embargo, anticipar que ya desde ahora se señala como de pleno merecimiento. Y lo tiene, a mi juicio, no sólo por su evidente calidad científica, sino también por lo que con el ejemplo de su innovadora realidad nos ofrece en llamada de atención para el tratamiento de materias quizás por demasiado tiempo abandonadas en nuestra propia literatura y a cuya conveniente recuperación deberemos prestar a partir de ahora mayor solicitud.

José CALVO GONZALEZ

Angel PELAYO GONZALEZ-TORRE, *Consentimiento, Democracia y Obligación política*, Madrid, Colex, 1994, 352 páginas.

La obra objeto de esta recensión se corresponde básicamente con el contenido de la tesis doctoral de Angel Pelayo González-Torre, que fue redactada bajo la dirección del profesor Eusebio Fernández y se leyó a finales del mes de septiembre de 1992 en la Universidad de Cantabria, ante un Tribunal integrado por los profesores Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís, Javier de Lucas, Luis Martín Rebollo y Luis Prieto.

Si siempre es atractivo el tratamiento de temas clásicos de la Filosofía política, como el que versa sobre el consentimiento, pienso que es aún más sugerente el estudio de estas cuestiones desde una perspectiva actual, lo cual inevitablemente da lugar a la pregunta acerca de si los postulados clásicos pueden seguir siendo mantenidos a la luz de las nuevas orientaciones políticas y, lo que es más importante, de la realidad de los hechos.

El presente libro intenta enfrentarse a este reto, y para ello pone la idea de consentimiento en relación con dos nociones centrales en la Filosofía política de nuestros días: democracia y obligación política. De este choque surge una cuestión fundamental, que es la que en definitiva guía el estudio del autor en la afanosa búsqueda de una respuesta, y es la de si la idea de consentimiento tiene virtualidad hoy por hoy, o en otras palabras, qué papel juega el consentimiento dentro de las democracias occidentales, en su doble faceta de generador de una obligación de obediencia en los ciudadanos respecto al poder y de fundamentador del sistema.

Para responder a esta cuestión es indispensable volver la mirada al pasado y observar el sentido de la idea de consentimiento en otras épocas. Por este motivo, los dos capítulos iniciales son de carácter histórico. Así, mientras que el primero de ellos constituye un rápida ojeada de los antecedentes, el nacimiento y desarrollo de la noción de consentimiento desde la antigua Grecia hasta nuestros días, en el segundo el autor ya se centra en el estudio de la formulación clásica de la teoría del consentimiento: la doctrina política de John Locke. Aquí se tratan todos aquellos aspectos que condicionan de una u otra manera el papel que pasa a jugar el consentimiento en esta doctrina, así como su configuración.

Tras este bloque histórico, se sucede otro bloque que engloba los tres capítulos siguientes, y en el que el aspecto principal son las actuales relaciones entre obligación política y consentimiento. Por esta razón, los capítulos tercero y cuarto se ocupan respectivamente del acotamiento del concepto de obligación política y de la profundización en la noción de consentimiento, mostrando las dos formas fundamentales de entender dicha noción: aquella que concede mayor relevancia a la voluntad del agente y a las vías procedimentales de expresión de esa voluntad; y aquella otra que relaciona el consentimiento con una serie de contenidos sustantivos, desatendiendo el aspecto procedimental. De aquí en adelante, y en función del pensamiento del autor que esté analizando, Pelayo se dedicará a exponer las ventajas y desventajas que conlleva cada uno de estos modelos, para terminar apuntando la conclusión de que el tipo óptimo es el que combina tanto los aspectos procedimentales como los sustantivos.

Cierra este segundo bloque el capítulo quinto, en el que se expone la teoría de Hanna Pitkin acerca del consentimiento como solución al problema de la obediencia al Derecho.

Los dos capítulos restantes se refieren al consentimiento democrático. De ellos el capítulo sexto se centra en la relación entre consentimiento y los procesos de elección de representantes y toma de decisiones públicas, así como en la polémica entre quienes piensan que tales vías son válidas para la exteriorización de un auténtico consentimiento, y aquellos otros que opinan lo contrario, estudiando con detenimiento la postura —considerada ya como clásica— de Plamenatz, la de su contradictor Peter J. McCormick, y otras intermedias como las de Peter Singer y Joseph Tussman.

Por su parte, el capítulo séptimo analiza la obra de P.H. Partridge, *Consent and Consensus*, en la que también se procede al estudio de las relaciones entre democracia

y consentimiento, pero partiendo de un concepto de consentimiento mucho más amplio, que no sólo abarcaría las manifestaciones a través del voto, sino que incluiría una serie de comportamientos sociales y políticos que supondrían igualmente exteriorizaciones del consentimiento, y que pueden recordar lo que en la filosofía de otros autores se ha venido considerando como consentimiento tácito. Tanto la descripción de este modelo, como la aplicación hecha por Partridge a la realidad política de las democracias occidentales, sirve de pretexto a Pelayo para entrar a considerar los problemas que pueden desencadenar una crisis práctica de la democracia, y para iniciar una investigación acerca de la forma en que influyen estas dificultades sobre el papel del consentimiento en los gobiernos democráticos, que en teoría son los «gobiernos por consentimiento» por excelencia.

A través de este hilo argumental, el autor va vertiendo sus propios puntos de vista sobre las cuestiones clave que se plantean en el libro, llegando a la conclusión de que las dificultades que generan un desencaje entre la formulación teórica de las teorías democráticas y la aplicación práctica de estos modelos —tales como la aparición de nuevas formas de legitimación del Estado, por ejemplo el bienestar económico y social, en sustitución de los tradicionales criterios de naturaleza política o ideológica, la desaparición de un auténtico pluralismo ideológico, la desideologización, la apatía acerca de las cuestiones políticas, etc.— desvirtúan de tal manera el juego del consentimiento que se acaba minando las funciones atribuidas a éste como fuente de legitimación de los sistemas democráticos, sin que sea suficiente, a juicio del autor, el esfuerzo de quienes, reformulando la teoría del consentimiento, tratan de salvar su papel a través de una reducción, bien del propio concepto de consentimiento —el consentimiento hipotético de Pitkin, el *cuasi-consentimiento* de Singer o el consentimiento débil de Partridge son ejemplos claros—, o bien de su esfera de aplicación —es el caso del consentimiento de las élites en la teoría de Tussman—. En palabras de Pelayo: «En tales condiciones la democracia política real no puede ser considerada como un reflejo de la democracia ideal, ésta será sólo un modelo capaz de actuar a título de hipótesis, y como consecuencia de ello el hecho de haber sido adoptada por un procedimiento democrático no garantiza en todo caso el valor de la norma dictada» (p. 324).

Esta primera conclusión lleva aparejada la respuesta al problema de la obligación política. Así, según el autor, los obstáculos prácticos que impiden la realización de las formas teóricas de consentimiento cierran, a su vez, el paso a la consideración de aquél como una instancia moralizadora de las prescripciones jurídicas en cuanto reductora de la heteronomía del Derecho y, por ende, hacen imposible la concepción del consentimiento como fundamentador de una obligación moral de obediencia. Así pues, «El funcionamiento de las democracias contemporáneas no permite utilizar el argumento del consentimiento para exigir de la generalidad de los ciudadanos una obligación moral de obediencia» (p. 325). Como se puede observar, Pelayo considera que la obligación política es un tipo específico de obligación moral de obediencia, basada en las características políticas de un Estado.

Los resultados a los que llega el autor tras finalizar su estudio son ciertamente negativos, pero no por ello ha de pensarse que Pelayo refuta la capacidad del sistema democrático para llegar a ser una vía apta en lo que a la transmisión de consentimiento se refiere. Por el contrario, la crítica del autor deriva de una serie de circunstancias fácticas que pueden cambiar en lo sucesivo y se trata más bien de una advertencia sobre los peligros que aparece esta pérdida de legitimación.

Por otra parte, es objetable que el autor se centre casi por completo en la doctrina jurídica anglosajona, olvidando las intervenciones realizadas por autores procedentes de otros ámbitos, especialmente del europeo continental, al que pertenece nuestra tradición jurídica y del que no se mencionan más que un pequeño número de obras en notas a pie de página, sin que se lleve a cabo un estudio en profundidad de las mismas, así como de otras, lo cual hubiera resultado muy positivo.

Máxime cuando la reciente polémica en torno a la obediencia al Derecho ha vuelto a despertar entre nuestra doctrina el interés acerca de la obligación política; interés que ha fructificado en importantes y numerosas aportaciones, tales como la realizada

por Eusebio Fernández en su libro *La obediencia al Derecho*, donde enfoca este problema precisamente desde un punto de vista neocontractualista, o aquellas otras que versan sobre la legitimidad democrática en cuanto fundamento de la obligación de obediencia, aspecto sobre el cual se han pronunciado, tanto en sentido positivo como negativo, autores como Gregorio Peces-Barba, Elías Díaz, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón Abellán, Jorge F. Malem Seña, José Antonio Estévez, José Luis Gordillo y Juan Ramón Capella y un largo etcétera —es inútil querer abarcar aquí la totalidad de contribuciones, que, como se ha dicho, han sido muy numerosas—, y desde un punto de vista ético, Javier Muguerza, Adela Cortina y Esperanza Guisán. Desgraciadamente, la riqueza de tales aportaciones no encuentra reflejo en el libro de Pelayo González-Torre.

Para acabar, sólo queda decir que sería conveniente, en una posterior reedición de la obra, subsanar algunos errores ortográficos y otras pequeñas cuestiones de forma.

Nora María MARTINEZ YAÑEZ

Antonio Enrique PEREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1994, 155 páginas.

En diciembre de 1993, Antonio Enrique Pérez Luño pasó a formar parte de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Durante el acto de su recepción pública leyó el discurso *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, poco después publicado como libro por la propia Academia. Pérez Luño había decidido analizar el problema de las fuentes por ser un tema que inevitablemente se halla en el centro de la tradición y novedad de cualquier estudio del derecho.

El autor comienza contraponiendo dos concepciones teóricas de las fuentes del derecho, una *material* y otra *formal*, representadas respectivamente por Ross y por Kelsen.

En sus primeras obras, bajo influencia neokantiana, Ross distinguía tres sentidos del término «fuentes del derecho»: a) en sentido sociológico-jurídico, como los factores sociales que dan origen al derecho; b) en sentido ético, como el fundamento del deber moral de obedecer al derecho; c) en sentido «teórico-jurídico», como los criterios que hacen posible el conocimiento del derecho. En *On law and Justice* (1953), Ross hace hincapié en el primero de los sentidos citados presentando una teoría *material* de las fuentes dependientes de su «grado de objetivización», de hasta qué punto las fuentes proporcionan al juez una norma ya formulada. Se diferenciarían, entonces, las fuentes completamente objetivadas (la ley) de las fuentes parcialmente objetivadas (las costumbres y los precedentes) y de las fuentes no objetivadas o «libres» (la «razón»). Como resalta Pérez Luño, Ross sólo tuvo en cuenta la ideología normativa de los jueces, cuyas sentencias serán las que determinarán la objetividad y la eficacia de las normas jurídicas.

Por su parte, Kelsen aborda la cuestión de las fuentes desde el aspecto *formal* de los métodos de producción del derecho. Las fuentes del Derecho equivalen a los medios de producción jurídica, y también, en última instancia, al fundamento de la validez jurídica, a la «norma fundamental», que en la *Reine Rechtslehre* (1960) es una norma «presupuesta», y en la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) es sólo una norma pensada, una norma ficticia, una ficción. Pérez Luño critica a Kelsen porque, en contra de los propios presupuestos teóricos de la teoría pura, la norma fundamental no es una norma «puesta», positiva, por lo que las fuentes del derecho, que comienzan considerándose «productoras» de la experiencia jurídica, pasan contradictoriamente a ser una mera expresión de tal experiencia.

Desde una vertiente formal más matizada, Hart ha preferido hablar, en vez de «Norma fundamental», de «regla de reconocimiento». Como indica Pérez Luño, Hart concibe las fuentes del Derecho, en una dimensión fáctica, como el origen de la normatividad jurídica efectivamente seguida por ciudadanos, legisladores y jueces. No sólo englobarían los criterios estrictamente formales que condicionan la validez en el contexto de un ordenamiento jurídico, sino asimismo el conjunto de hechos que condicionan la existencia de cada norma en unas determinadas coordenadas espacio-temporales. La regla de reconocimiento ni es «puesta», ni es lógicamente presupuesta, ni es ficticiamente presupuesta, sino que se «muestra» en la práctica social cuando los jueces y los destinatarios de las normas atribuyen validez a un sistema concreto de normas. Es de este modo como la regla de reconocimiento «reconoce» las fuentes del Derecho.

Frente a la tesis *material* de Ross, a la tesis *formal* de Kelsen y a la tesis ecléctica de Hart, Pérez Luño prefiere apoyarse en Dworkin para formular una teoría de las fuentes que supere las limitaciones de las tesis mencionadas.

En *Law's Empire*, 1986, Ronald Dworkin dirige sus críticas contra el «convencionalismo jurídico», según el cual el derecho es, sin más, lo que según las convenciones jurídicas establecidas «el derecho es» («the law is the law»), y contra el «pragmatismo jurídico», según el cual el derecho es simplemente un instrumento a disposición de la sociedad para la consecución de sus fines. Dworkin defiende el «integracionismo jurí-

dico» («law as integrity»), según el cual el derecho positivo no sólo debe respetarse en virtud de la seriedad jurídica, sino especialmente en tanto que dicho respeto garantiza la igualdad de trato de los ciudadanos, con lo que el derecho adquiere legitimidad moral. En el orden jurídico han de «integrarse» los valores morales de la comunidad, los «derechos naturales» de los ciudadanos, que no proceden exclusivamente de la ley, del precedente y de la costumbre. De esta forma, Dworkin termina reconduciendo su «teoría de la integridad» hacia el problema de las fuentes, en relación con el cual concede gran relevancia a la *doctrina* y sobre todo, a los *principios*.

En primer lugar, Pérez Luño parte de la definición de Dworkin de los principios como normas genéricas que tienden a la consecución de fines de interés general (*policies*) o que responden a exigencias éticas de imparcialidad y justicia (*principles*). Pero reconoce las imprecisiones lingüísticas en las que incurre Dworkin al incluir fenómenos jurídicos muy heterogéneos dentro de la misma categoría. Por ello, propone una útil distinción funcional dentro de los principios:

A) Desde el punto de vista *metodológico*, los principios del derecho actúan como *metanormas*, como normas que sirven para conocer, analizar y aplicar las restantes normas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 1.4 del Código civil declara que los principios generales del derecho tienen un «carácter informador del ordenamiento jurídico». Los principios representan además la «ratio legis» de las normas al asegurar que éstas se interpretan de acuerdo con sus fines y que se adaptan a la realidad social de cada momento histórico.

B) Desde el punto de vista *ontológico*, los principios del derecho son la *esencia* a la que el ordenamiento jurídico se remite al determinar su sistema de fuentes. Por ejemplo, el artículo 1.1 del Código civil cita entre las fuentes del derecho a los principios generales del derecho, y el artículo 1.4 precisa que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre». En preceptos como el art. 9.3 de la Constitución se concretan algunos de estos principios, como «el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la publicidad de las normas».

C) Desde el punto de vista *axiológico*, los principios del derecho son los *postulados éticos* que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas hacen referencia a ellos al reivindicarlos de una forma general (la justicia, el bien común, el «ethos» social,...) o como consecuencias obligadas de la seguridad jurídica: los principios normativos de generalidad, irretroactividad, claridad, ... etc.

En segundo lugar, Pérez Luño destaca del discurso de Dworkin que atribuya a los teóricos y filósofos del derecho la función de penetrar en las aspiraciones del derecho y analizar las formas jurídicas más «puras». En particular, Pérez Luño subraya el carácter paradójico de la posición de Kelsen contraria a la consideración de la doctrina como fuente del Derecho. Si, como señala Kelsen en la *Reine Rechtslehre* (1960), las normas jurídicas no declaran una juridicidad preexistente, sino que la constituyen, no se entiende cómo «la prescriptividad del carácter constitutivo de las normas no implica un dato real y efectivo, sino una expresión del “deber ser” (*Sollen*), con lo que, a la postre, se sitúa en el mismo plano lógico que la teoría». Paradójicamente, la teoría pura del derecho, a la vez que niega la normatividad de la ciencia jurídica, considera los métodos de producción jurídica, las fuentes, como una creación «pura», como una creación doctrinal: «la ciencia del Derecho constituye la fuente de las fuentes jurídicas».

En la última parte del libro, Pérez Luño ordena y reformula las diferentes posturas teóricas sobre las fuentes del Derecho atendiendo (no a sus diversos métodos, como propugnaba Kelsen, sino) a sus diversas causas:

A) En función de su *causa material*, el Derecho se define, como hace el realismo jurídico, como un producto de la actividad de determinados factores sociales, como un reflejo de los comportamientos sociales que favorecen la producción de normas jurídicas realmente seguidas. Conforme a la naturaleza de los comportamientos sociales, las fuentes pueden ser políticas o culturales; conforme a la si-

tuación política en la que se produce el derecho, sus fuentes pueden ser derivadas u originarias, según se basen o no en un orden jurídico preexistente.

B) En función de su *causa formal*, se deben diferenciar las fuentes de conocimiento del Derecho (manifestaciones empíricas de instituciones, normas, doctrinas,...) de las fuentes de interpretación y aplicación del Derecho. Según la posición teórica adoptada, estas últimas pueden ser autoridades externas al intérprete jurídico (ésta era la tesis de Geny), los propios tribunales de justicia (la tesis mantenida por Gray) o la legislación en sí misma (la tesis iuspositivista).

C) En función de su *causa eficiente* el Derecho se identifica «con las instancias, facultades o categorías que lo crean y fundamentan»: la razón, la voluntad humana, la voluntad divina, la institución, la naturaleza humana, la solidaridad social, la soberanía popular, ... etc...

D) En función de su *causa final*, el problema de las fuentes se liga al de la seguridad jurídica y al de la obediencia del derecho. Como condición fundamental de seguridad jurídica, la plenitud normativa exige un apropiado sistema de fuentes. Y, como contrapartida, el ciudadano debe prestar obediencia a un ordenamiento jurídico que le ofrezca seguridad y certidumbre respecto a su vida y libertad.

Ahora bien, no resulta difícil captar cómo en las últimas décadas la realidad jurídica ha experimentado cambios decisivos que han *desbordado* los planteamientos tradicionales sobre las fuentes del Derecho. En concreto, Pérez Luño construye dos dicotomías que resumen estos nuevos fenómenos: a) junto a la «supraestatalidad normativa», a la acogida de unas mismas normas por parte de ordenamientos jurídicos distintos, coexiste la «infraestatalidad normativa», que se manifiesta en el pluralismo territorial, personal y material de las fuentes dentro de cada ordenamiento; b) junto a la «hipertrofia legislativa», al crecimiento ilimitado de las normas legales, coexiste la «hipostenia legislativa», la suplantación de la ley formal por normas reglamentarias y la desconfianza en la legalidad como forma de resolver los conflictos sociales.

La supraestatalidad y la infraestatalidad normativa, la hipertrofia y la hipostenia legislativa demuestran el desbordamiento actual de las fuentes del derecho. El discurso de Pérez Luño tiene el mérito de percibir la relevancia que para el problema de las fuentes tienen estos fenómenos, que provocan la tensión axiológica entre la jerarquía y el pluralismo, la tensión sociológica entre el universalismo y el nacionalismo, la tensión formal entre el antiformalismo y el procedimentalismo. Además de analizar certeramente el estado actual de la cuestión teniendo presentes las aportaciones de la teoría del derecho contemporánea, Pérez Luño desvela las claves que deberán orientar a partir de ahora las reflexiones teóricas sobre las fuentes del derecho, más cercanas a la sociología jurídica, y estrechamente conectadas con la explicación del origen, la estructura, el fundamento y el fin del derecho.

Carlos ALARCON CABRERA

Derek L., PHILLIPS: *Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought*, Princeton, University Press, 1993, 248 páginas.

La «visión crítica del pensamiento comunitarista» que D. Phillips presenta con este sugerente título, nos remonta al «Looking Backward» de E. Bellamy de 1881 —que vino a describir la utopía de protección y bienestar «de la cuna a la tumba», representando el paso del Estado de *laissez-faire*, limitado y descentralizado, al de la responsabilidad colectiva, con una administración centralizada y poderosa— y propone, como finalidad última, el *desenmascaramiento de un comunitarismo que proyecta su visión de comunidad ideal sobre las actuales estructuras sociales e institucionales, fruto del desarrollo del liberalismo*. Así Phillips, partiendo de las cuatro notas básicas con las que caracteriza el postulado comunitario de la moderna crítica al liberalismo, de una parte, demostrará, a partir de los datos historiográficos, sociales y estadísticos, que él apunta como obviados por los comunitaristas, que su proclamada comunidad histórica *ideal* (ateniense, medieval y de la temprana América) nunca tuvo la vigencia histórica pretendida por la teoría comunitarista y, por otra parte, que la crítica radical que el comunitarismo vierte sobre el liberalismo, resulta de la errónea comprensión del verdadero significado de la doctrina liberal en relación con el individuo, con los derechos humanos y con la realidad de la convivencia y de la necesaria intersubjetividad para el despliegue individual y la realización personal.

Phillips, a través de la Introducción y del cap. I, describirá la «comunidad como debe ser», parafraseando a MacIntyre, a la luz de la crítica esgrimida por los más representativos comunitaristas de la actualidad, Taylor, Sandel, MacIntyre y Bellah, sin dejar de mencionar ocasionalmente a otros, no menos significativos, como M. Walzer. A partir de ello caracterizará a la *comunidad ideal* por cuatro notas fundamentales, a saber, la «*dimensión territorial*», la «*existencia de unos valores compartidos*», la «*amplia participación política*» y un «*alto grado de solidaridad*». Ciertamente Phillips subraya el reiterado énfasis que los escritores comunitaristas ponen sobre el *carácter hereditario* de la realidad *ideal* comunitaria, especialmente Bellah y MacIntyre, que se opone y superpone a cualquier visión que realce la concurrencia de la voluntad, como característica principal, al hablar de la formación de la comunidad y de la vinculación del grupo humano, como conjunto de individualidades, a tal comunidad. Con esta consideración de lo colectivo heredado, se pone de manifiesto aquella vieja crítica hegeliana a la preminencia dada a la voluntad particular en la formación del contrato social roussoniano que, para Hegel, sólo promovía el *individualismo radical* del particular que, en realidad, no era más que *sujeto abstracto* en tanto que no participaba, y no era calado, de la *ética suprema* encarnada por el Estado.

Pienso que, el no querer ir más allá, el no profundizar en cuestiones anexas, y el reducir el comunitarismo tajantemente a cuatro notas, son algunas de las pocas objeciones a formular a este magnífico libro de D.L. Phillips; si la estricta delimitación a través de caracteres generales ofrece y asienta una clara visión de lo que el comunitarismo es, a la par que permite profundizar en su crítica sin ambages, entiendo que, en cualquier caso, no ha de olvidarse la ulterior concreción de las premisas señaladas, pues ésta es la que restringe y especifica el verdadero significado de esas premisas.

Con el cap. II se inicia un bloque destinado a la destrucción de la fe comunitarista en la vigencia histórica de la comunidad ideal, en cualquiera de las tres épocas citadas como paradigmáticas por los autores comunitaristas. Primero, en la *América del período fundante*, caps. II y III, la de los siglos XVII y XVIII, de la Revolución americana y de la Declaración de Virginia de 4 de julio de 1776. En este punto se centrará Phillips en el estudio de la principal obra de Bellah, «*Habits of the Heart*», así como en las erróneas e inadecuadas apreciaciones que éste tomaría de Tocqueville en relación a la existencia de la *comunidad* en la América de los ss. XVII y XVIII, para, mencionando puntualmente a otros comunitaristas, dismantelar el entramado histórico en el que

asienta la afirmación de la existencia de una *comunidad ideal*: ninguna de las cuatro características de la comunidad ideal se habría dado en la temprana América salvo, quizá, la *dimensión territorial*, si bien, con matizaciones tan significativas, que desvirtuarían en realidad el sentido que para algunos de los comunitaristas más relevantes y extremos, como MacIntyre, tiene el territorio común. Probará histórica, sociológica y estadísticamente la movilidad de una población (emigrante) acostumbrada a la constante búsqueda de unas mejores condiciones. Ahora bien, de lo que no le cabe duda a Phillips, es de que no se dio la segunda característica de la comunidad, esto es, la existencia de unos *valores compartidos* que, para el comunitarismo, se traduciría, señala Phillips, en las siguientes notas: *igualdad de condiciones* —pero la igualdad reclamada y proclamada lo fue para con Gran Bretaña—; *reconocimiento de la dignidad individual* —quedaría absolutamente diluida a la luz de los datos, así p. ej. «dos quintos de la población de Virginia era tan pobre como podía serlo», lo que se le ocultaría a Bellah al apoyarse y enfatizar, exclusivamente, en la *élite social*, en la «gentry»—; un *interés compartido por el bien público y por el bienestar de cada uno de los semejantes* —ni la unión que promueve la guerra, ni la trascendencia de la «acción compartida», ni la fuerza del sentimiento conjunto de romper con Gran Bretaña en 1776, permiten hablar de la búsqueda de un bien común, ya que, la guerra pronto se revelará como la fuente de enfrentamientos internos y de conflictos. Respecto a la tercera característica de la comunidad, la *amplia participación política*, decir que el aglutinante comunitario activo, para lograr la acción y la decisión común, venía dado, a finales del s. XVIII, por el pequeño grupo de la «gentry», lo que se explicita al considerar los parámetros imperantes de participación política: el criterio de la propiedad y la consideración de un amplio sector de población como incapaz de resistirse a la determinación de aquellos de los que dependían, excluyendo así a las mujeres, los tontos, los jóvenes, los mendigos y los negros. Y, ya respecto a la cuarta característica, la *solidaridad social*, destacar tan sólo uno de los aspectos recogidos por Phillips, la «cláusula 3/5» que posibilitaba el recuento de este porcentaje de la población esclava, cara al cómputo de la población total, para determinar el número de representantes elegibles; pero, para Phillips, esta cláusula, lejos de ser un atisbo de esperanza cara al abolicionismo, no significará más que: la cesión nortea que plasma el anhelo de una pronta consolidación de una Unidad más fuerte, la unificación de mercado y una centralización política que asegurase una mayor fuerza en la consecución de los intereses exclusivamente representados, esto es, los de la élite política y social. Así señalará que, «al final (los nortea) eran capaces de justificar sus compromisos e ignorar sus dudas y escrúpulos». Si, desde esta perspectiva, no puede hablarse de solidaridad, ni de verdadera unión nacional, tampoco se podrá a nivel de Estado (antiguas colonias), ciudad o villa, porque, como dice Phillips, la sospecha y la hostilidad de las relaciones entre colonias también caracterizaba las relaciones internas de éstas; a nivel de ciudad o villa existían abismales diferencias entre ricos y pobres, así como entre los grupos de hombres privilegiados que competían por el poder. Por tanto, apunta Phillips: «la realidad socio-política de finales del s. XVIII mostraba un pobre semblante de la idealizada descripción de la comunidad asentada por los comunitaristas»; «desgraciadamente ellos evocan y celebran una concepción de la comunidad que tiene una base ideológica más que científica»—.

Con el mismo criterio sistemático de ir característica a característica contrastando el ideal histórico comunitario, negará Phillips la existencia de una *verdadera comunidad* en la *Edad Media*, capítulos IV y V —ya reivindicada por teóricos del s. XIX como Tonnies o Durkheim, aunque se centra Phillips básicamente en el primero—.

Por último, siguiendo el mismo esquema señalado, negará la comunidad ideal de la *clásica Atenas*, cap. VI. En este punto, recogerá Phillips, fundamentalmente, la visión de Aristóteles dada por MacIntyre en «Tras la Virtud», donde éste señala que todo es, principalmente, una cuestión de virtudes, evidenciándose así que las virtudes son intrínsecamente buenas; el problema es el *relativismo moral*, porque no dice Aristóteles *cuáles son las virtudes buenas y válidas para todos*, con lo que se desconocerá qué forma de tradición informará la comunidad que sostenga la vida social, moral e intelectual de la sociedad en cada concreto tiempo y lugar.

Con este bloque de capítulos —II, III, IV, V y VI—, Phillips habrá demostrado que no puede hablarse de la existencia de una comunidad ética, a la luz de las características dadas por el comunitarismo, en ninguno de los tres estadios históricos apuntados por los teóricos comunitarios, con lo cual cumple su primer objetivo: probar que *los comunitaristas fallan en su propia propuesta comunitaria*. Esta parte histórica se cierra con la proclama del «aprendiendo de la historia», cap. VII, porque, para Phillips, el estudio y el aprendizaje de la historia no puede asentarse en datos falsos, insuficientes o interesadamente tergiversados y es éste, precisamente, uno de los mayores fallos de los comunitaristas —abanderados de la reivindicación del pasado— a los ojos de Phillips. «Mirando atrás» se constata que, ya no puede decirse que «el cambio social ha venido a significar la destrucción de la comunidad», puesto que ésta nunca se dio realmente. De la consecuencia que resulta surge la gran objeción que subyace a la crítica de Phillips: si el tipo de comunidad ideal no existió en el pasado, entonces, obviamente, *no puede* decirse que se ha dado paso a las fuerzas de la modernización, ésas que habrían desnaturalizado a la buena comunidad ideal, entre otras razones, porque ésa nunca se habría dado. En este sentido, la modernidad, expresada a través de la tradición liberal y de su evolución en las políticas liberales americanas y en la socialdemocracia europea, entiendo que puede ser un reflejo comunitario tan bueno como el de la antigüedad ateniense, medieval o del republicanismo americano, fuera cual fuese la realidad que éstas presentaran. Y aún aceptando un contenido material distinto, aportado por la comunidad tradicional respecto de las formas asociativas actuales, se trataría de saber por qué no ha de calificarse y aceptarse por el comunitarismo la entidad y el significado de la comunidad liberal, individualista, subjetivista y de los derechos, siendo tan cierto que viene avalada por una tradición heredada.

La teoría comunitarista proclama que la tradición se vincula íntimamente con la comunidad y viceversa y, en este sentido, el liberalismo sólo sería una forma irrespetuosa de ruptura de la normal evolución de la comunidad y de su tradición en tanto que, partiendo de características que no son comunitaristas, ofrece un desarrollo hacia el individualismo abstracto y egoísta, que no tiene más fundamento y justificación que su mero darse en la actualidad. Ciertamente me asusta pensar que esta respuesta viene avalada, únicamente, por la idealización comunitarista de una posible forma de vida, posibilidad que se desdibujaría y perdería en su no vigencia histórica, y que vendría a imponerse de forma autoritaria en el espacio de un liberalismo que desaparecería, precisamente, por carecer del carácter de tradición heredada, carencia de la que participaría el comunitarismo, como Phillips demuestra «mirando atrás».

Los factores que contribuyeron a crear y fortalecer el error de la creencia y la fe comunitarista en el pasado, son explicitados por Phillips: la nostalgia; la conversión del recuerdo histórico en invención o imaginación histórica; la propia seguridad comunitarista asentada sobre una evidencia inadecuada; su tendencia a ver los efectos de la cultura como monolítica, en tanto que la cultura es tomada, además de para penetrar todos los efectos de la vida social, para hacerla y presentarla de la misma manera para todos... El fallo radica para Phillips, como señala Susan Reynolds, en que «las referencias a la mentalidad, parecen asumir, más que argumentar, una homogeneidad de pensamiento. La homogeneidad pues, más que un carácter será una precondition para el ideal comunitarista». Con la misma claridad se le presenta —nota propia del fracaso de la política del bien común—, el «peligro de perseguir el ideal de la comunidad»: las muy negativas consecuencias para aquellos que son/van a ser excluidos de la relación de miembros (privilegiados) de esa comunidad. Esta consideración empírica viene acompañada por otra consideración teórica de relieve. Así dirá Phillips que, en tanto que los comunitaristas llaman al abandono de unas políticas de los derechos por unas políticas del bien común, el «quid» residirá en «saber cuál debería ser, exactamente, la concepción del bien común que la gente acepta». Esto se traduce en dos claras objeciones a la teoría comunitarista. De una parte, que los comunitaristas *no* ofrecen una concreción de lo que el bien común sea, como propio de la comunidad por ellos proclamada: dada la ambigüedad terminológica comunitarista a este respecto, Phillips se preguntará por la virtualidad de pasar de ser ciudadanos enfrentados, a colaborar y buscar el bien común en la sociedad post-industrial, en la sociedad postmoderna, constatando, a partir de las con-

clusiones precedentes —negadoras de la *comunidad histórica*—, que las políticas del bien común han servido para enmascarar la búsqueda de un interés y de una visión especial de cómo la gente debería convivir y, apunta, frecuentemente han sido los ricos, poderosos, hombres y blancos quienes habrían perseguido *su* bien común. El abuso de poder, las discriminaciones, los autoritarismos, los racismos o el esclavismo aristotélico, centrarán la aguda crítica de las últimas páginas de este capítulo. Pienso, sin embargo, que bien puede darse una solución optimista respecto al problema de la vaguedad e imprecisión del término **bien común** diciendo que, el comunitarismo en sí, huye de un *iusnaturalismo racionalista* que le lleve a la concreción del bien común en tanto que, de la relativización que sigue a la adscripción de cada comunidad particular a su propia tradición histórica, cada una tendrá un contenido material peculiar y propio con el que rellenar el término; sería algo así como el *concepto formal de bien común*, el bien común universal de la búsqueda del bien común propio. Ahora bien, lo cierto es que los comunitaristas más relevantes o, en cualquier caso, los presentados por Phillips como tales, conceptúan cada tradición particular a través de unas tradiciones que, existentes o no, han sido idealizadas comunitarísticamente. Es decir, proclaman los comunitaristas, que se han dado históricamente unas formas comunitarias que adquieren su bondad y trascendencia histórica a través de la optimización del bien común al que apuntan. Siendo así, queda aún por saber, segunda objeción, cómo puede obviarse el tránsito a la modernidad que, aún generadora de dispersión e individualidad, es una realidad y como tal conocida, algo de lo que ya se percató Hegel e intentó solucionar a través del respeto a la libertad subjetiva nacida con y por la modernidad, esfuerzo que, por asentarse sobre bases exclusivamente metafísicas, puede parecer, como ya vieron Walsh y Valcárcel, se queda en las buenas intenciones, y no ofrece, de hecho, una realidad comunitaria diferenciada para la modernidad, de la ofrecida por la Atenas de la eticidad inmediata. Se trataría en fin, de pedir o buscar el argumento que justifique la doctrina comunitarista hoy, por no caer en la forma más radical de individualismo y racionalismo, propio de ese liberalismo al que constantemente flagela.

Del segundo objetivo inicialmente planteado intenta Phillips la consecución ya en el cap. VIII. Efectivamente, si la argumentación comunitarista toma como punto de partida la crítica radical al liberalismo, parece de justicia ofrecer una «respuesta liberal al pensamiento comunitarista», ya no tanto como crítica al comunitarismo, sino más bien a su fundamento. Es decir, lo que ellos han tomado por liberalismo no se correspondería, ni con la formulación teórica individualista, ni con la aplicación práctica del liberalismo. Este será el objeto del cap. VIII, concretar y clarificar lo que el liberalismo, el individualismo y los derechos humanos son en realidad, así como especificar la consistencia de los argumentos comunitaristas, por probar que su teoría no es más que el resultado de una *opción valorativa arbitraria*, sustentada en la tergiversación y el intuicionismo fantasioso. En este capítulo se corregirá el *separatismo* individual presentado por Sandel —el «*atomismo*» de Taylor— a partir de lo que Phillips considera, la correcta comprensión de la intersubjetividad, necesaria y modeladora de la personalidad individual. Señalará Phillips, que los teóricos liberales, sociales y morales, reconocen, perfectamente bien, que nadie ha existido siempre completamente libre de otras personas y desarrollará esta idea desde dos perspectivas: la del reconocimiento individual de la inserción y necesidad de la sociedad y la del reconocimiento individual de la repercusión de los actos propios en el ámbito del conjunto social; pero en ningún caso la realidad social determinará fatalmente la esencia de la subjetividad personal. Y si, para Sandel, en el *separatismo* requerimos una estructura de *neutralidad* porque el liberalismo no presupondría la superioridad de un modo de vida sobre otros, también aquí, para Phillips, se tergiversa la **noción liberal de neutralidad**, pues ésta es neutralidad de gobierno hacia las concepciones del bien. En este sentido dirá Kymlicka¹ que, «la idea es que se refiere (la neutralidad liberal) a la existencia de un interés neu-

1. KYMLICKA, Will, *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Clarendon Press. 1989.

tral del gobierno y a la inexistencia de neutralidad en los asuntos de justicia» porque el liberalismo es, después de todo, una *filosofía política normativa*. Entiendo que para Phillips, la virtualidad de la comunidad radica, a la luz de su «looking backward», tanto en la posibilidad de modelar y articular las actitudes individuales, cuanto en su propia incapacidad para determinar al individuo haciéndole perder el substrato que le diferencia, su personalidad, a través de su radical objetivización.

Dentro de la respuesta de la modernidad a la doctrina comunitarista, no olvidará Phillips, la crítica de ese neofeminismo del «care», de la relación y la solidaridad, que criticará al comunitarismo como transmisor de los valores autoritarios, jerárquicos y patriarcales impuestos a la mujer por la tradición que proclaman.

Aunque a lo largo del «looking backward» se ha ido haciendo referencia a los derechos subjetivos y al sujeto moral, no dejará Phillips pasar la ocasión de ofrecernos una visión crítica, concreta y específica, del posicionamiento de la teoría comunitarista al respecto. De una parte, en el apartado referido a «las obligaciones y lealtades comunitaristas», confrontará las concepciones del (buen) agente ofrecidas por el comunitarismo y por el liberalismo. Así, si para los comunitaristas el *self*, que es definido por y a través de los roles que le atañen y en los que se circunscribe en la sociedad en la que él o ella deben estar, es superior al que se describe a partir de los individuos autónomos separados, ejerciendo su elección, haciendo promesas y asumiendo voluntariamente obligaciones y preferencias, para los liberales no hay verdadera mediación moral sin la libertad para examinar cualquiera y todas las creencias, tradiciones, prácticas y acuerdos sociales. Tal libertad requiere, por supuesto, ciertos derechos civiles y políticos básicos. Desde esta perspectiva el *peligro del razonamiento comunitarista*, señala Phillips, consistirá en que éste obvia la autonomía individual enteramente y disuelve el *self* dentro de roles que son impuestos por la posición de uno en la sociedad. Por eso, la actual situación de la mayoría de nosotros, de continuo enfrentamiento por tradiciones heterogéneas, prácticas variadas y «cosas por el estilo» —relativismo moral e intelectual propio de la modernidad—, objeto de dura crítica por los comunitaristas y, especialmente, por MacIntyre en «Tras la Virtud», obliga a encontrar modos de optar entre las distintas opciones: «en tales instancias se han de buscar principios que trascienden las particularidades de nuestras concretas situaciones, principios que envuelven nociones de derechos básicos y justicia social». Será desde esta perspectiva, desde la que se invierte el criterio comunitarista, la comunidad ya no es quien juzga al individuo, sino que «los liberales argumentan que los fondos morales y prácticas sociales de las distintas sociedades pueden, incluso, ser juzgados y evaluados»; así los regímenes de la Alemania nazi o de Sudáfrica, lejos de ser obligatorios, «deberían ser vehementemente rechazados a causa de la violación de los derechos humanos en aquellas sociedades». De otra parte, en el apartado dedicado a «la necesidad de unos derechos humanos básicos», acordará Phillips con los comunitaristas en que el liberalismo no ofrece una clara concreción, delimitación y enumeración de los derechos, como tampoco logra acuerdo sobre su fundamento; sin embargo, en lo que sí estarán de acuerdo los liberales, es en que tales derechos son los límites del respeto y la *protección* a nuestro bienestar y libertad personal y, por otra parte en que, aún existiendo diversas teorías justificativas de ellos, todas justificarán la existencia de derechos morales en el individuo moralmente independiente, siempre la fuente última de valor.

Phillips, en fin, reivindica el superior valor de las asociaciones voluntarias sobre los comunitarismos heredados, basados en una ciega obediencia o aquiescencia no pensada, con lo cual abre camino al contractualismo, a teorías políticas representativas y a la teoría (de la voluntad) individual.

Termina Phillips con un último apartado de balance de las críticas vertidas sobre la teoría comunitaria, apuntando que, si bien es cierto que el comunitarismo abre los ojos a algunos aspectos que revelan cierta flojedad práctica de la doctrina liberal, aspecto positivo del comunitarismo que, pienso, no debería olvidarse a la hora de depurar la **tradición liberal de la modernidad**, no será menos cierto, como expone Phillips, que el comunitarismo peca de ignorancia o interesada tergiversación, al fin incorrección, en sus premisas históricas y teórico-liberales y, por ende, sus conclusio-

nes, igualmente incorrectas, serán, en su eficacia, la imposición de unos valores subjetivos, arbitrariamente elegidos y caracterizados así por su contingencia. Para Phillips está claro que la experiencia histórica no puede ser olvidada. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con los comunitaristas sobre *lo que* debe ser aprendido; se pueden compartir muchos de los desencantos de la vida de la modernidad, pero habrá de rechazarse el idealizado pórtico del pasado. «Si aquéllos fueron los buenos tiempos, Dios nos proteja contra los malos».

M.^a Leonor SUAREZ LLANOS

John, RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, 401 páginas.

Se ha hecho un lugar común afirmar que la publicación en 1971 (en Europa 1972) del libro *A Theory of Justice* de John Rawls, sirvió para reavivar la filosofía moral y política del mundo de habla inglesa. Antes de J. Rawls, en la década de los sesenta, los filósofos de este ámbito cultural trabajaban, dentro de la tradición analítica, sobre el sentido, la referencia o el significado de conceptos tales como la libertad, la igualdad, la autoridad, etc. y habían abandonado el intento de hacer construcciones teóricas como las de T. Hobbes, J. Locke o T.H. Green.

A Theory of Justice cambió el panorama. No fue, ni es, un libro dedicado al análisis de la palabra «justicia», sino que supone la elaboración y la defensa de una teoría de la justicia siguiendo una metodología rigurosa y completa. Quizá fue ésta la razón por la que el mundo de la filosofía volvió rápidamente sus ojos hacia esta obra que en la actualidad ha alcanzado —en menos de veinticinco años— el *status* de clásico.

En el mundo anglosajón tras la publicación de *A Theory of Justice* comenzaron a surgir de un lado, estudios, comentarios, exégesis y críticas sobre las ideas, las tesis, la misma construcción teórica, expuesta por J. Rawls; de otro, de repente todo el mundo tenía un punto de vista sobre la justicia, su propia teoría o principios fundadores. Surgieron modelos o nuevas teorías sobre la justicia. Lo cierto es que el mundo filosófico despertó del letargo y comenzaron a plantearse de forma seria, radical, las cuestiones fundamentales y los problemas básicos de la filosofía moral.

Las tesis de J. Rawls fueron contestadas desde distintos puntos de vista (son conocidas las críticas de R. Nozick, R. Dworkin, B. Ackerman, M. Walzer, M. Sandel, etc. por citar sólo algunos autores). J. Rawls construyó su *A Theory of Justice* sobre el principio de la «posición original» en la que la libertad y la igualdad racional de las personas podrían conseguirse tras el «velo de la ignorancia» (pp. 136-138). J. Rawls siguió metodológicamente, la tradición contractualista, especialmente a I. Kant en la *Metafísica de las Costumbres*, aunque modificó las tesis, para ajustarla a sus propósitos. El llamó a su versión del contrato social «justicia como equidad» (p. 11).

Los críticos intentaron mostrar que la posición original no obtiene los resultados que pretende: el autor presupone las conclusiones, bien su teoría no estaba suficientemente demostrada, ni fundamentada, o que no es operativa (H.L.A. Hart «Rawls on Liberties and Its Priority», *University of Chicago Law Review*, 40, 1973, pp. 534-554 y M.J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 177-178).

La última obra de Rawls *Political Liberalism*, compuesta a partir de trabajos aparecidos con anterioridad, en muchos casos ampliamente modificados, constituye, en cierta medida, la respuesta del autor a sus muchos críticos y comentaristas. En esta obra revisa algunas de sus posiciones más conocidas con el fin de corregir sus deficiencias. En mi opinión, no es una segunda edición —revisada y ampliada— de la obra anterior, se trata de un trabajo nuevo e independiente en el que trata los problemas surgidos gracias a los comentarios, críticas y sugerencias que provocó *A Theory of Justice*. De este modo, se convierte en una exposición del mismo J. Rawls sobre los problemas que tiene, y se puede decir que sufre, la filosofía y la teoría política contemporánea.

En la obra que se reseña J. Rawls afirma que «la justicia como equidad» está dentro del campo de la filosofía política, no sólo de la teoría moral (p. 10) y el liberalismo se considera como una doctrina política, no como una visión global del mundo.

El problema central de *Political Liberalism* es el estudio de la justicia social —*social justice*—. Tema del que el autor se comenzó a preocupar en una serie de artículos, conferencias, seminarios, etc. desde 1980. J. Rawls pretende llegar a una consideración profunda de la justicia social en una sociedad en la que existe una diversidad cultural, religiosa y filosófica entre sus miembros. Este trabajo no versa sólo sobre una consideración «teórica» de la justicia, sino que desde una reflexión filosófica, trata de

desvelar el papel decisivo de la justicia en una sociedad éticamente plural, más que detenerse en el concepto de justicia. De este modo, lo que J. Rawls pretende presentarnos es el papel de la justicia en una sociedad marcada por la diversidad.

Se recordará que en la parte III de *A Theory of Justice*, J. Rawls afirmó que una sociedad puede estar bien ordenada sólo si los principios de justicia que regulan las instituciones jurídicas básicas están también firmemente arraigados en la conciencia moral de los ciudadanos. Por su parte, éstos deben proporcionar la seguridad de que ellos participarán de estos principios y que podrán justificarlos de una forma igual. J. Rawls ahora piensa que este planteamiento es injustificable. En *Political Liberalism* se propone bosquejar una concepción alternativa de una sociedad bien ordenada, en la que los ciudadanos converjan más o menos en los mismos principios de justicia desde perspectivas morales y filosóficas bastante diferentes e, incluso en algún caso, incompatibles. La idea fundamental ahora es lo que J. Rawls denomina *overlapping consensus*. Los principios de justicia y los derechos se presentan no sólo como parte de la moral, sino también como principios orientados específicamente a la organización de la vida pública, de la actividad política, esto es, del ámbito en el que los ciudadanos desarrollan su vida y se ejerce el poder. Por tanto, J. Rawls mantiene que hay que dejar a los ciudadanos que sienten los valores que deben dominar la vida social y política en relación, y a veces en contradicción, con otros valores o puntos de vista éticos y religiosos.

J. Rawls insiste a lo largo de los capítulos de su libro en que el único modo de superar los diferentes puntos de vistas éticos y religiosos «razonables» de las personas es recurrir al *overlapping consensus*. «Razonable» es un vocablo, un término ambiguo. De un lado, la visión de una persona se puede calificar como razonable cuando está dispuesto a rectificarla o modificarla en función de hacer posible la cooperación social en términos de libertad e igualdad con otros que tienen, o pueden llegar a tener, puntos de vista diferentes y contrapuestos. Por tanto, la tolerancia sólo será posible en una sociedad si las distintas visiones se mantienen en estos límites. Por otro lado, razonable significa inteligible cuando se ejercita el razonamiento humano. De este modo, la discrepancia religiosa, el desacuerdo moral, son razonables si su existencia no se debe sólo a la irracionalidad de una parte o de ambas, sino que es el resultado de los condicionantes y de la incertidumbre del uso racional del poder en una situación real, en el mundo que vivimos. Es un axioma del liberalismo político de J. Rawls que los desacuerdos razonables sobre aspectos esenciales de la moral, la religión y la filosofía constituyen una característica permanente e imposible de erradicar en la sociedad moderna.

J. Rawls intenta unificar estos dos tipos de racionalidad afirmando que un punto de vista puede mantenerse sin vulnerar ninguna de las dos sólo si los que están convencidos reconocen la inutilidad de intentar convencer a todos de él, sólo si exponen de forma clara sus argumentos.

Pero el hecho permanece, así una concepción de la justicia, el derecho a la libertad de creencia religiosa, no pueden establecerse «para siempre» en una sociedad plural y moderna, se debe recurrir una vez más al *overlapping consensus* que soluciona los problemas en una sociedad real, no ideal o construida, puesto que mediante él se llega a establecer y conocer los términos justos de la cooperación social y del aporte individual al desarrollo de la sociedad.

El problema que se plantea en *Political Liberalism* es la existencia de acuerdos razonables en temas como los derechos y la justicia. Por contra, los aspectos que atañen a la discrepancia en los aspectos religiosos, filosóficos y éticos son estructurales, propios de la organización social y no se pueden eliminar, hay que contar ineludiblemente con ellos. Así, una concepción de la justicia que quiera dominar o ser efectiva en la sociedad actual —ese es el sentido del término *social justice*— tiene que conseguir un *overlapping consensus* entre las distintas concepciones religiosas, filosóficas y éticas. De lo contrario se admitiría una idea que no fuera aceptada por todos, o al menos por una mayoría amplia. Dicho con otras palabras, la idea de *overlapping consensus* implica que los ciudadanos acepten una idea de la justicia sustentada sobre la diversidad de sus concepciones.

Desde mi punto de vista, lo que J. Rawls pretende es que en la elaboración y posterior formulación de los principios de justicia, no se proceda de forma sectaria, excluyendo *a priori* algún punto de vista. No se debe apelar sólo, por ejemplo, a las razones de tipo religioso para determinar lo que significa libertad de expresión o igualdad de oportunidades.

J. Rawls pretende con este libro —para unos lo consigue, mientras que para otros se queda a medio camino— reconsiderar su teoría de la justicia dada a conocer al mundo entero veinte años antes. Su apuesta es clara, hay que volver a la filosofía política cuando se percibe que las ideas están en declive. Una vez más J. Rawls reflexiona con profundidad y rigor intelectual para dar soluciones a una sociedad en crisis. Sea cual haya de ser el desenlace de esta situación, lo que de ella podemos desprender, en lo que atañe al tema de la justicia y su efectiva realización social, es que para solventar esta crisis tendrán que intervenir decisivamente la filosofía política, junto a las consideraciones de tipo religioso, filosófico, jurídico, etc. para determinar cuál es la idea de justicia más adecuada para una sociedad. J. Rawls ha vuelto a la idea clásica: la necesidad de completar y complementar las ideas de la filosofía moral, con una profunda reflexión filosófica sobre los problemas políticos y sociales, tal como vio magistralmente Aristóteles en el último párrafo de su *Ética a Nicómaco*.

Salvador RUS RUFINO

Pueden consultarse las siguientes reseñas que conozco: M. SANDEL, *Harvard Law Review*, 107, 1994, pp. 1765-1794; I. WARD, en *Social and Legal Studies*, 3, 1994, pp. 317-321; A.S. GREENE, *George Washington Law Review*, 62, pp. 646-673; P. PETIT, *The Journal of Philosophy*, 1994, pp. 215-220; J. COHEN, «A More Democratic Liberalism», *Michigan Law Review*, 92, 1994, 1503-1546; W. POWERS, Jr., «Constructing Political Theory», *Texas Law Review*, 72, 1993, pp. 443-470; M.P. ZUCKERT, «The New Rawls and Constitutional Theory: Does It Really Taste That Much Better?», *Constitutional Commentary*, 11, 1994, pp. 227-245; G.C. LEEDES, «Rawls, Excessively Secular Political Conception», *University of Richmond Law Review*, 27, 1993, pp. 1083-1125; B.A. ACKERMAN, «Political Liberalisms», *The Journal of Philosophy*, 1994, pp. 364-386. Existen dos simposios sobre este libro publicados en: *Chicago Kent Law Review* 69, 1994, pp. 548-842, en el que intervinieron los siguientes autores: L.B. SOLUM, J. COHEN, K. GREENAWALT, S.M. GRIFFIN, S.A. LLOYD, R. MARTIN, J.W. NICKEL y D.A.J. RICHARDS; *Ratio Juris*, 7/3, 1994, pp. 267-352, en el que participaron: B. BARRY, R. DWOR-KIN, J.M. FERRY, C. MOUFFE, O.O'NEILL, P. RICOEUR, J.B. SPITZ y A. SWIFT.

Manfred REHBINDER y Ulrich DROBNIG, (eds.), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht. Karl N. Llewellyn und seine Bedeutung heute*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, 266 páginas.

Entre los días 21 y 23 de mayo de 1993 tuvo lugar en Leipzig un simposium en conmemoración del centenario del nacimiento de Karl Nickerson Llewellyn. El evento estuvo dominado por la participación de investigadores alemanes y anglo-norteamericanos. La convocatoria provenía de los profesores Manfred Rehbinder (Zurich) y Ulrich Drobnig, director del Max-Planck-Institut para el derecho privado extranjero e internacional. Las ponencias presentadas alcanzaron un altísimo interés, y se hizo necesario publicar las más importantes de entre ellas bajo la forma de un trabajo colectivo, al que se dio el título de *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht* (Realismo jurídico, sociedad multicultural y derecho mercantil). Este título alude a tres características esenciales del pensamiento de Llewellyn quien, como es sabido, fue un destacadísimo representante del movimiento realista americano, el iniciador de una nueva manera de hacer antropología jurídica con su *Cheyenne Way*, y también un muy interesante profesor de derecho mercantil (su manual sobre el derecho de la compraventa causó gran impacto entre los especialistas), jugando un papel de primer orden en la reforma del derecho mercantil norteamericano, como *chief reporter* del *Uniform Commercial Code*.

El volumen objeto del presente comentario reúne las aportaciones más destacadas del simposium en relación con lo que podríamos llamar tres grupos temáticos: el primero trata de aspectos de la biografía de Llewellyn, de entre los que destacan los relacionados con sus estancias en Alemania, con sus conexiones con destacados juristas alemanes del primer tercio de este siglo (y la posible influencia que su pensamiento ejerció sobre el de Llewellyn), y con el trabajo científico que Llewellyn desarrolló en dicho país.

El segundo grupo versa sobre la sociología del derecho de Llewellyn: los participantes tuvieron aquí ocasión de comentar numerosos aspectos de la misma, tales como su antropología jurídica, su teoría de los *law-jobs*, su concepción sobre la creación judicial del derecho, sus ideas sobre el papel de las reglas jurídicas, su aplicación de la sociología del derecho al derecho matrimonial, y la influencia que ejerció en su pensamiento la *Ganzheitspsychologie* de Félix Krueger.

El tercer grupo de temas engloba las aportaciones a propósito de la influencia recíproca entre los derechos mercantiles alemán y estadounidense, con un probable predominio de la influencia de este último, así como del papel que jugó Llewellyn como probable elemento transmisor de influencias en una y otra dirección; además, se aborda, desde el punto de vista del derecho comparado, un análisis del *Uniform Commercial Code* y las leyes uniformes producto de la Convención de Viena sobre compraventa internacional, y se compara el movimiento codificador en los EE.UU. con el europeo.

I. En la parte biográfica han contribuido los profesores Stefan A. Riesenfeld, con unos recuerdos de Llewellyn, y Ulrich Drobnig, que ha abordado el tema de sus estancias en Alemania. Riesenfeld describe sus contactos con Llewellyn, el primero de ellos en la primera visita de éste a Leipzig, donde hubo de ser su acompañante, el segundo en los Estados Unidos, una vez que Riesenfeld fue recomendado y enviado allí, recibiendo el apoyo de Llewellyn. Asimismo, destaca Riesenfeld los estrechos contactos entre Llewellyn y juristas alemanes (como Nussbaum), y la influencia en aquél de las aportaciones doctrinales germanas (como la teoría de Oertmann sobre los *Geschäftsgrundlagen*). Aparte de esto, el profesor alemán emigrado trata de dar alguna pincelada sobre su carácter, así como del estilo de sus lecciones en Leipzig, que describe como «vivaz, agudo y casi de poseído»; particular admiración le causaba la habilidad profesional de Llewellyn (sus *craftmanship and draftmanship*, así como su capacidad para la representación de intereses -*spokesmanship*). Todo ello presentado en el estilo

de unas memorias, con apoyo principal en recuerdos personales, pero también después de consultar parte de la correspondencia que se conserva del realista americano.

Drobnig ha realizado un repaso por los períodos de estancia de Llewellyn en Alemania; comienza por el período 1908-11, en el que Llewellyn visita el *Realgymnasium* de Schwerin, lo que supuso el comienzo de una relación duradera e intensa con aquel país. Drobnig relata la vida, la acogida y las amistades de Llewellyn en Alemania (de las que destaca la de Hans Lachmund), y describe a un joven Llewellyn «sociable, modesto, tranquilo, pensativo, pero inequívocamente inteligente» del que se percibía ya en aquella época una «energía titánica» y una «ambición fanática», según los informes de su instituto.

A continuación describe Drobnig uno de los episodios más pintorescos de la vida de Llewellyn: su participación en la Primera Guerra Mundial, del lado de los alemanes, hallándose en aquel momento en París, siguiendo cursos de sociología en la Sorbona; el relato de las andanzas de Llewellyn concluye en el frente de Flandes, donde resultó herido y de donde fue evacuado, recibiendo más tarde la Cruz de Hierro. Su nacionalidad norteamericana y el no haber prestado juramento de fidelidad fueron la excusa de su licenciamiento forzoso. Drobnig niega que el patriotismo fuera el motivo de la aventura bélica de Llewellyn; más bien parece creer en la fuerza de su deseo de aventuras, que suscitó poca comprensión en los EE.UU., y menos en Alemania, cuando se supo que, ya en su país, quiso alistarse en el ejército, una vez que éste entró en la guerra; esto le fue impedido, precisamente en razón de su participación en la guerra del lado alemán.

Más interesantes desde el punto de vista científico fueron las dos visitas que Llewellyn cursó a Alemania entre los años 1928-32, y de las que Drobnig da cumplida cuenta. Antes de su viaje, Llewellyn ya se había interesado por las obras de Ehrlich y de Max Weber. En la primera de las visitas, efectuada durante el semestre de invierno de los años 1928-29, impartió lecciones bajo el título *Praktische Übung über das amerikanische Präjudizienwesen*, más tarde publicadas como *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* (Leipzig 1933). En el período 1931-32, sus lecciones tuvieron como tema una sociología general del derecho; éstas han sido publicadas sólo en 1977 por Manfred Rehbinder bajo el título *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*. Destaca por otro lado la relación, trabada en Leipzig, con el sociólogo alemán Hans Freyer, defensor de la «sociología como ciencia de la realidad».

Fuera de Leipzig, y por consejo de Hermann Kantorowicz, Llewellyn impartió numerosas conferencias, con ellas, pretendía tanto una discusión de sus ideas como tener contacto personal con profesores alemanes. Además, su estancia en Alemania fue aprovechada por Ernst Rabel, quien le invitó a las discusiones en Roma sobre la unificación del derecho de la venta internacional; aunque a Llewellyn el trabajo desarrollado en UNIDROIT no le pareció muy práctico, extrajo de él el interés por la estructura y el método del derecho comparado (interés de todos modos no muy intenso, puesto que nada dejó escrito que tocara directamente estos temas).

II. Las ponencias publicadas relativas a la sociología del derecho de Llewellyn comienzan con un importante estudio sobre el trabajo de Llewellyn con los indios Cheyenne y Pueblo, a cargo de Wolfgang Fikentscher. Este autor entiende que las sociedades indígenas norteamericanas han sufrido un proceso de aculturación especial, que ha conducido a la existencia en los EE.UU. de una *sociedad multicultural*. Describe el trabajo de Llewellyn sobre los Cheyenne como un estudio sobre la dogmática y el método jurídico de estos pueblos, y afirma sin rodeos que es un su obra antropológica *The Cheyenne Way*, junto con sus lecciones en Alemania, donde se perfilan los contenidos de su teoría y de su sociología del derecho.

Tras una exposición y análisis de la teoría del derecho de Llewellyn, en la que encuentra en Llewellyn concomitancias con las ideas de Eugen Ehrlich y Benjamin N. Cardozo, y tras una interesante discusión de la teoría de los *law-jobs* de Llewellyn, Fikentscher afirma que el éxito de *The Cheyenne Way* se debió a la originalidad del estudio antropológico del derecho por medio de casos, y a la agudeza del análisis del material jurídico hallado, así como a la importante distinción entre *law stuff* y la *law*

personnel, que permite una descripción dinámica del derecho. Por otra parte, Fikentscher elogia la teoría antropológica del derecho expuesta en el capítulo 10 de *The Cheyenne Way*, y que caracteriza al derecho por la conjunción de cuatro factores: autoridad, supremacía, sistema y oficialidad. En cuanto a la teoría del pluralismo cultural (pp. 290 ss. del libro), a Fikentscher le parece una «obra maestra de la antropología jurídica». No queda la obra de Llewellyn y Hoebel, sin embargo, sin recibir algunas críticas, de las cuales la más importante que Fikentscher le dirige consiste en que Llewellyn y Hoebel presuponen en el derecho la supremacía de la colectividad sobre los miembros individuales, fenómeno el cual, dice, no ocurre sino en las sociedades heroicas y en las formas secularizadas de las mismas.

La última parte de su ponencia la dedica Fikentscher a especular sobre el fracaso de las investigaciones de Llewellyn y Hoebel con los indios Pueblo, que se atribuye a la reserva que estas tribus mantenían sobre cuestiones de gobierno, que tenían carácter religioso y secreto, también desarrolla su opinión respecto a la autoría de un proyecto manuscrito de código para el Pueblo Zia, atribuido por Twining a Llewellyn, pero que Fikentscher considera obra de los ancianos de la tribu, con la ayuda quizá de Soia Mentschikoff, última esposa de Karl Llewellyn.

III. William Twining, probablemente el principal biógrafo de Llewellyn (con su *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld & Nicholson, 1973 [1985]) realiza una importante contribución al simposium de Leipzig, con una ponencia en la que explora a fondo la idea de *juristic method*, elemento de la teoría de los *law-jobs* de Llewellyn. Recuerda el ponente que Llewellyn estaba desgarrado entre la necesidad de construir una teoría sociológica general, y su pasión por la práctica del derecho en los EE.UU.; aún así, Llewellyn es presentado como un pensador con preocupaciones científicas constantes, que mantiene a lo largo de toda su vida.

La teoría de los *law-jobs*, en la cual se inscribe la idea del *juristic method*, debe ser interpretada, según Twining, como un esquema heurístico que permita el estudio de la realidad del derecho, y no como una teoría descriptiva. Sólo de esta forma se pueden esquivar las críticas de funcionalismo extremado que aquélla ha recibido. Con este enfoque heurístico, la teoría de los *law-jobs* demuestra ser de enorme utilidad, como lo acredita el propio Twining citando como ejemplo la positiva influencia que aquélla tuvo en el proyecto de diseño de una política de selección y conservación de documentos jurídicos, en el cual ha trabajado últimamente; visto desde el punto de mira de los *law-jobs*, el calificativo de *jurídico* aplicado a un documento se amplía de forma interesante, superando lo que supone una definición formal de los documentos jurídicos, y ayudando enormemente a una política de conservación de archivos, importante para la investigación del derecho.

Tras ello pasa Llewellyn a examinar en particular la idea del «método jurídico». Esta función comprende en la mente de Llewellyn mucho más que las habilidades y técnicas de los juristas, incluyendo las tradiciones profesionales, las invenciones jurídicas, el diseño institucional, y en general todo tipo de mecanismo institucionalizado de cumplimiento de los *law-jobs*. En este sentido, el método jurídico excede a las técnicas de interpretación y de argumentación. Tras esto, Twining discute la propiedad de la etiqueta «método jurídico», que prefiere sustituir por la de «tecnología jurídica», que permite a Twining poner esta parte de la teoría de Llewellyn con otras con las que guarda estrecha relación, como la de los *law-crafts*, la teoría de la solución de problemas en general, o la teoría de la dogmática jurídica, por citar algunas.

Twining llama la atención sobre la corriente confusión entre método y estudio del método. Llewellyn no supo separar adecuadamente estos aspectos del significado del término «tecnología». Su teoría de los *law-jobs* constituye, en su estudio del *juristic method*, una tecnología en sentido estricto; los *law-jobs* de que se compone el *juristic method* son métodos en sentido amplio; pero el método jurídico comprende también las artes prácticas (*techne*), los inventos jurídicos, los mecanismos y las instituciones jurídicas (en tanto que medios y modos).

Termina Twining su ponencia recordando que la sociología general del derecho de Llewellyn no fue nunca completada, y proponiendo un doble desafío al respecto: una

recopilación de los manuscritos socio-jurídicos de Llewellyn, y una reconstrucción de su teoría, llenando los vacíos que él dejó.

IV. María Borucka-Arctowa, discípula de Llewellyn como Twining, presenta una ponencia en la que discute también sobre la teoría de los *law-jobs*, relacionándola con enfoques recientes sobre las funciones del derecho. Encuentra en el pensamiento de Llewellyn puntos en común con los de Petrazycki (como la importancia que Llewellyn asigna a la función preventiva del derecho); y se sirve de la función de asignación de competencias y diseño procedimental propuesta por Llewellyn, para efectuar después algunas consideraciones en torno a las relaciones entre justicia procesal y sustantiva, y entre la justicia procesal y la eficacia procesal. Critica, por otra parte, la manera en que Llewellyn define la función de *net-drive* del derecho, que considera poco fundamentada desde el punto de vista teórico, y demasiado ligada a consideraciones ideológicas, tales como «justicia social», «individualización», o «guerra a gran escala». En último término, la ponente examina la creciente internacionalización de la vida social, preguntándose por la importancia del papel que al derecho le toca jugar en este fenómeno, y por la utilidad de la teoría de los *law-jobs* de Llewellyn en el análisis de un derecho mundial.

V. Erhard Blankenburg ha presentado al simposium de Leipzig una ponencia bajo el título «La Función de la Acción Jurídica». En ella una de las tesis principales es que Llewellyn pretendía una definición empírica de derecho, una determinación de la idea de derecho a partir de modelos fácticos de acción. En este sentido, hay que interpretar su teoría de los *law-jobs* como una teoría heurística, y no como una tesis ontológica; en este sentido, Blankenburg (que piensa lo mismo que Twining en este punto) discrepa de Rehbinder, que cree que estamos ante una «teoría funcional». Es en los intentos de Llewellyn de comparación sociológica entre derechos, donde se constatan mejor los objetivos epistemológicos de este autor, destacando en este sentido el empleo del punto de vista externo, tanto en lo que se refiere a la dogmática y la teoría del derecho en Alemania, como en el derecho de los Cheyenne. *El derecho queda delimitado, de esta manera, como la acción de la profesión jurídica*. Llewellyn se convertirá en un destacado defensor de lo que Blankenburg (coincidiendo aquí con el análisis de Fikentscher) llama la «comparación sociológica de derechos», que se hace en cuatro niveles diferentes: el de las normas aplicadas; el de las instituciones que operan con ellas; el de las conductas de la profesión jurídica y de quienes movilizan el derecho; y el de la actitud de la población y los juristas hacia el derecho y sus instituciones (lo que L. Friedman denomina *cultura jurídica*).

En la última parte de su ponencia, Blankenburg utiliza el esquema de análisis en cuatro niveles sobre los diferentes estadios de evolución del derecho por los que ha pasado la ciudad de Leipzig en sus últimos cien años de historia, centrándose especialmente en los sucesos recientes, producto de la reunificación alemana; en el marco de una separación judicial entre la «idea de derecho» y sus diferentes y siempre imperfectas realizaciones históricas, se refiere a una posible evolución trascendental en las funciones de la profesión jurídica, a una «explosión judicial» que sería parte de un movimiento pendular en la movilización del derecho en ese país, y al papel que los juristas germano-occidentales, trasladados provisionalmente a la antigua Alemania Oriental, por razón de la escasez de juristas oriundos de la misma, están jugando en la depuración de las élites políticas y administrativas, así como del antiguo derecho de la RDA, y de la reacción de los ciudadanos de la antigua RDA ante la extensión del ámbito de aplicación del derecho de la RFA como producto del tratado de unificación.

VI. Lawrence Friedman intervino en el simposium con una contribución sobre Karl Llewellyn y la decisión judicial. En su ponencia, Friedman pone de manifiesto que Llewellyn no dejaba de ser un *common-law thinker*, y que los realistas no pasaron de ser unos escépticos ante la posibilidad del pensamiento jurídico deductivo y ante la vinculatoriedad del precedente judicial, pero que nunca llegaron a desarrollar una sociología del comportamiento Judicial. Para Friedman, Llewellyn no era una excepción; su participación en *The Cheyenne Way* demuestra una preocupación casi exclusiva por la actividad judicial y por su resultado (*case-law*). Por otro lado, la incli-

nación de Llewellyn hacia el *common-law* rozaba la debilidad; creía en las virtudes de este sistema, especialmente cuando se practicaba de acuerdo con el *Grand Style*, un modo de decidir casos conforme a principios, no a precedentes, produciendo reglas con una *singing reason on their face*: una razón que debía identificarse con los hábitos y las necesidades de la gente de negocios (elemento normativo), y que debía ser aparente en la propia formulación de la regla (elemento estético). El juez del *Grand Style* debía ser intuitivo, debía tener la capacidad de extraer el sentido de la situación que se presentaba a su enjuiciamiento (*situation-sense*), lo que presupone la idea de Goldschmidt de que las situaciones de la vida traían consigo su propio derecho correcto. Todas estas ideas, insiste Friedman, no conforman una sociología del derecho judicial, sino que proponen un modelo normativo de decisión judicial.

La segunda parte de su ponencia la dedica Friedman a discutir los diferentes acercamientos sociológicos al problema de la decisión judicial. Se queja de la falta de estudios empíricos rigurosos sobre el tema, para discutir a continuación los, diferentes modelos teóricos que fueron propuestos: el conceptualista/formalista, que afirma la primacía de las normas en la toma de decisiones judiciales; muerto como teoría, pervive en la mentalidad de los juristas; y el sociológico, que sugiere el primado de factores sociales, económicos, culturales o psicológicos en la modelado de la conducta y de las instituciones jurídicas. Ninguno de los dos modelos es demostrable, pero Friedman se inclina por la concepción que acepta la dependencia de la decisión judicial de factores sociales; preocupado por hallar un mecanismo que traduzca las fuerzas sociales en derecho, el ponente señala como uno de los más importantes a la *cultura jurídica*: «ideas, actitudes, valores y opiniones sobre el derecho, sostenidos por la gente». Se aprecia una progresiva convergencia de los sistemas jurídicos modernos, de forma que el elemento diferencial histórico o tradicional se vuelve cada vez menos importante, en términos relativos. En este sentido, los jueces mantienen una concepción formalista sobre el modo en que desarrollan su trabajo, no considerándose como un centro de decisión política. Pero Lawrence Friedman no puede dejar de notar que la propia opinión que los jueces tienen sobre el carácter político o no de sus decisiones es en fin de cuentas una respuesta a la cuestión política de si los jueces deben o no participar en las decisiones políticas.

VI. Gregorio Robles ha sido el único ponente español en el Symposium de Leipzig. Su tema ha sido el concepto de norma jurídica en el pensamiento de Llewellyn. El punto de partida de sus consideraciones ha sido la distinción efectuada por Llewellyn entre *real rules* y *paper rules*; las primeras tienen un carácter descriptivo o predictivo, y vienen a expresar «prácticas»; el carácter de las segundas, por el contrario, sería prescriptivo. Robles critica esta distinción, por dos razones; supone, en primer lugar, que las reglas reales, del mismo modo que las reglas «sobre el papel» son formas de palabras también lo son las «reglas reales»; en segundo lugar, confunde «regla» con «regularidad», y con la predicción, que es una inferencia que se realiza *a partir* de la regularidad o de la regla misma, *pero que no es* una regla.

La segunda parte de la ponencia de Robles está dedicada a exponer las diferentes perspectivas que los observadores jurídicos tienen del derecho, en la visión de Llewellyn; todas estas perspectivas están dominadas por la inclinación pragmática característica del realismo, de forma que cada grupo de operadores jurídicos orienta su percepción del derecho en función de las funciones que ha de cumplir, y de los fines que debe satisfacer.

En la tercera parte de su ponencia, Robles extrae, a partir de los análisis anteriores, conclusiones generales en torno a la posición que los conceptos jurídicos, la dogmática jurídica y la sociología del derecho tienen en el pensamiento de Llewellyn. La antisistematicidad de la conceptografía de Llewellyn, el abandono de la neutralidad e inmanencia dogmáticas y la orientación a la decisión jurídica, conducen a Robles a afirmar que Llewellyn quiere sociologizar la dogmática jurídica, y fundar una teoría realista de la decisión jurídica. Por otro lado, Robles advierte en el pensamiento de Llewellyn una subordinación de la dogmática a la sociología del derecho, que se manifiesta dentro del tema elegido por el ponente, en la afirmación de que el sentido de las *paper rules* depende de su relación con las *real rules*; lo que a la vez sirve de base

para decir, a modo de conclusión, que la teoría de las normas de Llewellyn no es sino una parte de una concepción sociológica del derecho centrada en el análisis de los procesos de decisión, y dirigida a la construcción de modelos teóricos de estrategia de los operadores jurídicos.

VII. Rüdiger Lautmann presenta en el simposium una ponencia sobre un ejemplo de sociología jurídica aplicada en la obra de Llewellyn; se trata de su examen sociológico del derecho matrimonial en los EE.UU., presentado en sus lecciones en Leipzig del período 1931-32. Resalta el ponente cómo Llewellyn se vale para su análisis, no de una metafísica o de una dogmática de la pareja, sino de un *análisis de los hechos de la pareja*, sin llegar, sin embargo, como dice Lautmann, a una «biojurisprudencia», pues acepta el papel de la cultura como factor decisivo en las relaciones de pareja y familiares. Lautmann menciona la idea de Llewellyn de que el *orden es lógicamente anterior al derecho*, de donde se infiere que el derecho no debe apoyarse argumentativamente en elementos que no formen parte de los hechos del orden social, de los órdenes fácticamente existentes. Esto, dice el ponente, permitió a Llewellyn relativizar la percepción común de la existencia de una crisis cada vez más aguda del matrimonio y de la familia, así como la existencia fáctica de una *pluralidad de formas de pareja*, confirmada por las investigaciones actuales.

El ponente destaca el papel complementario que Llewellyn confiere al derecho matrimonial; según el realista americano, el derecho únicamente oficializa una institución social existente, permitiendo distinguir de este modo entre el «oro legítimo» y las «monedas falsas»; sólo interviene decisivamente cuando el orden social se vuelve frágil, esto es, cuando la pareja está en crisis. La separación de la pareja es precisamente el punto de concreción de la dogmática y del derecho fáctico (*Trecht*) del matrimonio; aquí Llewellyn ha señalado que las causas de separación admitidas guardan relación con la estructura social (ésta ha favorecido en general el papel de la mujer en la sociedad, y correlativamente la ha favorecido también en el tratamiento jurídico de la separación matrimonial).

Lautmann recuerda que Llewellyn es un heredero del pragmatismo americano, por lo que es comprensible que éste propusiera regulaciones preventivas que tendieran a evitar la ruptura (como el matrimonio a prueba); el pragmatismo, dice Lautmann «es un pensamiento que se dirige a la acción, y que quiere servir a la práctica de la vida»; no por ello supone una programación inmediata de ésta, sino su comprensión.

VIII. La contribución de Manfred Rehbinder al simposium celebrado en Leipzig se dirige a arrojar luz sobre una influencia poco estudiada en la obra de Llewellyn: la de Félix Krueger y su *Ganzheitspsychologie*; ésta, junto con la de Levin Goldschmidt en el derecho mercantil y la de Hans Freyer en la sociología, es la más decisiva influencia que recibe Llewellyn de la ciencia alemana contemporánea a él.

La *psicología de conjunto* de Krueger tiene como su centro de análisis el conjunto de las experiencias (*Erlebnisganzheit*), así como la construcción estructural de la personalidad y de la vida comunitaria; las fuerzas del espíritu condicionan la vida psíquica de los pueblos; la *psique* humana no funciona separada de su contexto histórico, de modo que lo decisivo en su análisis no es el entendimiento y la voluntad autoconsciente, sino las funciones psíquicas condicionadas por el conjunto.

Rehbinder hace notar la influencia de las hipótesis fundamentales de la psicología de conjunto en dos ideas de Llewellyn: la de *sentimiento jurídico* y la de *instituciones jurídicas*. El primero se identifica con el *sentimiento de justicia*, que es consecuencia del mantenimiento de las expectativas sobre modelos de conducta (*Handle*, en terminología de Llewellyn; *Handlungsmuster*, en alemán correcto), y que cumple una función de «orientación» (*Einstellung*): establece las posibilidades de acción libre en sociedad, y las formas de variación aceptadas o no aceptadas, contribuyendo de este modo a la calculabilidad de la acción social, y poniendo además límites a la regulación del Estado.

En cuanto a las *instituciones sociales*, éstas se componen de modelos de acción, así como de lo que Llewellyn llama grandes imágenes y sistemas culturales; sus funciones son organizar y hacer comprensible lo existente, y prepararse para lo imprevis-

to; su significación social depende de que los modelos de acción y las grandes imágenes sean transmitidas vía socialización a los individuos. Los límites entre instituciones sociales no se obtienen por descubrimiento, sino que son *determinados* en razón de criterios de función, de tarea social, de finalidad, de sentido, lo que según Rehbinder constituye la conexión en Llewellyn entre la teoría de las funciones del derecho y la psicología de conjunto.

Para terminar, Rehbinder hace notar que en el pensamiento de Llewellyn las grandes imágenes (*Grossgebilde*) contribuyen a evitar las tendencias de transformación de los modelos de acción, aunque un aumento de la presión transformadora de dichos modelos puede incidir sobre las grandes imágenes, con lo que la relación es en realidad de ida y vuelta; esto mismo sucede con las relaciones entre los conjuntos sociales y los individuos: aquéllas fijan las condiciones de la vida de éstos, pero son a la vez el instrumento de que éstos se valen para el logro de sus fines.

Rehbinder no encuentra, con posterioridad a la estancia en Leipzig de 1931 a 1932 rastros de la influencia de la *Ganzheitspsychologie* en la obra de Llewellyn, aunque no deja de observar su influjo en la teoría de sistemas en la sociología actual, y en la terapia Gestalt, lo que para él es un indicio de la actualidad de este enfoque.

IX. Con la ponencia de Rehbinder terminan las contribuciones sobre la sociología del derecho de Karl N. Llewellyn, y comienzan las que tienen como tema su trabajo como mercantilista, así como las influencias del derecho mercantil alemán sobre el norteamericano, y viceversa. Ulrich Drobnig efectúa una segunda contribución, esta vez bajo el interrogante sobre si Llewellyn contribuyó a una importación por el derecho norteamericano del derecho alemán de la compraventa. El ponente enuncia lo que le parece son cinco puntos de contacto entre el art. 2 UCC y el derecho alemán de la compraventa: la propia idea de crear un código de comercio; la separación entre derechos personales y reales en la compraventa; el fomento de la ética en la contratación (con figuras como la *unconscionability*); la admisión de una modificación o una cesación en las circunstancias que motivaron el contrato, como motivo de inexigibilidad de su cumplimiento (*failure of presupposed conditions*); y la distinción entre un derecho contractual comercial y otro civil —si bien mucho más matizada en el UCC—. Por sí mismos, no son prueba firme de influencia alguna en uno u otro sentido, aunque Drobnig cree que se debería intentar una doble comprobación: si el derecho alemán se desvía de las propuestas del UCC en la época en que fueron realizadas, y no fundándose entonces en el derecho positivo contemporáneo de los EE.UU.; y, en segundo lugar, si las propuestas del UCC se corresponden con el derecho alemán de la década 1925-35.

X. La siguiente ponencia corre a cargo de Richard M. Buxbaum, quien se pregunta si el *Uniform Commercial Code* es verdaderamente un código. A tal efecto, efectúa un examen de la procedencia del UCC norteamericano: éste no es sino el producto de las exigencias de uniformidad del derecho mercantil, provenientes de las fuerzas de negocios, y que se corresponden con el carácter del derecho mercantil como derecho facilitador. Muestra una historia de vacilaciones en torno a la codificación del derecho mercantil, y de prejuicios contra una empresa a la que se consideraba demasiado rígida como para cumplir sus funciones con la elasticidad propia del *common law*, y demasiado utópica como para parecer realizable. La codificación comienza, sin embargo, a ganar empuje tras la Primera Guerra Mundial, momento en que comienza a crearse un mercado nacional; las necesidades que andan detrás de las propuestas son, como se ve, de *uniformización* del derecho nacional.

Buxbaum sugiere que Llewellyn tenía intenciones innovadoras traídas de Alemania, pero que, en particular, en lo que se refiere a la separación nítida entre derecho civil y mercantil, se conformó con la adopción del modelo suizo de un *Obligationenrecht*, con correctivos periódicos y específicos destinados a facilitar las operaciones mercantiles.

Tras una discusión de opiniones favorables y contrarias a considerar el *Uniform Commercial Code* como un auténtico código, Buxbaum se remite como conclusión del debate a las propias intenciones que Llewellyn tenía para este cuerpo legal: éste sí que

pensaba en necesidades de claridad, simplicidad, complitud, accesibilidad y uniformidad; necesidades todas ellas que hablan en favor de la conceptualización del UCC como un verdadero código.

XI. Michael Joachim Bonnell ha contribuido al simposium de Leipzig con una comparación entre los modelos de la *International Uniform Sales Law* y el *Uniform Commercial Code*. La historia de la participación de los EE.UU. en las discusiones acerca de la elaboración de leyes internacionales uniformes sobre la compraventa, ha sido una historia de reticencias, hasta que en los años ochenta se produce un cambio total en la actitud del gobierno de este país: se resaltan las afinidades entre el UCC y los proyectos de convenios internacionales, se firman y se ratifican. Bonnell se interroga sobre las razones de este cambio de actitud. Estas no pueden consistir en la disimilitud de las regulaciones del *Uniform Commercial Code* y de los proyectos de leyes uniformes, que son claras, como el ponente se encarga de demostrar. Más bien, sostiene Bonnell, se trata de razones de orden técnico: el carácter casi puramente europeo de los trabajos del UNIDROIT, el poco tiempo que tuvieron los delegados de los EE.UU. para familiarizarse con los proyectos de leyes uniformes de La Haya, y el idioma de trabajo, que era el francés; cuando estas circunstancias cambiaron en las discusiones llevadas a cabo en el seno de la UNCITRAL, la participación del gobierno de los EE.UU. estuvo asegurada.

XII. La última contribución al simposium de Leipzig de 1993 fue la de Günter Hager, quien aportó un minucioso análisis de la influencia del derecho norteamericano en la regulación alemana de la responsabilidad civil. Esta influencia se detecta en los trabajos de la Comisión para la Reforma del Derecho de la Responsabilidad -a pesar de que el informe de derecho comparado aportado por el Max-Planck-Institut de Hamburgo no incluía un estudio del derecho norteamericano sobre el tema-, dado que la solicitud sólo se refería al derecho *européo*. La influencia del derecho norteamericano sobre el alemán se detecta, según Hager, en estos tres aspectos:

- a) en la simplificación de la regulación de los obstáculos al cumplimiento por medio de la introducción de un concepto unitario de incumplimiento de las obligaciones, como causa de responsabilidad.
- b) en la legislación de *control de las consecuencias negativas de la técnica* (en los campos de la responsabilidad por el producto y por el entorno).
- c) y en el *método jurídico* (que ha pasado de un interés por la frescura del *case law* a la influencia teórica del análisis económico del derecho).

Estas tres esferas de influencia están ligadas por una conexión interna: **el objetivo de internalizar costes externos, con miras a la eficiencia en la asignación de recursos** (lo que constituye la preocupación básica del análisis económico del derecho).

Félix Francisco SANCHEZ DIAZ

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 disquette 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 LANSDORFF 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 QUÍNONES 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. MARTIN 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, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendi-zábal (1897-1981).

VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. I. 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 élite jurídica española. M. J. AÑÓN; E. BEA; C. LÓPEZ; J. DE LUCAS y E. VIDAL, Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). 3. CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de 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, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). I. 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 Napoléon. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS 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. E. 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 ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio —ayer y hoy—. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario. II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO. NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VICTORIA 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 AÑÓN, 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 Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión. III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARÍA ANGELES BARREKE 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 DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUIÁN, 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 FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTO NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ANGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. 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 FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

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 ANGEL 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 hiografía 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.

VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUISÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán. II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE BONETE PERALES, Del peso de la libertad al pluralismo político-moral. Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin. CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, La moralidad pública como límite a la libertad de expresión. ANGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONTSERRAT FIGUERAS; ANTONIO EZQUERRA; FRANCISCO SARRAGA, Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el proyecto genoma humano.

2. CIENCIA DEL DERECHO. HANS-PETER SCHWINTOWSKI, Estructuras básicas de sistemas de regulación óptimas. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas. MARIO RUIZ SANZ, El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Definiciones en el Derecho. AMEDEO G. CONTE, Forma performativa. FRANCISCO JOSÉ DíEZ AUSIN, Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho. JOSEP AGUILLO REGLA, La derogación en pocas palabras. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. ANGELA APARISI MIRALLES, Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución norteamericana. FRANCISCO CARPINTERO, Las canas de Kant. ANA LLANO TORRES, Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: un filósofo del Derecho español del s. XIX. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Personalismo, democracia cristiana y Filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba. DAVID SÁNCHEZ RUBIO, Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica.

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.

